

ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR: DR. PEDRO J. J. COVIELLO - FUNDADOR Y PRIMER DIRECTOR: DR. JULIO RODOLFO COMADIRA - COLABORADORES: DR. JUAN CRUZ AZZARRI, DR. FABIÁN O. CANDA, DR. MARCELO GUSTAVO CARATTIN, DR. JULIO PABLO COMADIRA, ALEJANDRO A. DOMINGUEZ BENAVIDES, CAROLINA GUERRA BIANCOTTI, DRA. MIRIAM IVANEGA, DRA. LAURA M. MONTI DE HITZFELDER, DR. JORGE MURATORIO, DR. PABLO PERRINO, DR. ARTURO EMILIO RASPI, DR. PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO, NÉSTOR OMAR SCARLATA, DR. OSCAR AGUILAR VALDEZ, DRA. MARÍA SUSANA VILLARRUEL

HOMENAJE

Juan Pablo Cajarville Peluffo, por Carlos E. Delpiazzo
Cita Digital: ED-MMMCCXXVIII-432

Una vida ejemplar, por Pedro José Jorge Coviello
Cita Digital: ED-MMMCCXXVIII-433

DOCTRINA

Participación en el procedimiento administrativo: a propósito de los relevamientos técnicos, jurídicos y catastrales de la ley 26.160, por Estela B. Sacristán
Cita Digital: ED-MMMCCXXVIII-434

Cuestiones sobre la competencia en los "amparos de salud", por Luciano Enrici
Cita Digital: ED-MMMCCXXVIII-435

JURISPRUDENCIA

COMPETENCIA: Competencia Federal: normas concernientes a la estructura del sistema de salud; interpretación y aplicación; cobertura integral de tratamientos; obras sociales (CS, septiembre 24-2019)

RECURSO EXTRAORDINARIO: Admisión: interpretación de normas de derecho público y procesal local; sentencia arbitraria; fórmula dogmática; cuestiones referidas a la admisibilidad de recursos locales; Defensor del Pueblo de la Provincia; tarifas de servicios públicos; usuarios cuyos derechos estimaba vulnerados (CS, mayo 17-2022)

RECURSO EXTRAORDINARIO: Admisión: art. 14 bis de la CN; estabilidad del empleado público; decisión adversa a los derechos del apelante. ACTO ADMINISTRATIVO: Planteo de nulidad: rechazo. EMPLEADOS PÚBLICOS: Diferencias salariales: cese de la asignación de funciones transitorias en un cargo (CS, junio 16-2022)

MUNICIPIOS: Tasa: ordenanzas; impugnación; cuestión de naturaleza patrimonial; plazo de caducidad art. 684 CCyC; aplicación (SC Buenos Aires, mayo 16-2022)

Participación en el procedimiento administrativo: a propósito de los relevamientos técnicos, jurídicos y catastrales de la ley 26.160

por ESTELA B. SACRISTÁN

“*Dos sois aquí; uno solo ha hablado*”
ESQUILO, Las Euménides

Sumario: I. PLANTEO. A) EL CASO DE LOS RELEVAMIENTOS DE LA LEY 26.160. B) INTERROGANTES. – II. ALGUNAS NORMAS RELEVANTES. – III. EN GENERAL. A) DISTINGOS. B) DEBIDO PROCESO ADJETIVO: CONCEPTO. 1. Debido proceso adjetivo como garantía de defensa. 2. Supuesto de procedimientos administrativos en general. 3. Supuesto de ejercicio de facultades jurisdiccionales. C) FUNDAMENTOS DEL DEBIDO PROCESO ADJETIVO. 1. Rasgo distintivo de homo loquens. 2. Dignidad humana. 3. Lealtad. 4. Orden normal de las instituciones. D) SÍNTESIS. – IV. PARTICULARIDADES DEL DERECHO A SER OÍDO EN SEDE ADMINISTRATIVA. EL CASO DE LOS RELEVAMIENTOS TÉCNICOS, JURÍDICOS Y CATASTRALES DE LA L. 26.160. A) UBICACIÓN DEL INAI EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. EFECTOS. 1. Bajo la Ley 23.302. 1.1.) Extremos que no echan luz sobre la cuestión de si el INAI es entidad descentralizada en grado de autarquía. 1.2.) Extremos que aclaran la cuestión de si el INAI es entidad descentralizada en grado de autarquía. 1.3.) Mi opinión. 2. Organización administrativa y publicidad de las normas (una digresión). 3. Bajo la Ley 26.160. 4. Efectos. B) PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE RELEVAMIENTO TÉCNICO, JURÍDICO Y CATASTRAL DE LA LEY 26.160. 1. Subplanteo. El caso Friedrich. 2. Participar en el procedimiento administrativo, bajo la Ley 19.549, art. 1º, inc. f), en un procedimiento de relevamiento técnico, jurídico y catastral de la Ley 26.160: Un derecho, y un deber. 3. Qué comprende ese derecho. 4. A quiénes asiste ese derecho, sea en forma directa o indirecta. 4.1.) Afectado directo (dueño de las tierras o su legítimo tenedor). 4.2.) Afectados indirectos. 5. Efectivización de ese derecho en sede administrativa o en sede judicial. 6. Alternativas en caso de que no se posibilite la efectivización del derecho de los interesados a participar en los mentados relevamientos. 6.1.) Si el interesado no sabe que le están relevando o que van a relevar sus tierras. 6.2.) Si el interesado ya conoce el número de expediente en el cual tramita el relevamiento de sus tierras. – V. CONCLUSIONES.

I. Planteo

La Administración pública, tanto centralizada como descentralizada, parece estar permanentemente adoptando decisiones: haciendo o no haciendo; con alcance general, con alcance particular; generando efectos sobre derechos subjetivos, intereses legítimos, intereses simples; con efectos ora prospectivos, ora disvaliosamente retroactivos; entre otros muchos supuestos.

Como contracara de esa potencial o efectiva “lluvia” de decisiones administrativas, que podrá o no alcanzarnos como personas físicas o jurídicas, contamos con la figura

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Los pueblos indígenas originarios en la reforma constitucional. Operatividad, facultades concurrentes, reconocimiento de la personería jurídica y régimen de la propiedad comunitaria*, por EDGARDO O. SCOTTI, EDCO, 2008-495; *Algunas líneas sobre el derecho indígena y la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 17, CN)*, por CARLOS DANIEL LUQUE, EDCO, 2012-434; *La propiedad indígena comunitaria: un análisis crítico del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado*, por PABLO MARÍA CORNA y CARLOS ALBERTO FOSSACECA (h.), ED, 249-789; *Sobre la relación de los derechos humanos y el derecho agrario en el ámbito indígena: la cumbre de las Naciones Unidas sobre los indígenas en el 2014*, por NUBIA MIRANDA PÉREZ, ED, 260-941; *La cláusula de pueblos indígenas en la reforma constitucional de 1994: una buena norma constitucional*, por CARLOS DANIEL LUQUE, EDCO, 2015-411; *América, Latinoamérica y los pueblos originarios. Enfoques y desafíos del proceso de consulta y participación en actividades extractivas*, por EDUARDO ANDRÉS PIGRETTI, ED, 273-1051; *La cuestión de los pueblos originarios en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por MARCO A. RUFINO, ED, 275; *Propiedad indígena en la provincia de Buenos Aires: ¿un derecho imprescriptible?*, por SANTIAGO BERTINAT GONNET, ED, 275; *Comunidades indígenas. Tierras ocupadas. Suspensión de desalojos*, por CARLOS SANTIAGO LORDA, ED, 277. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

de la participación en el marco del iter que conduce a la toma de decisión. Esa participación podrá ser orgánica o no orgánica; permanente o transitoria; efectiva y útil o meramente formal; mandatoria o voluntaria; exigible o inexigible; bajo la forma de derecho a ser oído o de derecho a participar de alguna otra forma en aquel iter; entre otras alternativas posibles.

Desde hace más de cinco decenios, en el orden nacional, en Argentina, la legislación prevé, como recaudo, el derecho a ser oído en el curso de ese procedimiento de toma de decisión, se desarrolle el mismo en el ámbito de la Administración pública centralizada o descentralizada. Así, la L. 19.549⁽¹⁾, art. 1º, establece, en lo que aquí interesa:

“Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional (...) se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos: (...) Debido proceso adjetivo: f) Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad: Derecho a ser oído: 1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente (...)”.

Esta redacción se mantiene hasta la actualidad. La lógica de la Ley 19.549, art. 1º, es clara: si logramos que bajo el apartado 1 escuchen nuestras razones, podremos ofrecer y producir pruebas bajo el apartado 2⁽²⁾, y se posibilitará una decisión fundada bajo el apartado 3⁽³⁾.

Asimismo, dada la organización federal de la República Argentina, en el orden provincial, las leyes provinciales reguladoras del procedimiento administrativo también prevén, con menor o mayor apego a la redacción de la norma nacional, el derecho a “participar” y a “ser oído”⁽⁴⁾;

(1) L. 19.549, B.O. 27/4/1972.

(2) “Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional (...) se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos: (...) Debido proceso adjetivo: f) Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad: (...) Derecho a ofrecer y producir pruebas. 2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio”.

(3) “Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional (...) se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos: (...) Debido proceso adjetivo: f) Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad: (...) Derecho a una decisión fundada. 3) Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso”.

(4) Ley 1284 de la provincia del Neuquén, art. 3º: “Principios. El ejercicio de toda actividad administrativa se sujetará a los siguientes principios:

a) Legalidad: La Administración Pública actúa sometida al ordenamiento jurídico, debiendo asegurar la igualitaria participación de los administrados y la publicidad de las actuaciones.

b) Defensa: La garantía de defensa y el debido proceso administrativo comprenden el derecho de los administrados a ser oídos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión fundada”.

Ley 1284, de la provincia del Neuquén, art. 115: “Intervención. Los interesados podrán participar en el procedimiento administrativo personalmente o por intermedio de sus representantes legales o convencionales. Cuando un interesado tome intervención en un procedimiento con posterioridad a su iniciación, éste no se retrotraerá, salvo para asegurar el ejercicio del derecho de defensa”.

Disponible en: <https://dprneuquen.gob.ar/wp-content/uploads/2019/05/Ley-de-Procedimiento-Adm.-Nqn-1284.pdf> (último acceso: 15/5/2022).

Ley A 2938 consolidada por Ley 4270 de la provincia de Río Negro, art. 2º: “El procedimiento administrativo, se ajustará a los siguientes principios:

a) Impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones. (...) d) Debido proceso, que comprende el derecho de todo administrado a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión fundada”.

Disponible en: <https://servicios.jursionegro.gov.ar/web/normativa/documentacion/ley2938-A.pdf> (último acceso: 6/6/2022).

el “debido proceso” como trámite sustancial⁽⁵⁾; el “debido proceso” como carácter sustancial del procedimiento administrativo⁽⁶⁾; el principio de “imprescindible audiencia de las partes” y sus excepciones⁽⁷⁾; entre otras redacciones vigentes.

No obstante la claridad con que las normas positivas pueden consagrar el derecho a ser oído previo a que la Administración adopte la decisión de que se trate, la realidad puede mostrarnos algo bien diverso. Consideremos, en forma liminar, estos distintos supuestos:

Primero, a la Administración frente al administrado, en relaciones de tenor “bipolar”. Un ejemplo surgiría del campo del régimen de la Ley 25.871 de migraciones, de 2004, con la Administración enfrentada al migrante. Aquí, la Administración actúa con su propio impulso, y por fuera de esa relación –con sus dos extremos– habrá terceros, para los cuales la decisión administrativa que se adopte será *prima facie* neutra, sin perjuicio de sus eventuales beneficios sociales. En los casos de este primer supuesto, la Administración tiene el deber de asegurar el debido proceso adjetivo⁽⁸⁾.

Segundo, a la Administración frente a un administrado, pero con injerencia de otro administrado en el marco de una “relación” que una a estos dos últimos. Se trataría de un aparente triángulo pues involucra necesariamente a un tercero, que haría las veces de “fedatario”. Un ejemplo surgiría de los regímenes de policía que establecen sanciones administrativas: un consumidor se agravia ante la autoridad de aplicación porque el servicio en la relación de consumo infringe la Ley 24.240 de protección del consumidor, y la Administración dispone sancionar al prestador del servicio bajo la citada ley. Aquí, si bien un particular, consumidor, interviene inicialmente, formulando la queja o reclamo, la Administración hipotéticamente podría prescindir de él y actuar por su propio impulso. Por fuera de ese universo, con sus tres involucrados, habrá terceros a los que les resultará *prima facie* neutra la decisión administrativa, sin perjuicio de sus eventuales beneficios sociales. En los casos de este segundo supuesto, la Administración también tiene que asegurar el derecho de defensa del administrado, posible eventual sancionado⁽⁹⁾.

(5) Ley 5348 de la provincia de Salta, art. 31: “Antes de dictarse el acto administrativo deben cumplirse todos los trámites sustanciales previstos expresa o implícitamente por el orden normativo. Sin perjuicio de lo que otras normas establezcan al respecto, considéranse trámites sustanciales: a) El debido proceso o garantía de la defensa, salvo casos de extrema urgencia o de reserva por razones de seguridad. [...]”.

Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/5348-local-salta-ley-procedimientos-administrativos-para-provincia-salta-lpa0005348-1978-12-05/123456789-0abc-defg-843-5000avorpyel?> (último acceso: 6/6/2022).

(6) Ley 4537 de la provincia de Tucumán, art. 3°: “El procedimiento Administrativo tenderá a un mejor y más eficaz funcionamiento de la Administración, asegurando la vigencia del ordenamiento jurídico objetivo. Sus caracteres sustanciales son: (...) c) Debido proceso legal, entendiéndose por tal el absoluto respeto a la libre defensa en juicio (vista de las actuaciones, patrocinio letrado, capítulo de cargos, oportunidad de descargo, recepción de pruebas, salvo las notoriamente inoficiosas, valoración de pruebas y decisión fundada); [...]”.

Disponible en: http://rig.tucuman.gov.ar/obras_publicas/compras-2017/normativa_archivos/Ley%20N%204537%20de%20Procedimiento%20Administrativo.pdf (último acceso: 6/6/2022).

(7) Ley 920 de la provincia del Chubut, art. 26: “Toda actuación administrativa, cualquiera sea su importancia, deber sujetarse a los siguientes principios básicos y esenciales: (...) 4.- Principio de la imprescindible audiencia de las partes, o interesados; antes de adoptarse una decisión, debe darse a la parte la posibilidad de alegar sobre los hechos y sobre las circunstancias que crea pertinentes a su derecho. Solamente en los casos expresamente consentidos por la Ley, podrá adoptarse decisión sin previa audiencia de parte”.

Disponible en: <https://sistemas.chubut.gov.ar/digesto/sistema/consulta.php?idile1=6072> (último acceso: 6/6/2022).

(8) En forma ilustrativa, ver Oddone, Luis Alberto y otros c/ Resolución n° 236, 328, 363 del Banco Central, Fallos: 310: 1129, del 8/6/1987, esp. cons. 5°; Recurso Queja N° 2 – Peralta Valiente, Mario Raúl c/ EN – M Interior – DNM – s/ recurso director DNM, Fallos: 341: 1570, del 6/11/2018, disidencia de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco; Roa Restrepo, Henry c/ E.N. M Interior OPyV – DNM s/ recurso directo DNM, Fallos: 344: 1013, del 6/5/2021, esp. voto del Dr. Rosatti, cons. 6°: “Que a la luz de nuestra arquitectura constitucional, el procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar –con justicia– la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta –inexcusablemente– a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo –o razonabilidad– (artículos 18, 19 y 28, Constitución Nacional y artículo 1°, ley 19.549; arg. doctrina de Fallos: 324:3593)”.

(9) Ver: CNACAF, Sala IV, exp. 27409/2014, Assist-Card Argentina S.A. de Servicios c/ DNCL s/ recurso directo Ley 24240 art. 45, del 8/9/2015: “La garantía de la defensa en juicio integra el núcleo de principios básicos a los que debe ajustarse cualquier procedimiento administrativo”. Resulta relevante poner de resalto que, en rechazo de la tesis de la subsanación, en la misma sentencia se señala: “Si

Tercero, a la Administración frente a dos personas físicas o jurídicas en contradicción mutua, haya nacido ésta de una relación contractual o se haya originado *ex lege*. El primer supuesto lo conocemos por el célebre Fernández Arias c/ Poggio⁽¹⁰⁾ y el régimen de cámaras de conciliación y arbitraje obligatorio, cámaras de la esfera de una cartera ministerial del Poder Ejecutivo Nacional con competencia para decidir sobre tierras en el marco de conflictos entre arrendadores y arrendatarios. El segundo supuesto es el que se puede verificar, a modo de ilustración, cuando un ente regulador resuelve una contienda entre un usuario y una distribuidora eléctrica, relación que nace de la ley pues no hay contrato entre ellos ya que no hay posibilidad de elegir prestador⁽¹¹⁾. En todos los casos de este tercer supuesto, al igual que en los anteriores, la Administración debería asegurar el debido proceso adjetivo de todos los interesados⁽¹²⁾. Ello, independientemente de que se considere que el acto jurisdiccional sea acto administrativo o no pues –entendiendo– el deber de asegurar ese debido proceso no hace al tipo de acto a dictarse, sino a las características de los órganos (Administración centralizada) y entidades (Administración descentralizada) comprendidos en el radio de sometimiento a la ley⁽¹³⁾.

a) El caso de los relevamientos de la Ley 26.160

La práctica administrativa nos muestra que no siempre se asegura ese debido proceso adjetivo, con ulteriores riesgos hacia personas y bienes involucrados. Tal el actual supuesto de “relevamientos de tierras”, de carácter técnico, jurídico y catastral, que lleva adelante el INAI bajo la L. 26.160⁽¹⁴⁾. En efecto, en el procedimiento de relevamiento bajo esa ley, la Administración no brinda, al dueño o tenedor legítimo de las tierras, el derecho a ser oído, como si el organismo en cuestión se hallara por fuera del radio de acción de la Ley 19.549, art. 1°, inc. f)⁽¹⁵⁾. Es decir, como si el INAI no se hallara bajo la manda de tener que brindar, al administrado –titular de un derecho subjetivo o interés legítimo– la oportunidad para ser oído antes de la decisión que se adopte.

b) Interrogantes

Ello conduce a plantearse, al menos, dos preguntas: primero, y en general, qué comprende el debido proceso adjetivo, cuáles son sus fundamentos, y con qué alcances, especialmente subjetivos, se halla plasmado en el ámbito que nos ocupa; segundo, si se configura un “derecho” al debido proceso adjetivo, exigible por parte del dueño o tenedor legítimo de las tierras que releva el INAI bajo las normas vigentes, y, en caso afirmativo, las particularidades de su concreción.

El presente, entonces, encara esos dos interrogantes. A los fines de responderlos, haré una muy sucinta reseña de normas relevantes, para luego esbozar las respuestas.

II. Algunas normas relevantes

Algunas de las principales normas que brindan el marco para el Planteo de la sección I son las siguientes: Ley 19.549 de procedimiento administrativo, de 1972⁽¹⁶⁾; Ley

bien es cierto que no cualquier omisión de un trámite en el expediente administrativo acarrea sin más la nulidad de la resolución que en él recaiga, en el caso, la falta de agregación del descargo trajo consecuencias irreparables a la interesada. (...) Como lógico corolario de lo expuesto, se deduce que la resolución apelada también tiene un vicio en la causa y motivación (arg. arts. 7°, incs. b y e, y 14, inc. b, ley 19.549), porque el hecho en que se funda el supuesto incumplimiento a los términos y condiciones de contratación (...) no concuerda con la realidad”.

(10) Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José –sucesión–, Fallos: 247: 646, del 19/9/1960. El caso versaba sobre el desalojo del arrendatario bajo la Ley 14451, art. 3°, incs. d) y g).

(11) Tal el supuesto de Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resol. 71/1996 - Sec. Ener. y Puertos (Expte N° 750-002119/1996) s/ recurso extraordinario, Fallos: 328: 651, del 5/4/2005.

(12) Barbero, Ernesto c/ Ruiz Ayuso, Jesús, Fallos: 233: 74, del 16/11/1955, esp. p. 76: “Que las características propias de la organización de las Cámaras de Alquileres no autorizan a estos organismos a proceder, en conflictos en que intervienen, con violación de la garantía de la defensa en juicio que es imperativa también para los cuerpos jurisdiccionales administrativos” (el destacado no es del original).

(13) Cfr. Ley 19.549, art. 1°. inc. f), transcripto al inicio de la sección I, *supra*.

(14) Ley 26.160, B.O. 29/11/2006.

(15) Ver, a modo de ejemplo, la Resolución INAI 61, del 3/5/2022. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/03/resolucion_paicone_quechua_jujuy.pdf (último acceso: 6/6/2022). De su lectura surge la invocación de diversas normas, entre las que no se incluye la Ley 19.549.

(16) L. 19.549, B.O. 27/4/1972.

23.302 de política indígena de 1985⁽¹⁷⁾; y Ley 26.160 de emergencia indígena, de 2006⁽¹⁸⁾, hoy con plazos prorrogados hasta 2025⁽¹⁹⁾.

Ya vimos que, bajo la Ley 19.549, la Administración debe dar, al administrado, el derecho a ser oído. Por su parte, la Ley 23.302⁽²⁰⁾ establece la adjudicación, a los indígenas beneficiarios, de tierras fiscales de propiedad de la Nación⁽²¹⁾. Sin embargo, la Ley 26.160 otorga competencia a un ente administrativo para efectuar el “relevamiento” de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, y, si bien esa ley detalla los órganos y entes que intervendrán en el procedimiento de relevamiento, omite enumerar al dueño o tenedor legítimo de las tierras ocupadas. De tal suerte, el relevamiento se realiza y resuelve “a espaldas” de dicho dueño o tenedor legítimo de las tierras; sin que éste pueda participar en ese procedimiento.

Va de suyo que el dueño o tenedor legítimo de las tierras ocupadas no puede desalojar a los indígenas ocupantes pues, en principio, se lo prohíbe la Ley 26.160, art. 2º⁽²²⁾. A su vez, ese dueño o tenedor legítimo de las tierras ocupadas involucradas podrá, hipotéticamente, ser una persona física o jurídica, pública o privada.

III. En general

Todos podemos estar de acuerdo en que “participación” es un concepto amplísimo, que va desde la decisión de alcance particular hasta la participación política⁽²³⁾. A su vez, participar en el procedimiento administrativo puede hallar, como manifestación concreta, la idea de que podamos ser oídos en el mismo, antes de que se adopte una decisión que uno lo afecte. A su vez, ese poder ser oído antes de que se dicte el acto que nos afecte se vincularía con la noción de “debido proceso adjetivo”, de raigambre constitucional. Ahora, estas afirmaciones, a los fines de su debida fundamentación, conllevan, primero, efectuar un distingo con el debido proceso sustantivo (acápites a); indagar en qué se entiende por debido proceso adjetivo, en general y en supuestos específicos (acápites b); y reparar su basamento humano, ético e institucional (acápites c). Veamos:

a) Distingos

El “debido proceso adjetivo” se diferencia del “debido proceso sustantivo”.

El debido proceso adjetivo mora en el art. 18, CN⁽²⁴⁾; y, en el nivel formal legal, se halla consagrado, en lo que aquí interesa, en el art. 1º, inc. f) de la Ley 19.549⁽²⁵⁾.

(17) L. 23.302, B.O. 12/11/1985, de Ley de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes.

(18) L. 26.160, B.O. 26/11/2006, de declaración de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquéllas preexistentes.

(19) La más reciente prórroga de la Ley 26.160 es por Dto. 805/2021 (B.O. 18/11/2021), art. 1º, por el cual se prorroga el plazo de la emergencia hasta el 23/11/2025.

(20) L. 23.302, art. 8º: “La autoridad de aplicación elaborará, al efecto, planes de adjudicación y explotación de las tierras conforme a las disposiciones de la presente ley y de las leyes específicas vigentes sobre el particular, de modo de efectuar sin demora la adjudicación a los beneficiarios de tierras fiscales de propiedad de la Nación. El Poder Ejecutivo dispondrá la transferencia de las tierras afectadas a esos fines a la autoridad de aplicación para el otorgamiento de la posesión y posteriormente de los títulos respectivos. Si en el lugar de emplazamiento de la comunidad no hubiese tierras fiscales de propiedad de la Nación, aptas o disponibles, se gestionará la transferencia de tierras fiscales de propiedad provincial y comunal para los fines indicados o su adjudicación directa por el gobierno de la provincia o en su caso, el municipal. Si fuese necesario la autoridad de aplicación propondrá la expropiación de tierras de propiedad privada al Poder Ejecutivo, el que promoverá ante el Congreso Nacional las leyes necesarias” (el destacado no es del original).

(21) En igual sentido, SHEININ, David M. (2020) “The long Conquista del Desierto and the making of military government indigenous policy”, Carolyne R. Larson (ed.) The Conquest of the Desert. Argentina's Indigenous Peoples and the Battle for History, Albuquerque: University of New Mexico Press, pp. 171-196, esp. p. 191.

(22) Ley 26.160, art. 2º: “Suspéndase por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el artículo 1º”.

(23) GALLIGAN, Dennis J. (1996), *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford: Clarendon Press, pp. 130-131.

(24) Zubdesa S.A.C.I.F.I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos: 308: 191, del 27/2/1986, esp. cons. 6º *in fine*: “(...) la garantía de la defensa o debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional) (...)”.

(25) Mezzadri Hnos. y Cia. S.A., Fallos: 297:360, del 21/4/1977, esp. cons. 5º: “(...) en un todo de acuerdo con el debido proceso adje-

El debido proceso sustantivo, en cambio, es la razonabilidad⁽²⁶⁾, una garantía innominada⁽²⁷⁾ que emerge del art. 28, CN⁽²⁸⁾.

Por cierto, hay vasos comunicantes entre ambas vertientes del debido proceso. En tal sentido se ha afirmado:

“Lo único que encontramos a primera vista son elementos del aspecto procesal del debido proceso, o sea, del debido proceso adjetivo (...). Pero veremos también que, aun cuando ocultamente, hallaremos elementos del debido proceso adjetivo”⁽²⁹⁾.

En otras palabras, la validez de una ley, sentencia o resolución administrativa dependerá del aspecto adjetivo del debido proceso y también dependerá de que se respete el aspecto material del debido proceso⁽³⁰⁾.

Resulta importante destacar la antigüedad de la expresión “debido proceso de ley” (*due process of law*). Esta se originó en una ley inglesa del reinado de Eduardo III, ley de 1354⁽³¹⁾, que amplió y especificó los alcances de la cláusula respectiva de la Magna Carta de 1215, y, posteriormente, ingresó en el texto de la Constitución estadounidense, Enmienda V⁽³²⁾.

El texto de 1354 ha sido considerado de neto corte procedimental⁽³³⁾. Pero el mismo, con la práctica interpretativa posterior, adquirió también contenido sustantivo, como vimos⁽³⁴⁾. Sea en su faz procedimental, o en su faz sustantiva, anida en el núcleo del debido proceso la idea de justicia (*fairness*) no solo entre las personas entre sí, sino entre éstas y el Gobierno⁽³⁵⁾. En tanto vehículo de la

tivo que garantiza el art. 1º, inc. f), de la ley 19.549”. Roa Restrepo, Henry c/ E.N. M Interior OPyV - DNM s/ recurso directo DNM, Fallos: 344: 1013, del 6/5/2021, esp. voto del Dr. Rosatti, cons. 6º: “Que a la luz de nuestra arquitectura constitucional, el procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar –con justicia– la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta –inexcusablemente– a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo –o razonabilidad– (artículos 18, 19 y 28, Constitución Nacional y artículo 1º, ley 19.549; arg. doctrina de Fallos: 324: 3593)”.

(26) Roa Restrepo, Henry c/ E.N. M Interior OPyV - DNM s/ recurso directo DNM, Fallos: 344: 1013, del 6/5/2021, esp. voto del Dr. Rosatti, cons. 6º: “[...] debido proceso (...) sustantivo –o razonabilidad– (...)”.

(27) Ver la afirmación de Banco Río de la Plata c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos: 210: 500, del 2/4/1948, esp. p. 517, afirmación debatida en p. 518.

(28) Roa Restrepo, Henry c/ E.N. M Interior OPyV - DNM s/ recurso directo DNM, Fallos: 344: 1013, del 6/5/2021, esp. voto del Dr. Rosatti, cons. 6º: “Que a la luz de nuestra arquitectura constitucional, el procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar –con justicia– la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta –inexcusablemente– a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo –o razonabilidad– (artículos 18, 19 y 28, Constitución Nacional y artículo 1º, ley 19.549; arg. doctrina de Fallos: 324: 3593)”.

(29) LINARES, Juan Francisco (1989), *Razonabilidad de las leyes. El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires: Astrea, segunda edición actualizada, primera reimpresión, p. 12.

(30) GILARDI MADARIAGA, Cecilia (2001), “Acerca del principio de razonabilidad y el debido proceso” en Revista Jurídica, Buenos Aires: UCES, vol. 4: pp. 183-192, esp. p. 183, con cita de LINARES, Juan Francisco (1989) *Razonabilidad de las leyes. El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires: Astrea, segunda edición actualizada, primera reimpresión, p. 12: “Esta fórmula, *due process of law*, se dirige no sólo al conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa sea formalmente válida, es decir, referida al aspecto adjetivo del debido proceso, sino también a evitar que sea lesionada sustancialmente la libertad jurídica que se reputa intangible para el individuo y que comporta el aspecto material del debido proceso” Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42463-acerca-del-principio-razonabilidad-y-debido-proceso>.

(31) Su texto establecía que ningún hombre, de la clase o condición que fuere, iba a ser lanzado de sus tierras o morada, ni llevado ni puesto en prisión, sin ser traído a responder bajo el debido proceso de ley (“*That no man of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned . . . without being brought in answer by due process of law*”).

(32) Ampliar en HINDLEY, Jeffrey (2008) *A Brief History of the Magna Carta. The story of the Origins of Liberty*, Filadelfia y Londres: Robinson Running Press, p. 276. En igual sentido, VOGLER, Richard (2012) “Due Process”, Michael Rosenfeld - Andrés Sajó (eds.) *Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 929-947, esp. p. 930. GALLIGAN, Dennis J. (1996), *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford: Clarendon Press, pp. 172-173.

(33) Conf. HOIT, James Clarke (1992) *Magna Carta*, Cambridge: Cambridge University Press, second edition, p. 327.

(34) Ver notas al pie 29, 30 y 32, *supra*.

(35) VOGLER, Richard (2012), “Due Process”, Michael Rosenfeld - Andrés Sajó (eds.) *Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 929-947, esp. p. 934, con cita del Justice

idea de justicia, contribuye a fines éticos que veremos en el apartado c), *infra*.

De tal modo, el debido proceso, originariamente con sus elementos sustantivos, pasó a ser concebido como portador de elementos tanto sustantivos como procedimentales, y extendido ulteriormente en su aplicación a los procedimientos administrativos⁽³⁶⁾. Se manifiesta como *right to consideration*, o derecho (del particular) a ser tomado en consideración, y propicia que “todos los intereses, de aquellos afectados, deben ser tomados en cuenta”⁽³⁷⁾.

b) Debido proceso adjetivo: concepto

En rigor, y en lo que aquí interesa, el contenido de la noción de debido proceso adjetivo se halla detallado en la ley 19.549, art. 1º, inciso f), y sus tres apartados. Destaco que se trata de “derechos” pues así los califica la ley, y de tal categoría jurídica se puede colegir su exigibilidad.

Los mentados apartados establecen, primero, el derecho de “exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente”. Concatenado a ese apartado, el segundo establece el derecho de “ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio”. Como lógico corolario del segundo apartado, el tercero establece el derecho a que “el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso”.

Ubicada en el Título I de la Ley 19.549, la norma recordada, en tanto reguladora del debido proceso adjetivo ha sido calificada como “la parte más trascendente de este Título” y se inspiró “en el proyecto elaborado por LINARES y GORDILLO”⁽³⁸⁾.

El concepto de debido proceso adjetivo puede completarse con importantes precedentes que nos ilustran sobre su triple campo de actuación: como garantía de defensa; en el campo de los procedimientos administrativos en general; y en el supuesto de ejercicio de facultades jurisdiccionales.

1. Debido proceso adjetivo como garantía de defensa

En general, el debido proceso adjetivo es “la garantía de defensa” del art. 18, CN⁽³⁹⁾. El tal sentido, se ha afirmado, en el célebre La Buenos Aires:

“los principios del debido proceso adjetivo (art 1º, inc. f), de la ley 19.549), en especial el derecho a ser oído (idem, ap. 1º) (...) reglamentan el principio de mayor rango contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional”⁽⁴⁰⁾.

Frankfurter en Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath, 341 U.S. 123 (1951).

(36) GALLIGAN, Dennis J. (1996) *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford: Clarendon Press, p. 172.

(37) GALLIGAN, Dennis J. (1996) *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford: Clarendon Press, p. 109: “The principle may be called the principle of consideration, suggesting that the interests of those affected must be taken into account (...). The principle insists on the official responding to those interests while retaining the decision as to the course of action finally to be followed. The principle of consideration guarantees no result, but it shows that the interests of the persons are an element of the public interest and should be taken seriously. The principle of consideration in turn generates a right to consideration”.

(38) CASSAGNE, Juan Carlos (2020), *Derecho administrativo y Derecho público general. Estudios y semblanzas*, Montevideo y Buenos Aires: B de F; Julio César Faira, p. 424. En igual sentido, COVIELLO, Pedro J. J. (2014) “El derecho de defensa del administrado (o el derecho al debido proceso administrativo)” Jaime Rodríguez Arana y Ernesto Junesta (dirs.), *El Derecho administrativo en perspectiva. En homenaje al Profesor Dr. José Luis Meilán Gil*, Buenos Aires: Rap, t. II, pp. 421-437, esp. p. 425.

(39) Zubdesa S.A.C.I.F.I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos: 308: 191, del 27/2/1986, esp. cons. 6º *in fine*: “[E]l mencionado precepto no hace sino reglamentar (...) la garantía de la defensa o debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional) (...)”.

(40) La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A., Fallos: 311: 750, del 12/5/1988, esp. sección III, p. 754, del dictamen de la Procuración General de la Nación, que la Corte Suprema hace propio y al cual remite.

En cuanto a qué comprende la garantía de defensa, se ha aseverado que dicha garantía, de cara a las actuaciones administrativas, “requiere, además de la audiencia (...), el proveimiento de alguna oportunidad para probar los hechos conducentes a la defensa”⁽⁴¹⁾. En igual sentido, y más modernamente, se ha aseverado que “es requisito de la garantía de la defensa en juicio no sólo la audiencia del interesado, sino también el otorgamiento de una razonable oportunidad para la producción de la prueba de descargo que aquél invoque”⁽⁴²⁾. Tal recaudo involucra apreciar las bases legales y de hecho bajo las cuales se decidió⁽⁴³⁾.

A su vez, la garantía de defensa “supone otorgar a los interesados la oportunidad de ser oídos y brindar la ocasión de hacer valer sus defensas en el tiempo, lugar y forma prevista en la ley (artículo 18, Constitución Nacional (...); al tiempo que un procedimiento justo, conducido de buena fe, implica que el litigante conozca de antemano las ‘reglas claras de juego’ a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica y evitar adoptar decisiones que, de modo intempestivo, lo coloquen en estado de indefensión...”⁽⁴⁴⁾.

2. Supuesto de procedimientos administrativos en general

Específicamente en el marco de un procedimiento administrativo, y en punto a la mínima información a la que tiene derecho el administrado, a la luz de la garantía que nos ocupa, se ha señalado:

“la citada garantía [del debido proceso en sede administrativa] se encuentra satisfecha cuando el individuo ha sido notificado de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y cuando, además, se le ha dado oportunidad de ser oído y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo (...)”⁽⁴⁵⁾.

Asimismo, la jurisprudencia nos enseña que la garantía del debido proceso es de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones administrativas⁽⁴⁶⁾; que la audiencia al

(41) Chávez, Victorio, Fallos 216: 58, del 16/2/1950, y sus citas.

(42) Céspedes, Tettamanti y Cía., Fallos: 224: 734, del 15/12/1952, esp. cons. 1º. En igual sentido, Mariano H. C. Acosta, Fallos: 219: 518, del 21/5/1951, en el que se deja sin efecto la resolución administrativa en tanto no se habían podido conocer las pruebas en contra acumuladas ni se había permitido enterarse de ellas a los efectos de efectuar descargo.

(43) Céspedes, Tettamanti y Cía., Fallos: 224: 734, del 15/12/1952, esp. p. 741: “[...] [l]a prueba que se ofreció (...) no fue decretada en la instancia administrativa (...) no se demuestra sobre base legal ni de hecho, en qué forma ha sido posible (...) instar y urgir el diligenciamiento de la prueba omitida”.

(44) Roa Restrepo, Henry c/ E.N. M Interior OPyV – DNM s/ recurso directo DNM, Fallos: 344: 1013, del 6/5/2021, esp. voto del Dr. Rosatti, cons. 9º.

(45) Zubdesa S.A.C.I.F.I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos: 308: 191, del 27/2/1986, esp. cons. 6º *in fine*: “Dicha norma obliga a dar vista de las actuaciones a los interesados para que formulen los descargos o aclaraciones que consideren pertinentes, y establece que el caso de haberse producido alguna prueba se le correrá a aquéllos una nueva vista, sólo cumplido lo cual podrá dictarse resolución. Puesto que el mencionado precepto no hace sino reglamentar, en la materia concerniente a las sanciones que puedan aplicarse a los oferentes o adjudicatarios, la garantía de la defensa o debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional), es ésta la que ha resultado lesionada como consecuencia de la actuación municipal. Como lo destacó el Tribunal en Fallos: 198: 78, es necesario (...) que se respete la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, para lo cual resulta indispensable que la persona en cuestión haya sido notificada de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y que además se le dé oportunidad de ser oída y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo”.

Agronorte SAACIFI s/ recurso de apelación, Fallos: 312: 2040, del 31/10/1989, esp. cons. 4º: “la citada garantía [del debido proceso en sede administrativa] se encuentra satisfecha cuando el individuo ha sido notificado de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y cuando, además, se le ha dado la oportunidad de ser oído y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo (Fallos: 308: 191, considerando 6º y su cita) (...)”. En el cons. 3º de este fallo se reseña el agravio al “derecho al debido proceso adjetivo”.

(46) Zubdesa S.A.C.I.F.I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos: 308: 191, del 27/2/1986, esp. cons. 6º *in fine*. Tamburino Seguí, Mario s/ avocación, Fallos: 316:2043, del 23/9/1993 (publicado bajo forma de sumario). Bissierier, Pamela (Secretaría del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Sentencia Letra “C” s/ avocación (cesantía), Fallos: 318: 564, del 25/4/1995, esp. cons. 3º: “Que, al respecto, cabe recordar que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria –haya o no sumario–, de modo que el imputado pueda tener oportunidad de ser oído y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo (...)”. Jueces Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal s/ avocación, Fallos: 319: 1160, del 2/7/1996, esp. cons. 2º: “Que esta Corte ha sostenido en forma reiterada que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa enjuicio son de inexcusable observancia en todo tipo de

interesado, requerida por la inviolabilidad de la defensa en el procedimiento, no se subsana por la apertura a prueba que se ordene posteriormente en sede judicial⁽⁴⁷⁾; que se verifica violación constitucional cuando se decide sin darse oportunidad alguna de ser oído y menos de producir descargo⁽⁴⁸⁾; y que hay lesión al debido proceso adjetivo cuando en sede administrativa no existe audiencia de vista de causa⁽⁴⁹⁾.

3. Supuesto de ejercicio de facultades jurisdiccionales

La Corte Suprema ha velado por que, en ocasión del ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de organismos administrativos, “ninguna persona sea objeto de sanción, sin que su caso haya sido considerado por funcionarios imparciales; sin haber sido notificada la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y sin que además se le dé oportunidad de ser oída, y de probar, de algún modo, los hechos que creyere conducentes a su descargo”⁽⁵⁰⁾. Ello, en el marco de una “investigación administrativa,” en el curso de la cual, y con posterioridad a la cual, nunca se le había hecho saber, al interesado, acerca de la existencia de esa investigación⁽⁵¹⁾.

c) Fundamentos del debido proceso adjetivo

Indagar en los fundamentos del derecho a ser oído, en sede administrativa y como recaudo integrante del derecho al debido proceso adjetivo en dicha sede, implica reparar en sus fundamentos. Algunos de sus fundamentos serían los siguientes:

1. Rasgo distintivo de homo loquens

Como enseña el humanismo clásico, el lenguaje es rasgo distintivo del *homo loquens*: los seres humanos son intrínsecamente comunicativos⁽⁵²⁾; lo hacen con cierta sofi-

actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria –haya o no sumario–, de modo que el imputado pueda tener oportunidad de ser oído y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo (A.474.XXII, “Agronorte S.A.C.I.F.I. s/ recurso de apelación,” del 31 de octubre de 1989; causa SAJ-53 bis/91, “Juzgado del Fuero Civil (Nº 68) s/ investigación de causas contra Ferrocarriles Argentinos”, del 19 de agosto de 1992, entre otros). Castro Veneroso, Oscar Juan s/ recurso arts. 40, 41 y 42 ley 22.140, Fallos: 324: 3593, del 23/10/2001, esp. sección IV *in fine* del dictamen de la Procuración General de la Nación, al que remite la Corte Suprema. Raco, Marco Nicolás y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Seguridad PSA – Resol 513/2009 s/ Personal Militar y Civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, Fallos: 344: 323, del 28/10/2021, disidencia del Dr. Rosatti, esp. cons. 10, párr. 2º: “Al referirse a estas garantías adjetivas, el Tribunal destacó que el art. 18 de la Constitución Nacional y las convenciones internacionales de derechos humanos resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (Fallos: 327: 4185). Y es por ese amplio alcance que reiteró en diversas oportunidades que las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria (Fallos: 316: 2043; 318: 564; 319: 1160; 324: 3593)”.

(47) Provincia de Santiago del Estero c/ Compagno, Enrique N., Fallos: 198: 78, del 3/3/1944, esp. pp. 85-86.

(48) Dirección General de Rentas c/ Sociedad Argentina de Fomento y Obras, Fallos: 211: 807, del 28/7/1948, esp. p. 820: “Que del examen de las constancias administrativas resulta que en la actuación en la cual se modificó la clasificación del negocio de la demandada y consiguientemente se le impuso la multa no se dio a esta última oportunidad ninguna de ser oída ni menos de producir descargo alguno”.

(49) Machado, Jorge José c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ queja, Fallos: 334:1372, del 15/11/2011, del dictamen de la Procuración General al que remite la Corte Suprema, sección IV: “[D]e las constancias de la causa surge que la mencionada audiencia no se celebró (...). [L]a sanción impuesta (...) se basa en un antecedente de hecho que no existió en la realidad, lo cual implica falsa causa (...) y una lesión a la garantía del debido proceso adjetivo, así como también al derecho de defensa en juicio, que eventualmente provocaría la nulidad del acto en cuestión”.

(50) Provincia de Santiago del Estero c/ Compagno, Enrique N., Fallos: 198: 78, del 3/3/1944, esp. pp. 85-86.

En el caso se iba a operar “desapoderamiento del ejecutado” y el consiguiente “gravamen irreparable,” conf. Provincia de Santiago del Estero c/ Compagno, Enrique N., Fallos: 198: 78, del 3/3/1944, esp. p. 83.

(51) Provincia de Santiago del Estero c/ Compagno, Enrique N., Fallos: 198: 78, del 3/3/1944, esp. p. 85.

(52) ARISTÓTELES (2000), Política, México: Porrúa, Antonio Gómez Robledo (trad. e intr.), p. 159: “La naturaleza –según hemos dicho– no hace nada en vano; ahora bien, el hombre es entre los animales el único que tiene palabra. La voz es señal de pena y de placer, y por resto se encuentra en los demás animales (...)”.

En similar sentido, FULLER, Lon L. (1985), *The Morality of Law*, New Haven y Londres: Yale University Press, revised edition, p. 185: Creo que su fuéramos forzados a seleccionar el principio que brinda sostén e infunde toda aspiración humana, lo hallaríamos en el objetivo de mantener la comunicación con nuestros compañeros. (*I believe that if we were forced to select the principle that supports and infuses all*

ticación⁽⁵³⁾; se les reconoce un derecho de comunicarse⁽⁵⁴⁾, y este derecho, como una suerte de paraguas, comprende tanto el derecho de ser oído como el derecho de mantener silencio⁽⁵⁵⁾. En rigor, se ha afirmado que nada bueno hay en tener el derecho de comunicarse si nadie escucha⁽⁵⁶⁾. A su vez, el poder comunicar permite que una persona exprese si algo es provechoso o nocivo; justo o injusto, como enseña Aristóteles⁽⁵⁷⁾.

2. Dignidad humana

Con base, en cierto modo, en la tesis de que el derecho a ser oído integra la noción de justicia natural⁽⁵⁸⁾, se ha determinado que dicho derecho hace a la dignidad humana⁽⁵⁹⁾, y todos los seres humanos gozamos de ella⁽⁶⁰⁾.

Se ha equiparado a la dignidad humana con el debido proceso⁽⁶¹⁾. Tanto es así que se ha afirmado que, cuando el Estado no brinda a las personas la oportunidad para ser oídas, “las empequeñece y daña su dignidad,” por lo que, para proteger la dignidad individual, “el debido proceso debe proveer una oportunidad significativa de ser oído”⁽⁶²⁾. Es que, cuando el Estado interactúa con sus ciudadanos, “debe (...) asegurar un tratamiento igual para todos”⁽⁶³⁾.

En su faz mínima, la dignidad humana reclama respeto: dar audiencia al administrado es respetarlo⁽⁶⁴⁾.

human aspiration, we would find it in the objective of maintaining communication with our fellows”.

En Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros s/ daños y perjuicios, Fallos: 324: 2895, del 25/9/2001, voto del Dr. Vázquez, cons. 6º, in fine, se afirmó que “la comunicación es un derecho natural o prenormativo”.

(53) Los elementos del habla humana, que no se verifican entre los animales, son fonematización, concatenación y gramática; conf. WILSON, Curtis A. (1983) “Homo Loquens from a Biological Standpoint” *The St. John’s Review*, Summer 1983: p. 4. Disponible en: <https://s3.us-east-1.amazonaws.com/sjcdigitalarchives/original/30ea48378abc1d2e812e22a1dd443cea.pdf> (último acceso: 6/6/2022).

(54) SIEGEL, Lawrence (2006), “The Argument for a Constitutional Right to Communication and Language”, *Sign Language Studies*, vol. 6, Nº 3: pp. 255-272, esp. p. 255: La necesidad de y el derecho a la comunicación y al lenguaje son fundamentales a efectos de la condición humana. (...) Si la Constitución venera el derecho a la expresión, el derecho a la comunicación y al lenguaje es de igual o mayor valor. (“The need for and right to communication and language is fundamental to the human condition. (...) If the Constitution venerates the right to speech, the right to communication and language is of equal or greater value”).

(55) LEE, Phillip (2004) “The right to communicate affirms and restores human dignity” in Philip Lee (ed.) *Many voices, one vision: The right to communicate in practice*, London, Penang: WACC, Southbound, p. 1. Disponible en: <https://archive.ccrvoices.org/cdn.agilitycms.com/centre-for-communication-rights/Images/Articles/pdf/RTC-PL-2004.pdf> (último acceso: 6/6/2022).

(56) LEE, Phillip (2004) “The right to communicate affirms and restores human dignity” in Philip Lee (ed.) *Many voices, one vision: The right to communicate in practice*, London, Penang: WACC, Southbound, p. 5: no es bueno tener derecho de comunicarse si nadie está escuchando (“it is no good having a right to communicate if no one is listening”). Disponible en: <https://archive.ccrvoices.org/cdn.agilitycms.com/centre-for-communication-rights/Images/Articles/pdf/RTC-PL-2004.pdf> (último acceso: 6/6/2022).

(57) ARISTÓTELES (2000), Política, México: Porrúa, Antonio Gómez Robledo (trad. e intr.), p. 159: “[L]a palabra está para hacer patente lo provechoso y lo nocivo, lo mismo que lo injusto y lo justo (...)”.

(58) MESSNER, Johannes (1965) *Social Ethics. Natural Law in the Western World*, St. Louis y Londres: B. Herder Book Co., trad. de J. J. Doherty, edición revisada, p. 643.

(59) LEE, Phillip (2004) “The right to communicate affirms and restores human dignity” in Philip Lee (ed.) *Many voices, one vision: The right to communicate in practice*, London, Penang: WACC, Southbound, p. 1. Disponible en: <https://archive.ccrvoices.org/cdn.agilitycms.com/centre-for-communication-rights/Images/Articles/pdf/RTC-PL-2004.pdf>.

(60) Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ art. 39 Ley 24557, Fallos: 327: 3753, del 21/9/2004, esp. cons. 11: “La dignidad del ser humano no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta ‘intrínseca’ o ‘inherente’ a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo (...). La dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”.

(61) MASHAW, Jerry L. (1985), *Due Process in the administrative state*, New Haven, Conn.: Yale University Press, pp. 162-167; MASHAW, Jerry L. (1981) “Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory” *Boston University Law Review*, vol. 61: pp. 885-931, esp. pp. 886-887. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/72827487.pdf> (último acceso: 5/6/2020); MASHAW, Jerry L. (1976) “The Supreme Court’s Due Process Calculus for Administrative Adjudication in *Mathews v. Eldridge*: Three Factors in Search of a Theory of Value” *University of Chicago Law Review*, vol. 44: pp. 28-59, esp. pp. 49-52.

(62) RUTHERFORD, Jane (1992) “The Myth of Due Process” *Boston University Law Review*, vol. 72: pp. 1-99, esp. pp. 42-43, n. 23.

(63) GIANNINI, Mary Margaret (2016) “The Procreative Power of Dignity: Dignity’s Evolution in the Victims’ Rights Movement” *Drexel Law Review*, vol. 9: pp. 43-99, esp. p. 49.

(64) GALLIGAN, Dennis J. (1996) *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford: Clarendon Press, p. 351.

3. Lealtad

Desde el punto de vista del deber de información, oír al interesado presupone que la Administración cumpla con su deber de lealtad, haciéndole saber al administrado acerca de las actuaciones: “La audiencia del interesado supone la leal información al mismo de la existencia de la cuestión que le incumbe”⁽⁶⁵⁾.

Ello no es sino aplicación de la antigua jurisprudencia conforme a la cual “la Administración debe ser leal, franca y pública en sus actos”⁽⁶⁶⁾ y evitar “caerle por sorpresa” al particular⁽⁶⁷⁾.

4. Orden normal de las instituciones

Se ha puesto de resalto que las instituciones cooperan con el orden en la sociedad en orden al bien común de la misma y que las relaciones con las autoridades no pueden basarse en el anoticiamiento arbitrario⁽⁶⁸⁾; en tal contexto, se puede inferir la relación entre el derecho a ser oído y el orden normal de las instituciones.

Un orden normal de las instituciones supondrá “que se oiga a los titulares de los derechos y que dichos titulares puedan invocar los hechos que consideren conducentes para su defensa y demostrarlos de alguna manera”⁽⁶⁹⁾. A su vez, una “transgresión constitucional” de tal guisa vulnera “el más elevado bien de la República, constituido por el respeto de sus instituciones”⁽⁷⁰⁾.

d) Síntesis

En síntesis, lo expuesto en esta sección III infiere que hay un debido proceso adjetivo y un debido proceso adjetivo, nociones que presentan sus vasos comunicantes (acápites a).

El debido proceso adjetivo, que en lo que aquí interesa se halla garantizado por la Ley 19.549, art. 1º, inc. f), se manifiesta como garantía de defensa (acápites b.1.) en los procedimientos administrativos en general (acápites b.2) y en el supuesto de ejercicio de facultades jurisdiccionales (acápites b.3).

Sus fundamentos emergen de, al menos, de: el rasgo distintivo de homo loquens (acápites c.1), la dignidad humana (acápites c.2), la lealtad (acápites c.3) y el orden normal de las instituciones (acápites c.4).

IV. Particularidades del derecho a ser oído en sede administrativa. El caso de los relevamientos técnicos, jurídicos y catastrales de la L. 26.160

Veamos, ahora, algunas particularidades del específico procedimiento administrativo que el INAI lidera al “realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas (...)” de la Ley 26.160⁽⁷¹⁾. Aquéllas resultan de

(65) Rojo, Luis César, Fallos: 215: 357, del 28/11/1949, esp. p. 362, con cita de Prudencio Oyuela y otros, Fallos: 193: 405, del 31/8/1942, y con cita de Provincia de Santiago del Estero c/ Enrique N. Compagno, Fallos: 198: 78, esp. p. 95, donde se señala, respecto de la persona involucrada, que se resolvió: “sin haber sido notificada la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y sin que además se le dé oportunidad de ser oída [...]”.

(66) Ocampo, Manuel c/ Administración de Rentas del Rosario, Fallos: 10: 203, del 27/6/1871, esp. p. 216.

(67) Ocampo, Manuel c/ Administración de Rentas del Rosario, Fallos: 10: 203, del 27/6/1871, esp. p. 216: “porque no es moral, ni justo, que la administración, que debe ser leal, franca y pública en sus actos, guarde en reserva sus créditos vencidos, cuando al tiempo del vencimiento no hay en la aduana mercaderías que embargar, para caer por sorpresa sobre las que en adelante pudieran ser consignadas al deudor [...]”.

(68) MESSNER, Johannes (1965) *Social Ethics. Natural Law in the Western World*, St. Louis y Londres: B. Herder Book Co., trad. de J. J. Doherty, edición revisada, p. 204.

(69) Benítez de Pantaleo, Rafaela c/ Villa, Enrique, Fallos: 211: 1056, del 4/8/1948, esp. pp. 1061-1062: “Que con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, la garantía de defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, impone a los órganos jurisdiccionales la audiencia de los interesados (...) En el orden normal de las instituciones no es admisible que los derechos de los habitantes puedan ser definitivamente dilucidados sin que se oiga a sus titulares ni se les permita invocar los hechos que consideren conducentes para su defensa y demostrarlos de alguna manera”. En igual sentido, Rojo, Luis César, Fallos: 215: 357, del 28/11/1949, esp. p. 362: “Que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que, en el orden normal de las instituciones, los derechos de los habitantes no sean definitivamente dilucidados sin que se oiga a sus titulares y se les permita invocar los hechos que consideren conducentes a su defensa y demostrarlos de alguna manera”.

(70) Provincia de Santiago del Estero c/ Compagno, Enrique N., Fallos: 198: 78, del 3/3/1944, esp. p. 86.

(71) Ley 26.160, art. 3º, según modif. por Dto. 805/2021, B.O. 18/11/2021.

interés por dos razones, al menos: primero, porque dicho Instituto, al culminar la realización de esos relevamientos, dicta actos calificables como propios del ejercicio de la Administración activa, con plenos efectos hacia “afuera” de los cuadros de aquélla y sujetos, en general, a las exigencias de la Ley 19.549 de procedimientos administrativos; segundo, porque se ha producido un importante decisorio judicial en la materia, y el mismo echa luz en pluralidad de interrogantes relativos al debido proceso, interrogantes que puedan tener que encarar quienes interpretan las normas que reglan al citado ente y los procedimientos que se llevan adelante en su jurisdicción; en especial, los mentados relevamientos.

Las particularidades que considero relevantes hacen a dos aspectos: primero, la ubicación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas en la organización administrativa de cara a la aplicabilidad de la Ley 19.549 de procedimientos administrativos y los principios en ella consagrados (acápites a); y, segundo, el derecho, de los interesados, de participar en el procedimiento de relevamiento técnico, jurídico y catastral a la luz de las normas que establecen el derecho –de claro linaje constitucional– a ser oído en sede administrativa en un marco de respeto por el debido proceso (acápites b).

a) Ubicación del INAI en la organización administrativa. Efectos

Ya vimos que el debido proceso se corporiza, en lo que aquí interesa, en la Ley 19.549, art. 1º, inc. f). Ahora cabe preguntarse, ¿es aplicable la manda de esa norma, a tenor de su literalidad, respecto del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas?

1. Bajo la Ley 23.302

La Ley 19.549, art. 1º, establece quiénes se hallan incluidos en sus alcances (v.gr., la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, incluyendo entes autárquicos), y quiénes están excluidos. De cara al tema de esta sección, y en el plano subjetivo, se hallan comprendidos en sus alcances los entes autárquicos. Los entes autárquicos tienen personalidad jurídica en los términos del art. 141, CCyCN⁽⁷²⁾; integran el universo de personas públicas estatales que establece el art. 146, inc. a), CCyCN⁽⁷³⁾; y poseen las competencias que les asigna la ley de creación pues, por aplicación de la Ley 19.549, art. 3º, la competencia administrativa es de fuente legal, con lo que se debe cumplir el principio de legalidad en punto a la misma⁽⁷⁴⁾.

Ahora, la Ley 23.302⁽⁷⁵⁾, de creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, no establece que el mismo sea una entidad autárquica. ¿Puede aseverarse, entonces, y desde el punto de vista de la organización administrativa, que se trata de una entidad descentralizada en grado de autarquía?

La Ley 23.302 no es clara en tal aspecto:

1.1.) Extremos que no echan luz sobre la cuestión de si el INAI es entidad descentralizada en grado de autarquía

La Ley 23.302, de 1985, califica al INAI como “entidad descentralizada con participación indígena”⁽⁷⁶⁾. Esta calificación obtuvo aquiescencia en sede judicial⁽⁷⁷⁾.

(72) CCyCN, art. 141: “Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

(73) CCyCN, art. 146, inc. a): “Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas: a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; [...]”.

(74) Ley 19.549, art. 3º: “La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario”.

(75) Ley 23.302, B.O. 12/11/1985.

(76) Ley 23.302, art. 5º: “Créase el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas como entidad descentralizada con participación indígena, que dependerá en forma directa del Ministerio de Salud y Acción Social. El Poder Ejecutivo designará a su titular y deberá constituirse dentro de los 90 días de la vigencia de la presente ley. Contará con un Consejo de Coordinación y un Consejo Asesor”.

(77) Ver CNACAF, Sala II, exp. 4001/1991, Asociación Indígena Argentina (Repres. por Guanuco, R.) y otro s/ juicio de conocimiento, del 4/2/2000. En el caso, se declaró la inconstitucionalidad del art. 9º del Dto. 1667/1991, B.O. 2/9/1991.

Dicha ley también establece que el Instituto en cuestión es un “organismo de aplicación” de aquélla⁽⁷⁸⁾.

A la sazón, se hallaba vigente el Dto. 333/1985 de redacción de normas, el cual enumeraba “administración central, organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado”⁽⁷⁹⁾, sin parar mientes en la enumeración de la Ley 19.549, de 1972, art. 1º, v.g., Administración centralizada y descentralizada incluyendo entes autárquicos⁽⁸⁰⁾.

La reglamentación de la Ley 23.302, que data de 1989, a su vez, establece que las resoluciones de su presidente “son recurribles en los términos de la Ley de Procedimientos Administrativos y su reglamentación”⁽⁸¹⁾, sin proveer ulteriores precisiones. Ejemplo de esas resoluciones –manifestación del ejercicio de la Administración activa– es la “resolución fundada” que se dicte bajo la Ley 23.302, art. 5º, inc. h)⁽⁸²⁾.

1.2.) Extremos que aclaran la cuestión de si el INAI es entidad descentralizada en grado de autarquía

De la práctica fiscal surgiría que, en su momento, el Ministerio de Desarrollo Social resolvió recursos de alzada contra actos del INAI⁽⁸³⁾.

En cierta literatura oficial se califica al INAI como “organismo autárquico”⁽⁸⁴⁾. Ello guardaría armonía con los extremos relativos a que el INAI posee sus propios recursos⁽⁸⁵⁾; puede estar en juicio como actora⁽⁸⁶⁾ y como demandada⁽⁸⁷⁾; puede ejercer el dominio⁽⁸⁸⁾.

1.3.) Mi opinión

La descentralización administrativa implica atribución de subjetividad o personalidad jurídica: caso contrario se estaría ante la mera desconcentración orgánica, con un órgano integrante de la persona jurídica respectiva. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha efectuado una interpretación amplia del concepto de descentralización⁽⁸⁹⁾; y

(78) Ley 23.302, art. 6º, inc. a): “Corresponde al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas: a) Actuar como organismo de aplicación de la presente ley, velando por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos;”

(79) Ver Dto. 333/1985, B.O. 20/3/1985, de aprobación de las “Normas para la elaboración, redacción y diligenciamiento de los proyectos de actos y documentación administrativa,” art. 2º: “Las normas aprobadas por el artículo 1º serán de aplicación obligatoria y estricta en todo el ámbito de la Administración Pública Nacional (administración central, organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado cualquiera sea su denominación o naturaleza jurídica. En las empresas y sociedades del Estado, únicamente en sus relaciones con la Administración Pública)”.

(80) Ley 19.549, art. 1º: “Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad (...)”.

(81) Dto. 155/1989, art. 5º *in fine*.

(82) Ley 23.302, art. 5º: “El Presidente será el titular del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y como tal tendrá autoridad para dirigir sus trabajos y será responsable de sus actividades. En particular: (...) h) Decidirá mediante resolución fundada la adjudicación de tierras cuya propiedad hubiese sido transferida por el Poder Ejecutivo Nacional, las provincias, los municipios o personas de derecho privado, al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y suscribirá los instrumentos de transferencia del dominio (...)”.

(83) PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN (2013) Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza, S.C. N.229.LXII, del 2/7/2013. Disponible en: https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2013/07/N_229_L_42_Neuquen.pdf (último acceso: 6/6/2022)

(84) AZZALI, Javier – BARBERI, Paula (s/f), El derecho a la personalidad jurídica de las comunidades indígenas, Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Referencia Jurídica e Investigación, Estudios sobre Jurisprudencia, esp. n. 11. Disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2019.02.%20El%20derecho%20a%20la%20personalidad%20jur%C3%ADdica%20de%20las%20comunidades%20ind%C3%ADgenas.pdf> (último acceso: 6/6/2022).

(85) Ley 23.302, esp. art. 24, y Dto. 155/1989, B.O. 17/2/1989, art. 25, para épocas de normalidad. Ley 26.160, art. 4º, para épocas de emergencia declarada.

(86) Dto. 155/1998, art. 23: “Si el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas constatare que los adjudicatarios de tierras que hubiesen adquirido el dominio en virtud de la Ley 23302 no cumplieren con las obligaciones impuestas por su artículo 12, podrá demandar judicialmente su restitución”.

(87) Ver PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN (2007) Dictamen 192, del 20/7/2007. Disponible en: <https://api.ptn.gob.ar/files/262-212.pdf> (último acceso: 6/6/2022).

(88) Dto. 155/1998, art. 24: “Antes de volver la tierra a propiedad de la Nación, Provincia o Municipio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 23.302 o del artículo 23 de esta Reglamentación, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas ejercerá su dominio por el término de dos años durante los cuales podrá (...)”.

(89) La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A., Fallos: 311: 750, del 12/5/1988, esp. sección III,

elevada doctrina ha equiparado descentralización administrativa con autarquía⁽⁹⁰⁾.

De tal modo, entiendo que puede calificarse al INAI como equiparable una entidad que, desde el punto de vista de la organización administrativa, se halla descentralizada en grado de autarquía. En consecuencia, sus decisiones serían recurribles mediante el recurso de alzada, y tal aserto se ve corroborado por la evidencia práctica ya reseñada⁽⁹¹⁾.

No afecta esta interpretación el que la Ley 23.302 haya previsto un recurso directo contra ciertas decisiones del INAI⁽⁹²⁾, ya que, en todo caso, ello marca la diferencia respecto de ante cuál instancia judicial federal se apela a los fines de la obtención de la revisión judicial.

2. Organización administrativa y publicidad de las normas (una digresión)

La organización administrativa interna del citado ente, originariamente establecida en la L. 23.302, fue modificada a lo largo de los años por medio de resoluciones no siempre accesibles⁽⁹³⁾ según el propio Instituto incluso reconoce⁽⁹⁴⁾.

Resultado de interés señalar que las normas se refieren a órganos del citado Instituto como si se hallaran alojados fuera de la propia organización administrativa de éste; así, Ley 26.160, art. 3º, establece que el INAI “promoverá las acciones que fueren menester con el Consejo de Participación Indígena (...)”. Promover esas acciones, junto “con” uno de sus órganos, en tanto consejo que funciona en su “ámbito,” según la norma de creación de dicho Consejo, parecería redundante⁽⁹⁵⁾.

tercer párr. del dictamen de la procuración General de la Nación, que la Corte Suprema hace propio y al cual remite: “El concepto de descentralización, propio de las técnicas de organización administrativa, es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización (Administración Pública Nacional, Provincial y Municipal...”.

(90) MARIENHOFF, Miguel S. (1990), Tratado de Derecho administrativo, Buenos Aires: Abeledo Perrot, cuarta edición actualizada, t. I, p. 618: “La descentralización presenta dos formas esenciales: a) Aquella donde el órgano respectivo hállese dotado de personalidad. Es la descentralización orgánica o subjetiva, llamada también ‘autárquica’ (...). En este supuesto, el órgano, aparte de las funciones que se le han asignado, tiene personalidad jurídica”.

(91) Ver nota al pie 83, *supra*.

(92) Ver Ley 23.302, esp. art. 6º: “Corresponde al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas: (...) c) Llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas y disponer la inscripción de las comunidades que lo soliciten y resolver, en su caso, la cancelación de la inscripción, para todo lo cual deberá coordinar su acción con los gobiernos provinciales y prestar el asesoramiento necesario para facilitar los trámites. Las resoluciones del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, relativas a la inscripción de las comunidades, así como a su cancelación, serán apelables ante la Cámara Federal del lugar dentro del plazo de diez (10) días; (...)”.

(93) Orgánicamente, el INAI estaría compuesto por una presidencia, una vicepresidencia y cinco direcciones; en la Dirección de Afirmitación de los Derechos Indígenas, DADI, funcionarían tres consejos, entre los que se incluye el Consejo de Participación Indígena. Se sigue la información publicada en: <https://www.argentina.gob.ar/derechos-humanos/inai> (último acceso: 25/5/2022). Cfr. organigrama disponible en: <https://mapadeleestado.jefatura.gob.ar/organigramas/inai.pdf> (último acceso: 6/6/2022).

No todas las normas sobre organización del INAI están publicadas en el Boletín Oficial; así, por ejemplo, no he logrado ubicar la Resolución INAI 152/2004 del 6/8/2004, de creación del Consejo de Participación Indígena, y su modificatoria, Resolución INAI 301/2004; ello cual resulta llamativo a efectos de interpretar normas posteriores, como la Resolución INAI 41/2008, B.O. 19/1/2009, cuyo art. 4º deja sin efecto el art. 7º de la Resolución INAI 152/2004; también resulta llamativo pues se la cita en proyectos de ley, publicados online, y que se la cite en el propio Decreto 1122/2007, B.O. 27/8/2007, cons. 8º.

Tampoco he logrado ubicar la Res. INAI 456/2011 y la Res. INAI 369/2011, que aparecen citadas en el visto de la Res. INAI 587/2007, B.O. 31/10/2007, que constituye la reglamentación de la Ley 26.160 de emergencia indígena, resolución ésta última que, en INFOLEG, se titula “Crease el Programa Nacional de ‘Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas - Ejecución de la Ley N° 26.160’”. Esta resolución, además, cita en su visto la Res. INAI 152/2004, la cual, como apunté en el párrafo precedente, tampoco está publicada.

(94) DEMICHELI CALCAGNO, Sebastián - CANET, Viviana - VIROSTA, Leticia (comps.) (2015), Derechos de los pueblos indígenas en la Argentina. Una compilación, Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos, esp. p. 120, nota del editor. Disponible en: <http://www.jus.gob.ar/media/3114381/derechos-de-los-pueblos-indigenas-121115.pdf> (último acceso: 6/6/2022).

(95) Se acude al texto publicado en DEMICHELI CALCAGNO, Sebastián - CANET, Viviana - VIROSTA, Leticia (comps.) (2015) Derechos de los pueblos indígenas en la Argentina. Una compilación, Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos, esp. p. 122. Disponible en: <http://www.jus.gob.ar/media/3114381/derechos-de-los-pueblos-indigenas-121115.pdf> (último acceso: 6/6/2022).

3. Bajo la Ley 26.160

En su momento, la Ley 23.302, de 1985, otorgó competencias al Instituto que creaba⁽⁹⁶⁾ y, posteriormente, la Ley 26.160⁽⁹⁷⁾, de 2006, confirió, al INAI, competencias durante el plazo de la emergencia declarada en dicha ley⁽⁹⁸⁾. Estas competencias, propias de la emergencia declarada por el Congreso, fueron modificadas en 2021 por Dto. 805/2021⁽⁹⁹⁾. De tal modo, pueden distinguirse competencias del INAI para épocas de normalidad –tales las emergentes de la Ley 23.302–, y competencias del INAI para períodos de emergencia –tales los que surgen de la Ley 26.160. Va de suyo que la Ley 26.160, en tanto ley de emergencia, es decir, en tanto norma de carácter excepcional, es de interpretación estricta⁽¹⁰⁰⁾ y, salvo que medie cosa juzgada, no genera derechos definitivamente incorporados al patrimonio⁽¹⁰¹⁾.

Ni la Ley 26.160 ni el Dto. 805/2021 modificaron, en forma explícita, la naturaleza del INAI desde el punto de vista de la organización administrativa, con lo que dicho Instituto continúa siendo una entidad descentralizada conforme a la Ley 23302, art. 5°.

4. Efectos

De acuerdo con lo expuesto, se conciba, en general, a dicho Instituto como entidad descentralizada, o como específica entidad descentralizada en grado de autarquía, queda fatalmente comprendido en los alcances de la Ley 19.549, art. 1°, y sus específicas previsiones de neural importancia en una república.

b) Participación en el procedimiento de relevamiento técnico, jurídico y catastral de la Ley 26.160

A primera vista, la Ley 26.160 no prevé, literalmente, la participación procedimental de los dueños o legítimos

(96) Ley 23.302, esp. art. 6°: “Corresponde al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas: a) Actuar como organismo de aplicación de la presente ley, velando por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos; b) Dictar su reglamento funcional, normas de aplicación y proponer las que correspondan a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo; c) Llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas y disponer la inscripción de las comunidades que lo soliciten y resolver, en su caso, la cancelación de la inscripción, para todo lo cual deberá coordinar su acción con los gobiernos provinciales y prestar el asesoramiento necesario para facilitar los trámites. Las resoluciones del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, relativas a la inscripción de las comunidades, así como a su cancelación, serán apelables ante la Cámara Federal del lugar dentro del plazo de diez (10) días; d) Elaborar e implementar planes de adjudicación y explotación de las tierras, de educación y de salud; e) Proponer el presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y asesorar en todo lo relativo a fomento, promoción y desarrollo de las comunidades indígenas del país”.

(97) Ley 26.160, B.O. 29/11/2006. La última prórroga del plazo de la emergencia hoy vigente es por Dto. 805/2021, B.O. 18/11/2021.

(98) Ley 26.160, esp. art. 3°: “Durante los tres primeros años, contados a partir de la vigencia de esta ley, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas deberá realizar el relevamiento técnico –jurídico–catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas y promoverá las acciones que fueren menester con el Consejo de Participación Indígena, los Institutos Aborígenes Provinciales, Universidades Nacionales, Entidades Nacionales, Provinciales y Municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones no Gubernamentales”.

(99) Ley 26.160, art. 3°, texto según Dto. 805/2021, B.O. 18/11/2021: “Durante la vigencia del plazo de la emergencia declarada, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, organismo descentralizado en el ámbito de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, deberá realizar el relevamiento técnico – jurídico - catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas, dar intervención al Estado Provincial y los Estados Municipales implicados y en caso de corresponder a la Administración de Parques Nacionales, organismo descentralizado en el ámbito de Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y promoverá las acciones que fueren menester con el Consejo de Participación Indígena, los Institutos Indígenas Provinciales, Universidades Nacionales, Provinciales y Municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones No Gubernamentales” (el destacado no es del original).

(100) Ha dicho la Corte Suprema que las “normas de carácter excepcional, que restringen, por causas de emergencia, derechos amparados por la Constitución Nacional” han de ser pasibles de “interpretación estricta” pues tal modalidad de interpretación “es la que mejor preserva los principios y garantías de [la Constitución Nacional]”. Velázquez, Beltrán Eduardo o Eduardo Beltrán c/ Vallejo Sáenz, Francisco s/ desalojo, Fallos: 255: 119, del 20/3/1963, esp. cons. 2°, in fine. En igual sentido, Arancibia Clavel, Enrique L., Fallos: 302: 973, del 9/12/1980, esp. cons. 4°.

(101) Lanfranchi de Escala, Juana y otros c/ Jaureguiberry, Luis Raúl, Fallos: 271: 58, del 17/6/1968, con cita de Fallos: 266: 206 y los allí citados: “Los beneficios acordados por las leyes de emergencia, mientras no hayan sido reconocidos por sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada, no comportan un derecho definitivamente incorporado al patrimonio”.

tenedores de las tierras a ser relevadas técnica, jurídica y catastralmente por el INAI bajo el art. 3° de la citada Ley.

Ahora, según lo analizado en esta misma sección, en el acápite precedente, resulta claro que la calidad de ente descentralizado del Instituto que realiza los mentados relevamientos lo sujeta a lo prescripto en la Ley 19.549, art. 1°, inc. f). Ello, en especial, en lo relativo al deber de que sus procedimientos se ajusten al trascendente requisito ya estudiado; en la especie, que se cumpla con “(...) Debido proceso adjetivo: f) Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad: Derecho a ser oído: 1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente (...)”.

La verificación, en sede judicial, del cumplimiento del recaudo de ser oído antes de la emisión del acto que afecte propios derechos o intereses, puede ser ilustrada con una serie de precedentes de larga data, incluso anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 19.549⁽¹⁰²⁾. Dicha jurisprudencia brinda, al “haber sido oído en sede administrativa”⁽¹⁰³⁾, naturaleza de “garantía” y de “derecho”.

¿Coadyuva a tal temperamento lo prescripto en la reglamentación de la Ley 26.160? Me refiero a la Res. INAI 587/2007, la cual, en su anexo, n° 3.2., establece que el marco legal del programa de relevamientos técnicos, jurídicos y catastrales comprende “las leyes nacionales específicas, en primer lugar, la Ley 23302”⁽¹⁰⁴⁾ sin incluir, en la enumeración, a la Ley 19.549. Pues bien, la Ley 19.549, de Procedimientos Administrativos, si bien no enumerada en ese n° 3.2., puede considerarse como una de esas “leyes nacionales” vinculantes para el INAI. Una interpretación en contrario colisionaría con la Constitución Nacional misma, art. 18 pues un ente, que claramente se halla comprendido en el ámbito definido en la Ley 19.549, art. 1° en tanto entidad descentralizada, no podría evadir sus efectos.

La norma antes transcrita, Ley 19.549, art. 1°, inc. f), a su vez, resulta de importancia nuclear de cara a lo prescripto en la Ley 19.549, art. 7°, inc. d)⁽¹⁰⁵⁾, y el eventual juicio sobre la validez o nulidad de la respectiva decisión de cara a los requisitos del acto administrativo, que la citada ley establece. En efecto, un acto administrativo puede ser declarado nulo si no se cumplen, previo a su dictado, los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, en forma expresa o implícita en las normas⁽¹⁰⁶⁾. Ello, en especial, cuando el acto pudiera afectar “derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados”⁽¹⁰⁷⁾.

Por aplicación de la Ley 19.549, art. 7°, inc. d), los interesados en los relevamientos técnicos, jurídicos y catastrales deberían poder ser oídos en dichos procedimientos a

(102) Ver: Ferrocarril Gran Oeste Argentino c/ Dirección de Ferrocarriles Nacionales por devolución de una multa, Fallos: 104: 128, del 7/4/1906, esp. p. 137; y Consejo Nacional de Educación solicitando se declaren vacantes los bienes que pertenecieron al Club Orfeón Argentino, Fallos: 125: 168, del 17/3/1917, esp. cons. 8° en p. 185.

(103) Ferrocarril Gran Oeste Argentino c/ Dirección de Ferrocarriles Nacionales por devolución de una multa, Fallos: 104: 128, del 7/4/1906, esp. p. 137: “[D]e hecho, la [defensa] del Gran Oeste Argentino no ha sido privada de la garantía del art. 18 de la Ley Fundamental; lo que vale decir que no existe en el sub judice caso concreto de desconocimiento de un derecho, o decisión contraria al mismo, y desaparece así el fundamento del recurso autorizado por el art. 14, incl. 3° de la ley núm. 48”.

Consejo Nacional de Educación solicitando se declaren vacantes los bienes que pertenecieron al Club Orfeón Argentino, Fallos: 125: 168, del 17/3/1917, esp. cons. 8° en p. 185: “Que no puede decirse desconocida la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos que consagra el art. 18 de la Constitución desde que la Sociedad fue oída en el expediente administrativo (...)”.

(104) Res. INAI 587/2007, B.O. 31/10/2007, n° 3.2.4.: “Las leyes nacionales específicas, en primer lugar, la ley nacional N° 23302 de Política indígena y de apoyo a las comunidades aborígenes en cuanto no se oponga a los derechos establecidos en las normas antes citadas y la recientemente sancionada ley nacional N° 26.160 de Emergencia de la propiedad comunitaria indígena y; (...)”.

(105) Ley 19.549, art. 7°, inc. d): “Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: (...) Procedimientos: d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos”.

(106) Criterio normativo, rezeptado en Duperial S.A.I.C. c/ Nación, Fallos: 301: 953, del 25/10/1979, cons. 6°, segundo párr.

(107) Cerámica San Lorenzo S.A.I.C. c/ Nación, Fallos: 295: 1017, del 30/9/1976, cons. 4° in fine.

tenor de lo establecido en la Ley 19.549, art. 1º, inc. f). A tal fin, se les debería hacer saber acerca del procedimiento de relevamiento técnico, jurídico y catastral, gestado –o de inminente gestación– en sede administrativa. De tal modo, los interesados podrían esgrimir sus derechos y ejercer sus defensas. Ello, so pena de invalidez del acto por aplicación de la Ley 19.549, art. 7º, inc. d), razonaríamos.

Mas la realidad de la tramitación de los expedientes de relevamientos técnicos, jurídicos y catastrales de la Ley 26.160 parecería hacer caso omiso de ese razonamiento. La medulosa sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en Friedrich⁽¹⁰⁸⁾ nos ilustra sobre la realidad de las alternativas derivadas de cómo se administran, en sede administrativa, los expedientes en los que tramita un procedimiento de relevamiento de la L. 26.160.

1. Subplanteo. El caso Friedrich

En Friedrich, los hechos relevantes del caso son los siguientes⁽¹⁰⁹⁾:

- 29/11/2001: suscripción de boleto de compraventa; el Sr. Buenuleo vende sus 90 has. al Sr. Thieck;
- 14/4/2009: suscripción de boleto de compraventa; el Sr. Thieck cede su boleto de compraventa al Sr. Friedrich;
- 2014: se inicia proceso judicial de usurpación;
- 10/9/2019: un conjunto de personas (incluyendo una de apellido Buenuleo) intrusan y ocupan el inmueble;
- 16/9/2019: la Justicia provincial de garantías ordena el desalojo del predio;
- 22/9/2020: el Tribunal de Impugnación provincial da por configurado el delito de usurpación del inmueble;
- 23/9/2020: el Boletín Oficial publica la Res. INAI 90/2020,⁽¹¹⁰⁾ que da por cumplido el relevamiento técnico, jurídico y catastral y reconoce la posesión por parte de la Comunidad Buenuleo en una cierta superficie georeferenciada, que incluye propiedad inmueble del Sr. Friedrich;
- 15/10/2020: se inicia acción de amparo ante la Justicia Contencioso Administrativo Federal de Primera instancia a fin de que se declare la nulidad de la Res. INAI 90/2020.

En lo principal, interesa destacar que el actor, a lo largo de la tramitación administrativa que tributara a la elaboración y suscripción de la Res. INAI 90/2020, nunca tuvo participación alguna. Ello surgiría, implícitamente, tanto de la motivación del acto impugnado –v.gr., sus considerandos–⁽¹¹¹⁾, como del cuidadoso relato de antecedentes que se efectúa en la citada sentencia⁽¹¹²⁾.

(108) Ver CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021. Para un comentario a dicha sentencia, desde un punto de vista constitucional y global, en especial bajo el Convenio OIT 169, ver, con provecho, SIANO, Juan Martín [2022] “El reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena en el contexto constitucional: breves reflexiones a propósito del fallo Friedrich” El Dial, DC2FD7.

(109) Se compulsan CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, esp. cons. 1º; publicaciones en el Boletín Oficial; y constancias emergentes de la webpage del Poder Judicial de la Nación tab “Consulta de Causas”, recuperables previa identificación del Fuero y número de expediente.

(110) Resolución INAI 90/2020, B.O. 23/9/2020, cuya parte dispositiva establece:

“Artículo 1º. Dese por cumplido el Relevamiento Técnico, Jurídico y Catastral dispuesto por el Artículo 3º de la Ley Nacional Nº 26.160, Decreto PEN Nº 1122/07 y la Resolución INAI Nº 587/07 en la Comunidad Lof Che Buenuleo, perteneciente al Pueblo Mapuche, con asiento en la provincia de Río Negro, con Personería Jurídica Resolución Nº 116 del 14 de marzo de 2011, registrada bajo el Nº 31, de la Inspección General de Personas Jurídicas de la provincia de Río Negro.

Artículo 2º. Reconócese la ocupación actual, tradicional y pública de la Comunidad Lof Che Buenuleo, perteneciente al Pueblo Mapuche, con asiento en la provincia de Río Negro, con Personería Jurídica Resolución Nº 116 del 14 de marzo de 2011, registrada bajo el Nº 31, de la Inspección General de Personas Jurídicas de la provincia de Río Negro, respecto de la superficie georeferenciada, que figura como Anexo I (IF 2020-61196662-APN-DTYRNCI#INAI).

Artículo 3º. Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/342492/norma.htm> (texto de la resolución) (último acceso: 6/6/2022) y en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/342492/res90.pdf> (anexo) (último acceso: 6/6/2022).

(111) Resolución citada en nota al pie 110, *supra*.

(112) Ver, en especial, CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, cons. 1º: se alegó que “a pesar de no haber sido convocado, ni participado del expediente administrativo en el que derivó el dictado de la Resolución Nº90/2020, la misma afecta de manera directa e inmediata al Sr. Friedrich”.

El Tribunal concluyó en la nulidad del acto impugnado. Y al así hacer –entendiendo– nos ha brindado una fundada clase magistral sobre cómo debe concebirse al procedimiento administrativo en un sistema republicano de gobierno.

La lectura del pronunciamiento permite reflexionar, desde una plataforma iusadministrativa, acerca de sus enseñanzas y determinaciones, en particular, en materia de: primero, si existe un derecho a participar en el procedimiento administrativo, bajo la Ley 19.549, art. 1º, inc. f), en el marco de un procedimiento de relevamiento técnico, jurídico y catastral bajo la Ley 26.160 (ap. 2, *infra*); segundo, qué comprendería ese derecho (ap. 3, *infra*); tercero, a quiénes asistiría ese derecho, sea en forma directa por mediar agravio individualizado, o indirecta (ap. 4, *infra*). Y más allá del citado decisorio, cabe inquirir en lo relativo a cómo se petitionería ese derecho a efectos de su efectivización, sea en sede administrativa, sea en sede judicial (ap. 5, *infra*); y cuáles serían las alternativas en caso de que no se posibilitara la efectivización del derecho a participar en los mentados relevamientos (ap. 6, *infra*). Veamos:

2. Participar en el procedimiento administrativo, bajo la Ley 19.549, art. 1º, inc. f), en un procedimiento de relevamiento técnico, jurídico y catastral de la Ley 26.160: Un derecho, y un deber

Como se concluyera en la sección III, el debido proceso adjetivo, corporizado en la Ley 19.549, art. 1º, inc. f), se manifiesta como garantía de defensa en los procedimientos administrativos. El mismo comprende, según expresa la norma, literalmente, el derecho a ser oído antes de que se emite el acto que afecte derechos subjetivos o intereses legítimos del administrado. Se trata, indudablemente, de un derecho, que, en tanto incumplido, pondría en crisis la decisión que se adopte por virtud de la Ley 19.549, art. 7º, inc. d).

Tal temperamento se plasma prístinamente en Friedrich, cuando el Tribunal estudia “(...) [e]l cumplimiento del requisito establecido por el 7º, inc. d, de la mencionada ley 19.549, imprescindible para convalidar la legitimidad del acto impugnado”. En punto a tal recaudo, se afirma: [A]ntes de la emisión de cualquier acto administrativo, ‘deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico’. La jurisprudencia y la doctrina están contestes en que tal exigencia resulta comprensiva del pleno respeto al ‘debido proceso adjetivo’, consagrado en forma expresa en el art. 1º, inc. f, de aquel cuerpo legal, que garantiza el derecho de los interesados a ser oídos, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada (...)”⁽¹¹³⁾.

La calidad de “derecho”, exigible por parte de los interesados, surge de la citada sentencia cuando consagra el criterio legal de “derecho de los interesados a ser oídos” en la parte final de la transcripción efectuada. Este derecho se refleja, asimismo, en Friedrich, enunciativamente, como “intervención de los sujetos cuyos derechos puedan verse comprometidos”⁽¹¹⁴⁾; “el debido ejercicio de derecho de derecho de defensa”⁽¹¹⁵⁾; “el derecho de defensa de las partes implicadas”⁽¹¹⁶⁾; “derecho de defensa y del debido proceso adjetivo de los sujetos interesados”⁽¹¹⁷⁾. Dada la verificación judicial de no intervención del actor, en el procedimiento administrativo respectivo, pese al título de aquél, el Tribunal concluye en que, al actor, se le impidió el ejercicio de un derecho que le asistía: el actor debió haber tenido “la oportunidad de participar y ejercer su derecho de defensa en el procedimiento [administrativo] (...)”⁽¹¹⁸⁾.

(113) CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, cons. 9º.

(114) CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, cons. 10.

(115) CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, cons. 11.

(116) CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, cons. 12.

(117) CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, cons. 13.

(118) CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, cons. 14. Similar tesitura surge del cons. 16 *in fine*.

Desde una perspectiva general, el debido proceso adjetivo, y, en especial, el derecho a ser oído, puede ser invocado, por el administrado, frente al INAI pues el mismo es una entidad descentralizada, equiparable a una entidad autárquica, como se concluyera en esta sección IV, acápite a), supra, y sobre dicha entidad pesa el deber de cumplir con los procedimientos que establece la Ley procedimental que le es aplicable dada su naturaleza jurídica: la Ley 19.549. Tiene ese deber, sea al interpretar la Ley 23302, y su reglamentación, o al interpretar la Ley 26.160 y su reglamentación. Se trata de la aplicación, por parte del citado ente, de aquella ley que, como enseña la Corte Suprema, “establece las normas básicas a que deben sujetarse los procedimientos administrativos, [y] fija su ámbito de aplicación en la Administración Pública Nacional, aclarando que se trata tanto de la centralizada como de la descentralizada (...)”⁽¹¹⁹⁾ (el destacado es del original). A su vez, el no acatamiento, por parte del citado ente, de lo prescripto en la Ley 19.549, en especial su art. 1º, inc. f), deberá ser sopesado bajo la Ley 19.549, art. 7º, inc. d), que exige el debido proceso adjetivo previo al dictado del acto a los fines del juicio sobre su validez o invalidez. Ello es lo que se hizo en Friedrich al declararse la invalidez del acto, en tanto “la Administración no aseguró la intervención del Sr. Friedrich durante el procedimiento”⁽¹²⁰⁾.

En suma, puedo poner de resalto que Friedrich, con lógico criterio, califica a los relevamientos técnicos, jurídicos y catastrales de la Ley 26.160 como procedimientos administrativos sujetos a la Ley 19.549, y consagra el derecho, de un afectado directo, como el allí actor, a “intervenir” o “participar” en el respectivo procedimiento administrativo bajo la Ley 19.549, art. 1º, inc. f), so pena de invalidez del eventual acto a dictarse por omisión de cumplimiento del debido proceso adjetivo previo a su dictado bajo la Ley 19.549, art. 7º, inc. d).

Esa intervención o participación de la administración es “debida” a los fines de asegurar la “legitimidad y eficacia de los procedimientos administrativos implementados”⁽¹²¹⁾, como explica clásica jurisprudencia. Esa intervención o participación, en el procedimiento, además de ser un “derecho” del administrado, constituirá, en punto a garantizarla, un “deber” de la Administración. Esto último, a los fines de que, en lo principal, sus decisiones sean, al final, “plenamente operativas”, como puntualiza, con todo tino, el Tribunal en Friedrich⁽¹²²⁾.

3. Qué comprende ese derecho

El derecho de participar en el procedimiento administrativo comprende, entre otros extremos que enumera la Ley 19.549, art. 1º, inc. f), el primordial derecho, del administrado, de “exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente (...)”⁽¹²³⁾. Ya vimos, en el planteo de este trabajo (sección I), la concatenación entre los apartados 1 a 3 del inciso f) citado.

En el plano temporal, el mentado derecho tiene que poder ser esgrimido “antes” de la emisión del acto. Ello no se corrobora en la realidad de las resoluciones de conclusión de relevamiento y reconocimiento de ocupación –emitidas bajo la Ley 26.160– que pueden consultarse online; de ellas no surge que haya mediado participación, en el procedimiento de relevamiento, por parte del propietario o tenedor legítimo de las tierras involucradas⁽¹²⁴⁾.

(119) La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A., Fallos: 311: 750, del 12/5/1988, esp. sección III, segundo párr. del dictamen de la Procuración General de la Nación, que la Corte Suprema hace propio y al cual remite.

(120) CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, cons. 15.

(121) CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, cons. 18.

(122) Ídem nota al pie 121, supra.

(123) La Corte Suprema ha puesto de resalto el recaudo de “participación adecuada en los procedimientos” en Tapia, Masima c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ amparo, Fallos: 337: 1037, del 23/9/2014, esp. cons. 7º, al requerir que “se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los temas cuestionados con el objeto de resguardar la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional y 1º, inc. f, de la Ley 19.549) (...)”.

(124) Cfr. texto de Resolución INAI 38/2022, B.O. 17/5/2022; Resolución INAI 48/2022, B.O. 13/5/2022; Resolución INAI 23/2022, B.O. 13/4/2022; Resolución INAI 27/2022, B.O.

Entiendo que el ejercicio del derecho a ser oído comprenderá poder acceder, bajo diversas modalidades, a aquella información o datos que sean necesarios para elaborar “razones” y poder “exponerlas,” sea como pretensiones, sea como defensas.

De tal modo, para elaborar intelectualmente esas “razones” –y el ser humano implica razón, en la ética aristotélica⁽¹²⁵⁾, el administrado –no anoticiado acerca del relevamiento– debería, al menos y en primer lugar, poder acceder a diversas fuentes de información en sentido lato a fin de dotar de fundamentos a sus razones.

Enunciativamente, y en forma oportuna, debería poder: (i) acceder a información de acceso público, en poder del INAI, bajo la Ley 27.275; (ii) solicitar acceso a las actuaciones que tramiten ante el INAI, en especial bajo el régimen del art. 38 del Reglamento de Procedimientos Administrativos; (iii) efectuar presentaciones ante el INAI bajo la Ley 25.326 de habeas data y protección de datos personales; entre otros medios que el ordenamiento jurídico ofrece. Luego, el acceso a información lato sensu, mediante esos diversos medios, posibilitará que el interesado pueda elaborar, intelectualmente, razones “útiles” para la Administración⁽¹²⁶⁾.

La subsecuente exposición de “las razones” ante el ente descentralizado podrá efectuarse por medio de las herramientas procedimentales que ofrece la propia Ley 19.549 y su reglamentación a favor de quienes se hallan alcanzados, en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, por el acto; v.gr., recursos administrativos, pedidos de suspensión de los efectos del acto, entre otros. Ello, sin perjuicio de la vía judicial.

4. A quiénes asiste ese derecho, sea en forma directa o indirecta

La previsión normativa de Ley 19.549, art. 1º, inc. f), ya transcripto, evidencia un sustento objetivo y otro subjetivo.

En el plano objetivo, tienen que hallarse involucrados “derechos subjetivos o intereses legítimos”. Ello excluye la categoría jurídica “interés simple”. Se ha argüido, con sobrado sustento, a favor de la eliminación de la diferenciación entre derechos subjetivos e intereses legítimos⁽¹²⁷⁾. A todo evento, la norma emplea la conjunción adversativa “o,” con lo que no cabe distinguir donde la ley no distingue.

En el plano subjetivo, puedo efectuar el siguiente distinguo:

4.1.) Afectado directo (dueño de las tierras o su legítimo tenedor)

¿Podría el dueño de las tierras (o un tenedor legítimo de las mismas), como una suerte de afectado directo, presentarse ante el ente descentralizado a los fines reseñados antes, en el acápite 3)?

13/4/2022; Resolución INAI 12/2022, B.O. 10/3/2022; Resolución INAI 21/2022, B.O. 10/3/2022; Resolución INAI 6/2022, B.O. 3/2/2022; Resolución INAI 173/2021, B.O. 14/1/2022; Resolución INAI 136/2021, B.O. 20/12/2021; Resolución INAI 89/2021, B.O. 15/10/2021; Resolución INAI 91/2021, B.O. 15/10/2021; Resolución INAI 57/2021, B.O. 3/8/2021; Resolución INAI 69/2021, B.O. 14/7/2021; Resolución INAI 46/2021, B.O. 2/6/2021; Resolución 34/2021, B.O. 14/3/2021; Resolución INAI 40/2021, B.O. 14/5/2021; Resolución INAI 41/2021, B.O. 14/5/2021; Resolución INAI 43/2021, B.O. 14/5/2021; Resolución INAI 44/2021, B.O. 14/5/2021; Resolución INAI 14/2021, B.O. 13/5/2021; Resolución INAI 31/2021, B.O. 13/5/2021; Resolución INAI 32/2021, B.O. 13/5/2021; Resolución INAI 33/2021, B.O. 13/5/2021; entre muchas otras.

(125) ARISTÓTELES (1985) Ética nicomáquea, Madrid: Gredos, Carlos García Gual (as.) y Quintín Racionero Carmona (rev. de trad.), I.7, esp. pp. 141-142: “Si, entonces, la función propia del hombre es una actividad del alma según la razón, o que implica la razón, y si, por otra parte, decimos que esta función es propia del hombre y del hombre bueno (...), decimos que la función del hombre es una cierta vida, y ésta es una actividad del alma y unas acciones razonable (...)”. Disponible en: http://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Aristoteles_Etica-a-Nicomaco-Etica-Eudemia-Gredos.pdf (último acceso: 6/6/2022).

(126) Recordemos que, en Friedrich, el Tribunal enfatizó, con todo tino, que se trata de que, eventualmente, las decisiones del INAI puedan ser “operativas”. Ver ídem nota al pie 121, supra.

(127) En tal sentido, MAIRAL, Héctor A. (2021), Control judicial de la Administración pública, Buenos Aires: La Ley, p. 225, en punto a la diferenciación en el Derecho italiano: “Las categorías de derecho subjetivo e interés legítimo responden a una necesidad de diferenciar la jurisdicción judicial de la administrativa, por lo cual carecen de razón de ser en gran medida cuando existe, como en nuestro derecho, una jurisdicción única”. DATES, Luis E. (2013) Hacia la superación de la categoría del interés legítimo. Un nuevo enfoque sobre las situaciones jurídicas subjetivas del Derecho administrativo, Buenos Aires: Ediciones Rap.

Según el CCyCN, hay posesión cuando se ejerce poder de hecho sobre una cosa como “titular de un derecho real”⁽¹²⁸⁾ y el dominio es un “derecho real”⁽¹²⁹⁾. El derecho real de dominio: (i) brinda “todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa;” es, entre otros caracteres, excluyente⁽¹³⁰⁾; (ii) se extiende, en principio, al subsuelo y espacio aéreo, y todas las construcciones, siembras y plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño: las únicas excepciones legales a estos alcances son respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie⁽¹³¹⁾. Desde esta plataforma normativa, no podría negarse que el propietario poseerá un derecho subjetivo a los fines de peticionar ante la autoridad administrativa por que se le garantice su derecho a ser oído bajo la Ley 19.549, art. 1º, inc. f), esp. ap. 1). Tal interpretación tendría que comprender, al menos, figuras que conllevan poderes jurídicos, sobre la cosa, similares a los propios del dominio⁽¹³²⁾.

¿Podría considerarse también legitimado activamente a un mero tenedor legítimo de las tierras, como ser un locatario? Recordemos que la tenencia coloca, en cabeza del tenedor, el carácter de “representante” del poseedor⁽¹³³⁾. En lo que aquí interesa, ese poseedor será el dueño o propietario, y el tenedor, al aparecer como representante del poseedor (dueño o propietario, en la especie), haría las veces de “agente de la posesión”. Finalmente, así como el poseedor puede ejercer acciones posesorias, el tenedor, bajo el CCyCN, puede ejercer acciones posesorias por hechos producidos contra el poseedor⁽¹³⁴⁾. El locatario es considerado, por la ley, como tenedor pues el contrato de locación puede recaer sobre cosas “cuya tenencia” esté en el comercio⁽¹³⁵⁾, por lo que lo expresado respecto de la tenencia le sería aplicable en su calidad de locador. Esta plataforma normativa, a efectos del tema que nos ocupa, se completa con la interpretación que enseguida vuelco:

Friedrich asiste al cesionario de un boleto de compraventa, así como al poseedor o tenedor legítimo, y el allí actor cumpliría –como enseguida veremos– ambas calidades a la vez. En el primer considerando del decisorio se alude a dos sentencias, una de las cuales había ya dado por configurado el delito de usurpación de las tierras del actor. Ese delito, en Argentina, desde 1995, protege, entre otros, los valores “posesión o tenencia” de un inmueble. Ello sella, por ende, la interpretación que se puede dar a la solución judicial brindada por el Tribunal: tendrá derecho a ser oído, bajo la L. 19.549, art. 1º, inc. f), ap. 1), el Sr. Friedrich, indistintamente como poseedor o tenedor legítimo con sentencia favorable de usurpación⁽¹³⁶⁾.

(128) CCyCN, art. 1909: “Posesión. Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no” (129) CCyCN, art. 1887: “Enumeración. Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; (...).”

(130) CCyCN, art. 1944: “El dominio es excluyente. El dueño puede excluir a extraños del uso, goce o disposición de la cosa, remover por propia autoridad los objetos puestos en ella, y encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas locales”.

(131) CCyCN, art. 1945: “Extensión. El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios.

El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales.

Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie.

Se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario”.

(132) Tales la del CCyCN, art. 1887, incs. b) a h), v.gr., condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerio privado, superficie, usufructo.

(133) CCyCN, art. 1940, inc. b): “El tenedor debe: (...) individualizar y comunicar al poseedor de quien es representante si se lo perturba en razón de la cosa, y de no hacerlo responde por los daños ocasionados al poseedor y pierde la garantía de evicción, si ésta corresponde; (...).”

En igual sentido, HIGHTON DE NOLASCO, ELENA (1988), “Posesión y tenencia” Id SAJ: DACA880029: “El tenedor reconoce que otro es el propietario o poseedor y que él lo representa en su posesión”. Disponible en: http://www.sajj.gov.ar/doctrina/daca880029-highton_de_nolasco-posesion_tenencia.htm (último acceso: 6/6/2022).

(134) CCyCN, art. 2245, ter párrafo, sobre legitimación.

En igual sentido, HIGHTON DE NOLASCO, ELENA (1988) “posesión y tenencia” Id SAJ: DACA880029: “Puede concluirse, que es factible otorgar defensas posesorias a los tenedores pues no es esencial para la distinción negar acciones al tenedor”.

(135) CCyCN, art. 1192.

(136) CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, esp. cons. 1º: “Agregó que, 22/09/2020, el Tribunal de Impugnación de la provincia de Río Negro se expidió en igual sentido en la causa “Buenuleo Ramiro y otros (comunidad Buenuleo)

Alternativamente, puede interpretarse que tendrá el derecho subjetivo o interés legítimo que exige la Ley 19.549, art. 1º, inc. f), esp. ap. 1), el cesionario de un boleto de compraventa del inmueble⁽¹³⁷⁾. Se trata de un inmueble del dominio privado, de un particular, y si en sede judicial se consideró al actor con suficiente legitimación procesal activa, tal recaudo se presupondría cumplido a efectos de las presentaciones en sede administrativa⁽¹³⁸⁾.

Entiendo que por cualquiera de las dos vías (sea invocando la calidad de cesionario del boleto de compraventa, o invocando la calidad de poseedor o tenedor legítimo con delito de usurpación comprobado judicialmente), resultarán “incuestionables los efectos directos que ocasiona sobre los intereses y derechos del Sr. Friedrich y, en consecuencia, la importancia de que tuviese la oportunidad de participar y ejercer su derecho de defensa en el procedimiento que concluyó con su dictado”⁽¹³⁹⁾.

También podría tener el derecho subjetivo o interés legítimo de la Ley 19.549, art. 1º, inc. f), el particular, titular de una concesión de uso de un bien del dominio público pues puede ser víctima de usurpación⁽¹⁴⁰⁾ ya que con la concesión se cede la tenencia⁽¹⁴¹⁾.

Asimismo, en la jurisprudencia, se ha equiparado dueño y tenedor legítimo a efectos de la asunción de la titularidad de una explotación determinada⁽¹⁴²⁾; y a efectos de la privación del uso de una cosa afectada a una tarea lucrativa⁽¹⁴³⁾. Por ende, el derecho subjetivo o interés legítimo en cuestión podría beneficiar a sus legítimos tenedores.

4.2.) Afectados indirectos

Aquí, estaríamos ante el supuesto de que, por ej., una asociación que nuclea a dueños o legítimos tenedores de tierras, tenga la expectativa de poder presentarse, por sus asociados, para peticionar por el derecho a participar en el procedimiento de relevamiento de tierras que incluyen las de éstos últimos.

Liminarmente, me pregunto si se aplica, a las asociaciones que nucleen a los dueños y/o tenedores legítimos

“/ usurpación”, reconociendo la posesión de las tierras en favor del actor y teniendo por configurado el delito de usurpación por parte de los denunciados. Destacó que, en uno de los votos de esa sentencia, se concluyó que “la comunidad indígena a la que los imputados manifiestan pertenecer no ejercen una ocupación tradicional sobre la parcela de tierra que dicen comunitaria y es objeto de este proceso desde –por lo menos– el año 2014”.

(137) CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, esp. cons. 14: “se desprende, sin mayor esfuerzo, la falta de intervención del Sr. Emilio Friedrich en el procedimiento que concluyó con el dictado de la resolución 90/20 del INAI, pese a ser el titular de un derecho directamente comprometido por las relaciones jurídicas creadas por la Administración a través del acto en cuestión (art. 1170, CCyCN; fallos citados en el considerando 1º de esta sentencia; art. 1º, inc. f, de la ley 19.549, y art. 3º del Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por decreto 1759/72)”.

Ver CCyCN, art. 1170: “Boleto de compraventa de inmuebles. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria”.

(138) La titularidad privada del actor, en Friedrich, surge tanto de la sentencia ya citada, CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, esp. cons. 14, cuarto párr., como de un fallo de la Corte Suprema que se cita en CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, esp. cons. 14, tercer párr., *in fine*: el fallo Buenuleo, Ramiro y otros s/ usurpación (art. 181, inc. 1º del C.P.), Fallos: 343: 740, del 13/8/2020, esp. p. 5 del dictamen de la Procuración General de la Nación que la Corte Suprema compartió: “Sin embargo, no es materia de controversia que el hecho investigado en esta causa se cometió en un inmueble de titularidad privada (...)”.

(139) CNACAF, Sala IV, exp. CAF 14374/2020, Friedrich, Emilio c/ E.N. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas s/ amparo ley 16986, del 9/11/2021, esp. cons. 14, *in fine*.

(140) Ver Cuiñas, Jorge Dante s/ denuncia, Fallos: 319:2381, del 10/10/1996, esp. segundo párr. del dictamen de la Procuración General de la Nación, que la Corte Suprema comparte. En el caso, la usurpación de tierras era supuestamente por un grupo de indígenas mapuches.

(141) Ver Ferrocarriles Argentinos c/ Arenera Zarateña y otros, Fallos: 295:1005, del 28/9/1976, primer párr. del dictamen de la Procuración General.

(142) Augier de Roes, Angélica c/ Antonio Poblador y otro, Fallos: 306:1196, del 4/9/1984, esp. cons. 6º.

(143) Empresa Ferrocarriles Argentinos C/ Gálvez, Orlando y otro s/ daños y perjuicios, Fallos: 319:1975, del 17/9/1996, voto del Dr. Vázquez, cons. 12.

de las tierras, lo prescripto en el art. 3° de la L. 26.160⁽¹⁴⁴⁾. El artículo se refiere a “acciones” que “promueve” el INAI “con” organizaciones no gubernamentales. Ello presupone organizaciones no gubernamentales que compartan el objeto de la acción promovida por el INAI. Si se tratare de acciones judiciales, cabría descartar esa posibilidad el que estaría vedando el derecho a ser oído, de los interesados (dueños y/o tenedores legítimos de las tierras), es el propio INAI. Éste tendría, en casos como Friedrich, una posición contrapuesta a la de la asociación que nucleara a aquéllos dueño y tenedores. Sin embargo, entiendo que, si el Instituto explicitara un “accionar” no contrapuesto al de la Asociación –y ello surgiría, en principio, de su calidad de instrumentalidad del Estado en sentido lato bajo su ley formal de creación, más allá de su grado de descentralización– enderezado a procesos más abiertos y participativos, no encontraría óbice a la participación de la asociación en el seno del citado ente bajo el art. 3°.

¿Asistiría el holding de Friedrich a una asociación que nucleara a los dueños y/o legítimos tenedores de tierras a ser relevadas? Cabe distinguir, entre las asociaciones, aquellas que son (i) creadas en virtud de normas de Derecho Público, y aquellas que son (ii) creadas dentro del ámbito de libertad del mundo privado.

Respecto de las primeras, creadas, por ejemplo, por decreto del Poder Ejecutivo, su facultamiento, a efectos de iniciar acciones bajo la Const. Nac., art. 43, surge del respectivo Estatuto⁽¹⁴⁵⁾. Ese facultamiento a efectos de actuar en sede judicial, presupondría la habilidad para hacerlo en sede administrativa. Por cierto, no confiere legitimación el interés en la mera legalidad o el interés en que se cumplan la Constitución y las leyes⁽¹⁴⁶⁾.

Respecto de las segundas, a efectos de evaluar su legitimación procesal activa en sede judicial, y según jurisprudencia de la Corte Suprema, resulta indispensable confrontar, en primer lugar, el Estatuto de la entidad, y tal evaluación se efectúa –es importante ponerlo de resalto– de cara a los específicos derechos por los que se reclame⁽¹⁴⁷⁾.

En particular, a efectos de verificar si la asociación está o no legitimada para reclamar, se controla, primero, la aptitud de la asociación para estar en juicio, “en representación” de sus asociados, “por lesión a ciertos derechos patrimoniales propios de cada uno de éstos (de propiedad, de defensa en juicio, de igualdad y de trabajar y ejercer industria lícita), sin que antes los interesados así lo soliciten y previa decisión, en tal sentido, de los órganos competentes de la entidad”⁽¹⁴⁸⁾. Segundo, se controla que se trate de derechos relativos al medio ambiente, la competencia, la relación de usuario o consumidor, o algún otro derecho de incidencia colectiva en general⁽¹⁴⁹⁾. Tercero, y más importante aún, no estará legitimada la asociación si se tratare de derechos patrimoniales puramente individua-

(144) Ley 26.160, art. 3°: “Durante la vigencia del plazo de la emergencia declarada, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (...) deberá realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas, dar intervención (...) y promoverá las acciones que fueren menester con el Consejo de Participación Indígena, los Institutos Indígenas Provinciales, Universidades Nacionales, Provinciales y Municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones No Gubernamentales” (el destacado no es del original).

(145) Acerca de este supuesto, ver Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina, no publicado en Fallos, del 22/4/1997.

(146) Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo, Fallos: 321: 1352, del 7/5/1998; Daneri, Jorge O. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional, Fallos: 323: 1261, del 23/5/2000; Díaz, Carlos José c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo, Fallos: 327: 2512, del 24/6/2004; lanunuzzi, Mario c/ Entre Ríos, provincia de y otro (Estado Nacional) s/ medida cautelar autónoma, Fallos: 331: 2287, del 21/10/2008, entre otros.

(147) Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcia. c/ A.F.I.P. s/ amparo, Fallos: 326: 3007, del 26/8/2003, cons. 9°: “[E]l Tribunal coincide con el dictamen del señor Procurador General –que se da por reproducido en este punto– en cuanto, tras examinar el estatuto de la entidad actora llega a la conclusión de que aquél no le otorga potestad para estar en juicio en representación de sus asociados por un reclamo como el articulado en el *sub judice*, referente a derechos patrimoniales propios de cada uno de éstos”. En el caso se impugnaban facultades de la AFIP para disponer de la propiedad de los contribuyentes sin intervención previa de un juez.

(148) Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcia. c/ A.F.I.P. s/ amparo, Fallos: 326: 3007, del 26/8/2003, esp. p. 9 del dictamen de la Procuración General, punto a cuyo dictamen la Corte Suprema remite.

(149) Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcia. c/ A.F.I.P. s/ amparo, Fallos: 326: 3007, del 26/8/2003, esp. p. 12 del dictamen de la Procuración General, punto a cuyo dictamen la Corte Suprema remite.

les, “cuyo ejercicio y solicitud de tutela corresponde, en exclusiva, a cada uno de los potenciales afectados y, por lo tanto, fuera del ámbito de la ampliación que ha realizado la [Constitución]”⁽¹⁵⁰⁾.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha reparado, a efectos de las determinaciones sobre legitimación activa para accionar en sede judicial, en el Estatuto de la asociación y los propósitos allí consignados⁽¹⁵¹⁾, incluso en el supuesto de medidas cautelares, más con las diferencias propias de tal clase de proceso en punto a la profundidad de su estudio⁽¹⁵²⁾. Al consultarse el Estatuto, devendría un ritualismo excesivo interpretar las facultades otorgadas a la asociación en forma restrictiva⁽¹⁵³⁾.

Resulta ilustrativo el precedente de la citada Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Que sea Justicia, en el cual se concluyó que (i) es el objeto de la asociación, tal como está definido en el Estatuto, el que define su habilidad para estar en juicio⁽¹⁵⁴⁾; (ii) en el marco de medidas cautelares, se efectúa control de la legitimación⁽¹⁵⁵⁾; (iii) el cuidado y preservación de la transparencia en la gestión de gobierno, objetivo contemplado en el Estatuto, brinda sustento a la legitimación, al propósito y el fundamento de la cautela que se solicite⁽¹⁵⁶⁾; (iv) se verificará también que no se invoque una “representación” que haga necesario el cumplimiento previo de otros requisitos establecidos por el ordenamiento vigente para supuestos particulares de representación⁽¹⁵⁷⁾. Este temperamento fue posteriormente recordado en la jurisprudencia contencioso-administrativa⁽¹⁵⁸⁾.

(150) Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcia. c/ A.F.I.P. s/ amparo, Fallos: 326: 3007, del 26/8/2003, esp. p. 12 del dictamen de la Procuración General, punto a cuyo dictamen la Corte Suprema remite.

(151) CNACAF, Sala III, causa 28833/1996, Tiscornia, Sofía y otro c/ E.N. (M° Interior) y otro s/ amparo, del 17/12/1997. En igual sentido, CNACAF, Sala II, exp 39751/1998, Asociación de Usuarios Zona Franca La Plata c/ AFIP - Resol. Gral. 270/1998 s/ amparo ley 16986, del 4/9/2001. CNACAF, Sala III, exp. 187343/2002, Fundación Poder Ciudadano c/ E.N. - Presidencia provisional del H. Senado s/ amparo Ley 16986, del 29/11/2004. CNACAF, Sala V, exp. 22270/2008, Unión de Usuarios y Consumidores c/ E.N. Secretaría de Comunicaciones Dto. 764/2000 s/ amparo Ley 16986, del 30/6/2009. CNACAF, Sala II, exp. 34059/2009, Proconsumer c/ E.N. - Secretaría de Comunicaciones Resol. 8/2009 s/ proceso de conocimiento, del 16/8/2012. CNACAF, Sala V, exp. 8137/2014, Cámara Empresarial de Transporte interurbano en Jurisdicción Nacional de Pasajeros c/ E.N. - CNRT s/ proceso de conocimiento, del 30/5/2017, por mayoría.

(152) CNACAF, Sala IV, exp. 47570/2016, Fundación Que Sea Justicia c/ E.N. y otro s/ medida cautelar (autónoma), del 11/4/2017.

(153) CNACAF, Sala IV, exp. 41882/1999, Cámara de Armadores de Poteros Argentinos c/ Dto. 1285/1999 s/ amparo, del 9/5/2000. CNACAF, Sala V, exp. 14962/2008, Asociación de Magistrados y Funcionarios c/ E.N. - Ley 26372 art. 2° s/ amparo ley 16986, del 8/6/2010.

(154) CNACAF, Sala IV, exp. 47570/2016, Fundación Que Sea Justicia c/ E.N. y otro s/ medida cautelar (autónoma), del 11/4/2017: “[a.] (...) según jurisprudencia vigente de la Corte federal, es justamente el objeto establecido en el estatuto organizativo lo que define la habilidad de una entidad para estar en juicio (doctrina de Fallos: 323: 1339; A.95.XXX AGUEERA c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa, sentencia del 22.4.1997; Fallos: 329:4593; y 337:196 y 762, entre otros).”

(155) CNACAF, Sala IV, exp. 47570/2016, Fundación Que Sea Justicia c/ E.N. y otro s/ medida cautelar (autónoma), del 11/4/2017: “[b.] que, por su propia finalidad y naturaleza, y no obstante la especial prudencia con que debe hacerse cuando altera el estado de hecho o de derecho existente a su dictado (Fallos: 323:3075 y sus citas; 329:28 y 4161), todo proceso cautelar supone –como se adelantó– un examen liminar de las cuestiones involucradas, incluida la legitimación procesal, dado el estado larval que lo caracteriza. Ello excluye, por definición, una evaluación profunda o exhaustiva a su respecto, más propia del fallo que decide el fondo del asunto [cfr. esta Sala, exp. 28874/2014/1/CA1, Incidente N° 1 - E-COMMTEC SRL y otro demandado: EN-AFIP-DGA y otro s/ inc. apelación, sentencia del 2.6.15, entre otros].”

(156) CNACAF, Sala IV, exp. 47570/2016, Fundación Que Sea Justicia c/ E.N. y otro s/ medida cautelar (autónoma), del 11/4/2017: “[c.] que, en atención a lo expuesto, así como al propósito y fundamento de la cautela pedida, no resulta difícil colegir que ella encontró sustento en el cuidado y preservación de la ‘transparencia en la gestión de gobierno’, que contempla el inciso c, in fine, del art. 2°, del estatuto de la ‘Fundación que Sea Justicia’, que citó de manera explícita el magistrado al resolver”.

(157) CNACAF, Sala IV, exp. 47570/2016, Fundación Que Sea Justicia c/ E.N. y otro s/ medida cautelar (autónoma), del 11/4/2017: “[Y, finalmente, (d.) que, contra lo argüido por el apelante, su contraparte nunca invocó como fundamento de su accionar la ‘representación sindical’ de los trabajadores estatales, que hiciera necesario el cumplimiento previo de los requisitos establecidos por el ordenamiento vigente en ese ámbito, como aquella lo destacó de manera explícita al contestar agravios”.

(158) Ver CNACAF, Sala IV, exp. 48832/2016, Será Justicia (asociación civil) c/ E.N. - Procuración General de la Nación s/ amparo ley 16.986, del 6/6/2017.

En síntesis, la posición de la asociación, a efectos de esgrimir legitimación suficiente a los efectos que nos ocupan –reclamar por incumplimiento de la Ley 19.549, art. 1º, inc. f), ap. 1)– deberá, primero, ser confrontada con la jurisprudencia de la Corte Suprema. En sede judicial, cobra relevancia, en ese renglón, entre otros recaudos pasados, el tipo de derecho involucrado, que tiene que ser de incidencia colectiva⁽¹⁵⁹⁾. El derecho a ser oído, en el relevamiento de tierras de los asociados, ofrecería un perfil “bipolar” según se explicara en la Sección I del presente. Distinto sería el caso si la Asociación sólo se presentara en sede administrativa, en especial para acceder a información pública⁽¹⁶⁰⁾. A todo evento, el Estatuto deberá contemplar, en su objeto, la finalidad que se persiga mediante la presentación en sede administrativa.

5. Efectivización de ese derecho en sede administrativa o en sede judicial

Mínimamente, el derecho a ser oído en sede administrativa comprende “el acceso de las partes a las actuaciones que no hayan sido declaradas reservadas o secretas”⁽¹⁶¹⁾. Ello, a tenor de lo prescripto en el Reglamento de Procedimientos Administrativos, Dto. 1759/1972⁽¹⁶²⁾, arts. 38 y 76.

Ahora, el INAI no publica online los expedientes de relevamiento técnico, jurídico y catastral que va a realizar o realiza; tampoco publica online el acto que resuelve dar inicio a cada uno de ellos, sea de oficio o a pedido de la comunidad indígena solicitante. Además, no notifica dicho acto a quien posee un interés directo en dicho relevamiento, v.gr., el propietario o tenedor legítimo de las tierras a relevar.

En este mismo momento me pregunto si no se estará llevando adelante, bajo el liderazgo del INAI, un relevamiento técnico, jurídico y catastral de la tierra sobre la que está construida la casa desde cuyo escritorio escribo estas líneas.

Entonces, ¿cómo puede saber, el dueño o tenedor legítimo de tierras que las mismas están siendo o van a ser relevadas? ¿cómo puede aquél enterarse de que tramita un expediente, en sede administrativa, cuyo objeto es georreferenciar tal vez, entre otras, sus tierras, con fines que nunca le fueron dados a conocer? Este aspecto es de crucial importancia⁽¹⁶³⁾: como sucedió en Friedrich, el acto

(159) Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcia. c/ A.F.I.P. s/ amparo, Fallos: 326: 3007, del 26/8/2003, esp. p. 12 del dictamen de la Procuración General, punto a cuyo dictamen la Corte Suprema remite.

(160) Ampliar en: BRAVO, Paula A. (2007), “El derecho de acceso a la información pública es un derecho de incidencia colectiva” Revista Jurídica, Buenos Aires: UCES, vol. 11: pp. 124-145.

(161) La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A., Fallos: 311: 750, del 12/5/1988, esp. sección III, p. 754, del dictamen de la Procuración General de la Nación, que la Corte Suprema hace propio y al cual remite.

(162) Dto. 1759/1972, B.O. 27/4/1972.

(163) La cuestión de la georreferenciación, a los fines de la Ley 26.160 y sus relevamientos técnicos, jurídicos y catastrales, amerita ulterior estudio, que excede este trabajo. Sin embargo, me permito expresar estas preocupaciones:

Según surge de la sentencia, y de la lectura de la normativa aplicable, el ente utiliza la georreferenciación, pero no la complementa con constataciones fácticas o físicas. Éstas últimas requerirían el previo consentimiento del interesado por aplicación de la doctrina Fiorentino, Fallos: 306: 1752, del 27/11/1984, voto del Dr. Petracchi: “[L]a íntima conexión existente entre la inviolabilidad del domicilio, y especialmente de la morada, con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad, imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías, pues al hallarse aquéllas entrañablemente vinculadas, se las debe defender con igual celo, porque ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, aunque aquélla no sea reductible a éste (...)”.

Tal vez para evitar las alternativas de la constatación fáctica o física, la georreferenciación eficientiza el relevamiento, pero habría que estudiar si ello no se hace a expensas de los derechos del dueño o tenedor legítimo de las tierras.

En efecto, a diferencia de sistemas como Google Earth, que invitan al interesado a salvaguardar su privacidad, la georreferenciación utilizada por el INAI, en los relevamientos que nos ocupan, es otra: en Friedrich según surge del anexo de la resolución que causaba agravio, Resolución INAI 90/2020, el citado Instituto empleó Posiciones Geodésicas Argentinas 2007 - Posgar 07.

La webpage del Ministerio de Defensa - INSTITUTO GEOGRÁFICO NACIONAL explica que Posgar 07 habría sido adoptado como marco de referencia geodésico nacional por “Disposición 20/2009”. Se confronta Disposición 20/2009, Instituto Geográfico Militar del Ministerio de Defensa, no localizable en el Boletín Oficial. Su texto original está disponible en: http://ramsac.ign.gov.ar/posgar07_pg_web/documentos/Disposicion_Marco_POSGAR_07.pdf (último acceso: 6/6/2022).

Posgar 07 no ofrece para el administrado opción alguna a los efectos del resguardo de su privacidad ante el monitoreo continuo que utiliza.

que resuelve dar “por cumplido” el relevamiento técnico, jurídico y catastral de cierta superficie no solo se limita a resolver en materia de dicho cumplimiento, sino que, además, “reconoce” la ocupación por parte de la comunidad indígena de que se trate⁽¹⁶⁴⁾.

Puedo razonar en el sentido de que la pertenencia del INAI al Estado, *lato sensu*, “tiene como correlato la atracción de los principios propios de la actuación pública, derivados del sistema republicano de gobierno, basado en la responsabilidad de la autoridad pública, una de cuyas consecuencias es la publicidad de sus actos para aguzar el control de la comunidad, y, en especial, de los posibles interesados directos, quienes podrán efectuar las impugnaciones que el ordenamiento permita”⁽¹⁶⁵⁾.

A la luz de esta jurisprudencia, considero plausibles dos cursos de acción:

Primero, y según se explicara en el acápite 3), los dueños o tenedores legítimos de las tierras involucradas podrían presentarse, ante el INAI, a fin de recabar información o datos a los fines de anoticiarse acerca de cuál es la ubicación precisa de las áreas que están siendo relevadas o se van a relevar durante el año, requiriendo, asimismo, identificación de las actuaciones administrativas correspondientes al respectivo relevamiento en vías de realización o a realizarse.

Alternativamente, el dueño o tenedor legítimo podría presentar las coordenadas de georreferenciación de sus tierras y requerir aquella información.

En ambos casos, tiene que tenerse en cuenta que el particular, ante el Instituto, no posee el número de expediente en el que tramita el relevamiento técnico, jurídico y catastral a los fines de tomar vista de las actuaciones, por lo que en esta liminar etapa podría concentrar sus esfuerzos en obtener la identificación de las actuaciones que involucran a sus tierras.

Uteriormente, si no se obtuviera resolución al pedido de información, se apelaría a los remedios que ofrece la L. 27.275, arts. 9 a 18.

¿Podría resultar adecuado que se presente, a estos fines, una asociación que nuclea a los dueños o legítimos tenedores de las tierras? La Asociación podría estar legitimada a los fines del derecho de incidencia colectiva –derecho a la información–, con las precisiones establecidas, tanto por la Corte Suprema como por la Cámara según vimos en el apartado 2) sobre “afectados indirectos”. Se trata de un derecho que, en rigor, debería ser satisfecho, para la ciudadanía, desde 1991, con el Dto. 1883 y su manda de eficiencia e información al público⁽¹⁶⁶⁾. Todo ello, en sede administrativa. Mas en sede judicial, podría argüirse que, si bien se está ante un derecho de incidencia

A su vez, el INAI no publicita, en su página web, las condiciones en que utiliza Posgar 07 para los relevamientos técnicos, jurídicos y catastrales que realiza.

Asimismo, resulta llamativo que el citado Instituto “resuelva,” con sustento en la imagen de Posgar 07, la “ocupación actual, tradicional y pública” por parte de una comunidad indígena. Ello surge de la simple compulsión del texto escrito del citado anexo publicado en el Boletín Oficial. En efecto, un sistema de georreferenciación refiere tierra, no personas ni ocupación; brinda información sobre coordenadas, no sobre los ocupantes de las tierras.

Finalmente, la reglamentación de la Ley 26.160, Res. INAI 587/2007, n° 4.1.1., no establece que se utilice Posgar; establece que, a los fines de los relevamientos técnicos, jurídicos y catastrales, se empleará el sistema de GPS o Global Positioning System y tecnología GIS o Geographic Information System Mapping. Ver: Res. INAI 587/2007, B.O. 31/10/2007, n° 4.1.1., cuyo texto establece:

“Georeferenciamiento. Técnico@s encargad@s de establecer los procedimientos de georeferenciamiento y de utilización de GPS. Procedimientos de mapeo y pautas de relevamiento catastral. Capacitación en uso de GPS. Técnico@s GIS para generación de Banco de datos de la información recibida y el volcado de toda la información georeferenciada”.

A todo evento, no he logrado ubicar, publicada, la norma modificatoria de la Res. 587/2007 en punto a la abrogación de las tecnologías Global Positioning System y Geographic Information System Mapping, y en punto a su sustitución por la tecnología Posgar que utiliza el INAI, según surge del anexo de la resolución que impugnaba el Sr. Friedrich en la sentencia aquí comentada.

(164) Tal temperamento se reitera, por ejemplo, en las resoluciones que se enumeran en nota al pie 124, *supra*.

(165) La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A., Fallos: 311: 750, del 12/5/1988, esp. sección III, pp. 754-755, del dictamen de la Procuración General de la Nación, que la Corte Suprema hace propio y al cual remite.

(166) Dto. 1883/1991, B.O. 24/9/1991, art. 12: “Con el objeto de asegurar la eficiencia de la gestión administrativa, el respeto de los plazos previstos por las normas vigentes y la adecuada información al público, las unidades de Secretaría General deberán automatizar e informatizar el registro, despacho y control de los expedientes administrativos. El sistema deberá contemplar todo el desarrollo del expediente, con indicación, al menos, del organismo actuante y fecha de la intervención”.

colectiva a la información, la operación de relevamiento se resuelve, casi invariablemente, junto con el reconocimiento de la ocupación, y tal reconocimiento (si bien no es un otorgamiento de un derecho) incide en el valor de la propiedad, que es de un dueño o legítimo tenedor. De tal modo, en sede judicial se podría llegar a una determinación –el efecto individualizado– que coartaría la legitimación de la Asociación como tal.

Por último, a fin de evitar, al Estado argentino, los costos de transacción derivados de presentaciones como las aquí sugeridas, se impondría que el INAI publique, tanto en su página web como en el Boletín Oficial, el acto que da inicio a cada uno de los expedientes de relevamiento técnico, jurídico catastral, con precisiones cartográficas suficientes a los fines de que los dueños o legítimos tenedores de las tierras tomen conocimiento del inicio de las actuaciones que involucran las tierras de las que son propietarios o tenedores legítimos. Ello se puede instar mediante el Dto. 1172/2003, art. 3º, y el anexo de Elaboración Participativa de Normas allí aprobado. Propiciar tal recaudo de publicidad, en los términos de La Buenos Aires, deriva del principio de control comunitario⁽¹⁶⁷⁾, así como del principio conforme al cual la Administración debe ser leal y franca en su actuación, evitando caer por sorpresa sobre los administrados⁽¹⁶⁸⁾. Tal criterio sería aplicable tanto respecto de los relevamientos centralizados como descentralizados⁽¹⁶⁹⁾, pues lo que el INAI denomina “descentralización” no significa renuncia a su trascendente rol como entidad con competencia especializada en la realización de los relevamientos técnico, jurídicos y catastrales de la Ley 26.160 bajo su reglamentación⁽¹⁷⁰⁾. Esta reglamentación establece, claramente, que el citado ente realizará tanto el “relevamiento técnico -jurídico - catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades registradas en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.C.I.)” como el “el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades registradas en (...) organismos provinciales competentes”. Por ende, posee la información centralizada necesaria para encarar la administración o *management* de los expedientes de relevamiento técnico, jurídico y catastral de las tierras de una y otra esfera.

6. Alternativas en caso de que no se posibilitara la efectivización del derecho de los interesados a participar en los mentados relevamientos

Este apartado genera, al menos, dos supuestos:

6.1.) Si el interesado no sabe que le están relevando o que van a relevar sus tierras

Esos interesados deberían, primero, poder llegar a “saber” acerca del procedimiento de relevamiento técnico, jurídico y catastral que se va a llevar a cabo o que se está realizando sobre sus tierras. Deberían bregar por obtener la identificación de las actuaciones en las que tramita aquél. A tal fin, cabe remitir al apartado 5).

Alternativamente, se requeriría la compulsa, diaria, del Boletín Oficial de la República Argentina a fin de estudiar los actos emitidos por el INAI. Con base en los indicios fácticos que brindan tales actos (que dan por cumplido el relevamiento, y, usualmente, reconocen la posesión por parte de cierta comunidad indígena) tendrían que solicitar, en sede de dicho Instituto, acceso al respectivo expediente.

El Instituto no podría alegar que se trata de información no accesible pues se la presume de acceso público⁽¹⁷¹⁾ y, en el caso de que mediara declaración de secreto bajo el Reglamento de Procedimientos Administrativos, sería aplicable la fundada solución favorable a la transparencia de La Buenos Aires⁽¹⁷²⁾.

Tampoco podría el ente descentralizado alegar que se está ante “actos internos de la Administración” pues se

(167) La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A., Fallos: 311: 750, del 12/5/1988, esp. sección III, pp. 754, del dictamen de la Procuración General de la Nación, que la Corte Suprema hace propio y al cual remite, en punto a permitir “aguzar el control” por parte de la comunidad.

(168) Ocampo, Manuel c/ Administración de Rentas del Rosario, Fallos: 10: 203, del 27/6/1871, esp. p. 216, cit. en nota al pie 67, *supra*.

(169) Ver Res. INAI 587/2007, B.O. 31/10/2007. A modo de ejemplo de esta modalidad, ver Resolución INAI 39/2021, B.O. 18/4/2022.

(170) Dto. 1122/2007, B.O. 27/8/2007.

(171) Ver Ley 27275, B.O., art. 8º.

(172) Ver nota al pie 40 y transcripción correspondiente a aquella.

trata de resoluciones que, usualmente: (i) dan por cumplido el relevamiento técnico, jurídico y catastral y, además, (ii) reconocen la ocupación, por parte de una comunidad indígena. En otras palabras, se trata de actos que exceden el marco “interno” de la Administración pues “resuelven”⁽¹⁷³⁾ en materia de las tierras relevadas. Tal inteligencia sería también aplicable respecto de aquellas resoluciones que sólo dan por cumplido el relevamiento (sin reconocer la ocupación por parte de cierta comunidad) pues, bajo la Ley 26.160, dicho relevamiento es el que permite el reconocimiento de la ocupación, con todos sus efectos⁽¹⁷⁴⁾.

Finalmente, si no se lograra la obtención de la información de individualización de expediente de relevamiento, por ej., por no mediar respuesta, quedaría la vía de petición bajo la Ley 27.275 ya explicada en el apartado 5).

6.2.) Si el interesado ya conoce el número de expediente en el cual tramita el relevamiento de sus tierras

En este supuesto, el interesado podría presentarse en el expediente administrativo y solicitar vista de las actuaciones. Siguiendo a La Buenos Aires, podría solicitar acceso a las actuaciones para poder presentarse en las mismas y cumplir con su deber de colaboración hacia la Administración en pos de la verificación de la verdad jurídica objetiva⁽¹⁷⁵⁾.

Podría presentarse y peticionar, en el mismo, por su derecho a participar en el procedimiento bajo la Ley 19.549, art. 1º, inc. f); en especial, su derecho a ser oído antes de que se resuelva sobre el relevamiento (y la ocupación), invocando, en lo principal, al precedente Friedrich (aun cuando, al momento de escribir estas líneas, el respectivo decisorio no se halla firme).

Finalmente, si el interesado se hallare en situación fáctica similar a la del Sr. Friedrich –hechos que se reseñaron en el acápite 1], *supra*– y si, compulsando las resoluciones del INAI se anticiara de un acto del INAI dando por concluido el relevamiento técnico jurídico y catastral y reconociendo la ocupación de sus tierras por parte de cierta comunidad indígena, dicho interesado podría presentarse directamente en sede judicial. Allí, podría invocar, en lo principal, al precedente Friedrich (aun cuando, al presente, vale reiterarlo, el respectivo decisorio no se halla firme). A tal fin, y tal como surge del citado precedente, la acción de amparo de la Ley 16.986 sería el vehículo de la pretensión a esgrimir para impugnar la respectiva resolución del citado Instituto.

V. Conclusiones

Las presentes líneas se han centrado en un aspecto clave del desenvolvimiento del quehacer, en sede administrativa, respecto de los administrados: en la especie, se ciñeron a los efectos de decisiones adoptadas por un en-

(173) Cfr. texto de Resolución INAI 38/2022, B.O. 17/5/2022; Resolución INAI 48/2022, B.O. 13/5/2022; Resolución INAI 23/2022, B.O. 13/4/2022; Resolución INAI 27/2022, B.O. 13/4/2022; Resolución INAI 12/2022, B.O. 10/3/2022; Resolución INAI 21/2022, B.O. 10/3/2022; Resolución INAI 6/2022, B.O. 3/2/2022; Resolución INAI 173/2021, B.O. 14/1/2022; Resolución INAI 136/2021, B.O. 20/12/2021; Resolución INAI 89/2021, B.O. 15/10/2021; Resolución INAI 91/2021, B.O. 15/10/2021; Resolución INAI 57/2021, B.O. 3/8/2021; Resolución INAI 69/2021, B.O. 14/7/2021; Resolución INAI 46/2021, B.O. 2/6/2021; Resolución 34/2021, B.O. 14/3/2021; Resolución INAI 40/2021, B.O. 14/5/2021; Resolución INAI 41/2021, B.O. 14/5/2021; Resolución INAI 43/2021, B.O. 14/5/2021; Resolución INAI 44/2021, B.O. 14/5/2021; Resolución INAI 14/2021, B.O. 13/5/2021; Resolución INAI 31/2021, B.O. 13/5/2021; Resolución INAI 32/2021, B.O. 13/5/2021; Resolución INAI 33/2021, B.O. 13/5/2021; entre muchas otras.

(174) A modo de ejemplo de esta modalidad, ver Resolución INAI 39/2021, B.O. 18/4/2022.

(175) En el ámbito de la Administración Pública centralizada y descentralizada, el principio de verdad jurídica objetiva surge de la Ley 19.549, art. 1º, inc. f), ap. 2. Podría argüirse que, a diferencia de lo que ocurriría en sede judicial, donde la “verdad procesal” o verdad emergente del desenvolvimiento del proceso quedaría configurada, entre otros factores, por la estrategia y performance de las partes y sus letrados, en sede administrativa se busca el esclarecimiento de la “verdad jurídica objetiva”. Esta última no es disponible, ni renunciable, constituye el “norte” que debe guiar a la Administración, y siempre debe primar. De otra parte, se ha afirmado que el principio de verdad jurídica objetiva es de base constitucional, conf. Partido Obrero Capital Federal, Fallos: 253: 133, del 27/6/1962, esp. cons. 19, y gobierna todo proceso judicial. Acerca de la aplicación del principio de verdad jurídica objetiva en la específica sede judicial, cabe remitir a CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (s/f), Nota de jurisprudencia. Verdad jurídica objetiva. Disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/42/documento> (último acceso: 6/6/2022).

te descentralizado, configuradas sin haberse dado previa oportunidad al interesado para que participe en el procedimiento de toma de decisión administrativa.

Luego del planteo de la temática (sección I) y de enumerarse las normas relevantes (sección II), se repasaron nociones sobre el debido proceso, incluyendo sus fundamentos humanos, éticos y del buen orden de las instituciones (sección III).

A partir de allí, la sección IV versó sobre particularidades del derecho a ser oído en sede administrativa mediante participación de los interesados en los relevamientos de la Ley 26.160 de emergencia indígena, de 2006. Ello, en especial, de cara a la naturaleza del ente decisor, y a la luz de un sólido decisorio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que amerita ser leído y releído.

Dicho decisorio representa, en pleno siglo XXI, un recordatorio de que los órganos y entes de la Adminis-

tración pública nacional argentina moran en un régimen republicano de gobierno; de que es parte de la dignidad de los administrados un tratamiento leal y transparente por parte de la Administración; y de que un juego institucionalmente sano exige la participación de los interesados directos en los procedimientos que se llevan adelante para relevar tierras bajo la Ley 26.160, de 2006.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHO DE PROPIEDAD - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHOS REALES - DOMINIO - PERSONAS JURÍDICAS - PUEBLOS ORIGINARIOS - DESALOJO - CULTURA - ESTADO - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - DOMINIO PÚBLICO - ACCESO A LA JUSTICIA - PROPIEDAD - DEFENSA EN JUICIO

Cuestiones sobre la competencia en los “amparos de salud”

por LUCIANO ENRICI

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LA COMPETENCIA EN EL AMPARO FEDERAL. – III. DESLINDE ENTRE LA JURISDICCIÓN LOCAL Y FEDERAL EN LOS AMPAROS DE SALUD. – IV. LA COMPETENCIA EN EL AMPARO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. – V. LA COMPETENCIA EN EL AMPARO EN LA CABA. – VI. CONCLUSIONES.

I. Introducción

La determinación de la competencia de los órganos judiciales para intervenir en una controversia determinada resulta ser una cuestión de fundamental importancia para la correcta instrucción y decisión de las causas. Ello así, en tanto las reglas de competencia tienen relación directa con la garantía del juez natural que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional.

Se trata de un presupuesto procesal, en tanto la articulación de una demanda (en la especie, una demanda de amparo), siempre anterior a la sustanciación y decisión del pleito, exige del magistrado la previa determinación de su competencia para entender en la litis. La competencia del órgano judicial, a su vez, es el presupuesto liminar de un proceso tramitado en regular forma⁽¹⁾.

Normalmente el juez debe examinar inicialmente si se encuentra habilitado para entender en la pretensión deducida, pudiendo reeditarse la cuestión en caso de que el demandado articule la excepción previa de incompetencia o plantee la inhibitoria ante el juez que considera competente.

El concepto de competencia se vincula con la distribución de atribuciones entre los órganos judiciales de la facultad para entender y decidir en el marco de una determinada causa o controversia –teniendo en cuenta la materia, el lugar, el grado o el turno– y viene determinada en virtud del propio ordenamiento jurídico vigente. Se ha dicho⁽²⁾ en este mismo orden de ideas: “La noción de competencia –derivada de la necesidad de distribuir el trabajo entre los distintos órganos judiciales en forma compatible con la extensión territorial del Estado, la diversa índole

o importancia económica de las cuestiones justiciables y la posibilidad de que los asuntos sean examinados en diversas instancias– integra y precisa el amplio ámbito de atribuciones que es consustancial a la idea de potestad judicial, pues una vez establecido conforme a las normas vigentes que los órganos judiciales del Estado se hallan facultados para conocer de una determinada pretensión o petición extra-contenciosa, las reglas de competencia fijan, en concreto, cuál de dichos órganos debe entender en el asunto con exclusión de los restantes”⁽³⁾.

A su vez, por regla general, la competencia material, en principio, es de orden público, lo cual implica que los litigantes no pueden someterse a la competencia de un juez diferente del que la norma prevé.

Como excepción, la competencia en razón del territorio –que ha sido instituida atendiendo a lograr la facilitación de la actuación de las partes–, admite su prórroga habilitándose a las partes a la renuncia –expresa o tácita– de las reglas normativas correspondientes, pero solamente en los asuntos de carácter patrimonial⁽⁴⁾. En los supuestos de competencia en razón de la materia, grado y turno no es posible su prórroga, en tanto aquélla es establecida a fin de asegurar la eficacia de la Administración de Justicia.

En cuanto a su relación con el concepto de jurisdicción, me remito a las palabras de COUTURE⁽⁵⁾, quien, con claridad, ha expresado: “La competencia es una medida de jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un juez. La relación entre la jurisdicción y la competencia, es la relación que existe entre el todo y la parte. La jurisdicción es todo; la competencia es la parte: un fragmento de la jurisdicción. La competencia es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico: aquel específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano judicial”.

Dicho ello, la competencia en materia de amparo guarda particularidades que deben ser detenidamente analizadas y máxime en cuestiones referentes a la protección de la salud, en las que, por error de articulación de la acción, pueden suscitarse, dilación mediante que se dirima un conflicto de competencia (por ej., entre la Justicia federal y la provincial), perjuicios irreversibles de no anticiparse una decisión por vía cautelar.

En el desarrollo del presente, se abordarán sucintamente algunas de las cuestiones inherentes a la competencia en los procesos de amparo –focalizando en los denominados “amparos de salud”– de acuerdo al régimen federal, para luego abordar idéntica cuestión en referencia a la

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El DERECHO: *El análisis de admisibilidad en el amparo*, por LUIS R. CARRANZA TORRES, ED, 261-537; *El rol del juez frente a la acción de amparo, la efectividad de los derechos sociales y la búsqueda de soluciones judiciales dialógicas*, por MARCELA VON FISCHER, EDLA, 2015-B-873; *Un amparo contra el amparo: la necesidad del dictado de una nueva ley que contemple integralmente los presupuestos del artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina*, por IGNACIO AGUSTÍN FALKE, EDCO, 2015-553; *Un proceso oral para el amparo*, por MARÍA SOLEDAD ALPOSTA, EDCO, 2017-522; *El plazo para deducir la acción de amparo. Ilegalidad continuada y afectación de derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos*, por MAURICIO GOLDFARB, ED, 277; *La relevancia de la argumentación en los amparos de salud: nuevas tendencias*, por AGUSTÍN CARIGNANI y WALTER F. CARNOTA, ED, 280. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderchodigital.com.ar.

(1) Cfr. Cam. Civ. y Com. Quilmes, Sala I, causa n° 13193 RSL-181-10, res. del 23/11/10.

(2) TRIBIÑO, Carlos, R., *La competencia del fuero contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Librería Editora Platense, 2014, p. 19.

(3) Cfr. PALACIO, Lino E., ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993, T° I, p. 52.

(4) Cfr. art. 1, CPCCN.

(5) COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 29.