Luis Ferney
Moreno Castillo
Víctor Rafael
Hernández-Mendible
(Coordinadores)

Derecho de la Energía
En América Latina

Tomo I

Universidad Externado de Colombia
CONTENIDO

Presentación

Luis Perney Moreno Castillo
Victor Rafael Hernández-Mendible

I. CONTEXTO GENERAL DEL SECTOR ENERGÉTICO

El marco regulatorio del desarrollo energético sostenible

Victor Rafael Hernández-Mendible

La Carta Internacional de la Energía: antecedentes, realidades y oportunidades para América Latina

Juan Felipe Neira Castro

El derecho humano de acceso a la energía eléctrica: fundamentos jurídicos y desdoblamientos en el derecho brasileño

Daniel Wunder Hackem
Luzardo Faria

II. MARCO INTERNACIONAL DE LOS HIDROCARBUROS

Tendencias transnacionales en la reglamentación del sector de hidrocarburos. La hibridación del derecho estatal y el derecho transnacional del petróleo

Julián de Cárdenas García

Contratos petroleros en América Latina: una introducción

Sheraldne Pinto Oliveros

Reformas y contrarreformas energéticas: los casos de Venezuela y Brasil

Henry Jiménez Guanipa

Dominio originario y dominio eminent: a propósito del artículo 124 de la Constitución Nacional argentina

Estela B. Sacristán

<table>
<thead>
<tr>
<th>Capítulo</th>
<th>Título</th>
<th>Página</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Presentación</td>
<td></td>
<td>11</td>
</tr>
<tr>
<td>I. CONTEXTO GENERAL DEL SECTOR ENERGÉTICO</td>
<td>El marco regulatorio del desarrollo energético sostenible</td>
<td>21</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>La Carta Internacional de la Energía: antecedentes, realidades y oportunidades para América Latina</td>
<td>73</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>El derecho humano de acceso a la energía eléctrica: fundamentos jurídicos y desdoblamientos en el derecho brasileño</td>
<td>107</td>
</tr>
<tr>
<td>II. MARCO INTERNACIONAL DE LOS HIDROCARBUROS</td>
<td>Tendencias transnacionales en la reglamentación del sector de hidrocarburos. La hibridación del derecho estatal y el derecho transnacional del petróleo</td>
<td>155</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>Contratos petroleros en América Latina: una introducción</td>
<td>199</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>Reformas y contrarreformas energéticas: los casos de Venezuela y Brasil</td>
<td>255</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>Dominio originario y dominio eminent: a propósito del artículo 124 de la Constitución Nacional argentina</td>
<td>315</td>
</tr>
</tbody>
</table>
III. REGULACIÓN DE LA ENERGÍA POR LOS PAÍSES

A. La regulación del sector energético en Argentina

La regulación del sector eléctrico en Argentina
*Julio C. Durand*

La regulación de la industria eléctrica en la República Argentina
*Roberto Pablo Sobre Casas*

La regulación de las energías renovables en Argentina
*Ezequiel Cassagne*

A propósito de las energías renovables: la bioenergía en la República Argentina
*Martín Galli Basualdo*

Régimen jurídico del petróleo en Argentina
*Ignacio M. de la Riva*

Breve panorama de la regulación del transporte y la distribución de gas natural en la República Argentina
*Pablo E. Perrino, Ana Patricia Guglielminetti*

B. La regulación del sector energético en Brasil

Regulación del sector eléctrico brasileño
*André Saddy*

El marco regulatorio del petróleo y el gas en Brasil
*Floriano de Azevedo Marques Neto, Marina Fontão Zago*

Petróleo y soberanía energética en Brasil
*Gilberto Bercovici*

El régimen jurídico de...
*Vitor Rhein Schira*

C. La regulación del petróleo y gas en Brasil

Los modelos de regulación y en particular el rol de la empresa
*Luis Fernex Moreiras*

Regulación petrolera en Brasil: la experiencia y la adaptación a la realidad
*Margarita Teresa Lino*

La regulación de los hidrocarburos
*Juanita Hernández*

D. El mercado del petróleo y gas en Brasil

Derecho eléctrico en Brasil
*Alejandro Vergara*

Marco regulatorio de la transmisión de energía eléctrica
*Juan Francisco Neves*

E. La regulación de los recursos hidrocarburíferos en Brasil

El régimen regulatorio del petróleo y gas en Brasil
*Pablo Morales*

La regulación de la actividad petrolera
*Leonardo Sempé*

<table>
<thead>
<tr>
<th>País</th>
<th>Página</th>
<th>Título</th>
<th>Autor</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Argentina</td>
<td>343</td>
<td>El régimen jurídico de la industria del gas natural en Brasil</td>
<td>Vitor Rhein Schirato</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td></td>
<td>C. La regulación del sector energético en Colombia</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>391</td>
<td>Los modelos de regulación de electricidad en América Latina</td>
<td>Luis Ferney Moreno Castillo</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>431</td>
<td>Regulación petrolera en Colombia: entre la seguridad jurídica y la adaptación a las coyunturas del sector</td>
<td>Margarita Teresa Nieves Zárate</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>465</td>
<td>La regulación de los hidrocarburos gaseosos (gas)</td>
<td>Juanita Hernández Vidal</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>485</td>
<td>D. La regulación del sector energético en Chile</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>527</td>
<td>Derecho eléctrico en Chile: bases fundamentales</td>
<td>Alejandro Vergara Blanco</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td></td>
<td>Marco regulatorio de los hidrocarburos en Chile</td>
<td>Juan Francisco Mackenna</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>573</td>
<td>E. La regulación del sector energético en Ecuador</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>603</td>
<td>El régimen regulatorio económico del sector eléctrico ecuatoriano</td>
<td>Pablo Morales</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>629</td>
<td>La regulación de la actividad energética en Ecuador</td>
<td>Leonardo Sempéregui Vallejo</td>
</tr>
</tbody>
</table>
ESTELA B. SACRISTÁN

Dominio originario y dominio eminente: a propósito del artículo 124 de la Constitución Nacional argentina
Desde la atalaya de la seguridad jurídica, nadie dudaría de que “las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a ver o a predecir lo que harán los jueces”. Cuando esas reglas están contenidas en la norma de máxima jerarquía —la Constitución Nacional— son más importantes aún. Al mismo tiempo, el derecho sistematizado en forma de reglas generales —cláusulas constitucionales, leyes formales— es fruto de acuerdos políticos, en los que la precisión o acotamiento del margen de acción del operador no se tiene en mira en forma inmediata. La textura del lenguaje de una constitución suele ser, además, necesariamente abierta para el fortalecimiento de su vocación de perdurabilidad en el tiempo; una constitución demasiado detallista estaría destinada a una enmienda siempre necesaria. Entre tanto, el intérprete tiene que poder hallar significado, sentido y referencia en las palabras de la regla general, para aplicarla a casos concretos, incluso casos constitucionales y casos difíciles.

¿Qué puede verse o predecirse a partir de la redacción del artículo 124 de la Constitución Nacional (CN) de la República Argentina? Este artículo, incorporado en ocasión de la reforma constitucional de 1994, establece —en lo pertinente— que “[c]orresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

Ahora, ¿qué puede entenderse por un dominio calificado como “originario”? ¿Será lo mismo que lo que conocemos como “dominio eminentemente”? ¿Con qué opciones epistemológicas se contaba?

Los párrafos que siguen encaran esas preguntas. En rigor, se trata de aproximarse al contenido de la opción adoptada por el constituyente argentino de 1994, que adjetivó el término “dominio” en la forma indicada. A tal fin, en los párrafos que siguen se repasa lo relativo a quién puede tener el dominio de los recursos naturales (secc. I y II), y, en el marco resultante, se indaga en el significado de las expresiones “dominio originario” y “dominio eminentemente” (secc. III), para finalmente proponer algunas conclusiones posibles sobre el significado del citado artículo 124 y su referencia al “dominio originario”.

Cabe aclarar que, como ya lo decía en sus tiempos Grotio, dominio no es jurisdicción. En Argentina existe un sistema de asignación de la misma, a

---

la luz de la letra de la Constitución Nacional. Las reflexiones que siguen se refieren a la cuestión del mandato dominio, excluyendo consideraciones del orden de la jurisdicción.

I. ¿DOMINIO PRIVADO O ESTATAL?

En un plano general, subjetivo, los derechos de propiedad pueden ser ejercidos por una persona privada o por una persona estatal 1.

Ahora bien, en materia de recursos naturales se ha destacado la insuficiencia de la clasificación clásica de derecho romano que diferencia respecto de aquéllos: (i) propiedad estatal o estatal; (ii) propiedad privada, tal que lo que no la integra es (iii) red communis o propiedad privada del grupo; que puede degenerar en (iv) acceso abierto o res nullius o no-propiedad, pasible de captura 2.

Se ha propiciado, en cambio, desde la óptica del mercado, la clasificación entre (i) bienes privados (con poder de exclusión, definición completa de derechos y deberes, y transferibilidad); (ii) bienes públicos (inapropiables o de difícil apropiación); (iii) bienes comunes (pasibles de captura antes de que migren) 3. Ello sin perjuicio de otras clasificaciones posibles 4.

En Estados Unidos existen recursos naturales que son públicos, de propiedad del estado federal (un parque nacional) o de toda la población (el aire); el dominio privado de los minerales es el que surge de la legislación estatal, y hay al menos tres regímenes federales que gobiernan la propiedad de aquellos en tierras federales; existen bosques en tierras privadas y en tierras federales; el agua no se halla sujeta a la de la misma, y predomina el agua primordialmente privada 5.

Regulaciones estatales son.

A modo de ejemplo, la en una parcela pueden ser en estado o Estado federal, y si el suelo contrata con el dueño en cierto término, pagando parte más del 60% de las acciones, en oferta pública de sus acciones 6.

La Constitución de 1853/1867 de los Estados Unidos de América 7.

---


2 La Glynn, John, Energy and Natural Resources Law, West, St. Paul, 1992, pp. 3-5.

Las reflexiones que siguen se hallan consideradas del arte privado o estatal?

Las reflexiones que siguen se hallan consideradas del arte privado o estatal?

La propiedad pueden ser ejercidos al 1.

8. Se ha destacado la insuficiencia de la propiedad en el 9.

9. Se ha destacado la insuficiencia de la propiedad en el 9.

derecho respecto de aquel con la clasificación, ver Bromley, 10.

10. Se ha destacado la insuficiencia de la propiedad en el 9.


11. Se ha destacado la insuficiencia de la propiedad en el 9.

12. Se ha destacado la insuficiencia de la propiedad en el 9.

13. Se ha destacado la insuficiencia de la propiedad en el 9.

La Constitución de 1853/1860 nada previó sobre el dominio de los recursos naturales 14.


10. P. ej., Oil and Gas Leases, 58 Pennsylvania Statutes, § 33.


14. Pero Alberdi supo explotarse acerca de diversos recursos naturales; distinguió entre tierras públicas y privadas; y rechazó la idea de una industria pública por absurda y falsa en su base.
El Código Civil de 1871 consagró el derecho real de dominio, y estableció que con la expropiación se pierde la propiedad. En 1886, el Código de Minería fijó la naturaleza de bienes (estatales) privados de las minas, la regla general de que el Estado no podía explotarlas, e instituyó la concesión legal como medio de adquisición de la propiedad de la mina por parte de los particulares.

La Constitución de 1949, que rige hasta 1956, estableció que “[l]os minerales, las cajas 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”.

La Ley de Hidrocarburos de 1967 estableció que pertenecen al patrimonio nacional o provincial los hidrocarburos, reservándose el Estado nacional áreas, pero permitió el otorgamiento de permisos y concesiones, asegurando los derechos de propiedad.

Con la reforma constitucional, los hidrocarburos existentes en la Zona Continental son propiedades de los estados, dando lugar a la formación de concesiones petroleras.

A modo de ejemplo, la empresa YPF S.A. exploró, explotó y permitió el otorgamiento de concesiones a favor de las provincias, lo que enriqueció a los mismos, pero en el lado opuesto, la empresa, a pesar de que los hidrocarburos son propiedad del Estado, no puede ofrecer los hidrocarburos a los particulares a esos países sin la autorización del Estado.

II. DEL ESTADO

Veamos ahora cómo es que un estado puede explotar los hidrocarburos de los estados provinciales.

A. ANTES DE LA RIFORMA

Ya vimos que la Constitución Nacional estableció que el Código de Minería fijó la naturaleza de bienes privados de las minas, la regla general de que el Estado no podía explotarlas, e instituyó la concesión legal como medio de adquisición de la propiedad de la mina por parte de los particulares. En 1949, la Constitución de 1949, que rige hasta 1956, estableció que “[l]os minerales, las cajas 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”.

La Ley de Hidrocarburos de 1967 estableció que pertenecen al patrimonio nacional o provincial los hidrocarburos, reservándose el Estado nacional áreas, pero permitió el otorgamiento de permisos y concesiones, asegurando los derechos de propiedad.

Con la reforma constitucional, los hidrocarburos existentes en la Zona Continental son propiedades de los estados, dando lugar a la formación de concesiones petroleras.

A modo de ejemplo, la empresa YPF S.A. exploró, explotó y permitió el otorgamiento de concesiones a favor de las provincias, lo que enriqueció a los mismos, pero en el lado opuesto, la empresa, a pesar de que los hidrocarburos son propiedad del Estado, no puede ofrecer los hidrocarburos a los particulares a esos países sin la autorización del Estado.
real de dominio, y estableció que en 1886, el Código de Minería de las minas, la regla general era la concesión legal como por parte de los particulares. estableció que “[l]os recursos naturales existentes en el territorio de las provincias corresponde a estas.

A modo de ejemplo, la Ley de Pesca de 1998 establece el dominio de los recursos que regulan, colocándolos en cabeza del estado nacional o provincial, permitiendo el otorgamiento de permisos y autorizaciones y fijando las condiciones para la captura. Por su parte, la Ley Corta de 2007, al consagrar, a favor de las provincias, el pleno ejercicio del dominio originario y la administración sobre sus yacimientos de hidrocarburos, transfiere de pleno derecho, entre otros, todos los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos. Pero en 2012, el 51% de las acciones de YPF S.A. y de Repsol YPF S.A. –compañías petroleras privadas– fue expropiado por el Estado nacional por Ley 26.741.

II. ¿DEL ESTADO NACIONAL O DEL ESTADO PROVINCIAL?

Veamos ahora cómo es que quedan todos los recursos naturales en el dominio de los estados provinciales.

A. ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Ya vimos que la Constitución de 1853/1860 nada previó al respecto, y que el Código de Minería fijó la naturaleza de bienes privados, de la Nación o de la

25 L. 17.319, art. 6: “Los permissionarios y concesionarios tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan...

26 L. 24.922, art. 3: “Son del dominio de las provincias con litoral marítimo […] los recursos vivos que poblen las aguas interiores y mar territorial argentino adyacente a sus costas, hasta las doce millas marinas…”, art. 4: “Son de dominio […] de la Nación, los recursos vivos marinos existentes en las aguas de la Zona Económica Exclusiva argentina y en la plataforma continental argentina a partir de las doce millas indicadas...”.

27 L. 24.922, art. 23: “Para el ejercicio de la actividad pesquera, deberá contarse con la habilitación […] mediante […]: (a) Permiso de pesca […] (b) Permiso de pesca de gran altura: […] (c) Permiso temporal de pesca: […] (d) autorización de pesca: ...”.

28 L. 24.922, art. 7 y conc.

29 L. 26.197, art. 2: “[L]as provincias asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario […] sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontren en sus respectivos territorios y en el lecho y subsuelo del mar territorial del que fueran ribereñas...”.
provincia, de las minas\textsuperscript{30}, concesibles\textsuperscript{31}. Mientras rigió, la Constitución de 1949 nacionalizó una serie de recursos naturales. La Ley de Hidrocarburos de 1967 estableció que los hidrocarburos pertenecen al patrimonio nacional o provincial\textsuperscript{32}, y reservó áreas a favor del Estado nacional. En 1992, por Ley 24.145, se transfirió "el dominio público de los yacimientos de hidrocarburos del Estado Nacional a las Provincias en cuyos territorios se encuentren, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de 12 millas marinas medidas desde las líneas de base reconocidas por la legislación vigente\textsuperscript{33}.

Recordemos, asimismo, que "las provincias comenzaron a reivindicar los recursos naturales como propios de su dominio y consagraron ese principio en las constituciones que comenzaron a reformarse a partir de 1986\textsuperscript{34}.

\section*{B. Luego de la reforma constitucional de 1994}

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

\section*{III. El concepto de dominio originario}

\subsection*{A. Antes de 1994}

La categoría "dominio originario" puede ser rastreada antes de 1994 en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

\textsuperscript{30} Art. 7: "Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren".

\textsuperscript{31} Art. 10, que regula sobre otorgamiento, por concesión, de "la propiedad particular de las minas".

\textsuperscript{32} L. 17.319, art. 1: "Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren".

\textsuperscript{33} Art. 1.

\textsuperscript{34} GELLI, MARÍA ÁNGELICA, Constitución de la Nación Argentina, 4.\textsuperscript{a} ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 613.

\textsuperscript{35} Arts. 10 ("Sin perjuicio del dominio originario de propiedad particular de las minas privados de la Nación o de la cual cualquier caso de caducidad, como vacante...") y 326 ("El dominio originario de la mina").

\textsuperscript{36} Ver art. 10, transciptado en nota 35.

\textsuperscript{37} Art. 27, disponible en: \url{http://18/8/2014}.

\textsuperscript{38} Art. 136, disponible en: \url{http://18/8/2014}.


s rigió, la Constitución de La Ley de Hidrocarburos en al patrimonio nacional nacional. En 1992, por Ley de hidrocarburos que se encuentren, incluyendo hasta una distancia de 12 conocidas por la legislación comenzaron a reivindicar los y consagraron ese principio se a partir de 198634.

**TITUCIONAL DE 1994**

grá, sin excepción, la regla o originario de los recursos odo, queda en cabeza de las originario, sobre esos recursos.

**DOMINIO ORIGINARIO**

A. ANTES DE 1994

stricted antes de 1994 en la

las Provincias, según el territorio en

a propiedad particular de las minas. y gaseosos situados en el territorio pertenecen al patrimonio inalienable vinculares, según el ámbito territorial

*minera, 4.ª ed., La Ley, Buenos Aires,*

Ya vimos que, desde 1886, el Código de Minería argentino distinguió “dominio originario” del Estado nacional o provincial sobre las minas35 y “propiedad particular adquirida por concesión”36.

Además, antes de 1994, la Constitución de México establecía que “[l]a propiedad de las terrenas y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”37; y antes de 1994, la Constitución de Bolivia prescribía que “[s]on de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les dé esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. La ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares”38.

La jurisprudencia, antes de 1994, también aplicaba el concepto39.

La doctrina indica que la previsión del actual artículo 124, al reconocer el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en su territorio “estaba implícita en el anterior art. 104 (actual art. 121) que reservaba a las provincias los poderes no delegados en el gobierno federal”40.

35 Arts. 10 (“Sin perjuicio del dominio originario del Estado reconocido por el Artículo 7, la propiedad particular de las minas se establece por la concesión legal”), 7 (“Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”), 219 (“En cualquier caso de caducidad la mina volverá al dominio originario del Estado y será inscrita como vacante…”) y 326 (“La prescripción no se opera contra el Estado propietario originario de la mina”).

36 Ver art. 10, transcrita en nota 26.


Por ello, no podía parecer tan inesperada la introducción de la categoría “dominio originario” en el articulado de la Constitución argentina en 1994. Ahora, ¿por qué incorporar la expresión dominio “originario” y no la de dominio “eminentes”?  

B. LA OPCIÓN DEL “DOMINIO EMINENTE”

Acuñado el término en la obra de Grotio41, en Argentina ya desde fines del siglo XIX había leyes que consagraban el instituto de referencia42. La jurisprudencia reconocía el dominio eminente43, el dominio eminente originario44, el dominio eminente efectivo45 y el dominio eminente actual46.

Además, la célebre nota del artículo 2507 del Código Civil sancionado en 1869 lo distinguía, como derecho superior:

Muchos autores dividen la propiedad, en propiedad soberana del Estado y en propiedad del derecho civil, en otros términos, en dominio eminente y dominio civil. La Nación tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama el Estado, tiene, respecto a los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de...

42 P. ej., L. 3:267, de 1892, aprobaron un protocolo sobre adquisición en uno y otro país de un inmueble para las respectivas legaciones. P. ej., L. 18:310 (60 25/8/1969) (art. 1: “La jurisdicción ejercida por la Nación sobre las tierras adquiridas en las provincias sólo es exclusiva en los casos de cesión dentro de los procedimientos constitucionales que producen la nulidad de territorio con pérdida del dominio eminente...”).

47 Ver nota al art. 2507, transcripción.
la introducción de la categoría constitucional en Argentina en 1994, nio "originario" y no la de dom-

"DOMINIO EMINENTE"

la Argentina ya desde fines del ito de referencia 12. La jurispru-
minio eminente originario 16, el niente actual 16 del Código Civil sancionado en

propiedad soberana del Estado y en s, en dominio eminente y dominio
entar las condiciones y las cargas
ativo que se llama el Estado, tiene
un poder, un derecho superior de

Peace], libro 1, cap. 3, VI.2 (derecho del
dad pública), disponible en: http://www.
ceso, 26/8/2014).

La adquisición en uno y otro país de un
310 (80 25/8/1969) (art. 1: "La jurisdic-
s en las provincias sólo es exclusiva en los
ionales que producen la desmembración

Aires, Fallos: 304: 251 (1982); De Bassi de
5 (1978); Provincia de Misiones c/ Héctor
Buenos Aires c/ S.A. Empresas Eléctricas
Palabria, Antonio y otro, Fallos: 200: 216
de, Fallos: 180: 48 (1938); Casado, Pedro
tre, Ángel c/ Gobierno Nacional, Fallos:
a, Fallos: 104: 247 (1966); entre otros.


Aigorético Swift de la Plata, Fallos: 182: 157

Ustamán, Fallos: 148: 241 (1927); en Garro,
149: 157 (1927).

legislación, de jurisdicción y de contribución, que aplicado a los inmuebles, no
es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho del
Estado, que no es un verdadero derecho de la propiedad o dominio, corresponde
sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones ne-
cesarias al interés general, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia,
o al mayor bien del Estado.

Metodológicamente, el dominio eminente es un derecho: un "derecho superior de
legislación, jurisdicción y contribución" del Estado, según el codificador 47,
derecho que no es identificable con el derecho de propiedad 48 o dominio, y
mucho menos con el dominio público 49. También es uno de los fundamentos posibles de la expropiación 50.

Entonces, podemos preguntarnos acerca de las relaciones entre el concepto
de dominio originario y el de dominio eminente.

Ello, en especial, considerando que distinguida doctrina ha avizorado la posibilidad de que, después de la reforma de 1994, al vaciarse al dominio originario (de una provincia) de la jurisdicción, y "si bien no es dable suponer legalmente la existencia de dos dominios sobre una misma cosa, parecería que la Provincia tiene el dominio originario y la Nación el eminente" 51; y ha aseverado otra que "el rango ya constitucional y no meramente legal del dominio eminente de los recursos por parte de las provincias, impide al gobierno federal arrogarse el dominio de recursos en jurisdicción provincial" 52. Veamos.

47 Ver nota al art. 2507, transcrita en III.b, supra.
49 ZANNONI (dir.), Código Civil, cit., t. 10, p. 602.
51 CABRAL, "¿Quién ejerce...?", cit., p. 4.
C. ORIGEN EN EL DERECHO COMPARADO.
INTRODUCCION EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO

El dominio eminentes es un instituto rastreable en el derecho romano, basado en el dominio territorial directo del Estado53 o ius eminens, equivalente al imperium estatal o supremacía de la autoridad pública (en contraposición al dominium de los ciudadanos), cuando no había nitidez en la distinción derecho público-derecho privado, que floreció en la Edad Media, y se incorporó a ciertos ordenamientos, como el anglo-norteamericano, para erigirse en uno de los fundamentos de la expropiación por causa de utilidad pública54.

Se ha sostenido que la facultad de dominio eminentes estadounidense es más restringida que la de la Constitución argentina55: por ejemplo, no alcanzaría a propiedad no inmobiliaria. De allí su insuficiencia.

Es considerado un fundamento repudiable, inaceptable, absolutista56, arbitrario57, a partir de la letra de la exposición del mismo de la pluma de Mayer58. Pero Cooley define al dominio eminentes como “la autoridad legal que existe en toda soberanía para controlar y reglamentar aquellos derechos de carácter público que pertenecen a sus ciudadanos en común, y para expropiar y controlar la propiedad individual para beneficio público, a medida de que la seguridad, las necesidades, las conveniencias o el bienestar público lo requieran”59. Como tal, asiste al Estado federal y a cada uno de los estados por ser independientes60. Y ha servido para la construcción de la doctrina de los takings de fuente reglamentaria por excesos en las regulaciones.

El ingreso a Argentina se dio doble: en el derecho positivo, por la Corte Suprema de Justicia, por la obra de Mayer61, y la obra de Ferreyra62, habiendo la obra de Ferreyra62, habiendo

Se lo ve consagrado en el derecho de propiedades no personales.

---

53 Como ya lo indicaba Mommsen, ob. y loc. cit.
54 Ibíd., n. 51.
56 Ibid., n. 36.
60 Ampliar en Thomas (ed.), The Constitution, cit., pp. 1557-1558 y 1561. En Estados Unidos no se distingue soberanía y autonomía, con lo que el término “independiente” implica una u otra.

61 Me permito remitir a Sl бесплатное доступ
62 Ver, empero, Iregui, José, (comp.), Derecho constitucional, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 67-90, y las obras de Borda, op. cit.
63 Ver, empero, Iregui, José, (comp.), Derecho constitucional, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 67-90, y las obras de Borda, op. cit.
64 Mayer, Otto, Le droit administratif généraliste, ts. 2, 4 y 5 (París, 1903) cit.
65 Ferreyra, Ramón, Derecho, cit., p. 276.
ECHO COMPARADO. DIENTO ARGENTINO

1 derecho romano, base de los eminens, equivalente al eminente estadounidense es por ejemplo, no alcanzar.

aceptable, absolutista, el mismo de la pluma de como "la autoridad legal menear aquellos derechos en común, y para expropiación pública, a medida de que el bienestar público lo requiera uno de los estados

Acción de la doctrina de los takings de fuente regulatoria que permite que al particular se lo indenmice por excesos en las regulaciones.

El ingreso a Argentina de la doctrina del dominio eminente puede haber sido doble: en el derecho constitucional, mediante la obra de Cooley, de consulta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en el derecho administrativo, por la obra de Mayer (traducida incluso al español), y antes también por la obra de Ferreyra, habiendo sido, como doctrina, pasible de objeciones.

Se lo ve consagrado en la Constitución de Honduras de 1924: "El derecho de propiedad no perjudicará el dominio eminente del Estado dentro de


64 MAYER, OTTO, Le droit administratif allemand, V. Giard e F. Brière, Paris, 1903-1906, t. 1 (Partie générale), t. 2, 4 y 5 (Partie spéciale).

65 FERREYRA, RAMÓN, Derecho administrativo general y argentino, Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1866, p. 276.

66 Ibíd., n. 56.
sus límites territoriales, ni podrá sobreponerse a los derechos que tengan las instituciones nacionales o las obras de carácter nacional\textsuperscript{67}, y en la de 1982: “El derecho de la propiedad no perjudica el dominio eminentemente del Estado”\textsuperscript{68}. En 1873, la redacción con mención del dominio eminentemente, en la Constitución de la provincia de Buenos Aires, no prosperó\textsuperscript{69}.

D. EN LOS DEBATES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE 1994

El Constituyente de 1994 se refirió al dominio eminentemente en tres ocasiones: al sesionar el 10 y 11 de agosto de 1994, en dos oportunidades; y el 18 de agosto de 1994\textsuperscript{70}. La doctrina ha afirmado que el debate, en la Convención Constituyente, fue “tan confuso y desordenado como contradictorio”\textsuperscript{71}.

El 10 y 11 de agosto de 1994, el convencional por Mendoza, Díaz Araujo, pareció diferenciar “dominio eminentemente de la Provincia” y “dominio originario de la Provincia o de la Nación sobre bienes concesibles”; empero, identificó “dominio originario” de la provincia con “dominio eminentemente” de la misma\textsuperscript{72}:

\[L\]o que corresponde en relación con el dominio de las Provincias […] es el dominio eminentemente, que es aquel que tienen las Provincias respecto de los elementos que se encuentran dentro de su territorio. Por ello […] habíamos hecho la distinción de las cosas que pertenecen al territorio de la Provincia y lo que es el dominio originario. Este […] es aquel que se tiene sobre los recursos que la Provincia o la Nación concede para su explotación por un tiempo determinado o, en el caso de las minas, hasta su agotamiento[,] pero el Estado mantiene una tutela que permite recuperar su dominio si el concesionario no cumple con sus obligaciones.

La identificación de la Provincia de Buenos Aires con la Provincia de Río de la Plata, en el mar territorial, fue de una noción eminentemente del Río de la Plata como una Provincia, como legítima identificación de un dominio eminentemente de la Provincia.

Finalmente, el 18 de agosto de 1994, se refirió a la diferenciación de derecho internacional con derecho nacional.

Existen pruebas fehacientes de que el Río de la Plata era una Provincia, como legítima identificación de un dominio eminentemente de un territorio nacional.

Como no puede haber dominio eminentemente sobre un territorio nacional—sobre un territorio que ha sido transcrito—la transcripción deviene autorizada, la sola transcripción, la identificación de lo que es eminentemente (provincial).

Las constitucionales proponían transcripciones, las cuales la propiedad nacional, legítimamente natural\textsuperscript{74}; “dominio eminentemente” de la Provincia.

---

67 Art. 67.
68 Art. 104.
69 LeGón, Tratado, cit., pp. 96-97.
72 Destacado de la autora.
73 Destacado de la autora.
74 Constitución de 1994, Por ejemplo, en el dominio eminentemente sobre el ambiente el territorio.
75 Constitución de 1998, Por ejemplo, en el dominio originario de los recursos naturales.
76 Constitución de 1988, Por ejemplo, en el dominio originario de los recursos naturales.
77 Constitución de 2007, Por ejemplo, en el dominio originario de los recursos naturales.
78 Constitución de 2008, Por ejemplo, en el territorio provincial constituyente.
La identificación es clara, sin matices, en la inserción n.° 15, efectuada en esa misma fecha a pedido del convencional Quiroga Lavié:

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

Finalmente, el 18 de agosto, al referirse a las Islas Malvinas, ya en el plano del derecho internacional público, el constituyente dijo:

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

Como no puede haber dos dominios —uno originario provincial y otro originario nacional— sobre una misma cosa, la diferenciación expresada en la primera transcripción deviene insustancial. Y se advierte, en las dos primeras transcripciones, la identificación entre dominio originario (provincial) y dominio eminente (provincial).

E. LAS CONSTITUCIONALES PROVINCIALES

Las constitucionales provinciales evidencian la adopción de diversas fórmulas, por las cuales la provincia tiene: “dominio eminente” sobre sus recursos naturales, “dominio originario” sobre ellos, “dominio eminente y orig-
nario” sobre ellos.76 “La plenitud del dominio imprescriptible e inalienable” o “dominio exclusivo, inalienable e imprescriptible” o “dominio inalienable e imprescriptible” sobre todos o ciertos recursos naturales77; “dominio” o “dominio público” sobre todos los bienes con excepciones, o sobre todos o ciertos recursos naturales78.

Con posterioridad a la Constitución, diversas leyes: 24.749, 2001; 25.755, de 2003... También sancionó el dominio de las provincias y adjetivarle.

Cassagnes enseña que “dominio eminentemente... recursos naturales cuya titularidad... que la persona jurídica... dominio originario sobre... y circunscripto al mar... De la Riva entiende que el Estado sobre los bienes de la soberanía que ejerce de un modo más que un auténtico dominio genérico y no circunscripto al mar...

79 CASSAGNE, “El art. 124”.
80 CASSAGNE, “El art. 124”.
81 DE LA RIVA, Ignacio N., “La Provincia federal: un auténtico rol... y circunscripto al mar...
scriptible e inalienable" o "dominio inalienable natural", "dominio" o "posesiones, o sobre todos o

la, en el ejercicio de la soberanía minera y fuentes naturales de excepción de los vegetales", agencia tiene el dominio originario y

la tiene la plenitud del dominio, agencia tiene la plenitud del dominio, sin excluir hidrocarburos del territorio". agencia tiene la plenitud del dominio, sin excluir hidrocarburos eléctrica, solar, geotérmica o
territorio". agencia tiene la plenitud del dominio, sin excluir hidrocarburos eléctrica, solar, geotérmica, o de cual-

...[...]. "Son del dominio exclusivo, recursos naturales...". la Ciudad tiene el dominio ina-

provincia ejercerá la plenitud del

los bienes cualesquiera sea su dominio de éste, con excepción de las personas de derecho público o

vindican los derechos de dominio de periodo por [...], y, en particular, isma...".

F. LEGISLACIÓN POSTERIOR


También sancionó la Ley 26.438, de 2008, que refiere al dominio originario de las provincias; y la Ley 26.446, de 2006, que refiere al dominio, sin adjetivárselo.

G. LA DOCTRINA

Cassagne enseña que "dominio originario" es asimilable a la poestad de "dominio eminente"79, pero señala que el dominio originario de los recursos naturales cuya titularidad es de las provincias bajo el artículo 124 "no implica [...] que la persona jurídica Estado nacional no pueda ser titular también del dominio originario sobre los recursos naturales, aunque de modo excepcional y circunscripto al marco constitucional o internacional"80.

De la Riva entiende que "el reconocimiento del dominio originario sobre los recursos naturales excede [...] los alcances del dominio eminente que ostenta el Estado sobre los bienes de sus súbditos (y sobre los propios) en virtud de la soberanía que ejerce dentro de su territorio, puesto que el dominio eminente, más que un auténtico dominio, consiste en un poder de imperium de carácter genérico y no circunscripto a ciertos bienes en particular"81.

79 CASSAGNE, "El art. 124", cit., esp. p. 125: "En resumidas cuentas, el dominio originario sobre los recursos naturales configura un concepto autónomo, cuya titularidad pertenece, en principio, a las Provincias y, excepcionalmente, a la Nación. Tal figura se asimila a la potestad que es propia del dominio eminente". En similar senda interpretativa, PARRI, ADOLFO T., "Las Provincias tienen el dominio eminente sobre las riberas del mar y de los ríos navegables" (nota a fallo de la CC 1.ª de La Plata, de junio 25 de 1926 en la causa Municipalidad de la Ciudad de La Plata v. Freguizto Armour), en Jurisprudencia Argentina, año 1926, t. 20, p. 1956.


Iribarren considera que “el último párrafo del art. 124 C.N. no hace ni más ni menos que dar rango constitucional al dominio eminente que cada provincia posee respecto de sus recursos naturales […]. [E]l rango ya constitucional y no meramente legal del dominio eminente de los recursos por parte de las provincias, impide al gobierno federal arrogarse el dominio de recursos en jurisdicción provincial”\(^{82}\). En la misma línea interpretativa se ubican, además del convencional constituyente\(^{83}\), otros autores\(^{84}\).

Se deducen, así, sobre dominio originario y eminente, tres interpretaciones: una línea de asimilación con matices; una interpretación excluyente, y una de franca asimilación.

**CONCLUSIONES**

En el restringido campo del dominio de los recursos originarios cabe esbozar las siguientes conclusiones.

En materia de dominio privado o estatal de los recursos naturales, si bien la Constitución de 1853/1860 nada previó, el desarrollo legislativo y constitucional ha culminado con la reforma constitucional de 1994, por la cual el dominio (originario) de los recursos naturales existentes en el territorio de las provincias corresponde a estas, con lo que se opta por un dominio (originario) estatal provincial (sec. I). A su vez, antes de esa reforma constitucional, las oscilaciones entre dominio nacional o provincial de recursos naturales recibieron definición congresional en la ley de 1992. Y con la mentada reforma constitucional de 1994 se consagra la regla de que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Se opta así por un dominio (estatal) provincial (sec. II).

\(^{82}\) IBIRBARRREN, “Acera del dominio originario”, cit., esp. p. 35.

\(^{83}\) Ver III.d), supra.

Ante la consagración constitucional del dominio originario (provincial), y la preexistencia de un concepto de dominio eminente, cabe entender que diversos extremos repasados propician la equiparación entre una y otra expresión, lo cual es relevante para interpretar el artículo 124 CO (secc. III).

El significado del concepto de dominio originario, antes de 1994, estaba restringido al Código de Minería. Hay constituciones, como la de México o la de Bolivia, que antes de 1994 asignaban el dominio originario de recursos naturales, con lo que la introducción del concepto en una constitución como la argentina no fue inesperada (secc. III.A). Pero desde antes de 1994 ya se conocía y aplicaba el concepto de dominio eminente en la jurisprudencia; y en la célebre nota del artículo 2507 del Código Civil sancionado en 1869 aparece como derecho distinto del derecho de propiedad y distinto del dominio público (secc. III.B).

El dominio eminente ha sido muy objetado en Argentina, impulsó una regla harto disvaliosa en la Constitución de Honduras y no fue incluido en la Constitución bonaerense de 1873. Empero, la antigua doctrina estadouniden- se del eminent domain –seguida también, en ocasiones, por la Corte Suprema argentina– que lo consagra a los fines de la expropiación por causa de utilidad pública calificada por ley con indemnización, ha servido como pie fundacional para superar la tesis de la inindemnizabilidad por ejercicio del poder de policía para permitir la construcción de la moderna doctrina que ensancha la base de protección ante los takings de fuente regulatoria (secc. III.C).

El constituyente de 1994 se refirió al dominio eminente en tres ocasiones, y en dos de ellas –en forma especialmente clara, en la inserción del convencional Quiroga Lavié– utilizó, expresamente, la expresión “dominio eminente” como sinónimo de “dominio originario” (secc. III.D).

Las constituciones provinciales reflejan la adopción de diversas fórmulas, incluyendo las de dominio eminente y de dominio originario de la provincia sobre sus recursos naturales. La fórmula que consagra el solo dominio, a nivel constitucional provincial, tiene, necesariamente, que significar dominio originario por mandato del artículo 124 CO. Y si dominio originario en el artículo 124 no se asimila a dominio eminente, las previsiones constitucionales de las constituciones provinciales, luego de la reforma de 1994 –consagratorias de la fórmula de dominio eminente sobre los recursos naturales, y considerando que no puede haber dos dominios sobre una misma cosa– devendrían contradictorias e incluso sobreinclusivas respecto de la redacción adoptada en la Constitución Nacional (secc. III.E).
Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, el Congreso sanctioned leyes en las que utiliza tanto la calificación de dominio eminent en como la de dominio originario y la de solo dominio no adjetivado (secc. III.F).

Por último, a partir de cierta doctrina posterior a 1994 se deduce, entre dominio originario y eminent, una línea de asimilación con importantes matices; una interpretación excluyente; y una interpretación de franca asimilación con sustento, incluso, en el debate constituyente mismo (secc. III.G).

A la luz de estos extremos puede colegirse que dominio originario (provincial) y dominio eminent (provincial) son expresiones asimilables.

**BIBLIOGRAFÍA**

THOMAS (ed.), *The Constitution*, cit., pp. 1557-1558 y 1561. En Estados Unidos no se distingue soberanía y autonomía, con lo que el término "independiente" implica una u otra.


CABRAL, "¿Quién ejerce...?", cit., p. 4.


CASSAGNE, "El art. 124", cit., esp. p. 125: "En resumidas cuentas, el dominio originario sobre los recursos naturales configura un concepto autónomo, cuya titularidad pertenece, en principio, a las Provincias y, excepcionalmente, a la Nación. Tal figura se asimila a la potestad que es propia del dominio eminent en sobre las riberas del mar y de los ríos navegables" (nota a fallo de la CC 1.ª de La Plata, de junio 25 de 1926, en la causa Municipalidad de la Ciudad de La Plata v. Frigorífico Armour), en *Jurisprudencia Argentina*, año 1926, t. 20, p. 1056.


Como ya lo indicaba MOMMSEN, ob. y loc. cit.

Constitución de 1957, Provincia de Río Negro, art. 34: "Todos los bienes cualquiera sea su naturaleza, ubicados en el territorio de la Provincia, son del dominio de éste, con excepción de los que pertenezcan a la Nación, las Municipalidades y a otras personas de derecho público o privado...".


DE LA RIVA, IGNACIO M., *Derecho administrativo: SAC, s/ quiebra, fallo y otro, fallos: 276: 10/10, soberanía").


DREY, ALBERTO R., *Derecho administrativo: SAC, s/ quiebra, fallo y otro, fallos: 276: 10/10, soberanía").

FERREYRA, RAMÓN, *Derecho administrativo: SAC, s/ quiebra, fallo y otro, fallos: 276: 10/10, soberanía").

GELLI, MARÍA ANGELICA, *Derecho administrativo: SAC, s/ quiebra, fallo y otro, fallos: 276: 10/10, soberanía").

GOTTIUS, HUGO, *De iure imperii voluntas*, cit., t. II, p. 69.

GOTTIUS, HUGO, *De iure imperii voluntas*, cit., t. II, p. 69.

HALL, DOUGLAS Y REEVES, *Ownership, cit.


LAITOS Y TOMAIN, *Derecho...*


L. 17.319 de Argentina
L. 24.922 de Argentina


Oil and Gas Leases, 58 Pennsylvania Statutes, § 33.


ZANNONI (dir.), Código Civil, cit., t. 10, p. 692.