

A 25 AÑOS
DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL
DE 1994

Directora:
MARÍA ANGÉLICA GELLI

Editor responsable:
NICOLÁS R. ACERBI



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS
LA LEY

Gelli, María Angélica

A 25 años de la reforma constitucional de 1994 / María Angélica Gelli - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019.

464 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3863-5

I. Derecho Constitucional. I. Título.
CDD 342

Copyright © 2019 by La Ley S.A.

Tucumán 1471, 1050 Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Tirada: 1000

ÍNDICE GENERAL

Un cuarto de siglo de la Constitución que fue de todos y para todos María Angélica Gelli	VII
--	-----

EL ANÁLISIS DE CONVENCIONALES CONSTITUYENTES

A veinticinco años de la reforma de la Constitución Nacional. Balance de un constituyente Horacio Rosatti	3
Una reforma consensuada progresivamente. Un testimonio personal a los 25 años de la reforma constitucional Alberto Manuel García Lema	11
A 25 años de la reforma: incumplimientos y tareas pendientes Antonio María Hernández	23

ACERCA DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Cláusula ambiental “Desarrollo Sostenible” Nicolás R. Acerbi	33
La constitucionalización de los derechos y los partidos políticos: una de las luces de la reforma Jorge Alejandro Amaya	43

El Estado Constitucional y Convencional de cara a la igualdad, los derechos humanos y otras cuestiones actuales y relevantes	
Víctor Bazán	61
Los derechos de los Pueblos Indígenas: territorio y recursos naturales	
Paula Andrea Bravo	77
Democracia, derechos humanos e integración regional	
Walter F. Carnota	97
Derechos de grupos, revisión judicial y “motivos personales”	
Roberto Gargarella	105
El derecho de acceso a la información pública, la regulación legal de sus aspectos sustantivos	
Pablo Gustavo Hirschmann	117
El proceso constitucional de hábeas data (Apostillas acerca de su consagración constitucional, a 25 años de operada la reforma constitucional)	
Eduardo Jiménez	131
El amparo tras reforma constitucional de 1994	
Carlos José Laplacette	147
Defensa de la democracia y responsabilidad empresarial (art. 36, CN). Optimismo y claroscuros	
Ernesto Eduardo Martorell	167
Estatuto de Defensa al Consumidor. La relación entre orden público económico y la Constitución Política	
Mónica Puga	185
Desigualdad estructural y acciones afirmativas en la Reforma Constitucional de 1994	
Roberto P. Saba	203
Ejecución de las sentencias colectivas	
Claudia Sbdar	225

Índice General

Constitucionalización del derecho del consumidor	
Carlos Eduardo Tambussi	247
La defensa de la competencia: una exigencia constitucional	
Pablo Trevisán	269
 LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA FEDERAL Y SUS INSTITUCIONES	
Autonomías provinciales: competencias y recursos	
María Gabriela Abalos	289
Federalismo, autonomía y traspaso de competencias	
Elisabeth I. Berra y Leandro Abel Martínez	303
Tomando las prohibiciones en serio: DNU y el fenómeno de la “captura democrática”	
Laura Clérico	317
Constitución Financiera, ley de presupuesto y derechos humanos	
Horacio Guillermo Aníbal Corti	327
Agonías en la defensa del pueblo	
Alfredo L. Durante	339
Un sistema republicano con más debilidades que fortalezas	
Mario A. R. Midón	343
Federalismo y estatus jurídico de la CABA en la competencia originaria. Conflictos y armonías	
Silvia B. Palacio de Caeiro	359
Algunas reflexiones sobre los recursos naturales en la Constitución Nacional	
Estela B. Sacristán	373

Reflexiones sobre la delegación legislativa en la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Néstor Pedro Sagüés..... 395

El tratamiento jurisprudencial de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos por parte de la Corte Suprema. Algunas definiciones trascendentes

Alfonso Santiago 401

Municipios e impuestos. Sobre un debate reciente en la Corte Suprema

Juan Vicente Sola 421

El Consejo de la Magistratura desde el consenso

Ramón Enrique Trejo..... 431

Algunas reflexiones sobre los recursos naturales en la Constitución Nacional

ESTELA B. SACRISTÁN (*)

I. Introducción

Desde la perspectiva de la cadena de valor, los recursos naturales se hallan en el inicio de todos los procesos económicos. Su trascendencia económica, sin duda, es innegable. Pero más importantes aún lo son en el plano de la hermenéutica constitucional.

En la Constitución Nacional, los recursos naturales aparecen previstos en tres oportunidades: en el art. 41, párr. 2º, al establecerse que las autoridades “proveerán (...) a la utilización racional de los recursos naturales”; en el art. 75, inc. 17, párr. 2º, al consagrarse la atribución del Congreso de “asegurar” la “participación” de los pueblos indígenas argentinos “en la gestión referida a sus recursos naturales”; y en el art. 124, párr. 2º, al prescribirse que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. En otras palabras, desde la reforma constitucional de 1994, los recursos naturales se hallan dentro de las preocupaciones de las autoridades (cualquiera sea la rama del poder en que se hallen alojadas), las cuales —dado el carácter obligatorio del ejercicio de la competencia— deben proveer o facilitar lo necesario o conveniente

para su utilización o empleo conforme a la razón, es decir, con orden y método o con justicia o rectitud. Además, desde dicha reforma constitucional, la rama legislativa nacional tiene el deber —dado aquel carácter obligatorio ya aludido— de asegurar que los pueblos indígenas argentinos participen en la gestión o manejo referido a sus recursos naturales. Asimismo, desde la citada reforma constitucional, las provincias pueden ver consagrado, en la Norma Fundamental, una específica clase de dominio —el dominio originario—, lo cual impide que una norma infraconstitucional se lo sustraiga.

Ahora, en el marco de reseñado, advertimos que no hay opiniones contestes acerca qué se entiende por recurso natural. En efecto, se advierte que, en la literatura específica, se hace referencia a los recursos naturales, pero, de un tiempo a esta parte, también se alude a bienes comunes, como expresión que no apuntaría tanto a su utilización —como cuando nos referimos a los recursos previstos en un presupuesto de gastos y recursos— sino a su valor o cualidad intrínseca sumado a un teórico carácter común. Indagar, siquiera someramente en el marco del presente, en el concepto de recurso natural puede orientar la interpretación de las tres cláusulas antes enumeradas, en especial si se toman en cuenta los costos que —no en todos, pero sí en muchos casos— se hallan involucrados en su empleo o disfrute.

A su vez, dado que conocemos una experiencia constitucional pasada, por la cual se adjudicó a la Nación la propiedad de los recursos naturales, podemos también adentrarnos en

(*) Abogada (UMSA, 1992), especialista en Derecho Administrativo-Económico (UCA, 1998), doctora en Derecho (UBA, 2006). Directora ejecutiva de las Diplomaturas en Derecho Constitucional Profundizado y Especializado y codirectora de la Diplomatura en Ambiente, Energía, Minería e Hidrocarburos (Universidad Austral). Profesora de Derecho Administrativo (UCA). Asociada en Bianchi, Galarce & Castro Videla. Email: es@bgcv.com.ar.

la cuestión de la opción ejercida por el Constituyente de 1994 al adoptar la expresión “dominio originario” sobre los recursos naturales en ocasión de adjudicarle dicho dominio a las provincias en tanto aquellos se hallen dentro de su territorio.

Así las cosas, las preguntas que naturalmente surgen, al encarar las cláusulas aludidas, son, por un lado, qué se entiende por “recurso natural”, y, por el otro, qué puede entenderse por “dominio originario”. A responder estos interrogantes se dedican los párrafos que siguen, dedicándose la sección II al primero de ellos, y la sección III al segundo, para luego volcar las conclusiones pertinentes en la última sección, IV. Veamos:

II. Qué se entiende por “recurso natural”

La pregunta acerca de qué puede entenderse por recurso natural es de apariencia sencilla, pero a poco que nos adentramos en la literatura especializada, parecería distar de serlo.

II.1. Definición. El elemento “disponibilidad”

En el lenguaje cotidiano, se ha definido recurso como “conjunto de elementos disponibles para resolver una necesidad o llevar a cabo una empresa”, con cita específica de —entre otros— los recursos naturales (1).

Se tratará de “elementos que el ser humano toma de la naturaleza” (2) o que se encuentran en esta en forma no modificada (3). En esta te-

situra, será recurso natural el agua ubicada en una napa debajo del parque, que hay que bombear para regar el césped, que la necesita; o el gas natural que se halla debajo del suelo de alguna provincia más o menos lejana, que una transportadora de gas bombea, en condiciones de seguridad, hasta los bordes de las grandes urbes para, ulteriormente, servir a los hogares, comercios e industrias; entre otros muchos supuestos.

Se trata de elementos que, teóricamente, tomamos de la naturaleza pues se hallarían disponibles —como dice la definición—, pero es claro que disponer de ellos trae aparejado diverso nivel de esfuerzo: no puede compararse el costo de localizar la napa e instalar correctamente la bomba de agua y hacerla funcionar cada tanto gracias al fluido eléctrico —o al trabajo o esfuerzo físico—, con los costos de exploración y posterior extracción de gas natural.

II.2. El elemento “recuperabilidad económica”. Incidencia de la información

Ahora, aun cuando el recurso natural fuera fácilmente localizable y pareciera plenamente disponible, ello no significará sin más que será recuperable. Por ejemplo, en el campo del petróleo existe el concepto de “reserva” de petróleo y de gas, concepto que se elabora a partir de saber “cuánto petróleo y/o gas contiene el yacimiento, lo que se conoce como ‘petróleo original *in situ*’”, cálculo que involucra mucha información que se obtiene en diversas etapas a medida que se perforan los pozos (4). En este

(1) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2019), *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, Madrid, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=VXlxWFW> (último acceso: 6/8/2019).

(2) AUTORIDAD DE CUENCA MATANZA RIACHUELO (s/f), *Glosario ambiental*, Diccionario ACUMAR, p. 33, disponible en: <https://www.educ.ar/recursos/132333/acumar-glosario-ambiental> (último acceso: 10/8/2019). En similar sentido, PIGRETTI, Eduardo A., *Derecho de los recursos naturales*, 3ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 1982, p. 13: “Se ha dado en llamar recursos a los distintos elementos de los cuales el género humano se sirve para satisfacer sus necesidades y exigencias (...) Se entiende por recursos naturales los bienes de la naturaleza, en cuanto no han sido transformados por el hombre y puedan resultarle útiles”.

(3) RODRÍGUEZ, Carlos E., *Diccionario de economía: etimológico, conceptual y procedimental*, Biblioteca

Digital de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2013, p. 106, disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/diccionario-economia-etimologico-conceptual.pdf> (último acceso: 10/8/2019).

(4) INSTITUTO ARGENTINO DEL PETRÓLEO Y DEL GAS, *El aBeCé del petróleo y del gas*, 3ª ed., IAPG, Martín Kaindl (ed.), Buenos Aires, 2009, ps. 77-78, disponible en: http://www.iapg.org.ar/web_iapg/publicaciones/libros-de-interes-general/el-abece-del-petroleo-y-del-gas (último acceso: 9/8/2019). Para las relaciones entre “recursos” y “reservas” ver HALLAND, Håvard - LOKANC, Martin - NAIR, Arvind, *The Extractive Industries Sector*, World Bank Group, Washington DC, 2015, p. 15, donde se define a la reserva como porción del recurso que ha demostrado ser factible para la extracción desde los puntos de vista jurídico, económico y técnico. La literatura especializada también distingue, en el campo de los minerales, entre recurso —como cantidad calculada de

contexto, la reserva de un yacimiento será “una fracción del ‘petróleo original *in situ*’” (5). Será una fracción de este pues nunca se recuperará económicamente el total del petróleo o gas existentes.

Por ende, disponibilidad física del recurso natural no significa automática recuperabilidad en condiciones de eficiencia. Y en todo ello la información jugará un rol esencial. Es por ello que, según el grado de certeza sobre la recuperabilidad, se clasifican las reservas en comprobadas (que pueden ser, a su vez, desarrolladas y no desarrolladas), probables y posibles (6).

II.3. Género al que pertenecen los recursos naturales

Asimismo, tenemos que considerar que, en Argentina, los recursos naturales, junto con los recursos culturales, integran el género recursos ambientales, conf. ley 25.675, de Política Ambiental Nacional de 2002, art. 2º (7).

II.4. Recursos renovables y no renovables

A su vez, los recursos naturales pueden clasificarse —entre otras posibilidades— en renovables y no renovables (8). Pero esta clasificación, en ocasiones, dista de ser tan lineal. A modo de ejemplo, el agua de una represa hidroeléctrica fluye hacia un sistema que se autorrecarga por lo que la hidroelectricidad debería, en teoría, ser considerada un recurso renovable. Empero, también se la ha considerado no renovable por su impacto: podría, en la ilustración brindada, afectar a la fauna. Ubicar a la respectiva represa hidroeléctrica en una u otra especie tendrá incidencia directa en la cuantificación del nivel de cumplimiento de objetivos de renovables en

material en un yacimiento mineral— clasificado como medido, indicado, o inferido, según la densidad de información de la perforación utilizada, conf. CUMMING, John - McIVER, Donald, *Minería explicada*, The Northern Miner, Korimag (trad.), Toronto, 2015, ps. 163-164.

(5) INSTITUTO ARGENTINO DEL PETRÓLEO Y DEL GAS, *El aBeCé del petróleo y del gas*, cit., ps. 77-78.

(6) INSTITUTO ARGENTINO DEL PETRÓLEO Y DEL GAS, *El aBeCé del petróleo y del gas*, cit., ps. 77-78.

(7) Curiosamente, el Anexo I de dicha ley alude a “recursos del medio ambiente” en su art. 2º, apart. 3, y menciona “recursos ambientales” en su art. 2º, apart. 9.

(8) Ídem nota al pie 3.

una determinada jurisdicción provincial, o, en su caso, nacional (9).

A todo evento, la doctrina estima que el art. 124, párr. 2º, CN, alude tanto a recursos renovables como a no renovables (10), y nada parecería propiciar un campo de aplicación diverso, sea a efectos del art. 41, párr. 2º, CN, como a efectos del art. 75, inc. 17, párr. 2º, CN.

II.5. La cuestión de los “bienes comunes”

Ya se mencionó la idea de disponibilidad (y de recuperabilidad en condiciones de eficiencia) involucrada en la de recursos naturales.

Ahora, cabe apuntar que habría movimientos ambientalistas que propician el empleo de la expresión “bienes comunes” en substitución de la expresión “recursos naturales”. De este modo, y como explica la ACUMAR, al hablarse de bienes comunes en lugar de recursos naturales, se intentaría revalorizar los elementos de la naturaleza y “revertir un pensamiento sobre la apropiación de lo natural, para empezar a concebir el ambiente como algo que pertenece a la comunidad y que trasciende intereses particulares” (11).

(9) Puede ampliarse en: DAIGNEAU, Elizabeth, “Is Hydropower a Renewable Energy or not?”, *Governing the States and Localities*, 2013, disponible en: <https://www.governing.com/topics/transportation-infrastructure/gov-hydropower-renewable-energy.html> (último acceso: 10/8/2019); así como en BRACMORT, Kelsi - VANN, Adam - STERN, Charles, “Hydropower: Federal and Nonfederal Investment”, Congressional Research Service, Washington DC, 2015, esp. p. 3, disponible en: <https://fas.org/spp/crs/misc/R42579.pdf> (último acceso: 19/8/2019). Acerca de los pros y contras de las represas hidroeléctricas, puede verse SCHOBERT, Harold H., *Energy and Society. An Introduction*, CRC Press Taylor & Francis Group, Boca Raton, Londres y New York, 2014, ps. 235-243.

(10) SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017, t. 2, p. 186, con cita del convencional por Córdoba, Antonio María Hernández, en la Convención Nacional Constituyente, 27ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 9/8/1994, quien expresara: “Entendemos que las provincias tienen el dominio de todo su territorio: suelo, subsuelo, espacio aéreo y sobre el litoral marítimo. Por supuesto que también creemos que el dominio se hace extensivo a todos los recursos naturales, renovables o no”.

(11) Ídem nota al pie 3.

Esta postura evidencia una actitud crítica ante lo que dicha visión percibe como una “instrumentalización” de la naturaleza *ínsita* en la expresión “recurso natural”, por lo que brega por la expresión “bienes comunes” (12) en reemplazo de aquella.

Cabe aquí efectuar una aclaración metodológica previa a la enumeración de las diversas objeciones que neutralizan esa posibilidad de sustitución o reemplazo. El estudio sobre qué son los bienes comunes remite, al menos, a Cicerón, Aristóteles, Grocio, Vitoria (13), entre otros, y dicho estudio constituye base de sustentación para pluralidad de desarrollos dogmáticos, desde la fundamentación del dominio en el Nuevo Mundo, hasta la lógica protección del patrimonio de interés para la humanidad toda, pasando por un sinfín de objetivos compartibles.

Sin embargo, en el reemplazo o sustitución referenciados, lo llamativo es el objetivo de “revertir un pensamiento sobre la apropiación” con alcances aparentemente generales. En rigor, en el Derecho romano, si bien los bienes comunes o *res communes omnium* eran aquellas cosas que por su condición específica natural no eran susceptibles de apropiación privada (quedando, por ende, fuera del negocio jurídico), tal estado de cosas no era inexorable: como se señalara, con acierto, “estas *res communes omnium* conducían en algunos casos al uso exclusivo (...) y dejaban abierta la posibilidad de apropiación originaria por ocupación, haciéndose así fluido el paso del dominio común a la propiedad privada (...)” (14). Se advierte, por ende, que la sustitución que un cierto sector propicia parece desconocer este extremo, centrandose

agravios en la aparente instrumentalización —la cual, como enseguida veremos, dista de ser en sí objetable—. Además, la sustitución en cuestión parece soslayar el que, ya desde Cicerón, se admitía la intervención estatal en la propiedad para fines de bienestar común (15) o utilidad pública, en el pensamiento tomista.

Sentado ello, consideremos algunas objeciones que pueden esgrimirse en contra de las razones que avalarían sustituir la expresión “recursos naturales” por la de “bienes comunes”.

II.5.1. Criterio literal

A partir de la letra de las tres cláusulas enumeradas se advierte que el Constituyente de 1994 no adoptó la expresión “bienes comunes” sino la expresión “recursos naturales”. Es por ello que debemos estarnos a la terminología adoptada por aquel.

II.5.2. Ausencia de automática. Instrumentalización

Si la postura que brega por la utilización de la expresión “bienes comunes” en reemplazo de la de “recursos naturales” apunta a hacernos soslayar la idea de utilizar o emplear ese recurso, ya vimos que las definiciones reseñadas aluden —entre otros caracteres—, a tomar lo que, una vez localizado, se halla disponible, y, aun así, en ocasiones, no todo lo disponible es recuperable, sin perjuicio del importante esfuerzo material o económico involucrado (y sin perjuicio de los beneficios que luego se derramarán en la sociedad). De tal modo, la aludida instrumentalización no se sigue sin más de la mera localización o disponibilidad.

II.5.3. Preferencia económica del constituyente

Desde el punto de vista semántico, sabemos que, en el mundo jurídico, la expresión económica “recurso” difiere de la de bien: la noción de recurso es de tinte económico y comprende cualquier dotación de factores que puede contribuir a la actividad económica (16); en cambio, el término “bien” es de raigambre jurídica

(12) Puede ampliarse en: IVARS, Jorge D., “¿Recursos naturales o bienes comunes naturales? Algunas reflexiones”, *Papeles de trabajo — Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Socio Cultural*, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2013, nro. 26, ps. 88-97.

(13) Ver AÑAÑOS MEZA, María Cecilia, “La doctrina de los bienes comunes de Francisco de Vitoria como fundamentación del dominio en el Nuevo Mundo”, *Persona y Derecho*, vol. 68, Universidad de Navarra, Pamplona, 2013, ps. 103-137, disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/issue/view/95> (último acceso: 20/8/2019).

(14) AÑAÑOS MEZA, María Cecilia, “La doctrina de los bienes comunes...”, cit., p. 107.

(15) AÑAÑOS MEZA, María Cecilia, “La doctrina de los bienes comunes...”, cit., p. 107.

(16) BLACK, John - HASHIMZADE, Nigar - MYLES, Gareth, *A Dictionary of Economics*, third edition, Oxford University Press, Oxford, 2009.

y comprende, inclusive, a las cosas, pero desde un punto de vista patrimonial (17). En esta línea, no podría desplazarse, sin más, la terminología, de raigambre económica, preferida por el Constituyente en la denominación.

El significado económico —que prefiriera el constituyente al adoptar la expresión “recursos naturales”—, además, cumple un rol por demás trascendente, en especial en la apreciación sobre la validez constitucional de la tercera de las cláusulas antes enumeradas, es decir, en el supuesto específico del art. 124, párr. 2º, CN. A propósito de ello, tengamos presente que se indicado que el constituyente de 1994 no estaba habilitado, en Ley Declarativa de la Reforma 24.309, para incorporar el mentado segundo párrafo. Sin embargo, a los fines de avalar la validez constitucional de ese segundo párrafo del art. 124, CN, la doctrina ha reparado en el significado económico del género “recurso” en la especie “recursos naturales”: en esta tesitura, si se interpreta en sentido económico la expresión “gastos y recursos” del art. 3º de la ley 24.309 Declarativa de la Reforma, la expresión genérica “recursos” contenida en dicho artículo tercero vendrá a incluir a una especie, v.gr., los recursos naturales, como enseña Gelli (18), así como los recursos fiscales que los mismos pueden generar. En este escenario, substituir la expresión “recursos naturales” por la de “bienes comunes” colisionaría, en forma franca, con los “recursos” —de linaje económico— del art. 3º, ley 24.309 Declarativa de la Reforma, que habilitan la incorporación del segundo párrafo del art. 124, CN.

II.5.4. La propiedad en nuestra tradición constitucional

El calificativo “natural”, adjetivando al término “recurso”, enfatiza el origen, v.gr., la naturaleza,

(17) Ver Cód. Civ. y Com., arts. 15 y 16. El primero establece: “Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código”. El segundo prescribe: “Los derechos referidos en el primer párrafo del art. 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”.

(18) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 5ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, p. 734.

mientras que la expresión “común”, adjetivando al bien, conduce a una calificación *prima facie* contraria al régimen de propiedad individual sobre los bienes fijado en la Constitución de 1853-1860. Calificar a un bien como “común” —entendiendo— trae aparejada una adjetivación proclive a confundirse con la propiedad comunitaria de bienes, régimen ajeno a nuestra Constitución histórica (19). Igual conclusión se alcanza si se alude a propiedad comunal.

II.5.5. El derecho como coordinador. Regulaciones

La denominación “bienes comunes”, en reemplazo de la de “recursos naturales”, podría parecer una reacción ante el aparente individualismo de Adam Smith o ante una suerte de

(19) Si bien excede los límites del presente, cabe traer a colación el específico supuesto del Cód. Civ. y Com., art. 18, que establece: “Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional”. A su vez, la norma transitoria primera, conf. ley 26.944, establece “Primera. ‘Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial’ (Corresponde al art. 18 del Cód. Civ. y Com. de la Nación)”. Es claro que se alude a una forma de propiedad —comunitaria, en la especie— ajena a nuestra Constitución histórica, y sobre la cual es menester precaverse, como propicia DE LA RIVA, Ignacio M., “La propiedad comunitaria indígena incorporada a la Constitución en 1994 y sus riesgos”, *Economía e Instituciones*, Universidad Católica Argentina, nro. 6, Buenos Aires, 2018, ps. 8-10, esp. p. 8, disponible en: <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Ciencias%20Económicas/Depto.%20Investigación/PDI/IEI/Informe%20Diciembre%202018.pdf> (último acceso: 12/8/2019). Asimismo, ver DE LA RIVA, Ignacio M., “Responsabilidad del Estado derivada del ejercicio del poder constituyente (con motivo del reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena)”, en ESPINOZA MOLLA, Martín R. - RIZZI, Guillermo (coords.), *Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2017, ps. 206-227, esp. p. 208, donde expresa: “Y ante los precisos límites impuestos por el legislador al órgano constituyente, es evidente que cualquier lectura de la enmienda dirigida a asumir que los cambios incorporados al art. 75 de la Carta Magna puedan haber supuesto un cercenamiento al derecho de propiedad garantizado por su Primera Parte, debe ser descartada de plano”.

exacerbación de la autonomía de la voluntad: la postura que propicia substituir la expresión “recursos naturales” por la de “bienes comunes” vendría a cambiar el eje epistemológico, de la idea de servirse o tomar algo (para beneficiarse sin límites dentro del pretendido individualismo smithiano (20)) a la idea de que ese algo es de todos (común).

Excede el límite de estos párrafos detenerse en la cuestión, sobre la cual existe valiosa bibliografía. (21) Sin embargo, no podemos pasar por alto al menos dos líneas de reflexión. Primero, el individualismo extremo aludido —que conduciría, en especial, a la “tragedia de los comunes” (22), teoría que sigue siendo objeto de estudios y revisiones (23)— no para mientes en el trascendente rol que tiene el Derecho en la solución de los denominados problemas de coordinación (24). Segundo, ni siquiera los libertarios extremos rechazan la posibilidad de que la autonomía de la voluntad y el ejercicio de las libertades, en general, sean objeto

(20) “Pretendido”, pues afirmar que el smithianismo es individualista equivaldría a soslayar otros escritos de contenido ético del célebre economista, como explica AGUILERA-KLINK, Federico, “Some notes on the misuse of classic writings in economics on the subject of common property”, *Ecological Economics*, nro. 9, Elsevier, Oxford, 1994, ps. 221-228.

(21) Ver, con provecho, HOLZGREVE, Sarah, “Defining Natural Resources as Common Goods”, bachelor thesis, Leuphana University of Lüneburg, Faculty of Sustainability, Institute for Environmental Chemistry, 2015, disponible en: http://opus.uni-lueneburg.de/opus/volltexte/2015/14326/pdf/Sarah_Holzgreve_BA_Commons_final.pdf (último acceso: 12/8/2019).

(22) HARDIN, Garret, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, vol. 162, issue 3859, 1968, ps. 1243-1248, en: <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full> (último acceso: 18/8/2019). El planteo de este revolucionario estudio ha sido objeto de importantes estudios posteriores que ofrecen alternativas enderezadas a superar el problema de los mentados individualismos.

(23) Ver un detalle de la cronología respectiva en HOLZGREVE, Sarah, “Defining Natural...”, cit., esp. p. 9, donde señala que no habría unanimidad en punto a qué se entiende por *commons*; ver AGUILERA-KLINK, Federico, “Some notes...”, cit., donde detalla y evalúa la bibliografía anterior y posterior al planteo de Hardin.

(24) Por todos, FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, second edition, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 470; POSTEMA, Gerald J., “Coordination and Convention at the Foundations of Law”, *Journal of Legal Studies*, 1982, vol. XI, ps. 165-203.

de restricciones (25), que se corporizarán en regulaciones o reglamentaciones. En nuestro caso, el límite provendrá, en primera instancia, del art. 28, CN, sobre el cual se ha expedido la doctrina (26). Con ello, se aventaría el riesgo de egoísta sobreutilización de los recursos naturales pues en algún punto ese uso sería objeto de razonable o proporcionada regulación.

II.6. La cuestión del territorio

Una *última* acotación, en el marco de estos apretados párrafos, hace a la localización o ubicación del recurso natural.

El art. 41, párr. 2º, al establecer que las autoridades “proveerán (...) a la utilización racional de los recursos naturales”, adopta una actitud genérica; no alude a ningún territorio o localización en particular. Por su parte, el art. 75, inc. 17, párr. 2º, al consagrar la atribución del Congreso de “asegurar” la “participación” de los pueblos indígenas argentinos “en la gestión referida a sus recursos naturales”, pone en evidencia: por un lado, (i) que el Constituyente optó por la perifrasis relacional “gestión referida a (...)” en lugar de adoptarse la forma denotativa “gestión de (...)”; y, por el otro lado, (ii) que el Constituyente empleó un criterio que remite a lo subjetivo, concretado en el empleo del adjetivo posesivo “sus”, pretiriendo cualquier criterio objetivo de localización determinada o determinable, en actitud muy diferente respecto de la adoptada al redactar el art. 124, párr. 2º, CN.

El segundo párrafo del art. 124, CN, establece que son del dominio originario de la provincia los recursos naturales existentes “en su territorio”; tal la localización o ubicación fijada por el Constituyente. Mas los recursos naturales no saben de líneas artificiales. Podría, por cierto, darse el supuesto de un salar ubicado *íntegramente* dentro de los límites de una pro-

(25) Ver MARMOR, Andrei, “Do We Have a Right to Common Goods?”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, nro. 14, 2001, ps. 213-225, esp. p. 220.

(26) Portodos, LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, 2ª ed. actualizada, 1ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1989; CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004; CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Depalma, Buenos Aires, 2009.

vincia; lo mismo podría suceder con un lago. Sin embargo, existen recursos naturales cuya formación puede poseer la virtualidad de cruzar los límites entre dos o más provincias: es que “es sabido que la naturaleza no respeta límites establecidos por el hombre”, como se afirmara (27). Tal el supuesto de un yacimiento hidrocarburífero, que “atravesase” los límites entre —al menos— dos provincias. Este *último* supuesto puede dar lugar a relaciones entre productores vecinos, y en ese marco cabe dejar planteado —al menos desde lo hipotético— si también podría dar lugar a relaciones entre provincias titulares de sus respectivos dominios originarios, a tenor de la literalidad de la cláusula constitucional respectiva.

III. Qué puede entenderse por “dominio originario”

El segundo interrogante planteado en la introducción del presente hace a adentrarnos en qué se entiende por dominio originario en el segundo párrafo del art. 124, CN, párrafo que integra ese cúmulo de medidas favorables al reconocimiento de poderes provinciales, medidas adoptadas por el Constituyente de 1994 generando un cúmulo que se integra con otras cláusulas emergentes de la Reforma Constitucional de 1994 tales como las modificaciones al régimen financiero del art. 75, inc. 2º, CN; la consagración de los poderes compartidos en los establecimientos de utilidad nacional del art. 75, inc. 30, CN; la fijación del órgano competente para disponer la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires del art. 75, inc. 31, CN; el rol provincial en el aseguramiento de la autonomía municipal del art. 123, CN; las competencias provinciales para crear regiones, celebrar ciertos tratados parciales y ciertos tratados internacionales de los arts. 124 y 125, CN; la cláusula del progreso provincial del art. 125, 2º párr., CN; la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires —con abandono de la tesis de la autarquía— del art. 129, CN; entre otras.

El segundo párrafo del art. 124, CN, en tanto establece que corresponde a las provincias

el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio, devino una celebrada “reivindicación federal de los estados locales” (28). Mas cierto es que, entre 1994 y 2019, no parece haberse suscitado un caso que instara a la Corte Suprema a precisar qué se entiende por “dominio originario” en el segundo párrafo citado, o cuáles son sus alcances o contenido (29). Es por ello que esta sección se dedicará a indagar en su significado.

III.1. Aclaración metodológica: dominio vs. jurisdicción

A todo evento, es claro, a partir del texto constitucional, que el Constituyente colocó el “dominio” (originario) de los recursos naturales ubicados en el territorio de cada provincia, en cabeza de cada provincia. Ello excluye, con claridad, a la “jurisdicción”, que permanece en cabeza de la Nación.

Tengamos presente, en este sentido, dos extremos: Primero, ya la antigua obra de Grocio (30) enseñaba que dominio no es jurisdicción. Segundo, la Corte Suprema argentina adoptó tal temperamento: “dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes ni correlativos, pues bien pueden existir uno sin la otra o

(28) La ilustrativa frase es de GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., t. II, p. 733.

(29) En “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 342: 917, del 4/6/2019, la Provincia de San Juan alegaba que el dictado de la ley 26.639, de Glaciares, violaba su dominio originario sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio pues la citada ley 26.639 configuraban un exceso en el ejercicio de las competencias federales de regulación de los presupuestos mínimos de protección del ambiente. Recordemos que el art. 6º de dicha ley, por ejemplo, establece actividades prohibidas en los glaciares, lo cual era mucho más que fijar un presupuesto mínimo. Pues bien, la Corte Suprema, en el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada, por mayoría, y en punto al agravio reseñado, entendió que no había “acto en ciernes” de la autoridad de aplicación de la ley (consid. 13).

(30) GROTIUS, Hugo, *The Free Sea*, Liberty Fund, Knud Haakonssen, ed.; Richard Hakluyt, trad., [1609], Indianapolis, 2004, esp. ps. 129-130: “Pero, como comencé a decir, nuestra controversia es sobre la propiedad del mar y la prohibición de pesca. Ahora, la cuestión de la jurisdicción es extraña a esto” (traducción propia).

(27) PERA, Arturo, “‘Unitización’ de yacimientos”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, Ábaco, Buenos Aires, nro. 21, 2019, ps. 201-207, esp. p. 201.

viceversa” (31). Asimismo, en los precedentes “Franck” (32), de 1969, y “Provincia de Buenos Aires” (33), de 1977, citados por Bianchi (34) se establece la regla de que dominio no necesariamente conlleva jurisdicción. La doctrina también señala que dominio y jurisdicción pueden ser de diferentes titulares (35).

A su vez, ese dominio provincial permitirá, como puntualiza Gelli, que la provincia pueda establecer tributos sobre todas las cosas que forman parte de su riqueza general (36).

(31) “Marconetti, Boglione y Cía. c. Municipalidad de Santa Fe s/juicio contencioso administrativo”, Fallos 154:312, del 20/5/1929, esp. 317, cit. en NONNA, Silvia, “La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nro. 47, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2017, ps. 39-68, esp. p. 48.

(32) “Franck, Roberto Ángel c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 257:357, del 14/11/1969.

(33) “Provincia de Buenos Aires c. Nación Argentina”, Fallos 297:236, del 29/3/1977.

(34) BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*, Ábaco, Buenos Aires, 1990, p. 215.

(35) BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 3ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 560: “El dominio conlleva jurisdicción, aunque no necesariamente exista unidad en sus titulares”; BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, cit., t. I, p. 561: “El reconocimiento del dominio originario, reiteramos, no siempre queda equiparado con la potestad jurisdiccional”. En igual sentido, DE SIMONE, Orlando, “El dominio de los hidrocarburos y la ley 26.197”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 67, nro. 1, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2007, ps. 72-78, esp. p. 75, disponible en: <http://www.colabogados.org.ar/larevista/index.php?idrevista=5&origen=3> (último acceso: 20/8/2019), también en *El Dial.com*, DC1D68: “Hemos adelantado que la reforma constitucional de 1994 reconoció a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Sin embargo, hemos tenido oportunidad de señalar que este reconocimiento no implica sustraer a estos bienes de la jurisdicción exclusiva del Congreso Nacional”.

(36) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., t. II, p. 732. En igual sentido, QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 3ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2000, ps. 765-766: “El dominio originario de los recursos naturales que les reconoce la Constitución a las provincias, implica, como no puede ser de otro modo, la atribución del dominio patrimonial sobre los mismos. (...) El dominio de las

Ello, ciertamente, con las limitaciones fundadas en razones constitucionales o de nuda racionalidad (37).

provincias sobre sus recursos naturales es el originario, debido a que, como no rige en nuestro país el sistema colectivista, donde toda la propiedad es del Estado, aquello que es originariamente de propiedad provincial luego se transmite a los particulares, a través de cualquiera de los modos de transmisión del dominio existentes. ¿Qué les quedará a las provincias de ese dominio originario? No la fijación de la política sobre el manejo de cada recurso, en la medida en que ello impacte en la economía de todo el país, pues ello será facultad preeminente del Congreso (...). Si los recursos son provinciales no se les podrá negar a los titulares de dicho dominio la potestad impositiva sobre ellos (...).

Ver, asimismo, sobre potestades tributarias provinciales, “Dinel SA c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 315:660, del 7/4/1992; “COMENSA (Cía. Mendocina SA) c. Pcia. de Mendoza s/APA”, Fallos 311:1148, del 28/6/1988; “Schuchard SA c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 305:1672, del 6/10/1983; “Urrutia Hnos. SCA y otros c. Provincia de Misiones”, Fallos 298:341, del 12/7/1977; “Lusardi, Manuel —suc.—”, Fallos 251:350, del 1/12/1961; “Larralde, Lorenzo, y otros”, Fallos 243:98, del 2/3/1959; “Alegre, Argentino Victoriano y otros - Demanda de inconstitucionalidad”, Fallos 234:568, del 3/5/1956, voto del Dr. Orgaz, esp. p. 600; “Liberti, Atilio César —Suc.—”, Fallos 235:571, del 10/8/1956, disidencia del Dr. Orgaz, esp. p. 588; entre otros.

(37) Sagüés brinda este ejemplo: no podría obligarse a la provincia a dividir sus regalías mediante una ley convenio de coparticipación; ampliar en SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017, t. 2, p. 187, con cita de MARTELLI, Hugo C. - MANILL, Pablo L., “El dominio originario de los recursos naturales”, en SABSAY, Daniel A. (dir.), *Constitución de la Nación argentina*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t. IV, ps. 872-899, esp. p. 898. Ver, asimismo, las posibilidades, en el Derecho comparado, que plantea YOLIS, Lisandro, “La distribución de regalías en materia de hidrocarburos en países federales”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, nro. 6, Ábaco, Buenos Aires, 2015, ps. 1-25.

Los límites a la potestad recaudatoria provincial también pueden provenir de una ley federal: tal el supuesto del art. 56, inc. a), ley 17.319 de Hidrocarburos; ampliar en DE GYARFAS, Vera - LANARDONNE, Tomás, “Fiscal Regimes”, en FRESCO, Fernando - PEREIRA, Eduardo G. (consulting eds.), *Latin American Upstream Oil and Gas*, Globe Law and Business, London, 2015, ps. 265-296, esp. p. 269.

Otro ejemplo de las mentadas limitaciones surgiría de las relaciones entre provincia y municipio: un municipio no podría prohibir una actividad extractiva cuyo objeto sea un recurso natural del dominio originario de la provincia cuya regulación está excluida de la jurisdicción municipal ya que produciría, entre otros

III.2. Aclaración metodológica: dominio vs. propiedad

Respecto de si “dominio” (originario), en el segundo párrafo del art. 124, CN, significa lo mismo que “propiedad”, la sistematización de opiniones doctrinarias al respecto ya ha sido objeto de cuidadoso análisis(38), y al mismo cabe remitir a fin de evitar reiteraciones.

III.3. Jurisprudencia relevante hacia 1994

Resulta de elevado interés la opción por la expresión “dominio originario”, adoptada por el Constituyente, a la luz de la jurisprudencia existente. Así, puede ponerse de resalto “Yacimientos Petrolíferos Fiscales” (39), de 1979, en especial el dictamen de la Procuración General de la Nación, que expresó:

“[E]l dominio de las provincias sobre las minas no es el dominio del Código Civil con los atributos que le son inherentes. Aquel dominio, tal como lo legisló el Código de Minería, es el dominio eminente o radical propio de un sistema regalista. (...)” (40).

En el mismo fallo, la opinión mayoritaria advertía que:

“[T]anto en el Derecho argentino como en el comparado, invariablemente,

efectos, el de privar a la provincia de los respectivos recursos financieros, que están destinados a atender “las necesidades e intereses comunes a la ciudadanía” de toda la provincia; ver TS Neuquén, “Fiscalía de Estado de la provincia del Neuquén c. Municipalidad de Vista Alegre s/acción de inconstitucionalidad”, expte. 6840/2017, fallo nro. 8/2017, del 22/12/2017, consid. IX, en: <http://200.70.33.133/cmoxext.nsf/86df637a4ff5a220032580c1003eb680/872079b7c9d605e20325822c003a4a89?OpenDocument> (último acceso: 19/8/2019).

(38) Ver, con provecho, LEGÓN MARIENHOFF, Carlos M., “El dominio en los parques nacionales después de la reforma constitucional de 1994”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica (ReDA)*, vol. 2008, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, esp. ps. 1081-1097, esp. ps. 1084-1087.

(39) “Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, Fallos 301:341, del 3/5/1979.

(40) “Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, Fallos 301:341, del 3/5/1979, esp. p. 355.

ha sido preciso ocuparse del llamado dominio originario de las minas” (41).

Y, en el mismo pronunciamiento, la disidencia del Dr. Frías señalaba que la provincia:

“no puede fundar su legitimación en la existencia de alguna forma de dominio privado, sino en la reivindicación para sí del dominio eminente de la mina (...)” (42).

y aludía al:

“dominio eminente o institucional de las provincias” (43).

Sin perjuicio de otros fallos existentes hacia 1994, se aprecia que es a partir de los pasajes transcritos que puede colegirse que la expresión “dominio originario” era bien conocida por el Constituyente de 1994, y que la adopción de aquella —desplazando la de “propiedad”, empleada, por ejemplo, en el art. 40 de la Constitución de 1949— pudo razonablemente corresponderse con un criterio de conveniencia, que, como legislador constituyente, le asistió.

Más importante aún, la muestra jurisprudencial reseñada alude tanto a dominio originario como a dominio eminente, y ello permite que nos adentremos en la hipótesis de que “dominio originario”, en la cláusula que nos ocupa, sea sinónimo de “dominio eminente”, y a tal propuesta académica se enderezan los párrafos que siguen.

III.4. El dominio originario de los recursos naturales como dominio eminente sobre los mismos

Para indagar en la hipótesis planteada (44), podemos reparar en la primigenia cuestión del

(41) “Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, Fallos 301:341, del 3/5/1979, esp. p. 366.

(42) “Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, Fallos 301:341, del 3/5/1979, esp. p. 376.

(43) “Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, Fallos 301:341, del 3/5/1979, esp. p. 378.

(44) Esta sección se basa en la interpretación que se propiciara en SACRISTÁN, Estela B., “Dominio originario y dominio eminente. A propósito del art. 124 de la Constitución Nacional argentina”, en FERNEY MORENO CASTILLO, Luis - HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor R. (coords.), *Derecho de la energía en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, t. I, ps. 315-337.

dominio privado o estatal de los recursos naturales tanto en la experiencia comparada como argentina (sección 1), para luego ver si ese dominio será provincial o nacional (sección 2). Luego podremos adentrarnos en la noción de dominio originario para esbozar las razones para su equiparación con el de dominio eminente (sección 3).

III.4.1. Dominio privado o estatal

Si bien en un plano general, subjetivo, los derechos de propiedad pueden ser ejercidos por una persona privada, o por una persona estatal (45), en materia de recursos naturales se ha destacado la insuficiencia de la clasificación clásica de Derecho romano que diferencia, sobre aquellos: (i) propiedad estadual o estatal; (ii) propiedad privada; tal que lo que no la integra es (iii) *res communis* o propiedad privada del grupo; que puede degenerar en (iv) acceso abierto o *res nullius* o no-propiedad, pasible de captura (46). A su vez, y en materia específica de recursos naturales, los modelos que han ejercido mayor influencia —v.gr., el de la tragedia de los comunes de Hardin y el juego del dilema del prisionero— han sido objeto de crítica y replanteo, en especial mediante la teoría de la acción común o colectiva (47). Pero esta teoría, a su vez, ha sido calificada de insuficiente al ser confrontada con los actores y proyectos concretos (48).

(45) DEMSETZ, Harold, "Property Rights", en NEWMAN, Peter (ed.), *The Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Londres, 1998, t. 3, ps. 144-155, esp. p. 154.

(46) Puede ampliarse, sobre la insuficiencia de la clasificación apuntada, en: BROMLEY, Daniel - CERNEA, Michael, "The Management of Common Property Natural Resources", The World Bank, Discussion Paper 57, Washington D.C., 1989, esp. ps. 11-20 (donde se reseñan los planteos ínsitos en los regímenes de propiedad estatal, de propiedad privada, de propiedad común y de acceso abierto u *open access*), disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/548811468740174575/pdf/multi-page.pdf> (último acceso: 19/8/2019).

(47) Pueden verse críticas a esos modelos en OSTROM, Elinor, *El gobierno de los bienes comunes*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2015, Leticia Merino Pérez (trad.), ps. 36-41; así como en AGUILERA-KLINK, Federico, "Some notes...", cit., entre otros.

(48) Por ej., CLEAVER, Fred P., "The promise of common good resource theory and the reality of commons projects", *International Journal of Commons*, vol. 8, 2014,

En Estados Unidos existen recursos naturales que son de propiedad del estado federal (un parque nacional) o de toda la población (el aire); el dominio privado de los minerales es el que surge de la legislación estadual y hay al menos tres regímenes federales que gobiernan la propiedad de aquellos en tierras federales; existen bosques en tierras privadas y en tierras federales; el agua no se halla sujeta a un régimen de propiedad sino de derechos al uso de la misma y predomina la legislación estadual; y las empresas de energía son primordialmente privadas (49). A modo de ejemplo, la propiedad de las plantas hidroeléctricas estadounidenses es privada en un 69% (2388 plantas); pero el sector público federal y no-federal —dueño de solo el 16% de la cantidad total de plantas hidroeléctricas— posee más de la mitad de toda la capacidad hidroeléctrica (50). Los derechos al gas y petróleo hallados en una parcela pueden ser de particulares, sociedades, tribus, o del municipio, estado o del estado federal, y si la compañía de petróleo y gas, que no es dueña del suelo, contrata con el dueño de este para llevar adelante sus actividades, por cierto término, pagará por ello (51), sin perjuicio de otros contratos posibles (52); la mayoría de las acciones

ps. 636-656, disponible en: <https://www.thecommonsjournal.org/articles/10.18352/ijc.477/> (último acceso: 19/8/2019).

(49) LAITOS, Jan - TOMAIN, Joseph, *Energy and Natural Resources Law*, West, St. Paul, 1992, ps. 64, 246-247, 312-313, 356-357 y 408.

(50) HALL, Douglas - REEVES, Kelly, "A Study of United States Hydroelectric Plant Ownership", Idaho National Laboratory, prepared for the National Renewable Energy Laboratory Tribal Energy Program, Idaho Falls, 2006, p. 18, disponible en: https://www.hydroworld.com/content/dam/hydroworld/online-articles/documents/2012/April/a_study_of_united_states_hydroelectric_plant_ownership.pdf (último acceso: 19/8/2019). Ver, asimismo, BRACMORT, Kelsi - VANN, Adam - STERN, Charles, "Hydropower: Federal and Nonfederal Investment", Congressional Research Service, Washington D.C., 2015, esp. p. 4, disponible en: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R42579.pdf> (último acceso: 19/8/2019).

(51) Por ej., Oil and Gas Leases, Pennsylvania Statutes, vol. 58, § 33.

(52) Puede verse CASAL, Daniel, "Panorama de los contratos de operación para la actividad hidrocarburífera", *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, nro. 1, Ábaco, Buenos Aires, 2014, ps. 1-33.

en empresas petroleras y de gas natural que hacen oferta pública de sus acciones son de familias norteamericanas de clase media (53).

En nuestro país, la Constitución de 1853/1860 nada previó sobre el dominio privado o estatal de los recursos naturales (54). El Código Civil de 1871 consagró el derecho real de dominio (55), y estableció que con la expropiación se pierde la propiedad (56). En 1886, el Código de Minería fijó la naturaleza de bienes (estatales) privados de las minas (57), la regla general de que el Estado no podía explotarlos (58), e instituyó la concesión legal como medio de adquisición de la propiedad de la mina (59) por parte de los particulares. La Constitución de 1949 (60), que

(53) SHAPIRO, Robert J. - PHAM, Nam D., "Who Owns America's Oil and Natural Gas Companies. A 2014 Update", Sonocom, Washington D.C., 2014, p. 2, disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/5d22/f1f379a641d980d3e330605cc6750137e135.pdf> (último acceso: 19/8/2019).

(54) Pero Alberdi supo explayarse acerca de diversos recursos naturales; distinguió entre tierra públicas y privadas; y rechazó la idea de una industria pública por absurda y falsa en su base económica; conf. ALBERDI, JUAN B., *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853*, [1854], Escuela de Educación Filosófica y Filosofía de la Libertad, Buenos Aires, 1979, ps. 143-144, 149 y 56, respectivamente.

(55) Art. 2506 y conchs.

(56) Art. 2511.

(57) Art. 7º: "Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren".

(58) Art. 9º: "El Estado no puede explotar ni disponer de las minas, sino en los casos expresados en la presente ley".

(59) Art. 10, que regla sobre otorgamiento, por concesión, de "la propiedad particular de las minas". Acerca del sistema regalista, ver ZABALLA, Hernán M. - ARBELECHE, Sergio D., "Evolución de la intervención estatal en la legislación minera argentina", *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, nro. 1, Ábaco, Buenos Aires, 2014, ps. 101-132, esp. p. 105 y sus citas.

(60) Constitución de 1949, art. 40, párr. 2º: "Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto, que se convendrá con las provincias".

rigió hasta 1956 (61), estableció la propiedad de la Nación sobre los diversos recursos naturales que enumeraba. La Ley de Hidrocarburos de 1967 estableció que pertenecen al patrimonio nacional o provincial los hidrocarburos (62), reservándose el Estado nacional áreas (63), pero permite el otorgamiento de permisos y concesiones (64), asegurando los derechos de propiedad del permisionario o concesionario sobre sus hidrocarburos (65). Con la reforma constitucional de 1994, el dominio (originario) de los recursos naturales existentes en el territorio de las Provincias corresponde a estas. Leyes particulares, como la Ley de Pesca de 1998, establecen el dominio de los recursos regulados, colocándolos en cabeza del estado nacional o provincial (66), permitiendo el otorgamiento de permisos y autorizaciones (67) y fijando las

(61) Ver proclama del 27/4/1956, *Anales de Legislación Argentina*, 1956-A-1/2, cuyo art. 1º estableció: "Declarar vigente la Constitución nacional, sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubiesen quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16/9/1955". Ver, asimismo, dec. 22.337, del 17/12/1956, de creación de la Comisión de Estudios Constitucionales *ad honorem* a los fines de una convención reformadora, *Anales de Legislación Argentina*, 1956-A-1153.

(62) Ley 17.319, art. 1º: "Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren".

(63) Ley 17.319, art. 91: "Las zonas inicialmente reservadas para ser exploradas y explotadas por las empresas estatales se detallan en el anexo único que forma parte de esta ley".

(64) Ley 17.319, art. 4º: "El Poder Ejecutivo podrá otorgar permisos de exploración y concesiones temporales de explotación y transporte de hidrocarburos (...)".

(65) Ley 17.319, art. 6º: "Los permisionarios y concesionarios tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan (...)".

(66) Ley 24.922, art. 3º: "Son del dominio de las provincias con litoral marítimo (...) los recursos vivos que poblaren las aguas interiores y mar territorial argentino adyacente a sus costas, hasta las doce millas marinas (...)"; art. 4º: "Son de dominio (...) de la Nación, los recursos vivos marinos existentes en las aguas de la Zona Económica Exclusiva argentina y en la plataforma continental argentina a partir de las doce millas indicadas (...)".

(67) Ley 24.922, art. 23: "Para el ejercicio de la actividad pesquera, deberá contarse con la habilitación

condiciones para la captura (68). Por su parte, la Ley Corta de 2007, al consagrar, a favor de las provincias, el pleno ejercicio del dominio originario y la administración sobre sus yacimientos de hidrocarburos, transfiere de pleno derecho, entre otros, todos los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos (69). En 2012, el 51% de las acciones de YPF SA y de Repsol YPF Gas SA —compañías petroleras privadas— es expropiado por el Estado Nacional por ley 26.741.

III.4.2. Dominio nacional o provincial, y un interrogante

En cuanto al dominio provincial o nacional, ya vimos que la Constitución de 1853/1860 nada previó al respecto, y que el Código de Minería fijó la naturaleza de bienes privados, de la Nación o de la Provincia, de las minas (70), concesibles (71). Mientras rigió, la Constitución de 1949 nacionalizó una serie de recursos naturales. La Ley de Hidrocarburos de 1967 estableció que los hidrocarburos pertenecen al patrimonio nacional o provincial (72), y reservó áreas a favor del Estado nacional. En 1992, por ley 24.145, se transfirió el dominio público (73)

(...) mediante (...): (a) Permiso de pesca (...); (b) Permiso de pesca de gran altura: (...) (c) Permiso temporario de pesca: (...); (d) autorización de pesca: (...)

(68) Ley 24.922, arts. 7º y conchs.

(69) Ley 26.197, art. 2º: “[L]as provincias asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario (...) sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en sus respectivos territorios y en el lecho y subsuelo del mar territorial del que fueren ribereñas (...)

(70) Art. 7º: “Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”.

(71) Art. 10, que regla sobre otorgamiento, por concesión, de “la propiedad particular de las minas”.

(72) Ley 17.319, art. 1º: “Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren”.

(73) Señala Cassagne que en esta ley se halla implícitamente comprendido el concepto de dominio originario; ver CASSAGNE, Juan Carlos, “El artículo 124 de la Constitución y el dominio originario”, en *Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y La Ley*, segunda época, año LII, nro. 45, Buenos

de los yacimientos de hidrocarburos del Estado Nacional a las Provincias en cuyos territorios se encuentren, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de 12 millas marinas medidas desde las líneas de base reconocidas por la legislación vigente (74). Tengamos presente, asimismo, que, hacia 1994, las provincias habían comenzado a “reivindicar los recursos naturales como propios de su dominio y consagraron ese principio en las constituciones que comenzaron a reformarse a partir de 1986” (75).

Con la reforma constitucional de 1994, se consagra, sin excepción, la regla de que “[c]orresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. De este modo, queda, en cabeza de las provincias, un dominio calificado como dominio originario, sobre esos recursos.

Pero, en este punto, puede señalarse una particularidad. Hacia 1994, una constitución provincial podía prever que la provincia ostentaba el dominio eminente sobre los recursos naturales ubicados en su territorio. Luego de la sanción de la reforma constitucional de 1994, pasa a corresponder, a esa provincia, el dominio originario de dichos recursos naturales. ¿Cómo compatibilizar la titularidad anterior a 1994, llamada dominio eminente en la esfera provincial, con lo que le corresponde a esa provincia a partir de 1994, v.gr., dominio originario según la Constitución nacional? Más aún, en el caso de un texto constitucional provincial sancionado después de la entrada en vigencia del texto de la Constitución Nacional según Reforma Constitucional de 1994, ¿cómo armonizar la consagración del dominio eminente de la provincia sobre sus recursos naturales en ocasión de sancionarse el primero, si el segundo prevé

Aires, 2007, ps. 114-125, esp. p. 117: “En ese escenario se produjo la reforma constitucional de 1994 que sancionó el artículo 124, en el cual se introdujo definitivamente el concepto de dominio originario utilizado antes en el Código Minero (art. 10) e implícitamente comprendido en la ley 24145 (...)”, disponible en: [http://academiaderecho.org/wp-content/uploads/2019/01/00_Academiaderecho-2007_1a736.pdf](http://academiaderecho.org/wp-content/uploads/2019/01/00_Academiaderecho.org/wp-content/uploads/2019/01/00_Academiaderecho-2007_1a736.pdf) (último acceso: 21/8/2019).

(74) Art. 1º.

(75) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina...*, cit., t. II, p. 732.

el dominio originario de la provincia sobre sus recursos naturales? (76).

Entiendo que un modo de armonizar la asimetría descripta involucra analizar la posibilidad de equiparación entre “dominio eminente” y “dominio originario”.

III.4.3. Razones para la equiparación

Las razones para asimilar ambas expresiones pueden agruparse considerando los acápites que siguen, en un *iter* que parte de la información dada y que concluye con la opinión del Constituyente de 1994 y la doctrina.

III.4.3.1. Ambas categorías eran conocidas

La categoría “dominio originario” puede ser rastreada antes de 1994 en la legislación, la jurisprudencia, y la doctrina. Ya vimos que, desde 1886, el Código de Minería argentino distinguía “dominio originario” del Estado nacional o provincial sobre las minas (77) y “propiedad particular adquirida por concesión” (78). También aparecía la expresión “dominio originario” en la experiencia constitucional comparada de México (79)

(76) Puede verse, a modo de ejemplo, el art. 28 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, 13/9/1994, posterior a la sanción del texto de la Constitución Nacional, del 26/8/1994. Dicho art. 28, en lo pertinente, establece: “(...) La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada (...)”.

(77) Art. 10 (“Sin perjuicio del dominio originario del Estado reconocido por el art. 7º, la propiedad particular de las minas se establece por la concesión legal”); art. 7º (“Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”); art. 219 (“En cualquier caso de caducidad la mina volverá al dominio originario del Estado y será inscrita como vacante [...]”); art. 326 (“La prescripción no se opera contra el Estado propietario originario de la mina”). Ver, asimismo, lo que señala Cassagne, nota al pie 69, *supra*.

(78) Ver art. 10, transcripto en n. 63.

(79) Constitución de México, art. 27: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir

y de Bolivia (80). La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, antes de 1994, además, aplicaba el concepto (81). Incluso la doctrina indica que la previsión del actual art. 124, al reconocer el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en su territorio ya “estaba implícita en el anterior art. 104 (actual art. 121) que reservaba a las provincias los poderes no delegados en el gobierno federal” (82). Por ello, no podía sorprendernos la introducción de la categoría “dominio originario” en el articulado de la Constitución Nacional argentina en 1994.

Respecto del dominio eminente, sabemos que el término fue estudiado primero en la obra de Francisco de Vitoria (83), y luego en la obra

el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”; disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm> (último acceso, 18/8/2019).

(80) Constitución de Bolivia, art. 136: “Son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les dé esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. La ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares”; disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-1967/html/79ba5969-d0a7-4c29-8db2-24904ed735f2_2.html (último acceso, 18/8/2019).

(81) Pueden verse “Nación c. Urdandiz Luis M.”, Fallos 234:457, del 23/4/1956, esp. p. 471 (“dominio originario del Estado nacional”); “Barceló, Arturo Leónidas c. Nación”, Fallos 285:78, del 28/2/1973, esp. p. 85 (“dominio originario provincial”, disidencia de los Dres. Risolía y Cabral); “Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, Fallos 301:341, del 3/5/1979, esp. ps. 366-367.

(82) DALLA VÍA, Alberto R., *Derecho constitucional económico*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 760; en similar sentido, MARTELLI, Hugo C. - MANILL, Pablo L., “El dominio originario de los recursos naturales”, en SABSAY, Daniel A. (dir.), *Constitución de la Nación argentina*, cit., t. IV, ps. 872-899, esp. p. 874; también FRANZA, Jorge A., *Manual de Derecho de los recursos naturales y protección del medio ambiente*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Ediciones Jurídicas Eduardo Lecca, Buenos Aires, 2010, p. 369. Acerca del debate constituyente que en 1860 consagra los poderes no delegados a favor de las provincias, ver BIANCHI, Alberto B., *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, ps. 210-218, esp. p. 213.

(83) Este extremo, en la bibliografía especializada, es puntualizado por REYNOLDS, Susan, *Before Eminent Domain. Toward a History of Expropriation of Land for*

de Grocio (84), generando, con amplios alcances, lo que puede concebirse como una versión europea de aquel. Posteriormente, el pensamiento de Grocio sobre el dominio eminente cruzó el Atlántico, y fue objeto de interpretación por la Suprema Corte estadounidense (85). Hacia 1905, Maitland se preguntaba dónde los norteamericanos habían hallado el dominio eminente, o, más bien, cómo lo habían tomado prestado de las fuentes continentales (86).

the Common Good, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2010, p. 91, con cita de DE VITORIA, Francisco, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, R. P. Vicente Beltrán de Heredia O. P. [1534-1537], Salamanca, 1932, 3, p. 65.

(84) GROTIUS, Hugo, *De iure belli* [The Law of War and Peace] (1625), libro 1, cap. 3, VI.2 (“Los intereses particulares (...) son o exclusivamente intereses públicos, o intereses privados relacionaos con los intereses públicos. En forma exclusiva, los intereses públicos son o acciones, con el hacer la paz, la guerra, o los tratados; o cosas, tales como tributos, y otras cosas de naturaleza similar, en las cuales está incluido el derecho de dominio eminente, que el estado tiene sobre los ciudadanos y sobre la propiedad de los ciudadanos para utilidad pública”) (traducción propia), disponible en: <http://www.lonang.com/exlibris/grotius/gro-103.htm> (último acceso: 19/8/2019). Para una postura crítica sobre su producción, ver VERGARA BLANCO, Alejandro, “Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos, y las aporías del dominio eminente”, REP, nro. 64, 1989, ps. 337-346.

(85) Dijo la Suprema Corte estadounidense en 1845: “El derecho de la sociedad, o del soberano, de disponer, en caso de necesidad, y en pos de la seguridad pública, de toda la riqueza contenida en el estado [state], se llama dominio eminente. Es evidente que este derecho es, en algunos casos, necesario para quien gobierna, y es, por ende, una parte del imperio o poder soberano. Vattel, *Law of the Nations*, sección 244. Esta definición demuestra que el dominio eminente, si bien un poder soberano, no incluye todo el poder soberano (...)” (traducción propia), conf. “Pollard’s Lessee v. Hagan *et al.*”, 44 US (3 How.) 212 (1845), esp. p. 223, citado por HAYTON, Robert D., *Régimen legal de los recursos naturales en los Estados Unidos de América*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 25. La obra citada por la Corte Suprema estadounidense corresponde a la que, en español, conocemos como VATTEL, Emer de, *El derecho de gentes, o principios de la ley natural*, Imprenta de D. León Amarita, Madrid, 1834, trad. española de *Le droit de gens, ou principes de la loi naturelle, appliqué à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, de 1758.

(86) REYNOLDS, Susan, *Before Eminent Domain...*, cit., p. 1, señala este importante aspecto.

En Argentina, ya desde fines del siglo XIX había leyes que consagraban al dominio eminente (87). La jurisprudencia ya estaba familiarizada con los conceptos de dominio eminente (88), dominio eminente originario (89), dominio eminente o efectivo (90), dominio no solo eminente sino efectivo, público y privado (91), y dominio eminente actual (92). Además, la célebre nota del art. 2507 (93) del Cód.

(87) Por ej., ley 3267, de 1892, aprobando un protocolo sobre adquisición en uno y otro país de un inmueble para las respectivas legaciones; ley 18.310, de 1969, art. 1º: “La jurisdicción ejercida por la Nación sobre las tierras adquiridas en las provincias solo es exclusiva en los casos de cesión dentro de los procedimientos constitucionales que producen la desmembración de territorio con pérdida del dominio eminente (...)”.

(88) “Somoza, Carlos Lucio c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 304:251, del 2/3/1982, esp. p. 256; “De Bassi de Bortot, M. Luisa c. Provincia del Chubut”, Fallos 300:1145, del 31/10/1978; “Provincia de Misiones c. Aceguinolaza, Héctor Ricardo y otros”, Fallos 263:158, del 29/10/1965, esp. p. 166; “Provincia de Buenos Aires c. SA Empresas Eléctricas de Bahía Blanca”, Fallos 254:441, del 21/12/1962, esp. p. 450; “Nación c. Falabella, Antonio y otro”, Fallos 200:219, del 10/11/1944, esp. p. 225; “Ministerio de Guerra c. Rouillón, Magdalena V. de”, Fallos 180:48, del 23/2/1938, esp. p. 55; “Casado, Pedro y otros c. Provincia de Santa Fe por daños y perjuicios”, Fallos 143:59, del 1/4/1925, esp. p. 70; “Sastre, Ángel c. Gobierno Nacional s/expropiación”, Fallos 140:207, del 30/4/1924, esp. p. 225; “Nicolás Arias Murúa c. Provincia de Salta s/expropiación”, Fallos 104:247, del 12/6/1906, esp. ps. 266 y 269; “Municipalidad de la Capital c. Elortondo, Isabel A.”, Fallos 33:162, del 14/4/1888, esp. ps. 191-192, 200, 207 y 210; entre otros.

(89) “Provincia de La Pampa c. Nación Argentina y Consejo Nacional de Educación”, Fallos 276:104, del 6/3/1970, esp. p. 109.

(90) “Swift de La Plata SA”, Fallos 197:507, del 20/12/1943, esp. p. 511; “Frigorífico Swift de La Plata s/ infracción ley 11.317”, Fallos 182:157, del 26/10/1938, esp. p. 162.

(91) “Guari, Lorenzo y otros c. Provincia de Jujuy s/ reivindicación”, Fallos 155:302, del 9/9/1929, esp. p. 313.

(92) “Acuña, Joaquín c. SA Ganadera e Industrial de Tucumán s/reivindicación”, Fallos 148:241, del 23/2/1927, esp. p. 247; “Garro, Pedro I. y Arias, Carlos M. c. Ortega Rufino s/reivindicación”, Fallos 149:157, del 26/8/1927, esp. p. 167.

(93) Nota que dice: “Muchos autores dividen la propiedad, en propiedad soberana del Estado y en propiedad del derecho civil, en otros términos, en dominio eminente y dominio civil. La Nación tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama

Civil de 1869 lo distinguía, como derecho superior; derecho superior que —entiendo— se asemeja a lo que hoy llamamos potestad o poder genérico (94).

III.4.3.2. *Las funciones del dominio eminente también eran conocidas*

Metodológicamente, el dominio eminente ha sido calificado como derecho, pero también como potestad: inicialmente se afirmó que es un “derecho superior de legislación, jurisdicción y contribución” del Estado, según el Codificador (95), derecho que no es identificable con el derecho de propiedad (96) o dominio a secas, y que mucho menos con el dominio público (97).

En la jurisprudencia y la doctrina, el dominio eminente también ha sido caracterizado como uno de los fundamentos posibles de la expropiación (98). Así lo hizo la Corte Suprema

el Estado, tiene, respecto a los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución, que, aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de la propiedad o dominio, corresponde solo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia, o al mayor bien del Estado”.

(94) Calificándolo como potestad, CASSAGNE, Juan Carlos, “El artículo 124 de la Constitución...”, cit., p. 119: “En ese contexto, se ha sostenido que el dominio eminente es algo así como un poder supremo vinculado a la noción de soberanía interna que, potencialmente, se ejerce sobre los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo, o de la propiedad de los particulares. Se trata, en suma, de una *potestas* y, en este sentido, es una facultad de legislación sobre las personas y los bienes, no reconociendo como expresión de soberanía interna otras limitaciones que las preceptuadas en el ordenamiento constitucional”.

(95) Ver nota al art. 2507, ya transcripta en nota al pie 88, *supra*.

(96) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, La Ley, Buenos Aires, 1946, t. VIII, p. 374; ZANNONI, Eduardo, *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 2005, t. 10, p. 692.

(97) ZANNONI, Eduardo, *Código Civil...*, cit., t. 10, p. 692.

(98) LEGÓN, Fernando, *Tratado integral de la expropiación pública*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1934, ps. 89

argentina en su jurisprudencia (99). Incluso el Máximo Tribunal llegó a afirmar que ni el dominio eminente ni el poder de policía podrían justificar desconocer el derecho de propiedad (100). Sin embargo, el constituyente de 1853-1860 —al igual que, en su momento, el Constituyente norteamericano— no construyó la posibilidad de expropiación en el dominio

y 95-96; SALVAT, Raymundo M., *Tratado...*, cit., t. VIII, p. 403; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, t. VI, ps. 329-331; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, t. 5, p. 87; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 6ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, t. IV, ps. 140-141; FISCHER, William A., “Eminent Domain and Just Compensation”, en NEWMAN, Peter (ed.), *The Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Londres, 1998, t. 2, ps. 34-43, esp. p. 34. Ver, asimismo, “Sastre, Ángel c. Gobierno Nacional s/expropiación”, Fallos 140:207, del 30/4/1924, esp. p. 225; “Nicolás Arias Murúa c. Provincia de Salta s/expropiación”, Fallos 104:247, del 12/6/1906, esp. p. 266 y 269; entre otros.

(99) Ver, en especial, “Nicolás Arias Murúa c. Provincia de Salta s/expropiación”, Fallos 104:247, del 12/6/1906, esp. p. 269; “Buenos Aires, Provincia de c. Empresas Eléctricas de Bahía Blanca SA s/expropiación”, Fallos 257:28, del 21/12/1962. Ver, asimismo, los precedentes que cita COVIELLO, Pedro J. J., “Dominio eminente y limitaciones a la propiedad en el derecho argentino y norteamericano”, en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2012, ps. 505-522, esp. p. 514, su nota al pie 26.

(100) “Buenos Aires, Provincia de c. Empresas Eléctricas de Bahía Blanca SA s/expropiación”, Fallos 257:28, del 21/12/1962. Ver esp. consid. 9º del voto de la mayoría, en p. 450: “Porque la circunstancia de que se trate de bienes afectados a interés público con arreglo a una concesión de la misma naturaleza autoriza las medidas de tutela estatal razonablemente necesarias a la correcta prestación del servicio, pero no justifica la identificación de estas con el dominio eminente ni su equiparación al poder de policía en medida que importe desconocimiento sustancial del derecho de propiedad”. Sobre este fallo, en relación con la propiedad de los recursos naturales puede ampliarse en ERIZE, Luis, “Eminent Domain and Regulatory Challenges”, en MCHARG, Aileen - BARTON, Barry - BRADBROOK, Adrian - GODDEN, Lee (eds.), *Property and the Law in Energy and Natural Resources*, Oxford University Press, Oxford, 2010, ps. 281-310, esp. p. 282.

eminente sino en la causa de utilidad pública, de rasgos aristotélico tomistas (101) (102).

De otra parte, en la senda del dominio eminente como fundamento de la expropiación o *takings clause*, la Corte Suprema estadounidense ha elaborado, a lo largo de los años, no solo la jurisprudencia que recoge ese fundamento en tanto aunado a la noción de *public use* o utilidad pública y de compensación justa (103), sino también la doctrina de los *regulatory takings* o privaciones de la propiedad de fuente regulatoria, equiparables a nuestras indemnizaciones por responsabilidad del Estado por acto lícito, normativo (104), doctrina que manda a indemnizar al particular por excesos en las regulaciones (105).

Asimismo, también se ha vinculado al dominio eminente con la potestad tributaria, tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema es-

tadounidense (106) como en la de la argentina (107), permitiendo el establecimiento de impuestos; o, en su caso, de regalías (108). Ello, entre otras funciones detectables (109); funciones todas que pueden presumirse conocidas por el Constituyente de 1994.

III.4.3.3. *Altibajos del desarrollo histórico*

El dominio eminente es un instituto rastreado en el Derecho Romano, basado en el dominio territorial directo del Estado o *ius eminens*,

(106) Ver voto del “Justice Bradley en Davidson v. New Orleans”, 96 US 97 (1878), esp. p. 276. Pero en “People ex rel. Griffin v. Brooklyn”, 4 N. Y. 419 (1951) se diferenció entre dominio eminente y el poder de establecer contribuciones de mejoras, afirmándose que estas no emanaban del dominio eminente sino del poder de establecer tributos. Y posteriormente también se las fundó en el poder de policía, “Paulsen v. Portland”, 149 US 30 (1893).

(107) Es ilustrativo “Nicolás Arias Murúa c. Provincia de Salta s/expropiación”, Fallos 104:247, del 12/6/1906, esp. p. 269: “Las manifestaciones del dominio eminente del estado, ya sea por vía de expropiación o por el establecimiento de impuestos, constituyen una excepción a la cláusula del art. 17 de la CN, pues que la privación de la propiedad, en uno y otro caso no procede ‘en virtud de sentencia fundada en ley’ sino en virtud de la supremacía del interés y bienestar general sobre el interés particular”. Puede verse, también, BAUDE, William, “Rethinking the Federal Eminent Domain Power”, *Yale Law Journal*, vol. 122, 2013, ps. 1738-1825, esp. ps. 1756-1757, disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/7056/4d09311eacd7ccabfa743f7afeac55802.pdf> (último acceso: 19/8/2019), donde se refiere a la analogía con la potestad tributaria.

(108) En este sentido, CASSAGNE, Juan Carlos, “El artículo 124 de la Constitución...”, cit., p. 121: “A su vez, con arreglo al dictamen del procurador general de la Corte Suprema, Doctor Elías P. Guastavino, y a lo resuelto por la sala 4ª de la Cámara en lo Civil y Comercial de Rosario en autos ‘Rosario Rowing Club’ (en cuanto a que el dominio originario importa una potestad de disposición y de percibir regalías con sujeción a un ordenamiento fundamental), se ha considerado que el concepto de dominio originario de las Provincias podría caracterizarse como una manifestación del regalismo o del dominio eminente”.

(109) Con agudo criterio, la doctrina ha identificado también un “dominio eminente de la provincia” sobre el territorio de los municipios (sin perjuicio del dominio público o privado que el municipio posea sobre dicho territorio provincial): ver SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017, t. 2, p. 187. Puede verse un ejemplo de este dominio eminente provincial en “Puente del Plata SA c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa”, del 16/4/2013, consid. 7º.

(101) Como se señalara, “el fundamento del poder expropiatorio reposa en la obligación de contribuir al bien común”, conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, p. 277.

(102) Tangencialmente, puede afirmarse que tampoco podría haber fundado la expropiación en un dominio originario estatal pues lo que se expropia tiene un dueño (que es quien recibe la indemnización).

(103) Ver, por ej., “Kohl v. United States”, 91 US 367 (1875); “United States v. Gettysburg Electric Railroad Company”, 160 US 668 (1896); “Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago”, 166 US 226 (1897); “Berman v. Parker”, 348 US 26 (1954); “Penn Central Transportation v. New York City”, 438 US 104 (1978); “Hawaii Housing Authority v. Midkiff”, 467 US 229 (1984); “Kelo v. City of New London”, 545 US 469 (2005); entre otros.

(104) Puede ampliarse en COVIELLO, Pedro J. J., “Dominio eminente y limitaciones...”, cit., así como en SACRISTÁN, Estela B., “Las expropiaciones de fuente regulatoria (*regulatory takings*). Perspectivas, en especial, en materia de responsabilidad del Estado por acto lícito”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho administrativo. Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, nro. 85, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 67-90; así como jurisprudencia y obras especializadas allí citadas.

(105) Ver “Buenos Aires, Provincia de c. Empresas Eléctricas de Bahía Blanca SA s/expropiación”, Fallos 257:28, del 21/12/1962, esp. consid. 9º del voto de la mayoría.

equivalente al *imperium* estatal o supremacía de la autoridad pública (en contraposición al *dominium* de los ciudadanos), cuando no había nitidez en la distinción derecho público-derecho privado. se trata de un instituto que floreció en la Edad Media, y que, posteriormente, se incorporó a ciertos ordenamientos: uno de estos es el anglo-norteamericano, en el marco del cual vino a erigirse en fundamento de la expropiación por causa de utilidad pública y de la potestad tributaria. Cabe acotar que se ha sostenido que la facultad de dominio eminente estadounidense es más restringida que la de la Constitución argentina (110): por ej., no alcanzaría a propiedad no inmobiliaria.

El dominio eminente ha tenido, sin embargo, sus altibajos. Por un lado, y a partir de la letra de la exposición del mismo de la pluma de Mayer (111), se lo ha considerado un fundamento repudiable, inaceptable, absolutista (112), arbitrario (113). Pero Cooley lo aceptaba como “autoridad legal que existe en toda soberanía para controlar y reglamentar aquellos derechos de carácter público que pertenecen a sus ciudadanos en común, y para expropiar y controlar la propiedad individual para beneficio público, a medida de que la seguridad, las necesidades, las conveniencias o el bienestar público lo requieran”. (114) En otras palabras, Cooley lo aceptaba con amplios alcances, para la expropiación, la tributación (115), e incluso aludiendo a lo que conocemos como poder de

policía. Parecía, en el marco de una república como la estadounidense, un evidente resabio monárquico, de aplicabilidad tanto en la esfera federal como estadual (116).

El ingreso a la Argentina de la doctrina del dominio eminente puede haber sido doble: en el derecho constitucional, por medio de la obra de Cooley, de consulta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de nuestro país (117); en el Derecho administrativo argentino, por medio de la obra de Mayer (118) (traducida incluso al español), y antes también, en la obra de Ferreyra (119). Pero, como doctrina, la del dominio eminente fue pasible de objeciones que tienen su razón de ser, en especial si consideramos que se lo consagró en la Constitución de Honduras (120).

La faz objetable del dominio eminente reseñada puede haber sido la causa del rechazo a su incorporación en el texto de la Constitución de la provincia de Buenos Aires en 1873 (121). Ese rechazo a su incorporación en el texto constitucional provincial contrasta con su expresa actual consagración en la redacción de esa Constitución provincial según texto sancionado en septiembre de 1994, art. 28.

(116) Tengamos presente que en el derecho estadounidense no se distingue entre soberanía y autonomía, con lo que el término “independiente” implica una u otra.

(117) COOLEY, Thomas M., *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the powers of the States of the American Union*, seventh edition, Little, Brown & Co., Boston, 1903, citado, a su vez, por la Corte Suprema argentina en “Nicolás Arias Murúa c. Provincia de Salta s/expropiación”, Fallos 104:247, del 12/6/1906, esp. ps. 270 y 271.

(118) MAYER, Otto, *Le droit administratif allemand*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1903-1906, t. I (partie générale), ts. 2, 4 y 5 (partie spéciale).

(119) FERREYRA, Ramón, *Derecho administrativo general y argentino*, Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1866, p. 276.

(120) Constitución de Honduras, de 1924, art. 67: “El derecho de propiedad no perjudicará el derecho eminente del Estado dentro de sus límites territoriales, ni podrá sobreponerse a los derechos que tengan las instituciones nacionales o las obras de carácter nacional”. Constitución de Honduras, de 1982, art. 104. “El derecho de la propiedad no perjudica el dominio eminente del Estado”.

(121) LEGÓN, Fernando, *Tratado integral...*, cit., ps. 96-97.

(110) LEGÓN, Fernando, *Tratado integral...*, cit., p. 117; BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 4ª ed., El Ateneo, Buenos Aires, 1947, t. III, ps. 433-433; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, cit., t. VI, ps. 330-331; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. IV, ps. 140-141.

(111) Ver MAYER, Otto, *Le droit administratif allemand*, V. Giard & E. Brière, edición francesa del autor, Paris, 1903, t. I, p. 36.

(112) Ídem nota al pie 84.

(113) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, Perrot, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 347.

(114) COOLEY, Thomas M., *Principios generales de Derecho constitucional en los Estados Unidos de América*, 2ª ed., Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1898, Julio Carrie (trad.), p. 321.

(115) Ampliar en EPSTEIN, Richard A., *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.; London, England, 1985, p. 284.

En este punto, puede aventurarse que esa faz objetable del instituto dominio eminente pudo haber motivado, al Constituyente de 1994, a preferir la expresión dominio originario, desplazando la de dominio eminente, y tal vez queriendo significar lo mismo.

III.4.3.4. *Un debate confuso y desordenado*

Podemos, ahora, detenernos en las actas de la Convención Constitucional de 1994 pues es la consulta de lo que expresaron los Constituyentes en su seno lo que puede echar luz sobre la viabilidad de la equiparación aquí propiciada.

El Constituyente de 1994 se refirió, en forma expresa, al dominio eminente en tres ocasiones: en dos oportunidades al sesionar el 10-11/8/1994; y en una tercera oportunidad, el 18/8/1994 (122).

Tengamos en cuenta, a todo evento, que la doctrina ha afirmado que el debate, en la Convención Constituyente, en punto al tema que nos ocupa, fue “tan confuso y desordenado como contradictorio” (123).

No parece aportar claridad alguna la muestra proveniente de las constituciones provinciales, que evidencian la adopción de diversas fórmulas, por las cuales la Provincia respectiva detenta: “dominio eminente” sobre sus recursos naturales (124); “dominio originario” sobre ellos (125); “dominio eminente y originario” so-

bre ellos (126); “la plenitud del dominio imprescriptible e inalienable” o “dominio exclusivo, inalienable e imprescriptible” o “dominio inalienable e imprescriptible” sobre todos o ciertos recursos naturales (127); “dominio” o “dominio público” sobre todos los bienes con excepciones, o sobre todos o ciertos recursos naturales. (128) Tampoco parece aportar claridad la

ejercicio de la soberanía inherente al pueblo es dueña originaria de todas las sustancias minerales y fuentes naturales de energía, incluidos hidrocarburos, que existen en su territorio con excepción de los vegetales”.

(126) 1994, Chubut, art. 99: “El Estado ejerce el dominio originario y eminente sobre los recursos naturales (...)”.

(127) 1958, Misiones, art. 58: “La Provincia tiene la plenitud del dominio, imprescriptible e inalienable, sobre las fuentes naturales de energía existentes en el territorio”; 1986, San Juan, art. 113: “La Provincia tiene la plenitud del dominio imprescriptible e inalienable sobre todas las sustancias minerales, sin excluir hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, las fuentes naturales de energía hidroeléctrica, solar, geotérmica o de cualquier otra naturaleza que se encuentren dentro de su territorio”; 1987, San Luis, art. 88: “La Provincia tiene la plenitud del dominio imprescriptible e inalienable sobre todas las sustancias minerales, sin excluir hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, las fuentes naturales de energía hidráulica, geotérmicas, o de cualquier otra naturaleza que se encuentren dentro de su territorio (...)”; 1991, Tierra del Fuego, art. 81: “Son del dominio exclusivo, inalienable e imprescriptible de la Provincia el espacio aéreo, los recursos naturales (...)”; 1994, Chaco, art. 41: “La Provincia tiene la plenitud del dominio, imprescriptible e inalienable, sobre las fuentes naturales de energía existentes en su territorio. (...)”; 1998, CABA: “La Ciudad tiene el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales (...)”; 2003, Formosa, art. 51: “La Provincia ejercerá la plenitud del dominio exclusivo, imprescriptible e inalienable sobre los recursos minerales, incluyendo los hidrocarburos, las fuentes de energía hidráulica, solar, eólica, geotérmica, nuclear y toda otra que exista en su territorio, con excepción de la vegetal (...)”.

(128) 1957, Río Negro, art. 34: “Todos los bienes cualquiera sea su naturaleza, ubicados en el territorio de la Provincia, son del dominio de este, con excepción de los que pertenezcan a la Nación, las Municipalidades y a otras personas de derecho público o privado (...)”; 1988, Catamarca, art. 61: “Los ríos y sus cauces y todas las aguas que corran por cauces naturales, trascendiendo los límites del inmueble en que nacen, son del dominio público de la Provincia (...)”; art. 66: “Los minerales y las fuentes naturales de energía, con excepción de las vegetales, pertenecen al dominio público de la Provincia (...)”; 2006, Neuquén, art. 94: “(...) Se reivindican los derechos de dominio y jurisdicción de la Provincia sobre las

(122) Se consulta la versión publicada *online*, disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm> (último acceso: 19/8/2019).

(123) CASSAGNE, Juan Carlos, “El artículo 124 de la Constitución...”, cit., p. 122: “En el debate de la Convención, tan confuso y desordenado como contradictorio, se expusieron dos tesis diferentes.”

(124) 1994, Buenos Aires, art. 28: “(...) La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales (...)”.

(125) 1998, Salta, art. 85: “Corresponde a la Provincia el dominio originario de los recursos naturales (...)”; 1998, Santa Cruz, art. 52: “La Provincia tiene el dominio originario de los recursos naturales (...)”; 2007, Corrientes, art. 58: “Los recursos naturales existentes en el territorio provincial constituyen dominio originario del Estado Provincial (...)”; 2008, Entre Ríos, art. 85: “Los recursos naturales existentes en el territorio provincial corresponden al dominio originario del Estado entrerriano (...)”; 2008, La Rioja, art. 64: “La provincia, en el

legislación nacional (129), pero la redacción de esta puede hallarse vinculada por el lenguaje adoptado en cada Constitución provincial.

III.4.3.5. *Qué dijeron los convencionales constituyentes*

El 10/11 de agosto de 1994, el convencional por Mendoza, Dr. Díaz Araujo dijo:

“[L]o que corresponde en relación con el dominio de las Provincias (...), es el dominio eminente, que es aquel que tienen las Provincias respecto de los elementos que se encuentran dentro de su territorio. Por ello (...) habíamos hecho la distinción de las cosas que pertenecen al territorio de la Provincia y lo que es el dominio originario. Este (...) es aquel que se tiene sobre los recursos que la Provincia o la Nación concede para su explotación (...) pero el Estado mantiene una tutela que permite recuperar su dominio si el concesionario no cumple con sus obligaciones (...).”

De lo expresado por el Dr. Díaz Araujo puede inferirse que: (i) se alude a dominio eminente y a dominio originario como dos géneros distintos; o como género y especie; o como especie y género; (ii) la provincia tiene el dominio eminente sobre los elementos que se encuentran dentro de su territorio; (iii) el Estado Nacional o Provincial (pues no se diferencia) pueden dar en concesión un recurso, y tanto el Estado Nacional como Provincial (pues no se diferencia) tienen el dominio originario sobre el recurso dado en concesión. Además, (iv) la expresión elementos incluye, como genérico, a los recursos. Por ende, (v) aquellos recursos, del dominio eminente de la provincia por ser elementos

áreas de su territorio afectadas por (...) y, en particular, sobre el ambiente y los recursos naturales contenidos en la misma (...).”

(129) En efecto, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, el Congreso sancionó diversas leyes: la ley 24.749, de 1996; la ley 24.912, de 1998; la ley 25.077, de 1998; la ley 25.447, de 2001; la ley 25.755, de 2003; la ley 27.481, de 2018; todas ellas se refieren al dominio eminente. También sancionó la ley 26.438, de 2008; la ley 26.817, de 2012; la ley 26.818, de 2012; la ley 27.413, de 2017; la ley 27.509, de 2019, que se refieren al dominio originario de las provincias; y la ley 26.446, de 2006, que se refiere al dominio, sin adjetivárselo; entre otras.

que se encuentran en territorio de la provincia a la luz de (ii), que sean concedidos por la provincia en virtud de (iii), serán del dominio originario de la provincia en virtud de (iii). Por último, (vi) aquellos recursos que sean concedidos por la Nación en virtud de (iii) serán del dominio originario de la Nación en virtud de (iii). Se advierte —en lo que aquí interesa— que, en (v), se superponen los campos semánticos de “dominio originario” de la provincia con los de “dominio eminente” de la misma.

La identificación entre dominio originario y dominio eminente es mucho más clara y sin matices en la inserción nro. 15, efectuada en esa misma fecha a pedido del convencional Dr. Quiroga Lavié:

“[L]as Provincias, si tienen el dominio originario (desde los tiempos anteriores a la institucionalización del país y como dominio eminente) de los recursos naturales existentes en el territorio (...) tienen también el dominio sobre los recursos existentes en el mar territorial, su espacio, el lecho y el subsuelo (...).”

Finalmente, el 18 de agosto, el Constituyente aludió al dominio eminente al referirse a las Islas Malvinas, ya en el plano del Derecho internacional público (130), esto es, por fuera del tema del presente.

A partir de las opiniones de los convencionales constituyentes Díaz Araujo y Quiroga Lavié reseñadas, puede deducirse la identificación entre dominio originario (provincial) y dominio eminente (provincial).

III.4.3.6. *La doctrina*

Por último, la doctrina que puede ser traída a colación respecto de la mentada equiparación entre dominio originario y dominio eminente favorece la tesis de la asimilación aquí propiciada.

(130) “Existen pruebas fehacientes de que hasta 1833 el gobierno de las Provincias Unidas del Río de la Plata ejerció actos de jurisdicción indiscutidos sobre las islas Malvinas, como legítimo sucesor de la Corona de España, lo que acredita el ejercicio de un dominio eminente, no controvertido (...).”

Cassagne enseña que “dominio originario” es asimilable a la potestad de “dominio eminente” (131). Agrega el citado autor que el dominio originario de los recursos naturales cuya titularidad es de las Provincias bajo el art. 124, no excluye la posibilidad de que el Estado Nacional pueda ser titular también del dominio originario sobre los recursos naturales, aunque de modo excepcional y circunscripto al marco constitucional o internacional (132). Ello coincide con lo que se expresara más arriba, en III.4.3.5, apart. (vi).

En una postura de franca equiparación entre dominio originario y dominio eminente, Iribarren considera que “el último párrafo del art. 124 CN no hace ni más ni menos que dar rango constitucional al dominio eminente que cada provincia posee respecto de sus recursos naturales (...). [E]l rango ya constitucional y no meramente legal del dominio eminente de los recursos por parte de las provincias, impide al gobierno federal arrogarse el dominio de recursos en jurisdicción provincial” (133). En la misma línea interpretativa de la equiparación se ubican otros muchos autores (134).

(131) CASSAGNE, Juan Carlos, “El artículo 124 de la Constitución...”, cit., p. 125: “En resumidas cuentas, el dominio originario sobre los recursos naturales configura un concepto autónomo, cuya titularidad pertenece, en principio, a las Provincias y, excepcionalmente, a la Nación. Tal figura se asimila a la potestad que es propia del dominio eminente, en forma conjunta con los poderes que conciernen a la condición de concedente que reviste la autoridad provincial o nacional, a la cual se añaden los derechos —en el caso de la explotación de hidrocarburos— a las regalías petroleras”.

(132) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. II, p. 330.

(133) IRIBARREN, Federico J., “Acerca del dominio originario de los recursos naturales”, *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 5, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 55-65, esp. p. 65.

(134) Equipara “dominio originario” y “dominio eminente” en tanto ambos son atributos de la soberanía, VALLS, Mario F., *Código de Minería de la República Argentina*, 4ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 29, con cita, en su nota al pie 4, de CATALANO, Edmundo F., *Legislación de minas y régimen legal del petróleo*, La Facultad, Buenos Aires, 1950, cap. 1.3.B.3º, y con cita de PUYUELO, Carlos, *Derecho minero. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 13.

En cambio, diferenciando entre dominio eminente y dominio originario, de la Riva entiende que “el reconocimiento del dominio originario sobre los recursos naturales excede (...) los alcances del dominio eminente que ostenta el Estado sobre los bienes de sus súbditos (y sobre los propios) en virtud de la soberanía que ejerce dentro de su territorio, puesto que el dominio eminente, más que un auténtico *dominio*, consiste en un poder de *imperium* de carácter genérico y no circunscripto a ciertos bienes en particular” (135).

Se desprende, de la apretada reseña efectuada, una opinión doctrinaria mayoritaria, encabezada por Cassagne, a favor de la equiparación entre las dos expresiones que analizamos.

También los equiparan: VERA, Rodrigo E., “El impacto del artículo 124 de la Constitución Nacional en la dogmática del dominio público en la Argentina”, RAP, nro. 363, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2008, ps. 121-131, esp. p. 128, notas al pie 10 y 11; GONZÁLEZ MORAS, Juan M., “El régimen dominial del Estado y los recursos naturales”, en RAP, nro. 374, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2008, ps. 17-36, esp. p. 25, con cita del convencional Díaz Araujo, cuya opinión ya se hizo constar en nota al pie 107, *supra*; MARTELLI, Hugo C. - MANILI, Pablo L., “El dominio originario de los recursos naturales”, en SABSAY, Daniel A. (dir.), *Constitución de la Nación argentina*, cit., t. IV, p. 874.

Asimismo, para referirse al dominio originario, se emplea la expresión *eminent domain* tanto en ERIZE, Luis, “Eminent Domain and Regulatory Challenges”, cit., ps. 281-310, esp. p. 284; como en ARDIZZONE, Mariana, “Argentina”, en FRESCO, Fernando - PEREIRA, Eduardo G. (consulting eds.), *Latin American Upstream Oil and Gas*, Globe Law and Business, London, 2015, ps. 13-43, esp. p. 18 y p. 22.

(135) DE LA RIVA, Ignacio M., “Dominio y jurisdicción sobre hidrocarburos en nuestro sistema federal: un auténtico rompecabezas para armar”, en *El derecho constitucional*, vol. 2008, 2008, ps. 506-523 (el destacado es del autor citado), con cita de VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, cit., t. IV, ps. 9-14. En el sentido apuntado, puede verse “Luis de Ridder Ltda. SAC s/quiebra”, Fallos 317:614, del 9/6/1994, en el que se rechazó la pretensión del Reino Unido, “basada en su soberanía y en el dominio eminente que de ella se deriva” sobre bienes que no estaban ubicados en el territorio de ese estado extranjero; ver, también, “Provincia de La Pampa c. Nación Argentina y Consejo Nacional de Educación”, Fallos 276:104, del 6/3/1970, esp. p. 109, donde se alude a “dominio eminente originario consustancial con la soberanía”.

IV. Reflexiones finales

Los párrafos que anteceden son un muy sintético acercamiento a las preguntas que pueden surgir en torno a la categoría “recursos naturales” en la Constitución nacional, y un regreso a la posibilidad de equiparación entre los conceptos de dominio originario y de dominio eminente en nuestra Norma Fundamental. Dentro de las tendencias innovadoras de 1994, puede alabarse la opción del constituyente del 94, quien adoptara categorías jurídicas de larga raigambre jurídica y respetuosas de nuestra Constitución histórica, como es el caso de la expresión “recursos naturales”. En ese campo, las competencias,

asignadas al poder constituido —en la especie, Legislativo— conforman el haz de atribuciones de ejercicio obligatorio, en el marco de la oportunidad, cuya apreciación corresponde al órgano político por excelencia, y con el marco de discrecionalidad legislativa que lo asiste. Por último, hacer coincidir los bordes semánticos de la expresión dominio originario (provincial) con los de la expresión dominio eminente (provincial) en especial según la opinión del Constituyente de 1994 y la doctrina que la interpreta, puede echar luz en la determinación de la concreta incidencia de los efectos federalizantes de la reforma constitucional de 1994 al asegurarse, para las provincias, lo que les corresponde.