

Los dominios originario e indígena

Mauricio Pinto

Los dominios originario e indígena

***Su reconstrucción histórico-dogmática
en el régimen jurídico argentino***



**Editorial de la
Universidad del Aconcagua**

Pinto, Mauricio Esteban

Los dominios originario e indígena : su reconstrucción histórico-dogmática en el régimen jurídico argentino . - 1a ed. - Mendoza : Universidad del Aconcagua, 2011.

214 p. ; 21x16 cm.

ISBN 978-987-1511-23-5

1. Pueblos Originarios. 2. Derecho Indígena. I. Título.

CDD 323

Diagramación y diseño de tapa: Arq. Gustavo Cadile.

La ilustración que ilustra la portada se basa en la imagen titulada *Viceroyalty of La Plata*. (Boston: Published by Thomas & Andrews. 1812), y pertenece a *David Rumsey Historical Map Collection*.

Copyright by Editorial de la Universidad del Aconcagua

Catamarca 147 (M5500CKC) Mendoza

Teléfono (0261) 5201681

Correo electrónico: editorial@uda.edu.ar

Queda hecho el depósito que marca la ley 11723.

Impreso en Argentina

Primera Edición: Abril de 2011

ISBN: 978-987-1511-23-5

Reservados todos los derechos. No está permitido reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir ninguna parte de esta publicación, cualquiera sea el medio empleado – electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc. –, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

INDICE

Abreviaturas utilizadas.....9

Prólogo11

Capítulo I

Introducción..... 15

- 1. El abordaje que se procura realizar 15
- 2. Una aclaración terminológica21

Capítulo II

El dominio originario antes de la Constitución Nacional de 1994..... 27

- 1. El dominio originario durante la colonización española.28
 - A) El “dominio originario” en el derecho constitucional americano.....29
 - B) El título originario de la Corona de Castilla sobre los bienes en América33
 - C) El dominio derivado y otros derechos sobre el dominio originario durante la colonización española.....38
 - a) El reparto de tierras.....40
 - b) El uso de las aguas.....42
 - c) El derecho sobre los minerales48
- 2. El *uti possidetis iuris* y el dominio originario de los Estados provinciales argentinos, como sucesores de la Corona.49

A)	La sucesión estadual de 1810/1816 de la Corona en las provincias.....	50
B)	El dominio originario de los ríos navegables: un caso concreto de debate.....	52
3.	El dominio derivado en el derecho patrio.....	58
A)	La propiedad y los arts. 14 y 17 CN.....	60
B)	La facultad de reglar la materia minera y civil y los dominios derivados.....	62
a)	El dominio en el Código Civil.....	63
b)	El dominio en el Código Minero.....	69
c)	El dominio provincial, los Códigos de Fondo y las legislaciones provinciales.....	70
d)	El dominio público parcial del río Limay, un caso de dominio derivado nacional.....	74

Capítulo III

El dominio indígena antes de la Constitución Nacional de 1994.....	81	
1.	El contenido del dominio indígena precolombino.....	82
2.	El dominio indígena y su subsistencia en la colonización.....	87
3.	La violación y pérdida del dominio indígena.....	95
4.	La situación de las tierras indígenas a partir de la Constitución de 1853.....	101
5.	La evolución de la propiedad indígena colectiva antes de 1994.....	112

Capítulo IV

Situación actual: la Constitución Nacional de 1994 y el “nuevo” régimen dominial.....	121	
1.	La reforma constitucional y las clásicas propiedades individuales.....	123
2.	El dominio originario en la Constitución de 1994: su abordaje desde los recursos naturales (art. 124 in fine CN).....	125
A)	La génesis del texto constitucional de 1994.....	126
B)	Naturaleza del dominio originario previsto en la Constitución de 1994.....	132
a)	El dominio originario como propiedad distinguible del dominio eminente como función.....	133
b)	La discusión sobre naturaleza propietaria del dominio originario.....	141

C)	Contenido del dominio originario previsto en la Constitución de 1994.....	150
3.	La propiedad o dominio indígena (art. 75 inc. 17 CN)	155
A)	La incorporación del dominio indígena al texto constitucional de 1994.....	155
B)	Contenido del dominio indígena en el régimen constitucional vigente	161
C)	Caracteres del dominio indígena en el régimen constitucional vigente	166
D)	Percepción jurisprudencial del dominio indígena	169
a)	Caso “Paismán”	170
b)	Caso “Comunidad aborígen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochino”	171
c)	Caso “Comunidades Aborígenes Lhanka Honhat”	172
d)	Caso “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi”	173
e)	Caso “Sede, Alfredo y Otros c/ Vila, Herminia y otros s/ Desalojo”	176
f)	Caso “Comunidad Mapuche Huayquillan”.....	177
g)	Caso “Andrada de Quispe Rosalía Ladiez y otros”.....	177
h)	Caso “Comunidades Indígenas La Bendición y El Arenal”	179
i)	Caso “Fermín”	180
j)	Caso “Eben Ezer”	181
k)	Caso “Comunidad Huarpe Milcallac”	183
l)	La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el dominio indígena	183

Capítulo V

Coordinación entre el dominio originario, derivado y la propiedad indígena.....	189
1. El dominio originario sobre los recursos naturales y el dominio derivado como dominio público, civil y minero en Argentina.....	191
2. La propiedad indígena y su coexistencia con el dominio originario y derivado	194
 Índice bibliográfico	201
 Índice Jurisprudencial.....	211

Abreviaturas utilizadas

Art.:	Artículo
Arts.:	Artículos
B.O.:	Boletín Oficial
CC:	Código Civil
CM:	Código de Minería
CN:	Constitución Nacional
Dir.:	Director
Ed.:	Editorial
ed.:	edición
inc.:	inciso
nº:	número
ob cit:	Obra citada
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
p.:	Página
ps.:	Páginas
ss.:	Siguientes
Tº:	Tomo
Vol.:	Volumen

Prólogo

Tierra, Territorio y Recursos naturales se han convertido en temas prioritarios de la agenda pública de todos los países latinoamericanos, Argentina no es la excepción. El valor económico de las tierras, el incremento del accionar de las empresas trasnacionales en la búsqueda de recursos naturales para explotar, la ampliación del horizonte sojero que reclama nuevas tierras, han instalado la necesidad de afinar marcos regulatorios ya existentes para dirimir potenciales –e inevitables- conflictos alrededor de dichas tierras y territorios, y consecuentemente alrededor de la propiedad de bosques, minerales, hidrocarburos, agua, etc.

Este trabajo realiza distinciones relevantes para entender el contexto en el que estos debates, diferencias y disputas se han desarrollado, desde una mirada que aúna el análisis histórico con el análisis dogmático clásico que realizan los juristas, para intentar compatibilizar instituciones que tensionan, friccionan y no terminan de resolver acabadamente la superposición de intereses y titulares alrededor de “la propiedad”.

Más allá de las diferencias que subsisten alrededor de las lecturas históricas, la preservación de la propiedad indígena, las descripciones fácticas que muchas veces no tienen nada que ver con las leyes existentes, Mauricio Pinto lleva adelante una reconstrucción indispensable

para entender los procesos a los que fueron sometidos “los diferentes dominios” –cualquier sea la interpretación que se les adjudique- para que a modo de punto de partida podamos dotar de un contenido más completo a la reformada –y ya necesitada de algunos otros cambios- Constitución de 1994.

Este ensayo bucea en los orígenes de la propiedad, posesión, dominio en tiempos precolombinos, y rastrea su evolución en épocas de la colonia y posteriormente, y a partir de la conformación del Estado tal como hoy lo conocemos, cómo las instituciones fueron heredadas del derecho indiano y reformuladas en un nuevo derecho, que tradujo algunos de sus principales postulados hasta la incorporación de algunas formulaciones novedosas en 1994, que han sido objeto de numerosas y disímiles interpretaciones.

Tal como lo demuestra el autor, las decisiones judiciales –en el tema de la propiedad indígena y alrededor de las interpretaciones del artículo 75 inc. 17- han sido oscilantes y los fundamentos de las sentencias divergentes, y no siempre invocando la característica colectiva de la propiedad indígena. Lamentablemente, la ratificación del Convenio 169 de la OIT y la suscripción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas no son razones suficientes para todos los jueces y juristas de “tomarse en serio” la propiedad indígena.

Por otra parte, subsiste una tensión notable y preocupante –que Mauricio Pinto ha identificado y al que le dedica un apartado- entre la propiedad indígena y el dominio originario sobre los recursos naturales. Sería deseable una profundización del tema a la luz de los nuevos instrumentos jurídicos internacionales, de las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de las nuevas discusiones suscitadas en países latinoamericanos como Ecuador y Bolivia, que a través

de sus nuevas Constituciones aportan un nuevo contexto jurídico a este complejo escenario.

En Argentina, actualmente encontramos realidades que confrontan con el material normativo vigente. Los debates que se suscitan alrededor de estos temas ahondan las diferencias de los distintos sectores, por lo que la tala de bosques, la mega-minería, la preservación de los glaciares, la siembra indiscriminada de soja –a lo que recursos naturales se refiere-, los temas medioambientales, el dominio público de las aguas y ríos navegables, la propiedad indígena que a pesar de la disposición constitucional es debatida y desconocida por muchos operadores judiciales, componen un abanico de problemas que requiere de algo más que una norma jurídica para su solución.

Nuestra organización federal de gobierno, tal como lo señala claramente el autor, genera un solapamiento aparente de los dominios, y discusiones que parecerían saldadas con el nacimiento mismo del Estado argentino, al preservar las provincias expresamente las facultades no delegadas a la Nación, sin embargo siguen arrastrándose a pesar de que puntualmente frente a los recursos naturales, su situación es transparentada en el art. 124 de la CN al reconocer el dominio originario de los recursos naturales a las provincias.

No obstante, es indudable que son también las provincias las que desconocen la propiedad indígena, y son las provincias las que muchas veces –y en uso de su dominio originario- conceden licitaciones que atentan contra el medio ambiente y por ende contra la ciudadanía. Hasta el presente carecemos de legislación y jurisprudencia que pueda asegurar la preservación de todos estos derechos.

En relación a los Pueblos originarios, la Ley 26160 ha intentado bajar a tierra la norma constitucional, ordenando el “relevamiento técnico jurídico catastral” para superar los conflictos por tierras que resurgen en toda la República Argentina. Sin embargo, esta Ley promulgada en 2006 tuvo que ser prorrogada hasta 2013, porque la demarcación territorial en gran parte de los casos no se había iniciado y porque en definitiva se carecía –y se carece– de la voluntad política necesaria para determinar con claridad cuáles son los territorios indígenas.

Resumiendo: trabajos como el que se propone en este caso al lector son imprescindibles para desmembrar la compleja trama de intereses alrededor de las tierras y los bienes naturales. Asimismo, discernir también lo que es materia exclusivamente provincial, lo que corresponde a la Nación, cuáles son las tierras y recursos que pertenecen a los Pueblos originarios y cómo pueden dirimirse los eventuales conflictos.

En definitiva, en una historia de despojos a los Pueblos originarios y en la situación actual de disputa permanente alrededor de los recursos naturales, debemos volver a pensar cuáles son los orígenes de lo que hoy se disputa, cómo deben entenderse ciertas instituciones jurídicas y cómo deconstruir y volver a construir relaciones jurídicas que deben contemplar las relaciones históricas, políticas y las dificultades que generan los intereses económicos que atraviesan toda la polémica. Este trabajo avanza en ese sentido.

Silvina Ramírez¹

¹ Abogada. Directora de Investigaciones del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Profesora de Derecho Constitucional y de Derecho de los Pueblos Originarios en la Facultad de Derecho de la UBA.

Capítulo I

Introducción

El abordaje que se procura realizar

El presente trabajo procurará considerar el contenido de los dominios originario e indígena, incorporados en forma expresa a partir de 1994 en el texto constitucional argentino. A tal efecto, se practicará un análisis de la génesis de ambas instituciones y su evolución hasta el derecho constitucional vigente.

La problemática que se pretende dilucidar con este análisis, no es otra que la delimitación del contenido de tales configuraciones normativas, en el concepto de que, aunque novedosas en el derecho constitucional positivo, tal contenido –no definido por la norma constitucional- es determinado por su configuración normativa histórica.

Ello nos exigirá, desde el postulado que adelantamos en el párrafo anterior, analizar la cuna de tales institutos, e incluso su desarrollo en

el contexto de otras instituciones propietarias que se presentan en el régimen argentino².

En este sentido, la Constitución argentina de 1853 -y sus posteriores reformas hasta 1994-³ no regularon expresamente instituciones dominiales, con la salvedad de la liberal garantía a la propiedad que enuncian los arts. 14 y 17 de la misma⁴.

Además de la garantía señalada, la Carta establece en el Congreso de la Nación una competencia regulatoria en materia civil al

² Las instituciones jurídicas que en el régimen argentino acuden a la noción de propiedad o dominio son diversas y distinguibles: dominio originario (art. 124 CN y art. 10 CM), dominio público (arts. 2339 y 2340 CC y normas provinciales), dominio civil (arts. 2506 CC), dominio minero (Título I CM), y propiedad indígena (art. 75 inc. 17 CN).

³ La Constitución Nacional de Argentina (en adelante CN) fue sancionada en 1853, y reformada en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. En las siguientes citas se transcribirán los textos constitucionales referenciando el año al que corresponden.

⁴ Art. 14 CN 1853: “Todos los habitantes de la Confederación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”. Este artículo, continúa en las posteriores Constituciones, aunque el término “Confederación” fue sustituido por “Nación”.

Art. 17 CN 1853 y posteriores: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

autorizarlo a dictar los llamados códigos “de fondo”⁵, reservando en las provincias las facultades no delegadas de dictar regulaciones procesales y administrativas⁶. No existe norma expresa alguna en el texto constitucional nacional en relación al dominio público.

La reforma constitucional de 1994, que incorporó distintas alteraciones al texto constitucional vigente a ese momento, aborda desde novedosas ópticas la materia dominial. En concreto, sin modificar el régimen ya descrito, se refiere expresamente al “dominio originario” que sobre los recursos naturales corresponde a las provincias (art. 124 CN⁷), y se regula indirectamente –al establecer dentro de las competencia del Congreso el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural indígena, y la posesión y

⁵ Art. 64 inc 11 CN 1853 (art. 67 inc. 11 CN 1860): “Corresponde al Congreso: Dictar los códigos civil, comercial, penal, y de minería, y especialmente leyes para toda la Confederación, sobre ciudadanía y naturalización, sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”; a partir de 1957 el texto de este artículo –hoy vigente como art. 75 inc. 12 de la CN 1994- incorporará también al Código del Trabajo y Seguridad Social.

⁶ Art. 101 CN 1853: “Las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”; Art. 104 CN 1860 y posteriores (Art 121 CN 1994): “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

⁷ Art. 124 CN 1994: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico - social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”

propiedades de dichos pueblos- la existencia de una “propiedad comunitaria” indígena⁸.

Esta modificación, al menos en la formalidad del texto constitucional, importa aparentemente un desarrollo de instituciones innovadoras en cuanto al derecho positivo constitucional.

Pero entendemos, sin embargo, que sustancialmente estos institutos no son verdaderamente novedosos en el derecho argentino. Afirmamos que el dominio originario y la propiedad indígena han estado presentes implícitamente en el régimen constitucional y su desarrollo legal como figuras jurídicas contrastables con las correspondientes a regímenes civiles, mineros, y con el dominio público.

En ese sentido, el análisis que se procura realizar no puede desconocer que las propiedades previstas en los regímenes legales dictados en base a las tradicionales previsiones constitucionales –como los Códigos Civil y Minero- no son comunitaria ni están extraídas del tráfico inmobiliario como esa “propiedad” que ha incorporado el art. 75 inc. 17 de la Constitución de 1994, ni ésta se corresponde en principios con un dominio titularizado por las entidades públicas y destinado al uso público que suele definirse como dominio público; tampoco ni el dominio privado ni el público

⁸ Art. 75 inc. 17 CN 1994: “Corresponde al Congreso: Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

pueden expresar el mismo contenido que el de un “dominio” que se cualificado como “originario”, y que bajo titularidad provincial pretende extenderse sobre todos los recursos naturales –la generalidad de los cuales han sido establecidos normativamente bajo el dominio público o privado de distintos sujetos de derecho, muchos de ellos no estatales-.

El dominio originario introducido en el texto constitucional de 1994 se presenta –conforme desarrollaremos- con una naturaleza y un contenido distinto al de los dominios derivados que a partir de éste se conforman mediante los títulos que otorga el Estado. Y dentro de los dominios derivados, la propiedad indígena reconocida expresamente en el actual texto constitucional será un tipo de dominio que no puede reducirse a otras formas propietarias –como la propiedad civil en el marco del derecho privado, o el dominio público en el derecho administrativo-.

Esta diferencia que *ab initio* observamos entre el dominio originario, la propiedad indígena, y otros dominios derivados privado –civil, minero, etc.- y público será el objeto del presente trabajo, procurándose en los capítulos siguientes clarificar la implicancia de las nuevas normas constitucionales sancionadas en 1994.

Metodológicamente, luego de aclarar algún extremo terminológico, abordaremos en los capítulos siguientes las instituciones que corresponden al dominio originario y a la propiedad indígena. Primeramente en los antecedentes históricos de cada una de estas instituciones y su evolución en Argentina, para luego analizarlas a la luz del régimen constitucional vigente.

Así, consideraremos inicialmente (capítulo II) la relación dominial que –calificada como “originaria”- corresponde a los Estados provinciales sobre las cosas. Para ello, atenderemos como antecedente la

presencia del dominio originario como institución en el derecho comparado americano, para luego detenernos en el surgimiento del dominio estatal en el inicio de la época colonial, el otorgamiento de títulos derivados a partir de tal dominio originario, y la sucesión de los Estados provinciales en los dominios de la Corona al independizarse de ésta. Sobre este basamento conceptual, abordaremos el régimen de los dominios “derivados” que establece el derecho argentino y su relación con el llamado “dominio originario”.

Posteriormente (capítulo III), abordaremos la llamada “propiedad indígena” en su configuración y desarrollo hasta 1994, es decir, el derecho de los pueblos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupaban, ya sea antes de la época colonial, al iniciarse el derecho patrio, y en el régimen constitucional anterior a 1994.

Una vez analizadas ambas instituciones –el dominio originario y el indígena- en su conformación jurídica e histórica, abordaremos el régimen constitucional que a partir de 1994 refiere a las mismas. En este análisis (capítulo IV), procuraremos observar el régimen positivo de dichos dominios y sus antecedentes, y el contenido y otros aspectos relevantes de los mismos.

Finalmente (capítulo V), atenderemos las conclusiones que pueden extraerse del análisis anterior, observando la relación entre el dominio originario, la propiedad indígena y otros dominios derivados.

Una aclaración terminológica

Para analizar la distinción y relación entre el dominio derivado (público, civil, minero, etc.) y el dominio originario, y entre éstos y el indígena, es necesario primeramente acordar el concepto que, en el marco jurídico argentino, corresponde a las ideas de “propiedad” y “dominio”, dándose así cierta unidad discursiva al desarrollo, a efectos de que resulte claro en los objetos que refiere.

Esta aclaración terminológica, en cuanto en este trabajo -como en el derecho argentino- propiedad y dominio pueden utilizarse como sinónimos, pudiendo referir ambos conceptos en ciertas circunstancias a la misma noción

En esta idea, este abordaje no puede perder de vista que el derecho de propiedad es una de las estructuras básicas del sistema jurídico argentino, reconocido y amparado en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, derecho que puede adoptar distintas modalidades y objetos de acuerdo a la necesidad instrumental que debe satisfacer el sistema jurídico.

Como un primer aspecto a clarificar, y a pesar de la deficiente técnica legislativa que ello puede importar en el régimen positivo vigente, terminológicamente “dominio” y “propiedad” en ocasiones aparecen entremezclados, equiparándose uno con el otro, como verdaderos sinónimos. Posiblemente, ello ocurre en cuanto el derecho sobre las cosas –que en el Código Civil argentino se regula como derecho real de dominio en el art. 2506⁹- es denominado en otros regímenes como “propiedad”, tal como

⁹ Art. 2506 CC: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona”

ocurre por ejemplo en la legislación francesa utilizada como fuente por el legislador argentino¹⁰.

Esta confusión terminológica es clara en el Código Civil argentino, dictado en 1869, donde para referirse al derecho sobre las cosas se utiliza indistintamente ambos vocablos (propiedad y dominio) y así, por ejemplo, la voz "dominio" está contemplada en los arts. 2506, 2507, 2508, 2510 (en este caso ambas voces) y 2524, y la palabra "propiedad" en los arts. 2509, 2511, 2512, 2513, 2515, 2516, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522 y 2523. Seguramente por ello SALVAT sostuvo que "En nuestra opinión la palabra dominio ha sido empleada por el codificador en el sentido de propiedad..."¹¹, y dentro de las acepciones jurídicas que se otorga a la voz "propiedad" se señala en el derecho argentino el contenido que el Código Civil otorga al dominio.¹²

Algo similar ocurre con el Código Minero de 1886, el que denomina "propietario" al titular particular de las minas –a las que considera bienes inmuebles-, y a éstas "propiedad minera", distinguiéndolas de la "propiedad común" (arts. 2, 10, 11, 93, 138, 140, 144, 154, 161, entre otros). Al mismo tiempo el Título I de dicha norma se denomina "De las minas y su

¹⁰ El codificador al anotar el artículo 2506 del entonces proyecto de Código Civil, refirió expresamente al artículo 544 CC francés.

¹¹ SALVAT, Raymundo M. y ARGANARAZ, Manuel, *Tratado de derecho civil argentino, Derechos Reales*, Tº II, N° 612, Ed. Tea, Buenos Aires, 1962, p. 23

¹² OSSORIO, Manuel, voz "propiedad", *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1992, p. 619, señala dentro del concepto de propiedad el contenido exacto con que el artículo 2506 del Código Civil argentino define al derecho real de dominio: "Para el legislador civil argentino, que copia aquí a Aubry y Rau, la propiedad es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la acción y a la voluntad de una persona" (el resaltado nos pertenece, e indica el texto que transcribe el concepto que el Código Civil da al dominio).

dominio”, y su Capítulo II regula el “Dominio de las minas”, refiriendo la norma a la subsistencia de un “dominio originario” del Estado que concede tal “propiedad” (arts 10 y 219), y a minas cuyo “dominio” corresponde al dueño del suelo (art. 215). A su vez, para referirse al inmueble superficiario o al titular del derecho real de dominio sobre el mismo utiliza alternativamente la voz “dominio”, “propiedad” o “propietario” (arts. 25, 26, 27, 31, 32, 33, 41, 100, 101, 124, 171, 173, 201, 203, 153, 154, 155, 160, 164, entre otros).

A pesar de ello, parte de la doctrina y jurisprudencia ha sido clara al distinguir que en realidad no toda propiedad es un derecho de dominio sobre las cosas. MOLINARIO¹³ expresa así que "los términos propiedad y dominio no son sinónimos. Si no se incurre en impropiedad de lenguaje al utilizar como sinónimo de dominio el vocablo propiedad, porque todo dominio es propiedad, no sucede lo mismo si se pretende proceder a la inversa, ya que no toda propiedad es dominio, desde el momento que existen propiedades que versan sobre bienes, en la acepción restringida que a da al vocablo nuestro Código Civil, y no sobre cosas. Más aún: por propiedad debe entenderse todo derecho patrimonial subjetivo, de tal manera que los derechos creditorios, en su aspecto activo, constituye una propiedad para el acreedor". "Cuando nuestra Constitución Nacional reconoce expresamente el derecho de propiedad, en las disposiciones que alude a él, abarca todos los derechos susceptibles de apreciación pecuniaria que integran el patrimonio, sea de la persona de existencia visible o de la persona de existencia ideal".

¹³ MOLINARIO, Alberto, *Derecho patrimonial y derecho real*. Buenos Aires: La Ley, 1965, p. 121.

Estos conceptos, han sido sostenidos coincidentemente por la jurisprudencia del máximo tribunal nacional de manera constante hasta la actualidad¹⁴: “El vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición, de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo”.

Con ello, y a los efectos de no caer en confusiones conceptuales en el tema que se aborda, debemos apreciar que “propiedad” en el derecho argentino presenta un sentido equívoco en cuanto define dos conceptos, uno lato –más acotado en su objeto- y otro preciso desde una perspectiva técnica –con un objeto más extenso-. En sentido preciso, en forma apegada a las exigencias o precisiones terminológicas que exige la buena técnica legislativa y jurídica, hace referencia a la esfera jurídico-patrimonial de un sujeto, incluyendo aspectos que exceden al derecho real de dominio sobre las cosas¹⁵; en sentido lato –aunque muy presente en la normativa vigente- su

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Bourdie P.E. c. Municipalidad de Capital s/ Devolución de impuestos”, fallo del 16/12/1925 (Fallos: 145-307); in re Tejedurías Magallanes S.A c/ Administración Nacional de Aduanas, fallo del 19/09/1989, (Fallos 312:1656); in re “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/amparo ley 16.986”, fallo del 27/12/2006 (Fallos 329:5913); in re “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ejecución hipotecaria”, fallo del 15/03/2007 (Fallos 330:855).

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 28/07/1924, publicada en Revista Jurisprudencia Argentina, T° 13, p. 310, donde se consideró que “El art. 17 de la Constitución Nacional ampara todo aquello que forma patrimonio, ya se trate de derechos reales o de derechos personales; a los efectos de la garantía constitucional, todo es propiedad”. En sentido igual, fallos referidos en nota anterior.

concepto se hace menos exacto, en cuanto se reduce únicamente a la relación dominial.

Esta observación terminológica no puede soslayarse en el análisis que iniciamos, no sólo en cuanto en ciertas ocasiones el orden jurídico y la doctrina nacional suelen apoyarse en ambas expresiones indistintamente, sino además en cuanto el mismo texto constitucional que pretendemos abordar –aunque utiliza “propiedad” en el sentido estricto referido (arts. 14, 17)- para regular una relación de personas con bienes utiliza en algunos momentos la expresión “dominio” (art. 124) y en otros el término “propiedad” (art. 75 inc. 17).

Es necesario atender, entonces, que aunque el régimen vigente refiere a “propiedad” para referirse al derecho que sobre las tierras corresponde a los pueblos originales, tal expresión es utilizada en el sentido lato del término, y no en su sentido preciso. Es que la *plena in re potestas*, es decir la máxima potestad sobre las cosas¹⁶, es propia de la idea de dominio, y por ello resulta más acotada que el significado estricto de “propiedad” que hemos señalado para el régimen argentino –el que abarca otros bienes distintos a las cosas-.

En consonancia con la terminología del derecho argentino en general y de la norma constitucional bajo análisis particular, a los fines de este trabajo “propiedad” puede ser aplicada en su sentido estricto, o en su sentido lato –es decir, como sinónimo de dominio-.

¹⁶ OSSORIO, Manuel, voz “dominio”, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, ob cit, p. 225, refiere como concepto derivado del Código Civil Argentino el de “Derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona” –lo que surge del art. 2506 CC-, y recuerda la concepción de la *plena in re potestas* que surgen de las Institutas de Justineano.

Capítulo II

El dominio originario antes de la Constitución Nacional de 1994

La reconstrucción del nacimiento de los dominios derivados en América y Argentina, entendemos, es básica a efectos de ilustrar los elementos históricos-dogmáticos que han servido de soporte a la concepción jurídica de un dominio originario en manos de los Estados.

Para ello, primeramente se analizará la conformación del derecho de la Corona sobre los bienes de las Indias, para luego analizar como surgieron los derechos de particulares a estos bienes -en especial sobre el suelo, las aguas y el subsuelo¹⁷- durante el periodo colonial.

Con esta base histórico-dogmática, consideraremos cómo se consolidó la titularidad de las provincias en el dominio originario que hoy refiere el marco constitucional, analizando para ello la figura del *uti*

¹⁷ Esta particularización, en cuanto el actual régimen minero argentino regula la conformación del dominio sobre las minas con expresa referencia al dominio originario estatal que recae sobre las mismas. Por otra parte, ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Tº I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 194, ha observado que generalmente las aguas acompañaban a los primeros derechos que se conformaban sobre las tierras.

possidetis iuris en el contexto histórico de 1810-1816, y su confirmación tanto en los regímenes decimonónicos como en las doctrinas y jurisprudencia sobre dominios de los ríos.

Finalmente, a partir del análisis de la conformación del dominio en el derecho patrio, determinaremos la suerte que en los regímenes positivos encontraron aquellas formas dominiales que se generaron en la época colonial, tal como adelantamos en la primer parte de este punto. Para ello consideraremos los regímenes dominiales sobre suelo, minas y dominios públicos que han sido incorporados en los Códigos Civil y Minero.

1. El dominio originario durante la colonización española.

En el presente apartado analizaremos la conformación del dominio originario durante la colonización española, período donde puede apreciarse la existencia de un papel de propietario en manos de la autoridad, quien dispone de propiedades a favor de los individuos, creando los títulos respectivos. A tal fin, analizaremos los fundamentos del título original sobre los bienes americanos que se arrogan los monarcas y luego la Corona de Castilla, y a partir de ello el establecimiento de títulos derivados en favor de individuos.

Esta conformación permite afirmar la existencia de un dominio originario estatal sobre la generalidad de los bienes, que aunque inicialmente no va a encontrar una conformación o referencia expresa en el decimonónico

régimen constitucional¹⁸, será la base jurídico-histórica para la regulación constitucional o legal en épocas modernas en la generalidad de países americanos, incluyendo el actual régimen argentino.

Consecuentemente, luego de verificar esta afirmación mediante el análisis de la figura del dominio originario como institución en el derecho constitucional americano comparado, consideraremos el origen del mismo en la era colonial, y su posterior transmisión a los Estados nacientes en el actual territorio argentino y la regulación de las propiedades derivadas a partir del derecho patrio.

A) El “dominio originario” en el derecho constitucional americano

A partir de la emancipación decimonónica de las colonias americanas que hasta entonces dependían de las potencia europeas – principalmente de Inglaterra, España y Portugal-, los países americanos dictaron progresivamente sus propias Constituciones y leyes. Intertanto se generaba ese derecho “patrio” o nacional, las instituciones y normas coloniales continuaron rigiendo como *derecho patrio intermedio*¹⁹, en una clara sucesión de Estados.

¹⁸ LÓPEZ, Joaquín, “Los recursos naturales, la energía y el ambiente en las Constituciones de las Provincias Argentinas”, en *Estudios de Derecho Ambiental y de Aguas*, Ed. Edium, Mendoza, 2005, p. 122

¹⁹ Este período que se ubica entre el derecho colonial y el patrio ha sido denominado “intermedio”, y se caracterizó por la aplicación de las instituciones coloniales por parte de las autoridades locales. La expresión “Derecho patrio intermedio” fue acuñada por Juan

En este proceso, la regulación del dominio sobre los recursos naturales no resultó una preocupación de los constituyentes, quienes se limitaron a regular la estructura política de los nuevos Estados²⁰ y las garantías a los derechos individuales, incluyendo entre ellos la propiedad como institución genérica.

En un primer momento no existió, en consecuencia, una regulación expresa en cuanto a la existencia de un “dominio originario” en mano del Estado, distinguible de otro “derivado” que este otorgara a los particulares sobre el mismo.

Sin embargo, y coincidente con las instituciones del régimen colonial que rigieron durante el período intermedio, y que analizaremos a lo largo de este apartado, el derecho infraconstitucional no fue extraño a la noción de un derecho inicial del Estado sobre los bienes, derecho a partir del cual se otorgaban o derivaban los títulos de dominio a los particulares.

Un claro ejemplo de ello lo podemos ver en los regímenes mineros, donde la propiedad sobre las mimas era otorgada al Estado para que la conceda, retornando al mismo en caso de extinción. Este aspecto será analizado con mayor detalle más adelante.

Bautista ALBERDI (*Escritos Póstumos*, Tº VIII, Imprenta Cruz Hermanos, Buenos Aires, 1899, p. 14), donde el célebre tucumano criticaba a Vélez Sarsfield por no haber considerado al proyectar el Código Civil aquellas normas que fueron dictadas en el periodo intermedio que corre desde la Revolución de 1810 hasta la organización constitucional nacional.

²⁰ LÓPEZ, Joaquín, “Los recursos naturales, la energía, y el ambiente en las Constituciones de las Provincias Argentinas”, ob cit, p. 122.

Recién en la Constitución mexicana de 1917 –con sus posteriores reformas- se refiere en forma expresa a un “*dominio originario*” del Estado sobre los recursos, y la consiguiente facultad del mismo de generar y transferir dominios derivados hacia los particulares²¹.

En forma similar, la Constitución boliviana de 1938 dispondrá la existencia de un dominio originario estatal sobre ciertos recursos naturales, contemplando su adjudicación a los particulares²². Este régimen continuará en los textos constitucionales posteriores²³, incluyendo tal institución en relación al suelo y la conformación de un dominio derivado agrario²⁴.

²¹ El art. 27 de la Constitución Mexicana de 1917 disponía que “La propiedad de las tierras y aguas correspondidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”. Luego, la norma constitucional enumera una larga lista de bienes de dominio inalienable e imprescriptibles cuyo uso sólo es posible mediante concesión estatal –lo que importa una clara adjudicación de dichos bienes al dominio público-, y la capacidad para adquirir dominios privados sobre las aguas y las tierras, aspecto en el que se torna especialmente reglamentarista.

²² “Artículo 107.- Son del dominio originario del Estado, a más de los bienes a los que actualmente la ley da esta calidad, todas las sustancias del reino mineral, las tierras baldías con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como todas las fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento económico. Las leyes establecerán las condiciones de este dominio así como las de adjudicación a los particulares”

²³ Por ejemplo, la Constitución de 1967 establece: “Artículo 136: 1. Son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les da 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. 2. La ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a particulares”.

²⁴ “Artículo 165: Las tierras son del dominio originario de la nación y corresponde al Estado la distribución, reagrupamiento y redistribución de la propiedad agraria conforme a las necesidades económicas-sociales y de desarrollo rural” (Constitución de 1967).

La Constitución peruana de 1979, sin referir directa o explícitamente al “*dominio originario*” contempla que “Las tierras abandonadas pasan al dominio del Estado para su adjudicación a campesinos sin tierras”, lo que denota que extinguida la propiedad constituida sobre las mismas, existe una relación original que renace a efectos de la disposición de un nuevo título derivado. Previamente, la Constitución de 1933 había previsto una pertenencia de los recursos naturales al Estado, quien otorgaba los usos y propiedades sobre los mismos a los particulares²⁵.

La Constitución ecuatoriana de 1945 dispuso un régimen similar al observado en la norma peruana de 1979²⁶, contemplando una titularidad del Estado sobre las tierras que no es adquirible por particulares a través de la prescripción, pero a su vez es necesariamente transferibles a los particulares a los fines de la política agraria y de colonización, lo que permite hablar de una titularidad originaria a partir de la cual se otorgan dominios agrícolas derivados –que conllevan la carga de explotación agrícola so pena de caducidad del título derivado-.

El régimen constitucional argentino no contemplará regulación expresa en la materia hasta 1994, con excepción del texto constitucional de

²⁵ “Artículo 37.- Las minas, tierras, bosques, aguas y en general todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La Ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares”.

²⁶ “Artículo 55.- Tierras baldías y abandonadas: Serán bienes del Estado las tierras que carezcan de dueño; igualmente las agrarias que, teniendo dueño, permanezcan abandonadas más de ocho años consecutivos sin causa legal. Este dominio será imprescriptible, pero las tierras deberán adjudicarse a los particulares, con fines de reforma agraria y colonización”.

1949-1957²⁷. La norma de 1949 reguló a favor del Estado Nacional el dominio imprescriptible de los minerales, las caídas de agua y demás fuentes naturales y energía²⁸.

En función del análisis comparativo de los sistemas constitucionales latinoamericanos, puede atenderse que el dominio originario es una institución presente en la tradición jurídica del continente. La idea de su surgimiento, puede concretarse a partir de la noción de una propiedad inicial a favor de la dominación española sobre América y su vinculación al otorgamiento de títulos generados por ese titular inicial hacia terceros, siendo el *uti possidetis iuris* de 1810 el traspaso de estas relaciones hacia los nuevos Estados nacientes en la América revolucionaria. Estos aspectos, conforman el contenido de los siguientes apartados de éste capítulo.

B) El título originario de la Corona de Castilla sobre los bienes en América

Los países latinoamericanos presentan un desarrollo histórico que determina sus actuales realidades jurídico-institucionales. La colonización española de América fue el origen del actual sistema jurídico

²⁷ La Constitución sancionada en 1949 mantuvo su vigencia hasta 1957, cuando fue sustituida nuevamente por la norma que estuvo vigente hasta 1949 modificada en limitados aspectos.

²⁸ “Artículo 40.- ... 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 propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias...”.

de estos países, y su desarrollo histórico-jurídico es vital para comprender el origen del dominio en tales naciones.

La política española en el Nuevo Mundo estableció el reparto de tierras y bienes en América, con lo que el surgimiento de los títulos que fundamentan los derechos deben analizarse atendiendo esta circunstancia.

Un aspecto fundamental, por ello, es determinar cómo surgió el derecho del monarca sobre los bienes americanos cuyo reparto sería la base de su política colonizadora, y qué implicancia o contenido tuvo tal prerrogativa. Y a partir de ello podremos plantearnos el desarrollo de los posteriores títulos que se conformaron sobre tierras, aguas, minas, e incluso sobre los demás recursos.

En este sentido, cuando los reyes católicos tomaron conocimiento del descubrimiento de tierras concretado por Colón en 1492, tuvieron la inmediata necesidad de legitimar el mismo y afianzarlo en cuanto a sus efectos jurídicos.

En el “mundo cristiano”, el derecho público de la época asignaba a Sumo Pontífice, como árbitro y defensor del orden universal, la facultad de disponer de los territorios ocupados por infieles para atribuirlos en plena soberanía a algún príncipe cristiano. El Código de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio contempló esta forma de obtener el señorío de un reino expresamente en la Ley novena del Título I de la Partida II²⁹.

²⁹ “*Verdaderamente es llamado Rey, aquel que con derecho gana el Señorío del Reyno e puédesse ganar por Derecho en estas quatro maneras: ... La quarta es por otorgamiento del Papa o del Emperador quedando algunos de ellos faze Reyes en aquellas tierras que han derecho de fazer*” (“Es llamado rey aquel que con derecho gana el señorío del reino; y lo puede hacer de estas cuatro maneras: ... La cuarta es por otorgamiento del Papa o emperador, cuando lo hace rey sobre aquellas tierras donde tiene derecho a hacerlo”).

Bajo este sistema se había concedido, por ejemplo, la isla de Irlanda al Rey de Inglaterra en 1155; las Canarias a un príncipe español en 1344; y diversas costas de Guinea a los monarcas portugueses en 1455, 1456 y 1481. También puede observarse que a través de esta clase de título Carlo Magno recibió en donación el Reino de Jerusalén³⁰.

Siguiendo esta práctica, Fernando e Isabel pidieron al Papa Alejandro VI que se les concediera el dominio de las tierras descubiertas por la expedición de Colón.

Así, el 3 de mayo de 1493 el Papa expidió la bula *Inter caetera*, por la que otorgaba a tales monarcas las tierras e islas descubiertas que no estuvieran sujetas al dominio actual de algún otro Señor cristiano, "...con plena, libre y omnímota potestad, autoridad y jurisdicción", lo que ha sido el primer fundamento para justificar un poderío sobre las Indias que entremezcla el dominio de las tierras y bienes descubiertos y también la soberanía sobre las mismas.

Ante la queja portuguesa –que invocando los derechos del rey de Portugal que surgían de la bula de 1481 y el Tratado de Alcaçobas celebrado con Castilla en 1479, pretendía seguridad geográfica sobre los derechos que otorgaba la nueva bula papal- el Papa emitió una segunda bula *Inter caetera* por la que se especificaba a favor de los reyes católicos la *donación* de las tierras que se encontraban al oeste de una línea imaginaria

Transcripta en TRUSSO, Francisco Eduardo, *Derecho Histórico Argentino*, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, p. 42 y 43.

³⁰ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Tº I, ob cit, p. 88.

ubicada a unas cien leguas al occidente de las islas Azores o del Cabo Verde. Finalmente, por una tercer bula emitida en setiembre de 1493, se otorgaba a los monarcas españoles privilegios análogos a los que anteriormente se había concedido a los portugueses sobre Guinea, con lo que se declara en forma indubitable la concesión del *dominio total* de las Indias.

La insistencia diplomática lusitana en obtener parte de lo descubierto, llevó a que en 1494 Portugal celebra con los reyes católicos el Tratado de Tordesillas, acordando correr la línea fijada por el Papa a 370 leguas al oeste de las islas del Cabo Verde, quedando para Castilla las tierras ubicadas al oeste de tal divisoria y para Portugal las que se encontraban al este y que corresponden a la actual parte oriental del Brasil.

Si bien la corona hispana reconoció la atribución papal de legitimar su dominio, también procuró señalar la existencia de otros títulos legitimantes de su derecho, respondiendo así a cierta doctrina teológica que desconocía el supremo derecho pontificio³¹. En este sentido, por Real Cédula del 14 de setiembre de 1519 –concordante con otra del 9 de julio de 1520- se declara incorporada las Indias a la Corona de Castilla “*Por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos*”.

Dentro de esos justos títulos, en forma concordante con otros pensadores de la época, la tesis vitoriana³² –luego de cuestionar el poder papal como fuente de título legítimo- analiza diversos argumentos propios del derecho natural y de gentes para fundar el derecho de poderío español

³¹ LEVENE, Ricardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Ed. Depalma, 5ª ed., Buenos Aires, 1985, p. 55

³² DE VITORIA, Francisco, “Relaciones teológicas”, transcripción parcial en TRUSSO, Francisco Eduardo, *Derecho Histórico Argentino*, ob cit, ps. 60 a 67.

sobre los bárbaros de las Indias con motivo del ejercicio de la sociedad y comunicación natural, y la propagación de la religión cristiana, entre otros.

Esta crisis jurídica del título de origen papal motivó que otros Estados –Inglaterra, Holanda y Francia- se instalaran en territorios no ocupados por España bajo la invocación de la ocupación territorial como título unánimemente reconocido en el derecho internacional. De este modo, los distintos títulos señalados en teoría para justificar la conquista española debieron ser perfeccionados en la práctica por la ocupación efectiva para ser invocados y aceptados por otras potencias³³.

El dominio sobre las Indias y los bienes en ellas existente era considerado por los monarcas no sólo como un poderío de soberanía pública, sino especialmente como parte de sus patrimonios, aunque estableciendo – como veremos- ciertos límites a favor de los originales de esas tierras. Ricardo LEVENE recuerda en este sentido una cédula real donde se refleja claramente esta concepción: “*Por haber yo sucedido enteramente en el señorío que tuvieron en las Indias los señores de ellas, es de mi patrimonio y Corona Real el Señorío de los baldíos, suelos y tierra*”³⁴.

Las Indias así adquiridas –y consiguientemente sus tierras, aguas, montes y pastos- fueron consideradas en un primer momento bienes gananciales de ambos monarcas –Fernando e Isabel-, quienes en sus

³³ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Tº I, ob cit, p. 113.

³⁴ LEVENE, Ricardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, ob cit, p. 96. Es quizás útil aclarar en este punto que, como analiza SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho de Aguas*, Tº I, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1941, p. 271, los imperios incaico y azteca –en base respectivamente a los *ayllu* y *callpulli*- desarrollaron un comunismo agrario donde existía el uso común de las aguas y otros recursos naturales en base a un reparto de tierras y aguas que realizaba la autoridad.

respectivos testamentos los legaron a su hija Juana, heredera del trono castellano, estableciéndose en estos mismos documentos que tales bienes debían ser incorporados a la Corona de Castilla. Esta incorporación se produjo formal y solemnemente a través de Carlos V el 9 de julio de 1520, quien sancionó que tal territorio “...no será enajenado, ni apartaremos de nuestra Corona real... de Castilla, sino que estarán y las tenemos como cosas incorporada a ella”.

Esta adscripción a la Corona y prohibición de enajenar –señala ZORRAQUÍN BECÚ³⁵- significaba que las Indias pasaban a ser bienes realengos, es decir, incorporados al dominio directo de la Corona y exentos de toda jurisdicción y vasallaje feudal. Las Indias, por lo tanto, no fueron desde entonces ni propiedad particular de los reyes ni dominios del Estado español, sino bienes públicos de la Corona de Castilla, como entidad que personificaba la monarquía como algo distinto tanto del reino o Estado como de la persona de los sucesivos reyes.

C) El dominio derivado y otros derechos sobre el dominio originario durante la colonización española

De lo señalado hasta ahora surge el derecho que presentaba la Corona de Castilla sobre todas las cosas existentes en las nuevas tierras descubiertas, aunque limitará la disposición de tal derecho en función de las

³⁵ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Tº I, ob cit, p. 110.

propiedades preexistentes³⁶. El derecho de la Corona, entonces, se configuraba como el ejercicio del dominio sobre las tierras descubiertas y los bienes que albergaban, sin perjuicio de que tal derecho coexistía en cierta forma con la jurisdicción propia de la soberanía.

De esta manera, podemos afirmar que los monarcas primero, y luego la Corona de Castilla, presentaban sobre los bienes referido una propiedad que resultó el inicio y germen de las posteriores manifestaciones y desarrollos propietarios.

Seguramente esa *propietas* no resultará coincidente con las posteriores y diversas manifestaciones del dominio, sea en el ámbito del derecho privado –como es el dominio civil, o el minero, entre otros varios- o del derecho público –como es el dominio público hidráulico presente como regla en Latinoamérica-. Y no podemos esperar que exista tal coincidencia, ya que justamente se trata de institutos histórica y jurídicamente diferentes.

Sin embargo, el análisis jurídico e histórico del surgimiento de los derechos derivados de ese primer dominio invocado por los monarcas y la Corona nos brindará la pauta del inicio de los títulos particulares que hoy conforman los derechos sobre las cosas en América y, en particular, en Argentina. A tal fin, consideraremos el reparto de las tierras, aguas y minerales.

³⁶ Como explayamos con mayor detalle en otro punto de este trabajo, el mismo monarca español entendió que subrogaba el señorío de los “señores” de las Indias, y a partir de allí su pretensión de titularidad sobre los bienes que a éstos correspondían. En este contexto es explicable el respeto a los derechos de uso que sobre las tierras y otros recursos estaban concedidos por el derecho indígena.

a) El reparto de tierras

La política poblacional hispánica para el “nuevo mundo” utilizó el repartimiento de tierras como uno de los incentivos económicos de las expediciones a las Indias y el consecuente arraigo de núcleos humanos. Se premiaba y remuneraba los servicios de pobladores y pacificadores mediante la concesión de tierras, aunque también se entregaba las mismas a indígenas y comunidades³⁷.

Seguramente, esta política poblacional respondía a una clara necesidad de fortalecimiento del poder español sobre las Indias, en cuanto – como hemos observado- la ocupación territorial como título unánimemente reconocido en el derecho internacional era un freno efectivo frente a las restantes potencias de la época y sus apetencias expansivas.

Esta política de distribución dominial, y la especial forma en que se desarrolló (con figuras como el pueble o asentamiento efectivo, la evangelización, etc), no resultó producto de la improvisación, sino más bien de la experiencia que los gobernantes españoles tenían con respecto a proveer la subsistencia del propietario como una estrategia de fortalecimiento estatal, y que en la época de la reconquista permitieron repoblar la península ibérica³⁸.

A tal fin, Carlos V en 1523 y Felipe II en 1573 dictaron verdaderos códigos de colonización regulando el acceso de particulares a derechos sobre inmuebles. Para que las mercedes de tierras hechas por las

³⁷ LEVENE, Ricardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, ob cit, p. 96.

³⁸ URQUIJO, José M. Mariluz, *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, 2º ed. aumentada, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 18.

autoridades de las Indias puedan consolidarse como dominio requerían – además de la confirmación real- que el favorecido tomara posesión y cultivara la tierra en un plazo breve, que residiera en ella por un plazo de entre cuatro y ocho años, que levantara edificaciones y las poblara. El incumplimiento de estas exigencias –como también ocurría con la “cláusula sin perjuicio de naturales” que veremos en el capítulo III- hacían perder la tierra entregada.

Siguiendo esta tendencia, en 1590 la Audiencia de La Plata (actualmente capital de la Provincia de Buenos Aires) estableció que las tierras que hubiesen sido dejadas yermas y desiertas por las personas a quienes se repartieron se volverían a dar a los que las cultivaren. Estas exigencias, que constituyen un verdadero régimen de dominio de alto contenido social en cuanto incentiva la producción y el pueble, permiten diferenciar esta nueva forma de propiedad de otras existentes hasta el momento fuera de las Indias³⁹.

Resulta así que la Corona de Castilla detentaba un dominio originario o inicial sobre los bienes de las Indias, que eran utilizados para incentivar y remunerar la política de colonización. Tales remuneraciones eran efectuadas bajo condiciones resolutivas del dominio transferido, exigiéndose el destino productivo y el pueble de tales bienes.

Si bien en un primer momento la propiedad sobre las tierras se realizaba como recompensa y medida de colonización, posteriormente el valor que las mismas tomaron generó que se produjera su enajenación por venta con fines fiscalistas. En 1754 se dispuso una revisión general de todos los títulos de propiedad, estableciéndose que quienes poseían tierras desde

³⁹ LEVENE, Ricardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, p. 98 y 211.

antes de 1700 adquirirían las mismas por prescripción. Una vez perfeccionado el título de dominio, la propiedad era transferible por venta, donación o herencia⁴⁰.

Debemos aclarar, sin embargo, que una modalidad distinta de propiedad se conformó con respecto a las tierras dejadas o repartidas a los indígenas para su sustento, las que principalmente se ubicaban en la zona de los ríos Uruguay y Paraná, y en otras zonas donde existían asentamientos originales. Estos inmuebles eran propiedades colectivas cuyo dominio directo se consideraba de titularidad de la corona, quedando para los pobladores únicamente el dominio útil⁴¹. Sobre esta particular modalidad dominial, la que resultó un límite a la constitución de dominios derivados a particulares, nos explayaremos en el capítulo III, considerando su evolución hasta el actual régimen vigente.

b) El uso de las aguas

En relación a las aguas, en las Indias las mismas siempre fueron consideradas públicas, aunque se les haya otorgado diversas denominaciones en la terminología normativa. En concreto, resultaban bienes de la corona sujetos a merced, pertenencia que encuentra su génesis en los títulos que hemos referido anteriormente al analizar la propiedad inmueble.

⁴⁰ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Tº I, ob cit, p. 195.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Guari, Lorenzo y otros c/ Provincia de Jujuy”, sentencia del 09/09/1929, Fallos 155:302.

En este sentido, el Ordenamiento de Alcalá promulgado por Alfonso XI en 1348 y con posterioridad vigente supletoriamente en las Indias por su anexión a la Corona de Castilla, reguló este carácter de *iura regalia* reiterando lo normado por Alfonso VII en 1138 para las Cortes de Nájera: “*Todas las aguas ... é todas las rentas dellas, rindan al Rey, salvo las que dio el Rey por privilegio, ó las ganó alguno por tiempo en la manera que deriva*”. Posteriormente, esta norma es trasladada –luego de pasar por las Ordenanzas Reales de Castilla en 1484- a la Nueva Recopilación de 1567, y con ello se refuerza la noción de las aguas como bienes de la corona al intitularse como “*...pertenecen a los Reyes ... las aguas...*”⁴².

Los textos indianos expresamente regularon las aguas sometiéndolas al uso común. Así, Carlos V en 1541 dispuso que las aguas sean comunes en las Indias; y mandó que su uso en las Provincias de las Indias, sea común a todos los vecinos de ellas para que las puedan gozar libremente, siguiéndose así otra disposición de 1533 donde ya se expresaba que tales bienes “deben ser comunes a los Españoles e Indios”. Alberto SPOTA, luego de reproducir tales leyes indianas, afirma sobre este régimen que –siguiendo a MINGUIJÓN y ADRIÁN- era fijado como aliciente para atraer pobladores al nuevo continente⁴³, y entiende que en tal marco las aguas eran de la Corona, la que ejercía sobre ellas su derecho de regalía, y que además permitía su común uso por las comunidades.

⁴² Los textos pertinentes del Ordenamiento de Alcalá y de la Nueva Recopilación son transcritos en VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho de Aguas*, Tº I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 85.

⁴³ SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho de Aguas*, Tº I, ob cit, p. 274 y ss, en especial la nota 448 y 449.

VERGARA BLANCO realiza un meticuloso análisis en este sentido, observando y transcribiendo lo que en cada época regularon la Capitulaciones del siglo XVI, el derecho castellano que se aplicó supletoriamente en América, y finalmente los textos indianos aludidos; para sostener que si bien las aguas fueron primeramente bienes comunes en América, la evolución jurídica equiparó a las aguas americanas a las peninsulares, es decir, se regularon como una regalía más de la Corona⁴⁴.

No compartimos la opinión de VERGARA BLANCO en este punto. Un análisis lógico del texto completo sancionado por Carlos V, correlacionado a otras disposiciones indianas, permiten afirmar que siempre las aguas fueron *iura regalia* en la América colonial.

La referida disposición de Carlos V expresaba que “Nos hemos ordenado, que los pastos, montes y aguas sean comunes en Indias, y *algunas personas sin título nuestro* tienen ocupado muy grande parte del término, y tierras en que no consienten que ninguno ponga corral, ni buhio, ni trayga allí sus ganados: Mandamos que el uso de todos los pastos, montes y aguas de las Provincias de las Indias, sea común a todos los vecinos de ellas, que ahora son, y después fueren para que los puedan gozar libremente, y hacer juntos a qualquier buhido sus cabañas, traer allí sus ganados, juntos, o apartados, como quisieren, sin embargo de qualquier ordenanzas, que si necesario es para en cuanto á esto las revocamos, y damos por ningunas y de ningún valor y efecto. Y ordenamos a todos los Concejos, Justicias y Regidores, que guarden y cumplan, y hagan guardar y cumplir lo contenido en esta nuestra ley, y cualquier persona que la estorbare, incurra en pena de cinco mil pesos de oro, que sea executada en su persona y bienes para

⁴⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho de Aguas*, Tº I, ob cit, p. 106 a 114.

nuestra Cámara; y en quanto a la ciudad de Santo Domingo de la Isla Española se guarde lo referido, con que esto se entienda en lo que estuviere dentro de diez leguas de la dicha Ciudad en circunferencia, siendo *sin perjuicio de terceros*; y fuera de las diez leguas permitimos y tenemos por bien, que cada hato de ganado tenga de término una legua de contorno, para que *dentro de ella otro ninguno pueda hacer sitio de ganado, corral, ni casa con que el pasto de todo ello sea asimismo común, como está dispuesto*; y donde hubiera hatos se puedan dar sitios para hacer ingenios, y otras heredades, y en cada asiento haya una casa de piedra, y no menos de dos mil cabezas de ganado, y si hubiere seis mil arriba , dos asientos; y de diez mil cabezas arriba tres asientos: y precisamente en cada uno su casa de piedra, y ninguna persona pueda tener más de hasta tres asientos, y así se guarde *donde no hubiere título, o merced nuestra, que otra cosa disponga*”⁴⁵.

Un abordaje hermenéutico de este texto permite concluir que los montes, pastos y aguas no fueron, en principios, cosas libradas simplemente al uso común en exclusión de dominios sobre ellas, tal como las *res communes omnium* romanas. En nuestro entender tales bienes constituyeron *iura regalia*, es decir, pertenecieron a la Corona y ésta disponía de ellos concediendo propiedades con distintos alcances.

Esta afirmación parte de considerar que esta disposición continúa lo dispuesto por otro precedente en 1533, donde se señalaba que tales bienes, incluso cuando estuvieran “contenidos en las mercedes, que estuvieren hechas, o que hiciéremos de Señoríos en las Indias, deben ser comunes a los Españoles e Indios”⁴⁶. Es claro en este texto que el régimen

⁴⁵ Recopilación de Indias, Libro 4, título 17, ley 5. Los resaltados en cursiva nos pertenecen.

⁴⁶ Recopilación de Indias, Libro 4, título 12, ley 7.

que se establecía para los bienes de la Corona en América atemperaba el contenido de las mercedes, haciéndolas compatibles con ciertos usos comunes, tal cual ocurre con los usos privativos y comunes en el dominio público contemporáneo⁴⁷. El texto de 1541 parte de considerar que se ha dispuesto que exista un uso común de ciertos bienes, pero cuando ello se dispuso en 1533 no fue en desmedro de las mercedes y consiguiente naturaleza de realengos que presentaban esas riquezas.

Pero además, el texto de 1541 en forma autónoma permite ratificar este postulado. El mismo aclara que pretende regular bienes que están siendo explotados por personas “sin título nuestro”, lo que importa que existen titulares de derechos concedidos que pueden explotar tales bienes, lo que es un signo pleno del sistema de regalía.

Además, en la segunda parte de la norma, se regula el caso específico de Santo Domingo, donde limita el uso común a una circunferencia de diez leguas de la ciudad, aclarando que ello es sin perjuicio de terceros, con lo que detenta claramente la existencia en tal área de derechos concedidos que no deben tenerse por afectados, a diferencia de la primer parte de la norma analizada, que expresamente refería a términos usados “sin título nuestro”.

En forma concordante, fuera de tal área de diez leguas se establece un contorno mínimo para las existencias de ganado, de modo que *“dentro de ella otro ninguno pueda hacer sitio de ganado, corral, ni casa*

⁴⁷ La generalidad de leyes que regulan el uso de las aguas, a partir de la decimonónica Ley española de 1866/79 y siguiendo en el moderno derecho contemporáneo, contemplan el uso común de las aguas en beneficio de toda persona para satisfacer sus necesidades inmediatas, uso que subsiste incluso cuando las aguas están concesionadas en uso especial y privativo de un sujeto determinado.

con que el pasto de todo ello sea asimismo común, como está dispuesto"; en pocas palabras, en las actividades autorizadas existe un área de exclusividad donde no pueden establecerse otras infraestructuras que importen un uso común de los bienes.

Finalmente, la norma concluye que sus disposiciones deben guardarse *“donde no hubiere título, o merced nuestra, que otra cosa disponga”* lo que es concluyente en cuanto a que las aguas y otros bienes no fueron una *res communes omnium* sino una *iura regalia*.

Idénticas conclusiones arroja el análisis del texto de las Cédulas Reales dictadas en Guadalajara en 1546 para regir en las Provincias del Río de la Plata⁴⁸, y donde se manda “...que libremente dexeis y consintays a los vecinos y moradores desa dicha provincia aprobecharse de los rios y lagunas que en ella obiere y pescar en ellos sin que le pongais contradicción alguna por cuanto, nuestra boluntad es que los usos de los dichos rios y lagunas sean libres y comunes a todos, y *si otra cosa os pareciere que conviene hazerse en ello y que de tener todos generalmente el dicho aprovechamiento se siguen algunos ynconbenientes nos aviseis dello para que mandemos prober en ello lo que convenga y sea justicia...*”. La parte que resaltamos en cursiva demuestra que si bien se autoriza el uso común de las aguas, ello no es más que una decisión de la Corona sobre bienes de los que puede disponer, sujetando tal régimen a futuros resultados que pueden motivar una manera de disponer distinta. Si se tratara de meros bienes comunes, la Corona no podría traslucir, como hace, su dominio sobre el destino de las aguas y la consiguiente posibilidad de resolver en forma distinta al uso libre y común.

⁴⁸ Transcriptas por SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho de Aguas*, Tº I, ob cit, p. 275, nota 449.

Esta tendencia que se observa en permitir un uso general de los bienes realengos es explicada en antigua doctrina de la época colonial, la cual justifica tal situación en cuanto la regalía que correspondía a la Corona “se tuvo en poco” por ser “tan pocos los Españoles que pudiesen aprovecharse de sus frutos, intereses y grangerías”⁴⁹. Es decir, en la medida en que no se otorgaban merced, y sin perjuicio de que tal posibilidad se mantenía siempre presente por el carácter de *iura regalia* de las cosas, se toleraba su uso común en tanto la ausencia de beneficiarios de mercedes lo permitiera.

c) El derecho sobre los minerales

En materia minera, las Ordenanzas de Alcalá fijaron desde antes del descubrimiento que los metales y las sales pertenecían a la Corona, y sólo podían explotarse con licencia real. Este sistema regalista se extendió a las Indias⁵⁰, donde las minas se constituyeron como *iura regalia*.

A pesar de constituir bienes de la Corona, los reyes católicos dispusieron en 1504 la posibilidad de que cualquier persona –“de cualquier estado, condición preeminencia, o dignidad, Españoles e Indios”- explote minerales sin otro requisito que realizar en forma previa una manifestación al Gobernador y a los oficiales reales. Esta medida estuvo fundada en el

⁴⁹ J. de Solórzano Pereyra, “Política Indiana”, Madrid, 1776, lib. 6, cap. 12, p. 511, citado por SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho de Aguas*, Tº I, ob cit, p. 277, nota 450.

⁵⁰ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Tº I, ob cit, p. 196.

incentivo de la actividad, que debía tributar –de acuerdo a la época- entre un quinto y un vigésimo de la producción⁵¹.

En 1574 el Virrey Toledo sancionó para el territorio sur de hispanoamérica las Ordenanzas de Minería del Perú, las que junto a las Ordenanzas de México rigieron en América el procedimiento para solicitar una propiedad minera, sin perjuicio del dominio de la Corona sobre las minas.

En 1761 la Audiencia de México realizó una recopilación de las Leyes de Minas dictadas hasta entonces, dejando establecido el principio fundamental de que las minas pertenecían a la Corona, y no pudiendo trabajarlas por sí, concedió el dominio a los particulares “por participación y no por traslación absoluta”⁵²

2. El *uti possidetis iuris* y el dominio originario de los Estados provinciales argentinos, como sucesores de la Corona.

En este apartado procuraremos analizar el dominio originario que corresponde –por sucesión de la Corona española- a los Estados provinciales argentino sobre los bienes existentes en sus territorios.

⁵¹ LEVENE, Ricardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, ob cit, p. 102, quien además observa que algunas producciones –como las canteras y caleras, metales de cobre, plomo, estaño, alumbres, azufres- fueran exentas de pago, con el fin de alentar a los que se arriesgaban en estos trabajos..

⁵² LEVENE, Ricardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, ob cit, p. 104.

En tal análisis, nos detendremos en la particularidad del dominio sobre los ríos, por resultar demostrativo del conflicto que se generó en relación a la titularidad de la relación dominial originaria que corresponde entre el Estado y los bienes, y la asignación que corresponde de dicha titularidad a las provincias argentinas.

Finalmente, analizaremos el sistema normativo que regula las propiedades derivadas, para atender el reconocimiento que en el mismo se realiza del dominio originario provincial.

A) La sucesión estadual de 1810/1816 de la Corona en las provincias.

La titularidad de los bienes de la Corona se transmitirá a los Estados locales que se conforman a partir del fraccionamiento del Virreinato del Río de la Plata que se produce en 1810, y la posterior independencia que proclaman en 1816⁵³.

El *uti possidetis iuris* de 1810 ha sido la fundamentación jurídica de la transferencia de títulos de la Corona reinante a los Estados que se conformaron en América en esa época: la nueva realidad institucional es vista como “sucesora universal de los soberanos de España sobre el territorio que desligó de la Corona por la guerra, y por lo tanto, de todo aquello sobre

⁵³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Guari, Lorenzo y otros c/ Provincia de Jujuy”, sentencia del 09/09/1929, ob cit, consideró expresamente esta situación: “En el dominio del Estado, no sólo eminente sino también efectivo, público y privado, sucedió la Nación Argentina a España y, subsidiariamente, las provincias a la Nación conforme a los principios de la Organización Constitucional”.

lo cual el Rey, ó la Corona, ó el Real Tesoro tenía dominio, con todo lo que á ese dominio le fuese accesorio⁵⁴.

La Constitución Argentina parte del presupuesto histórico de considerar a las Provincias como entidades políticas anteriores al Estado Nacional, siendo este última constituido por voluntad del pueblo que –con sentimiento de unión nacional- habitaba las Provincias. Por ello, el Estado Nacional detendrá únicamente aquellos poderes que le sean delegados expresamente por las Provincias, quedando reservado el resto en estas últimas⁵⁵; este deslinde de poderes es manifiestamente regulado en el art. 104 de la Constitución de 1853 -art. 121 de la Constitución Nacional de 1994-.

Así, los poderes y propiedades que detentan las Provincias son todos aquellos en que sucedieron a la Corona española en 1810, y que no delegaron expresamente al Estado Nacional en la Constitución de 1853/1994.

El análisis de la sucesivas Cartas Magnas permite concluir que el dominio originario de los bienes nunca fue delegado o transferido de las Provincias a la Nación, tal como reconoce el actual texto constitucional. Y fuera de las propiedades y dominios, en lo que hace a la jurisdicción propia del dominio eminente o potestades de regulación⁵⁶, sólo han delegado

⁵⁴ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Legislación de Minas*, Ed. Librería e Imprenta de Mayo, 2º ed., Buenos Aires, 1905, p. 211.

⁵⁵ PIGRETTI, Eduardo, *Teoría Jurídica de los Recursos Naturales*, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Buenos Aires, 1965, p. 23.

⁵⁶ En relación al actual distingo entre dominio originario y eminente, remitimos al análisis de la naturaleza jurídica que aquél que realizamos en el capítulo IV. Allí desarrollaremos los motivos por los que en este trabajo conceptualizaremos el “dominio originario” como una *propietas*, y el “dominio eminente” como una *potestas*.

atribuciones concretas en materia de aduanas, navegación, comercio interprovincial e internacional, relaciones exteriores, causas de almirantazgo y jurisdicción marítima, y el dictado de los Códigos Civil, Penal, de Minería de Comercio y Trabajo y Seguridad Social, quedando el resto reservado en los Estados originales.

En consecuencia, entendemos que aún antes de 1994, y aunque el texto constitucional nada decía, el dominio originario de los bienes –y de los recursos naturales- que pertenecía a la Corona fue sucedido por los Estados provinciales, los que –al no transferirlos en la Nación que conformaban- lo retuvieron. Por ello, el dominio originario que reconoce el art. 124 de la Constitución Nacional de 1994 es una institución preexistente a la misma que surgía implícitamente del juego de la doctrina del *uti possidetis iuris* de 1810 y del régimen de reservas del antiguo art. 104 de la Constitución de 1853.

B) El dominio originario de los ríos navegables: un caso concreto de debate

Dentro de la evolución de las ideas jurídicas argentinas en torno al dominio de los recursos naturales, constituye una línea de análisis de interés aquella que hace a los ríos navegables.

Ello, en cuanto si bien la Constitución Nacional no contempló aspecto atributivo de propiedad –al menos con anterioridad a 1994- ni sobre los recursos naturales en general, ni sobre los ríos en particular, e incluso el Código Civil desde 1869 refiere a un dominio público –distingible en nuestro enfoque del originario- de los Estados locales sobre los mismos (arts.

2339 y 2340 CC), se presentó un conflicto de significancia entre la Nación y las provincias en esta materia.

Este conflicto histórico en cuanto a la titularidad de los mismos y de las consiguientes atribuciones que dicho título emanan, se ha reflejado la noción del *uti possidetis iuris* como factor de atribución dominial en las provincias, y consiguientemente aparece allegado a tal concepción la noción de dominio originario.

En relación a los ríos navegables, el debate se inició en forma expresa con motivo de la construcción del puerto de Buenos Aires y la consiguiente pretensión del Estado Nacional de disponer del cauce del Río de la Plata, y generó un entrecruzamiento de argumentaciones en el marco de la célebre discusión que se dio en el Congreso de la Nación en 1869 entre funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional y senadores provinciales⁵⁷.

En aquel momento, el Gobierno de la Nación había suscripto un contrato con Eduardo Madero y Compañía para la construcción del puerto sobre el dominio hidráulico y su posterior explotación, y pretendía que el Congreso aprobara el mismo sosteniendo que ello era un acto de utilización y disposición del río navegable como bien nacional.

En ese marco, el Ministro nacional Dalmacio Vélez Sársfield sostuvo la tesis del dominio nacional sobre los ríos navegables basándose en el argumento de que las provincias son de existencia posterior a la Nación

⁵⁷ MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas*, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1939, p 297; ALLENDE, Guillermo, *Derecho de Aguas con anotaciones hidrológicas*, Ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1971, p. 249; SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho de Aguas*, T° II, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1941, p. 31 y ss.

que surge en 1810 y por tanto, esta última tiene derechos preexistentes a la Constitución Nacional. Las provincias, sostenía, como entes públicos jurisdiccionales, no pueden dividirse el territorio sobre el cual discurren los ríos navegables porque nunca han sido independientes unas de otras, sino que siempre y en todo momento permanecieron unidas en Nación y a ella corresponde el dominio de los ríos navegables. Con posterioridad, autores de la talla de CASTELLO⁵⁸ propiciarán en la doctrina la postura de Vélez.

Por su parte, el Senador por la Provincia de Buenos Aires Bartolomé Mitre, profundizando los argumentos que expuso una minoría disidente en la Cámara de Diputados⁵⁹, consiguió frustrar el proyecto a través de una brillante intervención donde esbozó la tesis del dominio provincial. Al respecto sostuvo que si bien ha existido desde el principio de nuestra vida política una unión entre las provincias basada en el criterio de la nacionalidad, en la convicción de formar todas juntas una Nación, ellas, son entes preexistentes a la Constitución de la Nación producida en 1853. Hasta ese momento, cada una tenía su propio gobierno, sus instituciones, sus leyes y también su territorio y con todo eso se incorporan al Estado nacional constituido en 1853. Como consecuencia de la guerra civil de 1820, y del aislamiento en que a raíz de ella vivieron las provincias, cada una de ellas organizó su propio gobierno, rigiéndose por sus instituciones y detentando el carácter de soberanas, entre cuyos atributos inherentes esta comprendida la propiedad del territorio y el respectivo dominio eminente. Además, —decía

⁵⁸ CASTELLO, Manuel, *Legislación de Aguas*, Ed. UBA, Buenos Aires, 1921, p. 107

⁵⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Un debate parlamentario histórico. Mitre versus Vélez Sarsfield*, Ed. Abeledo Perrot, 2^o ed, Buenos Aires, 1959, p. 21 y ss, describe el trámite de media sanción que implicó la aprobación del proyecto en Diputados, donde los diputados Castellanos y Mármol opusieron en el debate que la Constitución no delegaba dominio sobre los ríos navegables.

Mitre— no puede sostenerse que los ríos navegables sean del dominio nacional, ya que ello implica negar el carácter de ribereños a las provincias por cuyos territorios pasan “pues entre ellas y el agua se interpondría una nueva soberanía, un nuevo propietario, una nueva jurisdicción no deslindada por la Constitución”, lo que conformaba, a su juicio, la situación “más extravagante y curiosa que pudiera imaginarse en este mundo”⁶⁰.

Esta discusión parlamentaria con motivo del proyecto de ley tuvo su paralelo en el conflicto epistolar entre el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y la Presidencia de la Nación, donde aquella sostenía con claridad que “...el gobierno de la provincia se encuentra facultado para emprender, con sus recursos propios, obras de esta naturaleza en los ríos que pertenecen a la provincia, al ejecutar la presente en el puerto de esta ciudad, cuya reglamentación corresponde al gobierno de la nación...”; con lo que queda de manifiesto la distinción entre dominio provincial y jurisdicción nacional en asuntos de navegación y puertos que establece la Constitución. A pesar de ello, la Nación, por su parte, argumentaba que siendo la jurisdicción en la materia de aguas navegable algo propio del Poder Federal, al mismo correspondía la temática⁶¹.

La postura centralista que no logró imponer el Ministro Vélez se debilitará aún más a partir del célebre dictamen de 1889 del Procurador General de la Nación Dr. Costa donde, advirtiendo el anterior error de la Procuración por la falta de estudio del tema, reconoció que el dominio de los

⁶⁰ Un buen resumen crítico de ambas posturas en el debate puede verse en Bianchi, Alberto B., “El Puerto (Recuerdos de un debate histórico)”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, noviembre 2006, p. 90.

⁶¹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Un debate parlamentario histórico. Mitre versus Vélez Sarsfield*, ob cit, p. 18 y ss

ríos, sean navegables o no, corresponde a las Provincias por no existir delegación alguna a la Nación que las mismas constituyeron en 1853⁶².

Veinte años después, en 1909, se pronunciaría en forma expresa la Corte Suprema de la Nación, siguiendo la tesis de Mitre, al sentenciar que corresponde a las provincias el dominio de los ríos, incluso los navegables. En sendas causas⁶³, donde la Nación pretendía disponer de terrenos a título propio para la construcción de instalaciones nacionales sobre el dominio público hidráulico en la Provincia de Santa Fe, la Corte consideró que *“La Nación, como efecto inmediato de las facultades que confieren los artículos 26, 67, incisos 9 y 12 de la Constitución Nacional”*⁶⁴, *no adquiere inmuebles en las riberas o playas de los ríos navegables, y sí únicamente el poder de facilitar y mejorar la navegación; por lo que, no puede ocupar gratuitamente terrenos de ribera poseídos por particulares, que se hallan fuera del agua o han sido ganados al río”*.

En el concepto de la Corte, las atribuciones de regular el comercio y la navegación que las provincias delegaron en la Nación nada tiene que ver con las potestades dominiales sobre los ríos, las que se

⁶² ALLENDE, Guillermo, *Derecho de Aguas con anotaciones hidrológicas*, ob cit, p. 252.

⁶³ Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Gob Nac y Soc del Pto de Rosario c/Prov de Sta Fe” (Fallos 111: 179) y “Soc del Pto de Rosario c/Emp Muelle y Dep de Comas” Fallos 111:197).

⁶⁴ Estos preceptos de la Constitución Nacional de 1853/60, soporte jurídico de la pretensión dominial nacional, disponen: “Artículo 26: La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional”; “Artículo 67.- Corresponde al Congreso: ... 9. Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear y suprimir aduanas, sin que puedan suprimirse las aduanas exteriores, que existían en cada provincia, al tiempo de su incorporación; ... 12. Reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí; ...”

conservan en la titularidad provincial: *“El poder de reglamentar la libre navegación puede ejercerse con igual amplitud y eficacia, cualquiera que sea el propietario del lecho de los ríos. El poder de reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre si, es concordante con el artículo 1º, sección 8a., clausula 3a. de la constitución de Estados Unidos, bajo el imperio de la cual los tribunales federales han reconocido que los estados de la Unión tienen el dominio de los ríos que corren por sus territorios y en parte de los que le sirven de límites; reconociendo a la vez, que la nación no debe pagar indemnizaciones por la tierra bajo el agua, que ocupa para mejorar la navegación y que no haya sido antes utilizada en muelles, etc., por concesionarios o adquirentes de los estados particulares. Nuestra Constitución Nacional reconoce la propiedad provincial sobre los ríos. El concepto genérico “río” comprende las playas. ... El poder federal sobre la ribera del mar debe limitarse a la reglamentación del comercio, sin extenderse a la propiedad del suelo cubierto o bañado por las aguas. No es dable atribuir a la Nación el dominio de la playa o ribera del río Paraná en el carácter común con que ella posee otras tierras dentro del territorio de la república”*.

Claro está que con este encuadre la Corte expresará que corresponde al *dominus* actuar como tal: *“La propiedad provincial sobre canales navegables y ríos, explícitamente consignada en la Constitución, habilita a las provincias para ejercer sobre las playas de los que atraviesen o limitan sus respectivos territorios, todos los derechos comprendidos en el dominio público, incluso el de transmitir a particulares, en determinadas condiciones las cosas que constituyen la esfera propia de ese dominio, alterando o modificando su destino”*.

Este desarrollo conceptual que atribuye a las Provincias el dominio sobre sus ríos, y consecuentemente la facultad de disponer de ellos

sin perjuicio de las atribuciones nacionales sobre la navegación interprovincial, con posterioridad ha sido reiterado en forma continua por la jurisprudencia de la Corte⁶⁵

Desde este momento quedará definido, a partir del particularismo de los cursos de agua, que las provincias ostentan un dominio originario no delegado constitucionalmente a la Nación. Sin perjuicio de ello, como veremos, la práctica legislativa infraconstitucional generará la necesidad de resguardar dichas propiedades mediante el texto incorporado en 1994 a la Constitución Nacional.

3. El dominio derivado en el derecho patrio

En el concepto que venimos sosteniendo, el dominio originario fue la base de los distintos dominios derivados que se otorgaron o reconocieron a partir del mismo, de modo tal que el Estado como propietario inicial otorgaba los títulos de dominio derivado hacia terceros.

Durante la etapa colonial, vimos la conformación de propiedades sobre tierras, aguas y minerales. Claro está que producida la sucesión estadual de 1810/1816 y el consiguiente *uti possidetis iuris*, las propiedades conformadas continuaron vigentes bajo el mismo sistema de dominio.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Díaz Vélez de Mathon, María c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (1977), 297:326; *entre otros*.

Sin embargo, una progresiva sustitución del derecho indiano o colonial por el patrio fue teniendo lugar, y con ello resulta de interés analizar la suerte de los dominios constituidos bajo este nuevo régimen.

En el mismo nacimiento del derecho patrio el régimen jurídico se hará cargo de la continuidad de las propiedades existentes, definiéndolas como “el derecho de gozar de sus bienes, rentas y productos”⁶⁶.

El dominio originario de las Provincias será entonces reconocido implícitamente por los Códigos Civil (de 1869) y de Minas (de 1886) –dictados por el Congreso Nacional bajo la delegación establecida en el texto del art. 67 inc. 11 de la norma de 1853/60-.

Ambos códigos reconocen la propiedad de las provincias sobre los bienes ubicados en sus territorios, aspecto que no constituye de ninguna manera –como se ha sostenido en ciertas ocasiones⁶⁷- una asignación discrecional de dominio por parte del Congreso dentro de sus atribuciones, sino sólo el reconocimiento de las titularidades originaria.

Confirmando este sistema, el texto reformado de la Constitución Nacional de 1994 expresamente dispone que “Corresponde a

⁶⁶ Estatuto Provisional de 1815, art. 2, cap. I, sec I

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 13 de marzo de 1959, voto mayoritario in re YPF c/Provincia de Mendoza s/Concesión de la mina Cacheuta, Fallos 301:341. Por interesar este antecedente sólo de manera tangencial a nuestro estudio, nos limitaremos a referir que esta doctrina judicial fue luego desechada por la Ley 24145, de Federalización de los Hidrocarburos, sancionada en 1992, observando con RAMÍREZ, Mariano, *Régimen del petróleo*, Ed Rubizal- Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 170, que luego de la reforma constitucional de 1994 aunque la Corte no ha tratado el tema la cuestión ha sido superada por el texto expreso constitucional.

las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

A) La propiedad y los arts. 14 y 17 CN

La Constitución de 1853 reconocerá y garantizará en sus artículos 14 y 17 el derecho de todos los habitantes a tener propiedad, y usar y gozar de la misma conforme las leyes que reglamenten tal ejercicio, declarando inviolable tal derecho de modo tal que sólo es posible su privación por motivo de utilidad pública calificada por ley y previa indemnización.

Cabe aclarar que la señalada propiedad –que como hemos visto no se limita al derecho real de señorío sobre las cosas- ha sido determinada por la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de la Nación como todos los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción⁶⁸.

A partir de allí, el *uti possidetis iuris* de 1810/1816 no sólo importará la adquisición por parte de los nuevos Estados provinciales de las propiedades y dominios que habían sido sucedidas desde el anterior régimen, sino también el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico que estos desarrollan de las propiedades derivadas con anterioridad desde el Estado o la autoridad hacia los particulares.

⁶⁸ BADEN, Gregorio, *Derecho Constitucional. Libertades y garantías*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 317

En este contexto, los derechos otorgados a particulares o individuos sobre las tierras, aguas y minerales u otros recursos se consolidarán en el nuevo régimen de gobierno, constituyendo dichos dominios derivados las clásicas propiedades individuales que tutela y regula –como veremos- el derecho decimonónico.

La propiedad, imbuida de las ideas liberales de la época, se configuró así como un derecho esencialmente individual, aunque posteriormente le fuera adjudicada una función social con la interrupción del constitucionalismo social en la primera mitad del siglo XX.

Sin embargo, y como observaremos en el capítulo III, los dominios o las propiedades desarrolladas durante la colonia no resultaron las únicas protegidas. Estas, resultaron otorgadas en la medida en que no se afectaran los dominios que en las distintas zonas ostentaban los naturales o indígenas, los que compartían una comunidad de bienes o dominio colectivo.

Por ello, debe atenderse que estas disposiciones constitucionales que tradicionalmente son abordadas en torno a la propiedad individual y su protección, realmente no especifican tal alcance restrictivo, centrado en lo individual, sino que pueden ser conceptualizadas de manera más amplia, contemplando dentro de su contenido –en la medida en que sea parte del régimen vigente- formas propietarias supraindividuales.

Con ello, y entendiendo que los bienes y rentas no necesariamente deben ser individuales, creemos que estas prerrogativas alcanzan no sólo a los derechos concedidos a favor de los individuos en el marco del desarrollo histórico realizado, sino también a las propiedades colectivas existentes desde el inicio de la colonización, y que se mantuvieron en manos de los naturales que conformaban los hoy llamados “pueblos originarios”, residentes en el actual territorio nacional.

Estas propiedades, que analizaremos en detalle más adelante, constituyen el dominio indígena colectivo que ha sido abordado recientemente en la reforma Constitucional de 1994 a efectos de su tutela. Sin embargo, la preexistencia de los usos y su reconocimiento en la época colonial obligan a sostener que con anterioridad a 1994 las mismas pudieran haber sido consideradas protegidas en el marco del régimen tutelar de la propiedad.

En este sentido, BIDART CAMPOS al analizar el contenido del derecho de propiedad observa que la reforma de 1994 reconoció a los pueblos indígenas argentinos la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan⁶⁹.

Aún así, ello no quita que la misma Constitución Nacional con anterioridad a 1994 contempló en su artículo 67 inc. 15 un régimen de tensión con la comunidad indígena que habitaba en el suelo nacional, elemento que analizaremos más adelante como una limitación efectiva a la tutela práctica de dichas comunidades y sus dominios en muchos casos.

B) La facultad de reglar la materia minera y civil y los dominios derivados

Junto a la garantía propietaria que otorgaron los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, dicha Carta Magna dispuso la facultad del

⁶⁹ BIDART CAMPOS, Germán, *Compendio de Derecho Constitucional*, Ed Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 128

Congreso de la Nación de dictar los llamados Códigos de fondo, incluyéndose entre los mismos los que hacen al régimen civil y al régimen minero (art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional de 1853/60).

La Constitución, además de regular la facultad del Congreso que referimos, dispuso en su art. 104 que todo poder no delegado expresamente en esa Constitución a las autoridades nacionales era reservado en las provincias. Con ello, los aspectos jurídicos que no hacen al derecho civil o minero –entre los que corresponde considerar los que hacen a los regímenes de derecho público- quedaron reservados en las autoridades provinciales.

Seguidamente, analizaremos los principales aspectos del dominio que regulan cada uno de estos regímenes, tratando de delinear las características y contenidos de los principales derechos derivados existentes en Argentina.

a) El dominio en el Código Civil

El artículo 2506 del Código Civil estipulo que “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. Este derecho es en principios definido como exclusivo –sin perjuicio de que varias personas sean propietarias en común de la cosa- (art. 2508 CC), perpetuo (art. 2510 CC), y absoluto⁷⁰.

⁷⁰ Carácter que ha sido sustancialmente modulado con la Ley 17711 de 1968, la que modificando los arts 2513, 2514, 1071 CC, entre otros, introdujo la noción del uso no abusivo de la propiedad. Con anterioridad, el art. 2513 CC autorizaba al propietario a desnaturalizar, destruir y degradar la propiedad.

Sin embargo, estos caracteres corresponden al dominio llamado pleno o perfecto, el que se presenta cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama en cambio menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera. (art. 2507 CC).

Con ello, observamos que el dominio, como derecho civil, subsiste aún cuando se constituyen sobre su objeto otros derechos reales que lo desmembran, de modo tal que terceros ostentan derechos sobre una cosa ajena, aunque su titular mantiene la nuda propiedad⁷¹.

El dominio se adquiere: 1. Por la apropiación, 2. Por la especificación, 3. Por la accesión, 4. Por la tradición, 5. Por la percepción de los frutos, 6. Por la sucesión en los derechos del propietario, 7. Por la prescripción (2524 CC).

La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas, u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquiera altura avancen sobre ese espacio (art. 2518 CC).

⁷¹ Esta figura civilista, resulta en realidad análoga a la teoría del dominio originario que expresamos en este trabajo, aunque esta última excede el campo civil para abarcar realidades propias del derecho público y político.

La norma otorga al titular dominial el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular (art. 2513 CC), así como la facultad de ejecutar respecto de la cosa todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible; alquilarla o arrendarla, y enajenarla a título oneroso o gratuito, y si es inmueble, gravarla con servidumbres o hipotecas (art. 2515 CC).

La propiedad de una cosa comprende virtualmente la de los objetos que es susceptible de producir, sea espontáneamente, sea con la ayuda del trabajo del hombre; como también de los emolumentos pecuniarios que pueden obtenerse de ella, salvo el caso que un tercero tenga el derecho de gozar de la cosa y la excepción relativa del poseedor de buena fe (art. 2522 CC).

Al considerar las cosas en relación a las personas, la norma establece que las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional; o son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares (art. 2339 CC), comprendiendo entre los bienes públicos a los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua; los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros; los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación; las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias

ordinarias; los lagos navegables y sus lechos; las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares; las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; los documentos oficiales de los poderes del Estado; las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico (art. 2340 CC).

Las personas particulares, por su parte, tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán sujetas a las disposiciones del Código Civil y a las ordenanzas generales o locales (art. 2341 CC).

Son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares: todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño; las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra; los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código; los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título; las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios (art. 2342 CC).

De este modo la norma produce un reconocimiento de propiedad –tanto pública como privada- a los Estados provinciales, según la distribución hecha en la Constitución, lo que nos lleva a los conceptos que hemos referido en torno a los aspectos no delegados –y consiguientemente reservados- por las provincias.

Son bienes municipales los que el Estado o los Estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades (art. 2344 CC).

Las cosas que no fuesen bienes del Estado o de los Estados, de las municipalidades o de las iglesias, son bienes particulares sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas (art. 2347 CC). Se determina así como regla que la propiedad de particulares sobre bienes es residual, en cuanto sólo alcanza a aquellos bienes que no corresponden al Estado; Este régimen dominial, donde la propiedad civil de los bienes sólo residualmente corresponde a particulares cuando el Estado ha otorgado un título, exterioriza claramente la existencia del dominio originario de los Estados provinciales sobre los bienes existentes en su territorio, sobre los que pueden haber otorgado títulos que importen un dominio derivado, que de extinguirse o quedar vacante retorna al propietario inicial.

MACHADO ha observado en este sentido que todo el territorio ha sido enajenado por la Nación o Provincia, sucesores del derecho de dominio que adquirió por conquista la Corona, y por ello vuelve a ese señorío los que han sido abandonados por sus dueños, y ningún particular tiene derecho si no exhibe un título de adquisición⁷².

Son susceptibles de apropiación privada: los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial; los enjambres de abejas, si el propietario de ellos no los reclamare inmediatamente; las piedras, conchas, u otras sustancias que el mar arroja, siempre que no presenten signos de un

⁷² MACHADO, José Olegario, *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, T° VI, Ed. Félix Lajouane, Buenos Aires, 1900, p. 221.

dominio anterior; las plantas y yerbas que vegetan en las costas del mar, y también las que cubrieren las aguas del mar o de los ríos o lagos, guardándose los reglamentos policiales; los tesoros abandonados, monedas, joyas y objetos preciosos que se encuentran sepultados o escondidos, sin que haya indicios o memoria de quien sea su dueño, con las restricciones especiales que el Código impone relativas a esos objetos (art. 2343 CC).

Los puentes y caminos, y cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares en terrenos que les pertenezcan, son del dominio privado de los particulares, aunque los dueños permitan su uso o goce a todos (art 2348 CC).

Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad (art. 2350 CC). Las aguas pluviales pertenecen a los dueños de las heredades donde cayesen, o donde entrasen, y les es libre disponer de ellas, o desviarlas, sin detrimento de los terrenos inferiores (art. 2635). Las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural; aunque cuando constituyen curso de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados (art. 2637 CC).

Si bien estos elementos son sólo un preludeo del régimen extenso del dominio, permiten adoptar una idea básica del mismo en el régimen argentino.

Aún así, algunos de sus aspectos –entendemos- exceden el contenido propio de una regulación –expresión del dominio eminente o jurisdicción estatal- e importan verdaderas disposiciones que constituyen dominios derivados en manos de particulares o del mismo Estado. Los arts. 2340, 2342, 2350, 2635 y 2637, en cuanto atribuyen dominios derivados a

favor de determinados sujetos, no conforman el ejercicio de la facultad regulatoria señalada, constituyendo en realidad actos de disposición que importan el ejercicio del dominio originario del Estado, aspecto que resulta cuestionable –en cuanto es ejercido por el Congreso del Estado nacional- en relación a bienes que corresponden a las provincias.

Observación similar, aunque desde otra perspectiva, puede realizarse con respecto a los artículos 2340 y 2341 CC, entre otros, en cuanto regulan aspectos que son ajenos a la temática civil y propios –en realidad- del derecho público. Con ello, importarían el ejercicio de atribuciones regulatorias no delegadas, y por ende reservadas en las provincias.

b) El dominio en el Código Minero

El Código de Minería estipula que “Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren” (Art. 7), considerándolas inmuebles (art. 12) que “forman una propiedad distinta de la del terreno en que se encuentran; pero se rigen por los mismos principios que la propiedad común, salvo las disposiciones especiales de este Código” (art. 11). Todo ello se condice con la regla establecida en el art. 2342 CC, e implica la aplicación de las reglas propias de los derechos reales sobre inmuebles regulados por el Código Civil.

Si bien el Estado ostenta una propiedad privada sobre las minas, no puede explotar ni disponer de las minas, sino en los casos expresados en la presente ley (art. 9 CM). Por ello, puede conceder a los particulares la facultad de buscar minas, de aprovecharlas y disponer de ellas como dueños, con arreglo a las prescripciones del Código de Minería (art. 8 CM).

De este modo, “Sin perjuicio del dominio originario del Estado reconocido por el Artículo 7, la propiedad particular de las minas se establece por la concesión legal” (Art. 10 CM).

En cualquier caso de caducidad la mina volverá al dominio originario del Estado y será inscrita como vacante, pudiendo luego ser adquirida como tal por particulares mediante la propiedad particular que se concede de acuerdo al artículo 10 referido (art. 219 CM).

Se reconoce así en este sistema normativo que el Estado, en ejercicio de su dominio originario, puede constituir propiedades particulares derivadas mediante la concesión del título correspondiente, las que al extinguirse volverán al dominio originario del Estado.

c) El dominio provincial, los Códigos de Fondo y las legislaciones provinciales

Al analizar el régimen del dominio en los códigos civil y minero, observamos que diversos preceptos calificaban dicha institución como público o privado. Así, los artículos 2340, 2342, 2350, 2635, 2637, entre otros del Código Civil, disponen sobre el destino de bienes y adjudican titularidades.

En efecto, el establecer que ciertas cosas de titularidad originaria provincial corresponde al dominio público o privado es un acto de disposición propio de propietario, como también lo es disponer que las mismas corresponden a un titular distinto a su original *dominus*.

El primero de estos supuestos –establecer que los bienes son públicos o privados-, en cuanto distraer una cosa del dominio originario y

generar un título derivado sobre el mismo importa decidir el destino del bien, y no su régimen.

Recordemos que la atribución delegada a la Nación por las provincias en la carta magna es la de dictar normas de fondo, es decir, reglamentar ciertas materias que hacen al derecho privado, habiéndose reservado en las provincias la regulación de los extremos del derecho público.

Con esta base conceptual debemos distinguir que el ejercicio jurisdiccional que importa tal regulación se limita a fijar reglas generales obligatorias para los que estén en ciertas circunstancias; pero no puede extenderse so pretexto de estar regulando al extremo de disponer de los bienes.

La conformación legal de títulos derivados, sea estableciendo el dominio público o el privado de los bienes, es en realidad un acto de disposición en cuanto decide el destino del bien más que su régimen. Muy distinto sería que se dictara una norma que regulara los bienes privados, y cada titular del dominio originario dispusiera del bien afectándolo al dominio público, o destinándolo a las relaciones privadas, o incluso a otras formas dominiales que han quedado excluidas de la actual regulación civil – como es la propia de las cosas comunes-.

En doctrina, si bien generalizadamente se admite la competencia nacional en esta materia⁷³, con razonables argumentos también

⁷³ MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1939, p. 113.

se niega que corresponda a la nación tal prerrogativa y se atribuye la misma a las provincias⁷⁴.

Quienes postulan que el Congreso Nacional puede establecer los bienes que se corresponden al dominio público o al privado, entienden que establecer la naturaleza de los bienes es una cuestión de fondo, un aspecto reglamentario de la propiedad, y consiguientemente materia civil. CANO, en cambio, entiende que disponer la naturaleza pública de las cosas es algo ajeno a la materia civil y propio del derecho administrativo, entendiendo por ello que el Código Civil se extralimita en su regulación.

Por nuestra parte, además de adherir a la opinión del maestro CANO, creemos que publicar o privatizar las cosas es mucho más que regular las relaciones que se dan en torno de las mismas, es directamente una disposición sobre el destino de la cosa que implica un acto del propietario más que un acto de la autoridad reguladora. Los Códigos de Fondo, cuando establecen el carácter público o privado de las cosas, disponen de ellas.

Cabe aclarar a esta altura que la práctica provincial de establecer qué cosas corresponden en su territorio al dominio público es de vieja data, y se encuentra desarrollada en la totalidad del universo provincial⁷⁵.

⁷⁴ CANO, Guillermo, *La materia impositiva ante el Derecho Público Provincial*, Ed. El Siglo Ilustrado, Mendoza, 1935, p. 87. CANO, Guillermo, *Estudios de Derecho de Aguas*, Ed. Valerio Abeledo, Mendoza, 1943, ps. 72 a 87.

⁷⁵ En este sentido, puede observarse la Ley de Aguas de Mendoza, sancionada en 1884. Este precepto estipula las aguas que corresponden al dominio público o que son susceptibles de dominio privado. Al respecto, en PINTO, Mauricio (Coord.) et al, *Ley de Aguas de 1884. Comentada y concordada*, Irrigación Edita, Mendoza, 2006, p. 35 y ss., analiza este tema y observa la compatibilidad entre los conceptos normados en esta norma y la legislación de fondo.

Con respecto al segundo de estos supuestos -disponer que las cosas corresponden a un titular distinto a su original *dominus* -, esta es una práctica en que ha incurrido la legislación de fondo en algunas ocasiones, como es el caso de los arts. 2350 y 2637 CC.

En estos supuestos, en nuestra creencia aparece con mayor claridad el exceso regulatorio. La norma no determina el régimen, sino que directamente dispone una nueva titularidad completamente extraña a la voluntad del titular originario. Se extrae un bien del patrimonio inicial y se lo adjudica a un tercero que hasta ese momento no guardaba relación dominial alguna.

Si recordamos el desarrollo histórico del dominio que hemos expuesto, las aguas fueron *iura regalia* en la América colonial, siendo otorgado en merced sólo su uso. Los artículos 2350 o 2637 del Código Civil, en este sentido, extraen las aguas del patrimonio provincial hacia el de los titulares de los predios por donde discurren o afloran, según el caso.

Claro está que cierta práctica legislativa nacional puntual, de jerarquía infraconstitucional, entendió viable la posibilidad de “regular” la disposición –más bien disponer un cambio de titularidad- de propiedades de manera ajena a la voluntad de los titulares de las mismas, e incluso –con fundamentos cuestionados en la doctrina de los autores⁷⁶ e incluso en la misma doctrina judicial⁷⁷- se consideró que tales normas estaban amparadas

⁷⁶ DROMI, José Roberto, “Nación y provincias ante el régimen de hidrocarburos”, *Jurisprudencia Argentina*, Revista del 03 de octubre de 1979. CANO, Guillermo, “Hacia una república unitaria”, *La Ley*, Revista del 07 de agosto de 1979. BIDART CAMPOS, Germán, “Las provincias y las minas”, *El Derecho*, Revista del 17 de marzo de 1979.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Voto minoritario de Pedro Frías, in re “YPF c/Prov de Mendoza s/Concesión de la Mina Cacheuta”, Sentencia del 03 de mayo de 1979, Fallos

por el régimen que emana de la Constitución en cuanto a las facultades del Congreso para dictar códigos de fondo⁷⁸. Claro está que esta decisión judicial, que entendemos errada, resultó forzada a partir de exigencias circunstanciales y políticas más que jurídicas⁷⁹.

Sin embargo, hoy en día, a la luz del explícito reconocimiento del dominio originario sobre los recursos naturales en titularidad provincial estos extremos deben ser reconsiderados.

d) El dominio público parcial del río Limay, un caso de dominio derivado nacional

El 9 de marzo de 2004 la Corte Suprema de la Nación emitió un fallo⁸⁰ donde consideró que los terrenos del Parque Nacional Nahuel Huapi y

301:341, donde el sentenciante se refiere al “dominio institucional” provincial como equivalente a lo que hoy señalamos bajo la denominación dominio originario.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “YPF c/Prov de Mendoza s/Concesión de la Mina Cacheuta”, Sentencia del 03 de mayo de 1979, ob cit, entendió en el voto mayoritario que las Leyes 14773 y 17319, en cuanto trasladaban la titularidad del dominio de los hidrocarburos desde las provincias a la Nación eran constitucionales, ya que en su criterio ello sólo implicaba un aspecto del régimen especial de dominio de las minas y por ello el Congreso podía establecerlo en base al art. 67 inc. 11 CN de 1853/60 (considerandos 10 y 11). En sentido coincidente, in re “Provincia de Mendoza contra Estado Nacional”, Sentencia del 02/08/1988, publicada en La Ley, T° 1989-A, p. 447, con nota desaprobatoria de CANO, Guillermo, “De lleno a una República unitaria”.

⁷⁹ RAMÍREZ, Mariano, *Régimen del petróleo*, Ed Rubizal- Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 124

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, expediente A 105 XXXV, “Administración de Parques Nacionales c/Neuquén, provincia del s/sumario”, sentencia del 9 de marzo de 2004.

el río Limay en la parte que discurre por dicho parque son del dominio público del Estado Nacional, descartando las argumentaciones provinciales en cuanto al dominio originario que había esgrimido la Provincia de Neuquén.

El pleito tuvo por antecedente el otorgamiento de permisos de usos de las aguas de dicho río por parte de la autoridad provincial en el sector en el que el Parque Nacional es ribereño. Contra esta actividad – propia de quién ostenta el dominio público del bien cuyo uso especial se otorga- se alzó la Administración de Parques Nacionales, accionando en amparo ante la Corte nacional bajo el argumento de que la Provincia debía cesar tales actos por tratarse dichas aguas del dominio público nacional, y consiguientemente bajo jurisdicción exclusiva en tal sentido de dicha Administración. La Provincia, en su responde, argumentó que el río correspondía al dominio público provincial en virtud del artículo 124 CN, correspondiendo a la Nación sólo competencias sobre navegación del mismo.

La inteligencia de la Corte, para entender que tal sector del río corresponde al dominio nacional, se basa en que los límites del Parque Nacional –creado por la Nación antes de que se constituyera la Provincia de Neuquén⁸¹- llegan hasta la ribera Este del cauce; siendo que el límite interprovincial entre las Provincias de Neuquén y Río Negro es la línea media de tal río conforme fijara la Ley 18.501. De este modo, la extensión del Parque abarca la totalidad del río, hasta la margen rionegrina, y por ello

⁸¹ Resaltamos este aspecto. La Provincia de Neuquén no existía al tiempo de la Constitución Nacional de 1853, sino que –como explicaremos luego- conformaba parte de los territorios desérticos dominados por indígenas que fueron tomados en administración por el Estado Nacional a los efectos de su conquista y futura provincialización.

la totalidad del cauce en esa área pertenece al dominio público nacional, habiendo nacido la Provincia neuquina con dominios y jurisdicciones limitados por la preexistente legislación de Parque Nacionales.

Claro está, que esta excepción al dominio provincial de los ríos es perfectamente comprensible si se entiende realmente la noción de dominio originario y público derivado en el contexto de los antecedentes fácticos e institucionales del caso⁸².

El territorio argentino de 1853 estaba conformado por el área bajo el dominio efectivo de los gobiernos de las catorce Provincias originarias, y una basta superficie en las regiones patagónica y chaqueña que era llamada “desierto” –aunque en realidad más que desierta estaba bajo dominación de la población indígena que no se había sometido al sistema de vida regulado por las normas occidentales-⁸³, y sobre la que las Provincias invocaban los atributos que la Corona española había argumentado sobre la generalidad americana.

No es el objeto del presente análisis la ordenación político-territorial argentina, sin embargo –a los efectos de clarificar el sustento y alcance del fallo referido- debemos recordar que producida la conformación

⁸² Contrariamente, MATHUS ESCORIHUELA, Miguel, “Los conflictos de competencia sobre las aguas en países federales. La situación en Argentina”, en EMBID IRUJO, Antonio (Dir.), *Agua y Territorio*, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 164 entiende que en el fallo referido la Corte desarrolla conceptos inaplicables, ya que: “la Constitución, el Estado Nacional y la misma Corte, han reconocido siempre que los ríos son de dominio Provincial y que no existen aguas de dominio Nacional, salvo, las marítimas sobre las que la Nación ejerce soberanía. En el caso, el dominio de la APN se extiende hasta la línea de ribera en ambas márgenes del curso de agua”.

⁸³ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, T° I, Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 326.

nacional en 1853/60, se encomendó a la autoridad nacional “proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo” (artículo 67 inciso 15 de la Constitución de 1853/60); base sobre la que se desarrollará la llamada “guerra de fronteras internas” para la conquista de territorios dominados por pueblos indígenas. Igualmente, y concordantemente con esa política de consolidación territorial interna, se encargó al Congreso de la Nación: “determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios Nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias” (artículo 67 inc. 14 de la Constitución de 1853/60).

En este contexto, por Ley 28 de 1862 se nacionalizarán esos territorios desérticos, y comenzará una lucha por los mismos, dándose lugar a la conquista por la fuerza del desierto patagónico mediante el accionar del ejército, eliminándose *manu militari* la frontera interior y se organizándose el gobierno de estos territorios nacionales (Ley de Territorios 1532 de 1884)⁸⁴.

Siguiendo el Derecho comparado estadounidense y la consiguiente doctrina y jurisprudencia que se alimentaba a partir de la Ordenanza norteamericana de 1787, la Ley de Territorios 1532 permitirá considerar que esos territorios nacionalizados, si bien de raíz u origen provincial, se encontraban en administración transitoria por el Estado Nacional a los efectos de su futura constitución como nuevas Provincias⁸⁵.

⁸⁴ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, ob. cit., pág. 326.

⁸⁵ Corte Suprema de la Nación, *in re La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos* (1987), Fallos 310:2479, considerandos

En consecuencia, el dominio originario de esos territorios y sus recursos –que luego de la sucesión estadual de 1810/1816 correspondía a las autoridades provinciales- fue administrado por la Nación hasta la constitución de las “nuevas” Provincias que en ellos se irguieron. Y en ese ínterin, bajo la administración nacional, fue creada un área natural protegida, la cual fue afectada al dominio público nacional.

De esta forma, se conformó legítimamente un título dominial derivado, titularizado por el Estado Nacional, el que subsistió al constituirse la Provincia de Neuquén.

Claro está, que no debe confundirse el dominio originario que corresponde a las Provincias –y que en el caso transitoriamente fue administrado por el Estado Nacional- con el dominio derivado que dicho Estado creó mientras administraba el dominio originario.

El dominio originario que en virtud de *uti possidetis iure* de 1810 detentaban los Estados provinciales preexistentes en 1853 sobre la totalidad de los recursos existentes en los territorios que previamente dominaba la Corona española, fue administrado efectivamente por el Estado Nacional entre tanto se desarrollaba la conquista de las llamadas fronteras

33 y ss.; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Los ríos interprovinciales en el sistema federal argentino”, *La Ley*, T° 1989-E, pág. 1239. En relación al caso norteamericano, HAYTON, Robert D., *Régimen legal de los recursos naturales en los Estados Unidos de América*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 23, observa que en esta instancia tales territorios estaban bajo un “pupilaje” del gobierno nacional; la Suprema Corte norteamericana *in re Pollard v. Hagan* (1845), 44 US 212, encuadró a dichos territorios como una suerte de fideicomiso en los que el Estado federal ostenta un dominio eminente a los efectos de un gobierno interino.

interiores, y se provincializaban dichas áreas. Concluido este proceso, el dominio originario fue sucedido a las nuevas Provincias, sin perjuicio de los dominios derivados constituidos hasta ese momento.

El contexto histórico muestra un título derivado como dominio público que permite afirmar la titularidad nacional, sin perjuicio de que el dominio originario exige que en caso de extinguirse (por desafectación) la propiedad nacional, ésta revirtiera a la Provincia titular del mismo conforme el artículo 124 CN.

Esta situación no es más distinta a la que se presenta cuando las Provincias enajenan por venta o cesión un predio para un establecimiento de utilidad nacional afectado al dominio público. Es claro que luego, las Provincias que resultaban titulares en un inicio, no pueden conceder el uso de esos predios que ya no le pertenecen, sin que ello menoscabe el dominio originario que subsiste sobre todo recurso natural.