

Fernando López-Ramón | Orlando Vignolo Cueva
(Coord.)

EL DOMINIO PÚBLICO EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA

EL DOMINIO PÚBLICO EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA, 2015
© Fernando López-Ramón | Orlando Vignolo Cueva (Coordinadores)

Círculo de Derecho Administrativo - CDA

Asociación Civil conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel, Perú

Primera edición, mayo 2015

Diseño y edición: Bruno Angulo Díaz

Tiraje: 500 ejemplares
Lima, Perú

Primera edición, mayo 2015

Corrección de texto:

Bruno Angulo Díaz

Fotografía de carátula:

"Approach to the city III" (Jeffrey Smart)

Fotografía de la contraportada:

"Composición VI" (Wassily Kandinsky)

Diagramación e impresión:

Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Breña

HUBERT ALCARAZ	ALEJANDRO VERGARA BLANCO
JUAN CARLOS CASSAGNE	FERNANDO LÓPEZ-RAMÓN
FERNANDO ALVES CORREIA	ANA R. GONÇALVES MONIZ
CARMEN DE GUERRERO MANZO	ELISA MOREU CARBONELL
IGNACIO DE LA RIVA	PIERGORGIO NOVARO
ANNAMARIA DE MICHELE	JULIÁN PIMIENTO
VÍCTOR HERNÁNDEZ-MENDIBLE	GIUSEPPE PIPERATA
RAMÓN HUAPAYA TAPIA	HÉCTOR SANTAELLA
ERNESTO JINESTA L.	ORLANDO VIGNOLO CUEVA
JORGE DANOS ORDÓÑEZ	



FORMACIÓN, TRAYECTORIA Y SIGNIFICADO ACTUAL DEL DOMINIO PÚBLICO EN LA ARGENTINA¹

Juan Carlos CASSAGNE e Ignacio M. DE LA RIVA

RESUMEN: El dominio público se desarrolló en la Argentina bajo los moldes del Derecho continental europeo, de raíces romanistas. Erigido sobre los cuatro elementos clásicos (subjeto, objeto, teleológico y normativo), su régimen jurídico básico se estructura sobre los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad. El debate actual se centra sobre la cuestión de los derechos reales administrativos, la propiedad fiduciaria de los bienes públicos, la registración de los bienes demaniales, el dominio originario de los recursos naturales y la propiedad comunitaria indígena.

ABSTRACT: The concept of public domain developed in Argentina under European Civil Law patterns, of Roman roots. Public domain rests on four classic elements (subjective, objective, teleological and normative) and its legal framework is based on the principles of inalienability and non acquisition by adverse possession. The current debate focuses on issues involving administrative rights in rem, the trust ownership of property and goods in the public domain, land registration of property in the public domain, the original acquisition of ownership of natural resources and the community property of indigenous people.

¹ El presente trabajo corresponde a la ponencia presentada en la primera sesión de la Red de Investigación en Derecho de los Bienes Públicos, celebrada en Zaragoza el 24 de enero de 2014.

Palabras clave: dominio público – propiedad – intervención administrativa – concesión – permiso – derechos reales administrativos – fideicomiso público – recursos naturales – propiedad indígena.

Key words: public domain- ownership- administrative intervention- concession- license- administrative rights in rem – trust over property under public domain- natural resources- indigenous people's property.

1. Raíces del dominio público en el Derecho argentino: sus fuentes y precursores

Los primeros estudios sobre el dominio público en la Argentina dejan entrever claramente el fuerte influjo que tuvo la doctrina francesa en la configuración inicial de este instituto en el Derecho argentino. Autores como PARDessus, Hauriou, BERTHÉLEMY, DUCROCQ, WALINE, BARCKHAUSEN, SALEPHLES, PELLOUX, DUGUIT, JEZE, pero por sobre todo PROUDHON, con su emblemático *Traité du domaine public et de la distinction des biens*, resultan de referencia habitual en las primeras obras rioplatenses que se ocuparon del dominio público².

Esta clara filiación francesa de nuestra incipiente formulación de la noción de dominio público no significa, en modo alguno, que juristas de otras naciones europeas hayan estado ausentes en esa fase gestacional. Son de hacer notar, en este sentido, las decisivas aportaciones del Derecho alemán, a través de

² Cfr. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, tomo IV, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, págs. 3 y ss., en particular págs. 24-41.; BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo y ciencia de la administración*, segunda edición, Lajouane, Buenos Aires, 1929, págs. 155-156, y del mismo autor, *Derecho administrativo*, tomo III, quinta edición, Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1956, págs. 385 y ss.; BULTRICH, Rodolfo, *Principios generales de Derecho administrativo*, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1942, págs. 187-197; МАРИННОВ, Мигуел С., *Estudio crítico y legislación comparada del Anteproyecto del Doctor Bibiloni en materia de Derecho de aguas*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1936, págs. 30-41; Diez, Manuel María, "Los caracteres del dominio público", en LL, tomo 18, abril-junio de 1940, sección doctrina, págs. 56-65, y del mismo autor, "Naturaleza jurídica del derecho del Estado sobre el dominio público", en LL, tomo 18, abril-junio de 1940, sección doctrina, págs. 66-75; SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho de aguas*, Tomo II, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1941, pág. 3 y ss.

MAVERI, del Derecho italiano, representado por GUGLIARDI, GLIARDONI, SANTI ROMANO, ZANOBINI, CAMMEO, PRESUTTI, D'ALESSIO, INGROSSO, VITTA y RANELLETI, entre otros; del ámbito jurídico español, particularmente, a través de BALLBÉ y GASCON y MARÍN; y de Portugal, mediante la obra de CAETANO³.

La herencia proveniente de los diferentes ámbitos del Derecho continental europeo arriba descriptos, no impidió a los precursores argentinos del dominio público reconocer la contribución remota de las instituciones del Derecho romano en la materia, muchas de ellas recibidas por mediación de aquellas fuentes más recientes e inmediatas. A los juriconsultos romanos se atribuye, en efecto, la distinción entre los dos tipos de dominio, el público y el privado, aun cuando se haya destacado también la labor sistematizadora llevada a cabo a este respecto, recién durante el siglo XIX, por los tratadistas franceses⁴. Es, asimismo, notorio que el carácter *extracommercium* de las cosas públicas, nota central del régimen demanial, nos llega del Derecho romano⁵.

En el plano positivo, el Código Civil argentino, sancionado por el Congreso Nacional en 1869 y aun hoy vigente, recoge claramente la divisoria de aguas entre "bienes públicos", cuya enumeración aparece en el artículo 2340, y "bienes privados del Estado", individualizados por el artículo 2342⁶. Dalmacio

³ Cfr. Diez, Manuel María, *Domínio público (Teoría general y régimen jurídico)*, Valerio Abeledo editor, Buenos Aires, 1940, págs. 224-247 y 249-254; VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 41-72; BIELSA, Rafael, "Sobre la distinción entre permiso de ocupación del dominio público y concesión de uso del dominio público", JA, tomo 45, año 1934, Sección Doctrina, págs. 45-46; Diez, M. M., "Los caracteres del dominio público" y "Naturaleza jurídica del derecho del Estado...", cit., págs. 56-75; МАРИННОВ, М. С., *Bienes públicos (Potestad jurisdiccional para afectarlos y desafectarlos)*, Valerio Abeledo editor, Buenos Aires, 1944, *passim*; BIELSA, R., *Derecho administrativo*, Tomo III, cit., págs. 385 y ss.

⁴ МАРИННОВ, М. С., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 23-24, y nota al pie de página 1; y CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, 10ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, págs. 312-313.

⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 19-21.

⁶ Tal clasificación, lejos de constituir una mera cuestión metodológica, se traduce en el distinto régimen jurídico al que quedan sometidos los bienes pertenecientes a una y otra categoría. Los bienes públicos están gobernados, en efecto, por un régimen típicamente público, mientras que los bienes privados del Estado se rigen, sustancialmente, por las normas propias del Derecho privado (МАРИННОВ, Мигуел С., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cuarta edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 24-26 y 43-44).

VÉLEZ SÁRSFIELD, célebre jurista argentino que tuvo a su cargo la redacción del proyecto del Código que sería ulteriormente aprobado, en una anotación a pie de página, señala entre las fuentes del primero de dichos preceptos al Derecho romano, al Código Civil napoleónico y al Código Civil de Chile de 1855. Por cuanto refiere a las obras doctrinarias en las cuales abrevó el propio VÉLEZ, la misma nota hace referencia a PROUDHON, FOUCART y DEMOLOMBE⁷.

2. Noción de dominio público: aspectos debatidos de los cuatro elementos estructurales

Una de las cuestiones más arduas en la dogmática del dominio público pasa por la determinación de qué bienes deben entenderse abarcados dentro de la categoría. El problema de la definición, punto de partida ineludible de toda elaboración científica, ha insumido un esfuerzo singular de parte de la doctrina, y continúa dando no pocos motivos de disputa entre los autores.

En la Argentina se ha seguido, en este punto, de manera pacífica la metodología trazada por Manuel BALLBÉ⁸, quien erigió el concepto de dominio público a partir de cuatro elementos esenciales: el subjetivo, relativo al titular de los bienes que integran el demanio; el objetivo, que alude al tipo de bienes que pueden entenderse abarcados; el teleológico, que hace referencia a la finalidad propia de esta categoría de bienes; y el normativo, consistente en la necesidad de un acto legislativo que decida la incorporación de los bienes en cuestión al elenco de los bienes públicos.

Esta coincidencia sustancial en cuanto al modo de estructurar la noción no está exenta, por cierto, de disensiones a la hora de precisar el contenido y alcance concretos de que debe revestirse cada uno de estos cuatro elementos para que, en la medida que concurren todos ellos, se admita la presencia de un bien del dominio público. De cómo se han caracterizado dichos elementos

Conviene aclarar que la expresión "Estado" se emplea, en el Derecho argentino, para hacer referencia genéricamente tanto al Estado nacional, como a los Estados provinciales, a los municipios y a las entidades descentralizadas.

⁷ Ver la nota al pie de VÉLEZ SÁRSFIELD al artículo 2340 del Código Civil argentino.

⁸ Ver su insigne trabajo "Concepto del dominio público", en la *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 5, noviembre-diciembre 1945, págs. 7-55.

y de las diferencias que han surgido entre los estudiosos en torno a ellos, nos ocuparemos en los párrafos siguientes.

2.1. Elemento subjetivo

En lo referente a quién ha de ser el titular de los bienes del dominio público, la doctrina argentina ha superado sin mayores enfrentamientos una primera cuestión, consistente en determinar si resulta posible concebir que los bienes demaniales carezcan de dueño. Ante la perspectiva de que se los llegase a considerar *res nullius* y, por consiguiente, susceptibles de ser apropiados por quienquiera que los encuentre, tal hipótesis ha sido descartada de forma unánime por los autores⁹.

También hay firme coincidencia en rechazar de plano la idea de que las cosas del dominio público puedan, en algún caso, pertenecer a personas privadas¹⁰. Sobre la base de esta premisa, los bienes de propiedad de los concesionarios de servicios públicos directamente afectados a la prestación del respectivo servicio, no se consideran del dominio público sino de propiedad privada de aquéllos sujetos, aun cuando las facultades de disposición de estos últimos se encuentren gravemente acotadas en virtud del régimen que les es aplicable¹¹.

⁹ Cf. BIELSA, R., *Derecho administrativo y ciencia...*, cit., pág. 157; MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., pág. 57; DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, tomo IV, Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1969, pág. 358.

¹⁰ Ver, entre otros, MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 57-58; DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., pág. 359.

¹¹ Esta cuestión ha sido abundantemente tratada por la doctrina argentina. Pueden consultarse, entre otros, MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 93-95; MARTA, Ismael, "Régimen de los bienes en la concesión de servicios públicos", en AA.VV., *Contratos administrativos (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, págs. 291-298; TAWIL, Guido, "Algunas reflexiones en torno al régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público", en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, págs. 523-537; y DE LA RIVA, Ignacio M., "El dominio público y los bienes afectados a la prestación del servicio público", en AA.VV., *Derecho administrativo (Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira)*, Coordinadores Julio Pablo Comadira y Miriam M. Ivanega, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, págs. 891-909.

Las discrepancias, no obstante, no tardan en surgir cuando los esfuerzos se orientan a procurar identificar sobre quién, en definitiva, recae la titularidad de los bienes públicos. En este punto las posiciones se bifurcan entre aquellos que postulan que los bienes en cuestión pertenecen al pueblo¹² –el cual ejercería sus prerrogativas a través del Estado¹³, y quienes sostienen que el verdadero titular de esos mismos bienes es, directamente, el Estado, a través de sus distintos órdenes territoriales (nación, provincia, municipios) e, incluso, institucionales (entes autárquicos, o entidades estatales de carácter empresarial, en sus diversas formas)¹⁴.

La tesis según la cual la titularidad del dominio público sería atribuible al pueblo precede, por cierto, a los juristas argentinos que adscriben a tal postura. Según aducen sus sostenedores, se trataría de una concepción ya presente en el Derecho romano¹⁵, desarrollada más cercanamente por autores

¹² Entre quienes se sitúan en esta primera posición, cabe citar a BIERSA, R., *Derecho administrativo y ciencia...*, cit., pág. 157, y *Derecho administrativo*, Tomo III, cit., pág. 387; MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 60 y ss.; y CASSAGNE, J.C., *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., págs. 319-320.

¹³ Se suele citar a este respecto, el artículo 22 de la Constitución Nacional argentina, por cuanto establece que “el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes”.

¹⁴ Consideran que los bienes del dominio público pertenecen al Estado, VILLEGAS BASAVILBASO, B., en *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 105-108; SPOTA, A., en el *Tratado de derecho de aguas*, Tomo II, cit., pág. 2-7; BULLRICH, R., *Principios generales...*, cit., págs. 201-202; DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 359-360; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, Tomo II, segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, págs. 300-301 y 304-305; ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 201; COMADIRA, Julio Rodolfo, y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 1665; y CANOSA, Armando, “El dominio público”, en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público (Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho)*, Ediciones R.A.P., Buenos Aires, 2005, págs. 552-553.

¹⁵ Se ha hecho notar, en este sentido, que según el Digesto, “los bienes de una ciudad se han llamado abusivamente públicos, porque solamente son públicos los que son del pueblo romano” (*Digesto*, libro 50, título 16, ley 15; citado por MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., pág. 66, nota 51). Una exposición más detallada sobre la condición de propietario de las *res publicae* atribuido al pueblo romano puede hallarse en DIEZ, M.M., *Domínio público...*, cit., págs. 30-32.

de la talla de Proudhon¹⁶ y von Ihering¹⁷. Los detractores de tal enfoque subrayan, sin embargo, que el pueblo sólo adquiere personalidad jurídica, es decir, capacidad para ser sujeto de derechos, en tanto se organiza y constituye como Estado. Desde esta perspectiva, las prerrogativas propias del titular del dominio público sólo podrían ser encarnadas y ejercidas por el sujeto estatal, aun cuando el uso común de las cosas públicas beneficie a la colectividad¹⁸.

2.2. Elemento objetivo

Existe coincidencia en cuanto a que el dominio público está integrado, sustancialmente, por cosas inmuebles, pero abarca también muebles (en tanto no sean fungibles o consumibles) y bienes en sentido estricto (tanto objetos incorporales –v. gr., el espacio aéreo–, como derechos susceptibles de tener valor económico –el caso de la propiedad intelectual, luego de vencido el plazo de exclusividad garantizado a su titular primigenio–)¹⁹. Se adopta, así, a este respecto, un temperamento amplio, que admite que dentro de los bienes demaniales pueden encontrarse tanto cosas (muebles e inmuebles) como bienes (objetos inmateriales y derechos).

Dentro de ese variado universo, se suele distinguir entre bienes pertenecientes al dominio público natural y bienes que integran el dominio público artificial.

¹⁶ Ver su *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*, tomo I, Victor Lagier, Dijón, 1833, págs. 266-268.

¹⁷ Cf. von IHERING, Rudolf, *La posesión*, versión española de Adolfo Posada, segunda edición, editorial Reus, Madrid, 1926, págs. 179-183.

¹⁸ Cf. DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., pág. 382-384.

BULLRICH observa que atribuir al pueblo la titularidad del dominio público tenía sentido hacia 1576, con el fin de distinguir los bienes que lo integraban de aquellos que componían el patrimonio del monarca, quien podía disponer a su voluntad de sus propios bienes, mientras que no podía hacer lo mismo con relación a los bienes que, por su destino, se atribuían a la colectividad (ver su libro *Principios generales...*, cit., pág. 201). El mismo autor entiende que la teoría de la personalidad jurídica ha puesto fin a la controversia existente sobre este punto, en tanto permite identificar al Estado como propietario de los bienes del dominio público (ob. cit., pág. 192).

¹⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 99-105; MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 100-127; DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 361-369; CASSAGNE, J.C., *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., pág. 332; COMADIRA, J.R., y ESCOLA, H.J., *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., pág. 1667.

La presencia de ambas categorías en el ordenamiento argentino aparece reflejada en la enumeración volcada al artículo 2340 del Código Civil, que contempla, de un lado, los mares, los ríos, los lagos navegables y las playas, y de otro, los caminos, las plazas, los canales, los puentes, los documentos oficiales y toda obra construida para utilidad o comodidad común.

2.3. Elemento teleológico

El otro elemento esencial de la noción de dominio público que, a la par del subjetivo, ha dado origen a importantes diferencias doctrinarias es el teleológico. La finalidad a la que están destinados los bienes del dominio público (su consagración al uso público) configura, como es sabido, el eje central de la figura, en tanto constituye, en definitiva, la razón justificante del régimen especial dispuesto para gobernarlos.

La discusión entablada en torno a este elemento estriba en dilucidar si la afectación al uso público, como dato definitorio de la categoría, debe concebirse en un sentido estricto, a partir de una perspectiva que sólo dé cabida al uso público directo (léase, asequible de manera inmediata por todos los habitantes), o si debe adoptarse en este punto un espíritu más amplio, que contemple también como integrantes del universo de los bienes del dominio público a aquellos bienes estatales consagrados al uso común indirecto (como sería el caso, por ejemplo, de ciertos bienes afectados a la prestación de un servicio público o al ejercicio de las funciones a cargo de determinados agentes públicos, no susceptibles de ser utilizados personalmente de modo directo por el público en general, sino sólo por parte de quienes tienen a su cargo emplearlos en beneficio de la comunidad).

Este segundo enfoque, que extiende considerablemente, como es obvio, el abanico de los bienes públicos, goza de mayor consenso entre los autores argentinos²⁰. Sus sostenedores creen encontrar aval para tal interpretación

²⁰ Entre quienes adhieren a esta tesis, cabe mencionar a VILLEGAS BASAYILBASO, B., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 96-97 y 109-112; MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 127-138; DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 373-374; SPOTA, A., *Tratado de derecho de aguas*, Tomo II, cit., págs. 2-7; FIORINI, B.A., *Derecho administrativo*, Tomo II, cit., págs. 305-306; ESCOLA, H.J., *El interés público...* pag. 203; COMADIRA, J.R., y ESCOLA, H.J., *Curso*

en la redacción dada por el legislador al inciso 7° del artículo 2340 del Código Civil, que considera del dominio público "cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común"²¹.

En cuanto a aquellos que, en cambio, consideran que el dominio público debe quedar circunscripto únicamente a los bienes dispuestos directamente al uso público, lo hacen persuadidos por la excesiva extensión que, de otro modo, se otorgaría a la figura, con riesgo de que, en la práctica, todos los bienes pertenecientes al Estado terminen formando parte de la categoría²².

Las desinteligencias acerca del criterio con que debe medirse la afectación de los bienes demaniales al uso público encuentra explicación en el hecho, apuntado por MAYER, de que todas las cosas pertenecientes al Estado están, en última instancia, destinadas al servicio de la Administración pública, de manera más o menos directa, toda vez que también los bienes llamados fiscales le son de utilidad para proveerse de los medios pecuniarios que le hacen falta para cumplir con las funciones a su cargo²³.

En cualquier caso, está claro que los bienes estatales indirectamente destinados al uso público reclaman, igualmente, de parte del ordenamiento, un régimen dirigido a preservar la finalidad que específicamente tienen

de Derecho administrativo, Tomo II, cit., págs. 1667-1668; CANOSA, A., "El dominio público", cit., págs. 550-551 y 555; CASARINI, Luis E., "El elemento teleológico en los bienes de dominio público", LL 2013-C, pag. 67.

²¹ Resulta oportuno señalar que la interpretación de la norma transcripta que prevalece, asume que el precepto no exige que se trate de obras construidas por el Estado, sino que pone el acento en su destino de utilidad o comodidad común. De modo que integrarían también el dominio público las obras que, habiendo sido construidas por particulares, resulten luego adquiridas por el Estado con el destino indicado (cf. MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 138-140).

²² Se ubican en esta línea BIELSA, R., *Derecho administrativo*, Tomo III, cit., pag. 386, nota al pie núm. 2 y págs. 388-389; CASSAGNE, J.C., *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., págs. 334-335; MAIRAL, Héctor, "Nuevas ideas en materia de dominio público", en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, págs. 108-109.

²³ Cf. MAYER, Otto; *Derecho administrativo alemán*, tomo III, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, pag. 112.

asignada, lo cual exigirá su sometimiento a restricciones análogas a las del dominio público en lo relativo a su indisponibilidad²⁴.

2.4. Elemento normativo

Por último, hay acuerdo acerca de que la voluntad del legislador comporta un cuarto elemento constitutivo, y por tanto ineludible para que se verifique la presencia de un bien del dominio público. Sobre el particular, existe también consenso entre los autores en cuanto a la jerarquía legal que debe exhibir la norma que exteriorice tal decisión²⁵.

Dentro del sistema federal argentino, se entiende que la ley en condiciones de establecer el carácter demanial de los bienes debe emanar del Congreso Nacional, por tratarse de una decisión inherente al régimen sustantivo de los bienes que debe fijarse en el marco del Código Civil, cuyo dictado ha sido delegado al legislador federal²⁶. El ejercicio de tal atribución, en lo que hace a la designación de los bienes de carácter público, se ha plasmado, básicamente, en la enumeración volcada al artículo 2340 del Código Civil, ya citado, que brinda una descripción genérica de los bienes del demanio.

²⁴ No en vano, la doctrina italiana clásica los categoriza como *bienes patrimoniales indisponibles* (ver, por todos, PRESUTTI, Enrico; *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, tomo I, Roma, 1931, pág. 223).

²⁵ MARIENHOF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 140-144 y 148; DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 375-376.

²⁶ Cfr. el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

La única voz que, en solitario, discrepa de la interpretación expuesta en el texto, pertenece a SALOMONI, quien cuestiona la constitucionalidad de los preceptos del Código Civil que abordan esta temática, por considerar que comportarían una invasión por parte del legislador nacional en una esfera propia de las provincias (ver su trabajo titulado "El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática", en *Actualidad de Derecho Público*, núm. 14, Buenos Aires, Ad-Hoc, septiembre-diciembre 2000, págs. 79 y ss.).

En nuestra opinión, tal razonamiento resulta desacertado, en tanto omite tomar en cuenta, entre otras cosas, que es imprescindible que el Código Civil precise el ámbito material sobre el cual se han de aplicar sus disposiciones concernientes a los bienes, lo cual requiere delimitar qué tipo de bienes quedan fuera de su alcance por pertenecer al dominio público. Es menester, en suma, que el legislador nacional fije la línea divisoria entre bienes públicos y privados.

3. Controversia en torno de la naturaleza del dominio público

El debate suscitado en el Derecho comparado en torno de la naturaleza jurídica del dominio público se ha reeditado, también, entre los juristas argentinos.

Un repaso de las opiniones vertidas por quienes se han ocupado del tema permite identificar un primer grupo de autores que reconoce en el dominio público un derecho de propiedad, puro y simple, tal como se encuentra previsto en el artículo 2506 del Código Civil, con la única particularidad de que su titular está sujeto a las limitaciones impuestas por el destino de utilidad o comodidad común propio de tales bienes, en particular su inalienabilidad e imprescriptibilidad²⁷.

SPOTA, uno de los sostenedores de esta tesis, afirma que la única diferencia entre el dominio público y el privado del Estado estaría dada por su diferente destino, toda vez que el dominio público está afectado a usos, directos o indirectos, de utilidad común, y de allí su carácter inalienable e imprescriptible²⁸.

Con una mirada parcialmente distinta, otro sector doctrinario visualiza al dominio público como un derecho de propiedad de carácter público. Este matiz, dentro de las tesis patrimonialistas sería consecuencia del régimen especial aplicable a esta categoría de bienes²⁹, o bien de la naturaleza pública del propietario y del destino de la cosa³⁰.

En esa misma línea, es interesante el planteamiento que desarrolla DIEZ al destacar que la naturaleza pública que reviste el derecho de propiedad en que

²⁷ VILLEGAS BASAVILBASO, B.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 176-178.

²⁸ SPOTA, A.; *Tratado de derecho de aguas*, Tomo II, cit., págs. 13-21.

²⁹ SALVAT, Raymundo M.; *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, tomo II, quinta edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1962, pág. 27.

³⁰ BURILICH, R.; *Principios generales...*, cit., págs. 198; y ESCOBAR, Héctor Jorge; *Compendio de derecho administrativo*, volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, pág. 988.

MARIENHOF, por su parte, hace mérito de los tres factores (el titular de los bienes demaniales, el régimen que los gobierna y la finalidad de uso público a que están consagrados) para fundar el carácter público de la propiedad estatal que predica de los bienes bajo examen (ver su *Tratado de derecho administrativo*, Tomo V, cit., págs. 97-98).

consiste el dominio público sería resultado de los límites a que se encuentra sometido tal derecho, límites que, sin embargo, no constituyen un aspecto accesorio o añadido, sino un rasgo constitutivo de dicho derecho real, en función del destino al cual están afectados los bienes referidos. De allí que, concluye el autor, en el dominio público "el derecho de propiedad pública está dominado y limitado por la afectación"³¹.

En una perspectiva diametralmente opuesta se sitúan aquéllos que rechazan la idea de que el dominio público configure un derecho de propiedad. Tal es el caso, por ejemplo, de BIELSA, quien considera que los bienes que tienen por destino el uso público directo no son susceptibles de propiedad ni de posesión, no porque se trate de *res nullius*, sino porque "son *res quae nullius esse possunt*", esto es, cosas que no pueden ser de nadie, ni siquiera del Estado³².

Los autores de este trabajo nos hemos ocupado, cada uno por separado, del tema³³. Al hacerlo, hemos procurado poner de relieve que las dos posiciones de fondo arriba expuestas (léase, aquella que ve al dominio público como un derecho de propiedad, y aquella que considera que configura un título de intervención) en modo alguno serían irreconciliables, tal como ha sido señalado también por otros autores del ámbito nacional³⁴ y comparado³⁵.

³¹ DIEZ, M.M.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 390-393.

³² BIELSA, R.; *Derecho administrativo*, Tomo III, cit., pág. 387-388.

Más cerca en el tiempo, también SALOMONTI considera que el dominio público no constituye un derecho de propiedad sino un título de intervención, y funda tal postura en el análisis de una serie de cláusulas constitucionales que conducen, a su juicio, a tal conclusión (ver su trabajo "El régimen del dominio público...", cit., págs. 79-107).

³³ CASSAGNE, Juan Carlos, "Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales", *Jurisprudencia Argentina*, número especial, 2010-III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 11-25; y DE LA RIVA, Ignacio M., "La naturaleza jurídica del dominio público", en AA.VV., *Dominio público (Naturaleza y régimen de los bienes públicos)*, coordinado por Gabriel de Reina Tartière, Heliasta, Buenos Aires, 2009, págs. 181-199.

³⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., pág. 178; y GRECCO, Carlos M., "El caso de la dogmática tradicional del dominio público", en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público (Jornadas organizadas por la Universidad austral. Facultad de Derecho)*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2005, págs. 824-826.

³⁵ SAINZ MORENO, Fernando; "El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la 'Revista de Administración

La figura del dominio público sólo encuentra, en rigor, una acabada explicación en tanto se yuxtapongan ambas miradas, de modo de reconocer al Estado (nacional, provincial o municipal) como el verdadero dueño de los bienes que integran la categoría, atribuyéndole, al propio tiempo, la facultad de ejercer aquellas potestades públicas que le competen sobre esos mismos bienes, las cuales hacen, fundamentalmente, a la llamada "policía del dominio público".

Este debate sobre la naturaleza del dominio público tiene, por cierto, directa incidencia sobre la recíproca relación que se plantea entre los conceptos de dominio público y jurisdicción.

En efecto, quienes visualizan al dominio público como una manifestación del derecho de propiedad (aunque sea pública) sobre la cosa, subrayan la duplicidad existente entre ambas figuras, así como la posibilidad que existe de que el titular del dominio y de la jurisdicción sobre un bien, eventualmente, no coincidan³⁶. Un caso frecuentemente citado para ejemplificar esta disociación entre dominio público y jurisdicción es el de los ríos navegables, cuyo dominio ha sido atribuido por el constituyente argentino a las provincias³⁷, en tanto que la jurisdicción para reglamentar lo concerniente a su navegación es privativa de las autoridades nacionales³⁸.

Por el contrario, aquellos que rechazan toda concepción patrimonialista del dominio público se inclinan por identificar esta figura con la categoría de jurisdicción. Quien con mayor énfasis ha defendido esta postura entre nosotros ha sido BIELSA, el cual llega al extremo de afirmar que en el caso del dominio público el derecho del Estado se circunscribe, precisamente, a la jurisdicción que le compete sobre los bienes abarcados, en tanto el

Pública", en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 482.

³⁶ MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 39-40.

³⁷ En efecto, el artículo 124 de la Constitución Nacional argentina, tras la enmienda introducida en el año 1994, establece que "corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio".

³⁸ El texto constitucional atribuye al Congreso de la Nación la facultad de "reglamentar la libre navegación de los ríos interiores", precepto que concuerda, a su vez, con lo previsto en el artículo 26 de la misma Constitución.

dominio estatal sólo recae sobre los bienes que le pertenecen bajo el Derecho privado³⁹.

Esta última tesitura conduce, también, a percibir las nociones de dominio público y dominio eminente como intercambiables, en tanto este último es concebido como resultado de la soberanía interna que ejerce el Estado sobre las personas y los bienes dentro de su territorio. Es claro, sin embargo, que se trata de conceptos diferentes, a punto tal que el dominio eminente se ejerce también sobre bienes de propiedad privada de los particulares⁴⁰.

4. Origen y extinción del *status* demanial de los bienes

Al igual que en el Derecho comparado, la afectación y la desafectación comportan las técnicas que, respectivamente, dan comienzo y ponen fin a la condición demanial de los bienes públicos.

Aun cuando se admite, genéricamente, que una y otra operación pueden ser resultado del dictado de normas, actos o de la ocurrencia de meros hechos⁴¹, hay consenso en cuanto a que la mutación del *status* jurídico de la cosa (y, consiguientemente, del régimen que le es aplicable) se produce de distinta manera según se trate de bienes del dominio público natural o artificial⁴².

La afectación de los bienes del dominio público natural se produce, en efecto, de manera general y *ope legis*, es decir, a partir del momento mismo en que se verifica la sanción y entrada en vigencia de la norma legal (forzosamente, emanada del legislador nacional) que establece la pertenencia de los bienes en cuestión al dominio público estatal⁴³.

En el caso del dominio público artificial, en cambio, la consagración jurídica de los bienes al uso público que determina el nacimiento de su condición demanial se disocia de la norma legal que los califica como tales, ya que se concreta a partir del dictado de una norma o acto administrativo locales, o acaso a partir de un simple hecho, que acarreen la concreta destinación del bien singularmente considerado al uso y goce de la comunidad⁴⁴. En este segundo caso, entonces, a la decisión de calificar al bien como integrante del dominio público (decisión, como se dijo, a cargo del legislador nacional), se suma la de crearlo y destinarlo efectivamente al uso público (que ha de ser tomada por la autoridad local, legislativa o administrativa)⁴⁵. Es en este ámbito donde la técnica de la afectación adquiere su verdadera importancia.

La doctrina y la jurisprudencia insisten sobre la necesidad de que concurren los siguientes recaudos para que tal afectación opere válidamente, a saber: (i) debe mediar el asentimiento expreso o tácito de la autoridad competente (no se olvide que la afectación es una decisión del poder público); (ii) la cosa debe estar libre al uso público en forma efectiva y actual; y (iii) el bien debe encontrarse en poder del Estado en virtud de un título que lo haya habilitado a adquirir su dominio (expropiación, compraventa, donación, etcétera)⁴⁶.

También la desafectación puede derivar tanto de una manifestación de voluntad del poder público, como de un hecho, aunque esta segunda vía es más bien excepcional. El primer caso constituye lo que se conoce como *desafectación formal*, que puede tener su origen tanto en un acto legislativo como administrativo. En el segundo, se estaría ante una *desafectación real* o *por hechos*, que puede ser consecuencia de un hecho de la naturaleza o humano⁴⁷.

³⁹ Cfr. BIELSA, R.; *Derecho administrativo*, Tomo III, cit., pág. 401. Curiosamente,

VILLEGAS BASAVILBASO, pese a adherir a la concepción del dominio público como un auténtico derecho de propiedad (*Derecho administrativo*, tomo IV, pág. 176-177), comparte en este punto la visión de BIELSA en cuanto a que "donde existe dominio público existe al mismo tiempo jurisdicción" (ob. cit., pág. 16).

⁴⁰ En este sentido, ver VILLEGAS BASAVILBASO, B.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., pág. 14.

⁴¹ MARENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 216-244.

⁴² MARENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 182-186; y DIEZ, M.M.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 423-424.

⁴³ MARENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 188-191; y VILLEGAS BASAVILBASO, B.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 307-308 y 312-313.

⁴⁴ Según lo explica MARENHOFF con su habitual claridad, una cosa es asignar al bien su carácter público, y otra distinta "afectarlo" al dominio público, es decir, disponer su efectiva incorporación al uso público (ver su *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., pág. 187).

⁴⁵ MARENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 187-192.

⁴⁶ MARENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 195-202; y DIEZ, M.M.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 425-426.

⁴⁷ MARENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 232-244; y DIEZ, M.M.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 432-438.

Tratándose de bienes del dominio público natural, se discute si la reforma del régimen legal que deja sin efecto la calificación de la cosa como bien del dominio público equivale a su desafectación⁴⁸ o comporta una mera desclasificación de la cosa como bien demanial⁴⁹. Cabe también, sin embargo, que la desafectación de dichos bienes sea fruto de cambios físicos o materiales (la modificación de un curso de agua; la desecación de un lago) que extingan el bien en cuestión o alteren sus dimensiones⁵⁰.

En el caso de los bienes del dominio público artificial, la causa más frecuente de desafectación pasa por el cambio de destino del bien dispuesto por la autoridad administrativa competente⁵¹.

El efecto principal de la desafectación consiste en que el bien involucrado cambia su condición jurídica y queda sujeto, por ende, a un régimen distinto, de carácter privado. Tal mutación, como regla, no altera *per se* la propiedad del bien, el cual pasará en principio a formar parte del dominio privado del mismo Estado⁵². Colateralmente, la extinción de la condición demanial de la cosa conlleva el cese de los derechos de uso especial que se hubieren constituido sobre ella.

⁴⁸ Así lo interpretan, entre otros, MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 222 y 233-234; VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 340-341; y DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 432-433.

⁴⁹ Es de esta idea CASSAGNE, J.C.; *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., pág. 340.

⁵⁰ La doctrina española se refiere al primer caso como desafectación por degradación (el bien pierde su *status* demanial), y al segundo como desafectación por desnaturalización.

⁵¹ CASSAGNE, J.C.; *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., págs. 341-342.

⁵² MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., pág. 213; y DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 431-432.

Sólo en casos excepcionales y ante la presencia de una norma que así lo disponga, la desafectación puede acarrear el traspaso de la propiedad del bien a manos privadas. Un ejemplo de ello ocurre cuando se retiran las aguas de un río o se produce el "abandono" de su cauce. Frente a tal situación, la doctrina entiende de aplicación la solución prevista en el artículo 2573 del Código Civil, conforme al cual "pertenecen también a los ribereños, los terrenos que el curso de las aguas dejare a descubierto, retirándose insensiblemente de una de las riberas hacia la otra" (MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo VI, tercera edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, págs. 700-701).

La validez de la desafectación de los bienes del dominio público está supeditada al asentimiento inequívoco (sea éste expreso o meramente tácito) de la autoridad competente⁵³. De allí que la desafectación por hechos en ningún caso pueda ser resultado exclusivo de la actuación de los particulares⁵⁴.

5. Régimen jurídico básico del dominio público

Es, pues, evidente que el reconocimiento de la categoría del demanio conlleva la existencia de un régimen jurídico específico de carácter exorbitante para los bienes que la integran⁵⁵. Puesto que se trata de un régimen de excepción, resulta de interpretación y aplicación restrictiva⁵⁶.

Una vez definida por el legislador nacional la condición pública de los bienes en cuestión y los caracteres inherentes a dicho *status*, el diseño y aprobación del régimen que gobierna su uso cae bajo la órbita de la jurisdicción nacional, provincial o local que ostente, en cada caso, su titularidad. Esta circunstancia se traduce en la existencia de tantos regímenes en materia de uso de dichos bienes como jurisdicciones existen en un Estado de estructura compleja como el argentino, dado el sistema federal adoptado por sus padres constituyentes⁵⁷.

Aun así, es posible delinear la presencia de un núcleo básico del régimen jurídico de los bienes del dominio público, sea cual fuere la jurisdicción en la que se inserten. Abordaremos la exposición de los rasgos esenciales de dicho régimen a partir de sus tres aspectos centrales, a saber: las notas que le son inherentes, los instrumentos jurídicos dispuestos al servicio de su protección y las condiciones bajo las cuales se hace efectivo el destino al cual están consagrados.

⁵³ MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 244-245.

⁵⁴ MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., pág. 247.

⁵⁵ CASSAGNE, J.C.; *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., pág. 338.

⁵⁶ MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., pág. 338.

⁵⁷ M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 395-396.
Artículo 1° de la Constitución Nacional.

5.1. Notas inherentes al régimen jurídico del dominio público

En el plano sustantivo, son dos los caracteres esenciales del régimen jurídico que gobierna a la totalidad de los bienes públicos: su inalienabilidad y su imprescriptibilidad⁵⁸.

El hecho de que se las califique de "notas inherentes" sugiere que aun cuando las normas no las recojan en forma explícita, son igualmente predicables del conjunto de los bienes del dominio público⁵⁹. Esto no significa que se trate de elementos constitutivos de la noción, lo cual explica que también en el campo del dominio privado del Estado existan bienes sujetos a limitaciones similares⁶⁰, ante la presencia, en este caso, de un régimen que expresamente así lo disponga.

La razón de ser de estas dos restricciones consustanciales al dominio público está dada por la necesidad de garantizar la protección de tales bienes y el destino de uso público al cual están consagrados. Los límites que ambas imponen comportan, a la vez, un escudo frente a las acciones de los particulares que pudieren amenazarlos y un remedio contra las conductas desaprensivas que puedan emanar de los propios funcionarios públicos⁶¹.

Aun cuando no se observe una consagración expresa de estas notas en el Código Civil argentino, varias de sus disposiciones les otorgan un innegable sustento positivo⁶².

⁵⁸ *Vid.*, por todos, BIELSA, R.; *Derecho administrativo*, Tomo III, cit., págs. 403-411.

⁵⁹ MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 265 y 272-273.

⁶⁰ MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 265-269; y DIEZ, M.M.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 398.

⁶¹ MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 269-270.

⁶² Diez no comparte que la inalienabilidad resulte una precaución contra las dilapidaciones eventuales de los patrimonios públicos, y señala, en tal sentido, que de lo contrario la regla se extendería también sobre el dominio privado del Estado (ver su obra *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 397).

MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 274-275; CASSAGNE, J.C.; *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., págs. 343 y DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 399.

En lo que hace a la inalienabilidad, su fuente suele identificarse con los artículos 953, según el cual el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio; 2336, que excluye del comercio a las cosas cuya enajenación fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública; y 2604, que dispone que el derecho de propiedad se extingue de una manera absoluta cuando la cosa es puesta fuera de comercio.

En lo que se refiere al principio de imprescriptibilidad de los bienes demaniales, aparecen en el Código normas aún más explícitas. Su artículo 2400 prevé, en efecto, que las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión, lo que, *a contrario sensu*, significa que las que no están en el comercio no pueden ser poseídas, lo cual restaría uno de los presupuestos necesarios para la prescripción adquisitiva; el artículo 3952 dispone que no puede prescribirse el dominio de las cosas que no están en el comercio, como las afectadas al uso público; y el artículo 4019 declara imprescriptible la acción reivindicatoria de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio.

Hay acuerdo entre los autores en cuanto a que la inalienabilidad de las cosas del dominio público no las excluye totalmente del comercio jurídico, sino sólo de los negocios propios del derecho privado (compraventa, hipoteca, usufructo, etc.). Subsiste, por tanto, la posibilidad de que dichos bienes sean objeto de negocios jurídicos propios del ámbito público, en tanto no sean incompatibles con el fin que motivó su afectación al dominio público (tal el caso de la expropiación –por parte de un Poder público distinto a su titular–, las servidumbres administrativas, o aquellos que transfieren derechos de uso especial sobre tales bienes, como el permiso o la concesión)⁶³.

Como consecuencia de la inalienabilidad de los bienes del dominio público, ellos son inembargables, punto sobre el cual hay, también, pacífico acuerdo⁶⁴.

⁶³ BIELSA, R.; *Derecho administrativo*, Tomo III, cit., págs. 403-407; FIORINI, B.A.; *Derecho administrativo*, Tomo II, cit., págs. 315-316; y MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 276 y ss.

⁶⁴ BIELSA, R.; *Derecho administrativo*, Tomo III, cit., págs. 407; CASSAGNE, J.C.; *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., págs. 343-344; y SANMARTINO, Patricio Marcelo E., "El régimen del dominio público y sus implicaciones procesales", en A.A. VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, Ediciones RAR, Buenos Aires, 2005,

Así se desprende del hecho de que el embargo comporte una medida judicial dispuesta con vistas a la ejecución forzada del bien sobre el que recae⁶⁵.

5.2. Protección del dominio público

El Estado no sólo tiene derecho a ejercer los poderes inherentes a su condición de titular del dominio público, sino también, y fundamentalmente, el deber de tutelar y proteger los bienes que lo integran⁶⁶.

Para comprender el alcance de dicha tutela y, por ende, de los poderes reconocidos al Estado a fin de hacerla efectiva, no debe perderse de vista que se está ante una propiedad pública, lo cual explica que los poderes aludidos se intensifiquen en correlación con el interés público en juego.

En consecuencia, a las facultades propias de todo titular de dominio sobre una cosa (v. gr., el derecho a ejercer acciones de naturaleza posesoria o reivindicatoria), se vienen a sumar aquéllas que derivan de las prerrogativas públicas que encarna el Estado.

El titular de los bienes demaniales puede ejercer, en consecuencia, en este ámbito auténticos poderes de policía (la denominada *policía de la cosa pública*), que adquieren en el caso ciertas notas singulares, derivadas del régimen propio de tales bienes. Una vez más, las prerrogativas en cuestión se orientan a la mejor protección de los bienes abarcados, no sólo en lo que hace a su materialidad, sino también en lo que respecta a su *status* jurídico, y abarcan, también, lo referente al uso de los bienes involucrados⁶⁷. A todos

págs. 860 y 874. Este último autor sostiene que la regla de la inembargabilidad de los bienes del dominio público se extiende, en rigor, a toda providencia precautoria que tenga aptitud para comprometer el destino al que está afectado el bien (ver el trabajo citado, págs. 878-879).

⁶⁵ MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 280-282; VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 135-136; y DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., pág. 400.

⁶⁶ MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., pág. 326.

⁶⁷ DIEZ distingue, en este sentido, la policía de la conservación del dominio público de la policía de orden público, destacando como la versión más típica de esta última la policía de la circulación que se ejerce sobre las vías públicas (ver su obra *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 443-445).

estos efectos, la Administración se vale de los instrumentos típicos de toda actividad policial, a saber, la reglamentación de derechos, y la consiguiente adopción de decisiones y medidas de ejecución⁶⁸.

A la luz de lo expuesto, puede decirse que dos son las vías de protección del dominio público, la administrativa y la judicial⁶⁹.

En primer lugar, la Administración ejerce por sí la tutela de los bienes del dominio público de que es titular (autotutela), a fin de protegerlos contra cualquier avance indebido de los particulares. Puede, incluso, hacer uso de la fuerza pública para proteger la integridad o buen funcionamiento de las cosas públicas contra ataques, turbaciones, amenazas u obstáculos provenientes de particulares, sin necesidad de recurrir a la justicia⁷⁰.

Pero, amén de la autotutela, para la protección del dominio público el Estado cuenta también, según se adelantó, con las acciones petitorias y posesorias del Derecho común⁷¹. Por ejemplo, podrá deducir judicialmente una acción reivindicatoria o posesoria en defensa de los derechos que le corresponden sobre los bienes del demanio. Va de suyo que en determinadas

⁶⁸ BIELSA, R., *Derecho administrativo*, Tomo III, cit., págs. 420-421; y MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., pág. 327.

⁶⁹ En igual sentido, MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 328-339; y DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 441-442.

⁷⁰ MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 329-330; DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 441-442; CASSAGNE, J.C., *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., págs. 344-345; y CANOSA, A., "El dominio público", cit., pág. 561.

No podemos sino compartir lo dicho por SANMARTINO en cuanto a que en el grado actual de avance del Estado de Derecho ya no cabe considerar a la policía como un poder inherente de la Administración, sino requerido de una expresa habilitación legal, tal como lo exige el principio de legalidad. En el caso del uso de la fuerza para preservar la materialidad o destino de los bienes demaniales, el autor considera que el artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 satisface dicho recaudo (ver su trabajo titulado "El régimen del dominio público...", cit., págs. 885-888). El propio SANMARTINO nos recuerda que también los particulares están autorizados a repeler por la fuerza cualquier amenaza a su posesión cuando el auxilio de la justicia fuere a llegar demasiado tarde -artículo 2471 del Código Civil-, lo cual con mayor razón deberá aceptarse en el caso de los bienes públicos (ob. cit., pág. 884).

⁷¹ MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 333-336.

circunstancias la judicial será la única vía apta para el ejercicio de los derechos involucrados⁷².

Adicionalmente, en determinados casos la actuación judicial del Estado vinculada a bienes del demanio también está revestida de ciertos privilegios, resultantes de la condición y destino de los bienes referidos. Así ocurre, por ejemplo, frente a la necesidad de desalojar al ocupante remiso de un bien público con motivo de la extinción de la concesión de uso que se le hubiere otorgado. El régimen vigente contempla, para tales casos, un proceso abreviado con posibilidades de defensa limitadas para el demandado⁷³.

5.3. Uso de los bienes del dominio público

El destino de uso público al cual están consagrados los bienes del demanio constituye, según ya se adelantó, el motivo que justifica la existencia de esa categoría jurídica y del régimen jurídico correlativo.

Ahora bien, ese destino admite distintos modos de concreción, de entre los cuales, por razones de espacio, nos limitaremos a examinar los dos más paradigmáticos: el uso común y el uso especial de los bienes demaniales.

Antes de pasar a analizar los aspectos distintivos de cada uno de esos dos tipos de uso, permítasenos hacer unas breves consideraciones comunes a ambos. Por de pronto, para señalar que la potestad de regular tales usos pertenecen a la jurisdicción (nacional o provincial) titular del bien. Ésta sí es una cuestión que pertenece estrictamente al ámbito del Derecho público, sobre la cual el legislador civil debe, por tanto, abstenerse de interferir⁷⁴.

Un segundo comentario general apunta a destacar que el acceso al uso de los bienes del dominio público puede ser tanto gratuito como oneroso⁷⁵. No

⁷² Piénsese, por ejemplo, en el reclamo de una deuda por el canon comprometido en el marco de un permiso o concesión, o en una pretensión de índole rescritoria derivada de los daños que un particular pudiere haber infringido a un bien demanial.

⁷³ Ver ley 17.091 (B.O. 9 de enero de 1967).

⁷⁴ CASSAGNE, J.C.; *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., pág. 346.

⁷⁵ DIEZ, M.M.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., pág. 456; y CASSAGNE, J.C., *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., pág. 347.

existen reglas absolutas en este sentido, sino que es facultad del legislador determinar, en función de la conveniencia pública, qué modalidad se aplica en cada caso. Es menester reconocer, de todas formas, que por regla general el uso común será gratuito, y sólo podrá ser oneroso cuando una norma establezca lo contrario; mientras que los derechos de uso especial de ordinario se otorgan a título oneroso, aunque tampoco está vedado que en ocasiones puedan conferirse gratuitamente.

Al caracterizar el uso común, los autores enfatizan que el mismo favorece a todos los hombres por su sola condición de tales, sin más requisito que el de respetar las disposiciones que lo reglamentan⁷⁶. Rigen en este ámbito, salvo disposición en contrario, los principios de libertad, igualdad y gratuidad.

Es dable observar que este carácter genérico e indeterminado de los destinatarios del uso común que se predica de los bienes demaniales impide hablar en el caso de un verdadero derecho subjetivo, en razón de la absoluta ausencia de una situación singularizada a favor de sus destinatarios⁷⁷. Estaríamos, pues, ante un mero interés simple a que la Administración despliegue adecuadamente el control y protección de tales bienes, pudiendo eventualmente el particular perjudicado por el deficiente ejercicio de tal poder de control recurrir los actos que aquélla dicte en ese terreno⁷⁸.

Sólo frente a circunstancias particulares, como ocurre con el frentista de una vía pública, el ribereño de un curso de agua o el lindero de un inmueble del dominio público, se admite que pueda existir una situación jurídica singular que amerite el reconocimiento de medios de protección más amplios y eficaces de los derechos o intereses de los sujetos involucrados. No existe, sin embargo, consenso en cuanto a si semejantes supuestos comportan una mera situación de hecho diferencial, o si dan lugar a la existencia de un verdadero derecho subjetivo a servirse del bien conforme a su destino e

⁷⁶ DIEZ, M.M.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., pág. 459.

⁷⁷ De allí que se lo haya definido como el "ejercicio de una facultad que forma parte integrante de la esfera de libertad que constitucionalmente le corresponde a los hombres" (VILLEGAS BASAVILBASO, B.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., pág. 196).

⁷⁸ VILLEGAS BASAVILBASO, B.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 202-206; y DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 470-471.

incluso, eventualmente, a percibir una indemnización en caso de que el bien lindero sea desafectado del dominio público⁷⁹.

A diferencia de lo que ocurre con el uso común, los derechos de uso especial, en cambio, en razón de su carácter privativo o exclusivo, dan lugar a la existencia de derechos subjetivos en sentido estricto, sean éstos perfectos o precarios, según el título que les haya dado origen en cada caso (concesión o permiso).

En efecto, en tanto el destinatario del uso común es genérico (el pueblo), los beneficiarios de los usos especiales son específicos y determinados. Tan es así que la adquisición de un uso especial requiere de un acto expreso del Estado en cuyo mérito el derecho sea otorgado o reconocido a una persona singularmente considerada⁸⁰. La necesidad de tal acto viene dada por el hecho de que la autoridad pública debe realizar un análisis de oportunidad sobre la conveniencia de otorgar los derechos privativos peticionados sobre el bien demanial⁸¹.

Para que la asignación de derechos de uso especial concilie con la condición demanial de los bienes involucrados es menester, por cierto, que el alcance de aquéllos no provoque un menoscabo sustancial al uso del bien por parte de la comunidad⁸².

⁷⁹ DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 465-467; y USLENGHI, Alejandro J., "La protección del usuario de los bienes del dominio público", en A.A.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, págs. 830-831.

⁸⁰ En caso de que el derecho de uso especial tenga su fuente en el instituto de la prescripción, cabría considerar que la voluntad estatal se expresó, genéricamente, a través de la norma que contempla tal modalidad de adquisición de los derechos de uso especial y fija los presupuestos que han de concurrir para que la misma tenga lugar. En ausencia de dicha norma, en efecto, no habrá razón para pretender haber adquirido el derecho en cuestión.

⁸¹ DIEZ, M.M.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., pág. 477.

⁸² DIEZ, M.M.; *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., pág. 481.

Los títulos que dan origen a derechos de uso especial sobre bienes del dominio público son el permiso, la concesión y la prescripción⁸³, siendo los dos primeros, desde luego, los más habituales⁸⁴.

La cualidad más destacable del derecho de uso nacido de un permiso reside, como es sabido, en su precariedad, dada la prerrogativa que conserva la autoridad otorgante de revocarlo por razones de interés público sin que tal extinción dé lugar a indemnización alguna⁸⁵. Esta circunstancia ha llevado a preguntarse si dicho título genera, verdaderamente, un derecho subjetivo en cabeza del permisionario⁸⁶.

Contra la debilidad propia del derecho nacido de un permiso, la concesión de uso de dominio público confiere al concesionario un derecho perfecto, que se incorpora de manera plena a su patrimonio. Ello no equivale a decir que la concesión no pueda revocarse si el interés público lo exige, pero tal extinción dará lugar a la consiguiente indemnización de los daños que irroge la supresión del derecho conferido⁸⁷.

⁸³ MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 390-391.

⁸⁴ Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que la usucapción como modo de adquisición de derechos de uso especial sobre bienes del demanio requiere que confluyan tres recaudos, a saber: que la prescripción se encuentre expresamente prevista por el legislador como medio idóneo para la adquisición de tales derechos, que el usucapiente haya usado del bien en forma privativa durante el lapso fijado por las normas a ese fin, y que tal uso continuado haya sido compatible con el destino propio del bien público (ver, al respecto, MARIENHOFF, M.S.; *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 549-551).

⁸⁵ Cfr. GRECCO, Carlos M., y MUÑOZ, Guillermo A.; *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 21-27.

⁸⁶ Cfr. GRECCO, C.M., y MUÑOZ, G.A.; *La precariedad en los permisos...*, cit., pág. 23.

⁸⁷ Para un tratamiento más extenso de la figura de la concesión de uso de los bienes del dominio público y de sus diferencias con el permiso, puede verse DE LA RIVA, Ignacio M.; "La concesión de uso del dominio público", en A.A.VV., *Tratado General de los Contratos Públicos*, obra dirigida por Juan Carlos Cassagne, La Ley, Buenos Aires, 2013, págs. 605-651.

6. Problemas actuales del dominio público y otras figuras afines

6.1. Los derechos reales administrativos

La teoría de los derechos reales administrativos, entendidos, según la feliz expresión de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ⁸⁸, como aquellos derechos reales cuyo objeto son cosas del dominio público, cuenta con una vasta aceptación en el Derecho argentino, tanto entre los cultores del Derecho administrativo como entre los civilistas que han abordado la materia⁸⁹.

Ya los trabajos seminales en materia de dominio público acogían la tesis favorable a la existencia de un derecho real administrativo en cabeza del titular de una concesión de uso sobre tales bienes, y como algo plenamente compatible con el carácter inalienable de esa categoría de bienes⁹⁰. La doctrina nacional no demoró mucho, sin embargo, en advertir que semejante conclusión presupone el reconocimiento de un auténtico derecho de propiedad administrativa en favor del Estado sobre los bienes demaniales (derecho real pleno, podemos agregar por nuestra parte), respecto del cual el derecho del concesionario comporta un desmembramiento, bien que de

carácter temporario y revocable por aquél⁹¹. Queda, así, evidenciado que el derecho real administrativo del concesionario pertenece a la familia de los derechos reales sobre cosa ajena (*iura in re aliena*).

Los derechos reales administrativos participan, claro está, de los caracteres propios de los derechos reales, de entre los cuales es dable destacar su naturaleza *erga omnes*, que permite a su titular hacerlos valer contra cualquier tercero, incluso frente al propio Estado titular del dominio sobre el bien. Ante un acto turbatorio emanado de la Administración, el titular de un derecho de uso especial sobre un bien demanial estará siempre en condiciones de ejercer las acciones pertinentes con vistas a resguardar su derecho.

El hecho de dotar de rango *real* a los derechos de uso especial de los bienes del dominio público tiene singular relevancia en orden a conferir solidez a la posición del concesionario de uso. Las restricciones inherentes a la condición demanial de los bienes involucrados ha sido siempre un obstáculo infranqueable para la constitución de gravámenes sobre esos mismos bienes. De allí que la visualización del derecho del concesionario como generador de una posición jurídica autónoma, de carácter real, abre las puertas a la posibilidad de transmitir, gravar e, incluso, registrar su derecho de uso especial, potenciando de un modo formidable las alternativas de tráfico comercial en torno al mismo. Entre otras cosas, tal jerarquización del derecho del concesionario le permite ofrecerlo en garantía real a sus eventuales prestamistas, con las consiguientes facilidades para financiar las obras que necesite llevar a cabo para un goce más eficiente del derecho de uso que le ha sido otorgado.

Nada de esto contradice, por cierto, ni pone en riesgo la afectación e indisponibilidad que se predicán de los bienes del dominio público. Lo que se transmite, grava o registra es, únicamente, el derecho de uso de que es

⁸⁸ Cfr. su clásica obra *Los derechos reales administrativos*, segunda edición, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989, pág. 29.

⁸⁹ MARIENHOFF, M.S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, cit., págs. 595-603; VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 244-251; DIEZ, M.M., *Derecho administrativo*, tomo IV, cit., págs. 507-512; FANELLI EVANS, Guillermo E., "La necesidad de recrear la confianza y los derechos reales administrativos", en *La Ley* 2003-C, págs. 1263 y ss.; y del mismo autor "Las concesiones de obra y de servicios públicos y los derechos reales administrativos", en la revista *Derecho administrativo*, núm. 21/23, 1996, págs. 93-108; BOQUÉ, Roberto, "Las relaciones reales administrativas", en AA.VV., *Dominio público (Naturaleza y régimen...)*, ya citado, págs. 275-301; DE REINA TARTIÉRE, Gabriel, "Derechos reales administrativos y publicidad registral", en AA.VV., *Dominio público (Naturaleza y régimen...)*, cit., págs. 495-515; y del mismo autor, "La teoría de los derechos reales administrativos", en dos entregas publicadas en *El Derecho (Administrativo)*, 2006, págs. 727-742 y 2008, págs. 512-535, respectivamente; y GURUDIAN LAROSA, Javier D., "La financiación en los contratos públicos y los derechos reales administrativos", revista *Derecho administrativo*, núm. 48, págs. 337-354.

⁹⁰ Cfr. SPOTA, Alberto G., "¿Pueden los titulares de concesiones y ocupaciones temporarias de bienes del dominio público deducir acciones posesorias? ¿Proceden éstas contra el poder concedente?", en *La Ley*, Tomo 2, págs. 402-408.

⁹¹ Cfr. DIEZ, M., *Dominio público...*, cit., págs. 417-418; y DE REINA TARTIÉRE, Gabriel, "La teoría de los derechos reales administrativos: vigencia y aplicación en el Derecho Argentino", en *El Derecho (Administrativo)*, 2006, pág. 737.

Cabe recordar, a este respecto, que ya Louis RIGAUD, en su libro *La théorie des droits réels administratifs* (publicado en París en 1914, citado por DE REINA TARTIÉRE en "La teoría de los derechos reales administrativos: vigencia y aplicación...", cit., págs. 733-734), siguiendo las enseñanzas de su maestro Hauriou, identificó el dominio público como un verdadero derecho de propiedad.

titular el particular (léase, el concesionario), no el dominio sobre el bien, que permanece en cabeza del Estado y es, éste sí, intransferible. De esta manera se favorece un mejor aprovechamiento económico y social de los bienes del demanio sin traicionar los fundamentos y alcances históricos de la figura⁹².

La naturaleza del objeto sobre el cual recaen tales derechos –esto es, el dominio público– les confiere, como es obvio, su estirpe administrativa y, por carácter transitorio, tiñe de un halo jurídico público el Derecho que los rige. En este sentido, el alcance de las prerrogativas en manos de los titulares de este tipo de derechos estará, necesariamente, condicionado a la imposibilidad congénita de enajenar el dominio de los bienes involucrados y a la prohibición de alterar la finalidad de uso público a la cual se encuentran afectados⁹³.

Desde esta perspectiva se entiende y justifica que la doctrina ponga énfasis en el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales privados, el derecho real administrativo reconocido al concesionario de uso no se ejerce a través de la posesión, sino sólo por medio de la tenencia⁹⁴. El titular de tal derecho real administrativo sobre un bien del dominio público no ocupa, por tanto, la cosa como propia, sino que reconoce en otro (el Estado) la propiedad del bien. Tal circunstancia le veda por completo la posibilidad de desplegar actos posesorios sobre el bien en cuestión.

⁹² En este sentido, ver MAIRAL, H., "Nuevas ideas en materia de dominio público", cit., págs. 103-111; y CASSAGNE, J.C., *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., págs. 315-336.

⁹³ Con toda razón señala DE REINA TARTIÈRE que "ningún uso podrá permitirse, ni siquiera a quien se repite como titular o propietario, que no se conforme con el destino de la cosa; ningún aprovechamiento especial, ningún disfrute podrá autorizarse si resulta contrario al fin al que el bien se encuentra vinculado; como no será válido ningún acto de enajenación sobre un bien no desafectado, por encontrarse destinado todavía al uso, directo o indirecto, de la comunidad" (ver su trabajo "La teoría de los derechos reales administrativos: fundamentos, ámbito y tipología", en *El Derecho (Administrativo)*, 2008, pág. 520).

⁹⁴ Cfr. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, tomo I, cuarta edición actualizada, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, págs. 175-177 y 323-324; y BOQUÉ, R.; "Las relaciones reales administrativas", cit., págs. 282 y ss.

A la luz de lo expuesto, y a modo de recapitulación de las notas esenciales a este tipo de derechos, cabe observar que su carácter *real* los hace oponibles *erga omnes* y susceptibles de ser transmitidos, gravados y registrados; su naturaleza *administrativa*, derivada de la índole del objeto sobre el que recaen, limita el alcance de las facultades de su titular, en tanto las mismas deben resultar compatibles con la inalienabilidad de los bienes demaniales y con el destino al que están consagrados; por último, el hecho de que –en el caso del concesionario– se trate de derechos sobre cosa ajena, impide atribuir a su titular la posesión de los bienes objeto de estos derechos, de modo que su ejercicio se despliega a través de su mera tenencia.

6.2. La propiedad fiduciaria sobre bienes públicos

Durante los últimos años se ha observado en nuestro medio un creciente uso del fideicomiso para la atención de necesidades colectivas, en particular en materia de infraestructuras públicas⁹⁵. Pese a ello, el tratamiento de los fideicomisos públicos por parte de la doctrina ha sido, hasta el presente, más bien escaso, sobre todo si se lo compara con el profuso interés que la figura del fideicomiso ha despertado en el campo del Derecho privado⁹⁶.

⁹⁵ Debe tenerse presente, en este sentido, que si bien la técnica del fideicomiso estuvo, desde siempre, prevista en el Código Civil argentino (artículos 2662 y concordantes), recién a partir de fines del año 1994 el legislador aprobó un régimen específico en la materia, al sancionarse la ley 24.441 (B.O. 16 de enero de 1995). A la fecha, sin embargo, nuestro país no cuenta con un marco jurídico especial del fideicomiso público.

⁹⁶ Los principales aportes referidos al fideicomiso público han sido realizados por JAVIER GUIRUDIAN LAROSA (ver su libro *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras (Nuevas formas de gestión y financiación)*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, págs. 104-122; y sus trabajos "Dominio público y fiducia", en AA.VV., *Dominio público (Naturaleza y régimen de los bienes públicos)*, coordinado por Gabriel de Reina Tartièrre, Helasta, Buenos Aires, 2009, págs. 301-339; y "El fideicomiso público como técnica de financiación contractual administrativa", en *El Derecho*, Suplemento administrativo, Buenos Aires, diario del día 23 de octubre de 2003, págs. 8-10); EDUARDO MERTEHIAN ("Acercas de la utilización de fideicomisos por el sector público", en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, págs. 539-547; "Utilización de fideicomisos por el sector público y la Ley N° 26.095 que crea cargos específicos para la construcción de infraestructura energética", en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm. 339, Buenos Aires, 2006, págs. 37-49; y "Nuevas alternativas de financiación de la contratación administrativa", en <http://www.>

El contrato de fideicomiso da origen a la transferencia del dominio fiduciario sobre los bienes sobre los cuales recae. Tal dominio es, según lo establecido por el legislador, un dominio imperfecto, no pleno, en tanto construye a su titular a emplear el patrimonio afectado en fideicomiso al logro de la finalidad impresa en el título que le da origen. Configura, además, un dominio temporario, no perpetuo o definitivo, sujeto a una condición resolutoria (el cumplimiento de la antedicha finalidad) o al plazo de extinción del fideicomiso⁹⁷.

Entre los rasgos distintivos del fideicomiso destacan, como es sabido, su aptitud para afectar un patrimonio determinado a la finalidad preñada en el marco del contrato respectivo, preservando de esa forma los bienes que lo conforman del alcance de los acreedores del fiduciante (titular originario de los bienes) y del fiduciario (a quien se transfieren, en calidad de propiedad fiduciaria, esos mismos bienes)⁹⁸.

El problema que la figura del fideicomiso público plantea de cara al dominio público se centra en la necesidad de dilucidar, precisamente, en qué medida los bienes que integran esta última categoría son o no susceptibles de formar parte del patrimonio fideicomitido. Dicho en términos más concretos, ¿puede el Estado, al constituir un fideicomiso, transferir a un tercero la propiedad fiduciaria sobre bienes del dominio público?

Los reparos a tal alternativa se plantean, fundamentalmente, a partir de la observación de que la constitución del fideicomiso comporta un acto de disposición, que sería contrario, como tal, a la regla de la inalienabilidad de los bienes del dominio público⁹⁹.

revistap.com.ar/circularletter_13.htm); Claudio M. KIRER y Silvio V. LISOPRAWSKI (*Tratado de fideicomiso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004); y Manuel C. GÓMEZ DE LA LASTRA ("El Estado fiduciante", *La Ley* 2003-B, págs. 1311 y ss.). Más recientemente, es sumamente ilustrativo el capítulo publicado por Susy Inés BELLIO KNOLL bajo el título "El fideicomiso", en la obra colectiva *Tratado general de los contratos públicos*, dirigida por Juan Carlos Cassagne, La Ley, Buenos Aires, 2013, págs. 835-879. Cabe citar, por último, los trabajos de José Luis CARROGNO y Silvio LISOPRAWSKI ("El denominado fideicomiso público existe pero no existe", diario *La Ley* del 27 de febrero de 2007, págs. 1 y ss.).

⁹⁷ Así resulta del juego armónico de los artículos 2507, 2662 y 2663 del Código Civil, y 1° y II de la ley 24.441.

⁹⁸ Ver los artículos 14, 15 y 16 de la ley 24.441.

⁹⁹ GURUDIAN LAROSA, J.D.: "Dominio público y fiducia", cit., págs. 328-331.

Una segunda objeción apunta a señalar que, aun cuando el patrimonio fiduciario quede al margen de los acreedores del fiduciante y del fiduciario, el mismo responde por las deudas contraídas por este último para la ejecución del fideicomiso, lo cual supone que está expuesto a su eventual ejecución y a su consiguiente enajenación forzosa¹⁰⁰.

La doctrina nacional que se ha ocupado del tema es, por tales motivos, mayoritariamente contraria a admitir que los bienes del dominio público puedan ser objeto de fideicomiso¹⁰¹.

Cabría preguntarse, en todo caso, si de modo excepcional podría el Estado transferir el dominio fiduciario sobre un bien demanial en términos que dejen a resguardo su titularidad estatal y su destino de uso público. Estamos pensando en el hipotético caso de un fideicomiso bajo el cual se vede al fiduciario toda posibilidad de disponer o gravar el referido bien¹⁰² (eventualmente, podría gravar sus frutos), donde el beneficiario sea el pueblo¹⁰³, y en cuyo marco se designe al Estado como fideicomisario (beneficiario final) a quien será restituído el bien a la extinción del fideicomiso.

¹⁰⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, tercera edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2009, pág. 298; y GURUDIAN LAROSA, J.D., "Dominio público y fiducia", cit., págs. 332-333.

¹⁰¹ Además de los autores ya citados en la nota precedente, comparten la misma opinión DRUETTA, Ricardo Tomás, y GUGLIEMINETTI, Ana Patricia, en su obra *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comenta y anota*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 11.

¹⁰² MERTENIKIAN, en cambio, entiende que los bienes del dominio público podrían ser objeto de fideicomiso "previa desafectación formal" (ver su trabajo "Acercas de la utilización de fideicomisos..." cit., pág. 544). A nuestro juicio, tal afirmación comporta un mero juego semántico, dado que a partir de su desafectación el bien ya no formará parte del dominio público (en igual sentido, ver GURUDIAN LAROSA, J.D.: "El fideicomiso público como técnica..." cit., pág. 9).

¹⁰³ El artículo 17 de la ley 24.441 prevé, en este sentido, que "el fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario" (énfasis añadido).

¹⁰⁴ Tal es, de todos modos, lo que habitualmente ocurre en el caso de los fideicomisos públicos (cfr. BELLIO KNOLL, S.I.: "El fideicomiso", cit., págs. 849 y 867).

Un enfoque de este tipo permitiría extender el horizonte de las ventajas del fideicomiso como instrumento al servicio de la explotación más eficiente de los bienes públicos, en la línea de la constitución de derechos reales administrativos sobre este tipo de bienes¹⁰⁴.

En última instancia, podría pensarse que dado el carácter instrumental y temporal (es decir, no pleno ni definitivo) del dominio fiduciario, su transferencia supondría, *per se*, un acto de disposición no necesariamente incompatible en todos los casos con la inalienabilidad de los bienes del demanio.

6.3. Publicidad registral de los bienes del dominio público

Entre los diversos privilegios inherentes al régimen exorbitante de los bienes del dominio público, tradicionalmente se ha reconocido a los titulares de derechos sobre los mismos, aptitud para oponerlos a terceros con prescindencia de la ausencia de su constancia registral, omisión esta última derivada, a su vez, de la no necesidad de matriculación que se predica de estos bienes¹⁰⁵. La razón de ser de tal prerrogativa se ha vinculado al hecho de que la publicidad aneja al destino de uso público de dichos bienes vendría a suplir con creces la publicidad meramente formal que emana del sistema registral¹⁰⁶. A dicho argumento se añade, además, otro motivo fundante de tal exclusión, cual es la circunstancia de tratarse de bienes que están fuera del tráfico jurídico¹⁰⁷.

En el Derecho argentino, los bienes demaniales se encuentran exentos del deber de matriculación que rige para los inmuebles en general, como

recaudo para la posterior inscripción de los títulos que se constituyan sobre ellos¹⁰⁸. Este tratamiento de excepción no está, sin embargo, libre de dificultades¹⁰⁹.

La doctrina autóctona viene llamando la atención sobre la conveniencia de rever el régimen tradicional en este campo. Tal moción ha cobrado particular impulso a partir de la incorporación al ordenamiento local de normas que autorizan, de forma expresa, la constitución de derechos reales sobre bienes del dominio público, derechos cuya oponibilidad *erga omnes* requiere, ineludiblemente, de la debida constancia registral¹¹⁰.

Es, pues, indudable que la posibilidad de dejar constancia en el registro público inmobiliario de los derechos reales constituidos sobre bienes demaniales contribuiría al ejercicio y tráfico de esos derechos en un marco de mayor seguridad jurídica. El principal escollo para avanzar en esa dirección reside, sin embargo, en la falta de matriculación de los bienes sobre los cuales recaen tales derechos.

6.4. El dominio originario de los recursos naturales

En el año 1994, con motivo de la última reforma de la Constitución argentina, se añadió un segundo párrafo a su artículo 124, que quedó redactado en los términos que siguen: "corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio".

¹⁰⁸ Artículo 10 de la ley 17.801 (B.O. 10 de julio de 1968).

¹⁰⁹ No es casual que en el Derecho comparado haya prevalecido la corriente revisora del enfoque tradicional que libera a los bienes demaniales de las obligaciones registrales. Es conocido entre nosotros el caso de España, que ha terminado por consolidar esa tendencia con la sanción de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE 4 de noviembre de 2003). Estas últimas están, a partir de entonces, obligadas a inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, "sean demaniales o patrimoniales", así como todos los actos o contratos referidos a ellos susceptibles de inscripción (artículo 36.1).

¹¹⁰ Se ha hecho hincapié, en este sentido, en la facultad de constituir derechos de anticresis reconocida por el artículo 15 de la ley 24.093 (B.O. 23 de junio de 1992), que regula las actividades portuarias. Ver GUINDLIAN LAROSA, J., *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras...*, cit., pág. 97; y DE REINA TARTIÉRE, Gabriel, "Derechos reales administrativos y publicidad registral", cit., pág. 497.

¹⁰⁴ Esta perspectiva de análisis ha sido desarrollada entre nosotros por Roberto A. Boqué en un interesante artículo, titulado "El dominio fiduciario y los derechos reales administrativos. ¿Transmisión fiduciaria de las cosas del dominio público?", publicado en la revista *Derecho administrativo*, núm. 61, Buenos Aires, 2007, págs. 648-677.

¹⁰⁵ DE REINA TARTIÉRE, G.; "Derechos reales administrativos y publicidad registral", cit., pág. 495.

¹⁰⁶ CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, "La inalienabilidad del dominio público", *Revista de Administración Pública*, núm. 25, Madrid, 1958, pág. 77; y HORGUÉ BAENA, Concepción, "Bienes públicos y Registro de la Propiedad", pág. 462.

¹⁰⁷ DE REINA TARTIÉRE, Gabriel; "Derechos reales administrativos y publicidad registral", cit., págs. 497-498.

Ante la lacónica fórmula impresa en la cláusula constitucional, a partir de entonces se ha suscitado un intenso debate acerca del alcance y significado precisos de la expresión *dominio originario* inserta al texto, el cual ha sido objeto de las interpretaciones más dispares.

Algunos autores entienden que el dominio originario a que hace referencia el precepto constitucional aludido sería equiparable al derecho real de dominio previsto en el artículo 2506 del Código Civil¹¹¹. Otros sostienen que se trata de un tipo de propiedad de carácter público, lo que los lleva a asimilarlo al dominio público y a postular la aplicación a su respecto de las notas inherentes a su régimen jurídico, es decir, la inalienabilidad y la imprescriptibilidad¹¹². Están, finalmente, quienes reconducen la noción de dominio originario a la de dominio eminente, concebido como poder soberano atribuido al Estado sobre todos los bienes (sean o no de su propiedad) situados dentro de su territorio¹¹³.

Lo cierto, sin embargo, es que el constituyente no quiso emplear ninguna de las expresiones antedichas, sino que acuñó una distinta, la de dominio originario, lo cual obliga a indagar sobre los verdaderos contornos de esta novedosa figura asumiendo que se trata de una categoría ajena a las anteriores y, por ende, con perfiles propios. Es forzoso admitir, en tal sentido, que el dominio originario consagrado en la Constitución no participa de las notas esenciales de ninguna de las restantes modalidades de dominio mencionadas: es indisponible¹¹⁴, lo

¹¹¹ Cfr. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, cuarta edición actualizada, Zavalla, Buenos Aires, 2007, pág. 623; y PRIETO, Hugo N., "El dominio originario de los recursos naturales. La titularidad de las provincias y sus consecuencias en materia de hidrocarburos", en *La Ley* Suplemento Constitucional 2005, págs. 11 y ss. Debe señalarse, no obstante, que este último autor entiende que, además de la propiedad de los recursos naturales como derecho real de dominio, el artículo 124 de la Constitución comprende el dominio eminente (ver el trabajo citado, pág. 13).

¹¹² Cfr. CATALANO, Edmundo F., *Código de Minería (comentado)*, décima edición, Zavalla, Buenos Aires, 2006, págs. 76-78. Es menester aclarar, sin embargo, que en el marco de las reflexiones que dedica a analizar la naturaleza del dominio minero, CATALANO no llega a sostener la completa identificación de dicha noción con el dominio público (ob. cit., págs. 66 y ss.).

¹¹³ Cfr. SARAVIA, Luis Adolfo, "El petróleo y las provincias", en *La Ley*, 1999-B, págs. 1182 y ss.

¹¹⁴ El Estado titular de dicho dominio no puede, en efecto, transferirlo, sino únicamente ceder su explotación y, consiguientemente, el derecho de apropiación del producto obtenido por parte de quien explota el recurso.

cual impide asimilarlo al dominio civil, carece de una afectación efectiva y actual al uso público, lo cual lo excluye del dominio público; y se diferencia, en fin, del dominio eminente, por cuanto éste se traduce más en un poder de imperio sobre los bienes y las personas dentro del ámbito territorial del Estado, mientras que aquél exterioriza una auténtica propiedad sobre los bienes a los cuales alcanza.

Para avanzar en la dilucidación del significado de la noción estudiada, resulta útil recordar que la misma proviene de la legislación minera vernácula¹¹⁵, que atribuye el dominio originario de las minas al Estado, por oposición a la propiedad minera que se adquiere, derivadamente, por concesión legal. Tal observación arroja luz sobre el aspecto, a nuestro modo de ver, esencial y definitorio de la figura, cuales el carácter primitivo, innato, es decir, no derivado o transferido por otro, del dominio consagrado. El dominio originario, en suma, es aquél que no reconoce la existencia de un dueño anterior, sino que pertenece a su titular por derecho propio y desde un principio¹¹⁶.

A partir de esta concepción del dominio originario, es posible comprender que su titular (el Estado nacional o las provincias, según los casos) puedan asignar y transferir a terceros derechos de explotación sobre los recursos involucrados, dando así origen a un dominio útil (este sí derivado) en cabeza del concesionario sobre el producido de la actividad desplegada para la extracción y aprovechamiento del recurso¹¹⁷.

El dominio originario adquiere de esta forma un sesgo indiscutiblemente publicista, que aparece claramente reflejado en el régimen jurídico aplicable,

¹¹⁵ Cfr. el artículo 10 del Código de Minería argentino.

¹¹⁶ CATALANO, E.F., *Código de Minería (comentado)*, cit., pág. 68.

Por nuestra parte, hemos tenido ocasión de plantear esta idea en trabajos anteriores dedicados al tema. Ver CASSAGNE, Juan Carlos, "Acercas de la noción de dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales", en *Jurisprudencia Argentina*, número especial 2010-III sobre Dominio Público, Abeledo-Perrot, pág. 19; y DE LA RIVA, Ignacio M., "Dominio y jurisdicción sobre hidrocarburos en nuestro sistema federal: un auténtico rompecabezas para armar", en *El Derecho*, diario del 19 de septiembre de 2008, pág. 6.

¹¹⁷ Así, el dominio derivado en materia minera ha sido identificado con el llamado *dominio útil*, que se traduce en un derecho de explotación del recurso sobre el cual recae (cfr. CASSAGNE, J.C., "Acercas de la noción del dominio público...", cit., págs. 18-20).

cuyo eje está puesto en garantizar el aprovechamiento racional y sustentable de los recursos naturales. En este sentido, y por sólo mencionar sus elementos más salientes, cabe señalar que:

- a. el sujeto titular del dominio originario es, necesariamente, público (el Estado nacional o una provincia, según los casos, tal como lo establece el propio texto constitucional arriba comentado); y que
- b. resulta intransferible¹¹⁸ (de allí que frecuentemente se lo califique de inalienable), y sólo puede cederse, en todo caso, la explotación de los recursos sobre los que recae, en un marco que garantice su aprovechamiento racional y sustentable.

6.5. La propiedad comunitaria indígena

Con ocasión de la reforma constitucional de 1994, se incorporó también a la Carta Magna argentina la figura de la propiedad comunitaria indígena, consistente en el reconocimiento en favor de las comunidades indígenas de "la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan"¹¹⁹. La misma norma contempla, además, a favor de los pueblos originarios la posibilidad de que se les haga "entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano"¹²⁰.

El carácter comunitario de la propiedad indígena se aparta notoriamente de los moldes de nuestro sistema clásico de derechos reales, basado en la propiedad individual y exclusiva¹²¹. La titularidad de la propiedad indígena recae, pues,

¹¹⁸ Tal como lo demuestra el hecho de que el dominio originario del Estado existe antes, durante y después de la concesión mediante la cual el propio Estado otorga derechos de explotación en favor de un tercero sobre el bien involucrado (cfr. PIGRERTI, Eduardo A.; *Código de Minería y Legislación de Hidrocarburos Comentados*, 4ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 28).

¹¹⁹ Artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional argentina.

¹²⁰ Ídem. nota anterior.

¹²¹ Se ha destacado, a este respecto, el sentido extrapatrimonial y hasta religioso con que concibe el aborigen el vínculo con su tierra, claramente distinto del que inspira la propiedad de cuño romanista (CORNA, Pablo María, y FOSSACHECA, Carlos Alberto; "La propiedad indígena comunitaria: un análisis crítico del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado", en *El Derecho*, Tomo 249, pág. 792).

en cabeza de la comunidad indígena pertinente. El goce de las prerrogativas emanadas de tal propiedad se ha de ejercer, por tanto, colectivamente, a través de quienes legítimamente representen a la comunidad¹²².

Otro rasgo característico de esta singular modalidad de propiedad, expresamente previsto por el propio constituyente, es su inalienabilidad¹²³. Esta exclusión de las tierras de propiedad indígena del tráfico negocial es vista, sin embargo, por ciertos autores como un elemento del régimen difícil de conciliar con la posesión que el mismo texto constitucional confiere a las comunidades indígenas¹²⁴.

A partir del principio antedicho, se entiende que la propiedad indígena no es susceptible de negocios tales como la compraventa, la donación, la permuta, el fideicomiso, la hipoteca y el usufructo, entre otros¹²⁵. Se acepta, en cambio, que pueda ser objeto de gravámenes que afecten su uso y goce, dentro de límites compatibles con la naturaleza del derecho reconocido por el constituyente¹²⁶.

Cierto sector doctrinario ha aventurado que esta novedosa forma de propiedad compartida se aproximaría, en sus notas esenciales, a la propiedad

¹²² Los autores que se ocupan del tema coinciden en la necesidad de que la comunidad indígena se encuentre debidamente registrada como tal para poder encarnar la propiedad que el texto constitucional le reconoce (ABREUT DE BEGHER, Liliana E.; *Propiedad indígena*, La Ley, Buenos Aires, págs. 12-13; y ALTERINI, Jorge Horacio, CORNA, Pablo María, y VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra, *Propiedad indígena*, Educa, Buenos Aires, 2005, pág. 148). El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, creado por ley 23.302, tiene a su cargo llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas. Según lo dispone la cláusula constitucional citada con relación a las tierras en cuestión, "ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos".

La doctrina justifica esta limitación en el hecho de que la subsistencia de los pueblos indígenas está estrechamente ligada a la tierra en que se encuentran afincados (CORNA, P.M., y FOSSACHECA, C.A.; "La propiedad indígena comunitaria...", cit., pág. 798). Ver, sobre este punto, BOQUÉ, R.; "Las relaciones reales administrativas", cit., págs. 298-299.

¹²³ ALTERINI, J.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A., *Propiedad indígena*, cit., pág. 174; y CORNA, P.M., y FOSSACHECA, C.A., "La propiedad indígena comunitaria...", cit., pág. 798.

¹²⁴ ABREUT DE BEGHER, L.E.; *Propiedad indígena*, cit., pág. 19. En contra, CORNA, P.M., y FOSSACHECA, C.A.; "La propiedad indígena comunitaria...", cit., pág. 798.

que le corresponde al Estado sobre los bienes del dominio público¹²⁷. La inalienabilidad sentada por el texto constitucional brinda, desde luego, algún sustento a tal comparación¹²⁸. Debe observarse, no obstante, que a diferencia del dominio público, que puede ser desafectado, la propiedad indígena está sujeta a una prohibición de enajenación de carácter permanente, que sólo podría ser removida a partir de una reforma constitucional.

Es reiterada la alusión al carácter originario de la propiedad indígena, por cuanto la misma no reconoce antecesor¹²⁹. La cláusula constitucional no habría hecho otra cosa que reconocer un derecho ancestralmente preexistente en cabeza de sus titulares aborígenes mucho antes, incluso, de la organización institucional de la Argentina.

Semejante punto de vista merece, al menos, un par de precisiones.

En primer lugar, es menester distinguir la situación creada por cada una de las dos mandas constitucionales arriba transcritas. La primera de ellas importa, sí, el reconocimiento de una situación fáctica y jurídica precedente a su incorporación al marco constitucional (la posesión y propiedad por aquellas comunidades de tierras tradicionalmente ocupadas por ellas). En ese caso, la condición originaria del título es innegable. La segunda cláusula, en cambio, hace referencia a la eventual entrega de otras tierras aptas para el desarrollo humano de tales comunidades, lo cual denota el carácter necesariamente derivado del derecho que en definitiva adquieran los indígenas tras la transmisión de estas tierras, en caso de producirse.

La segunda cuestión que suscita la naturaleza originaria que se atribuye a la propiedad indígena es de índole instrumental. Es obvio que, al sancionarse la

¹²⁷ ALTERINI, J.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A., *Propiedad indígena*, cit., pág. 174. En contra, ABREUT DE BEGHER, L.E., *Propiedad indígena*, cit., pág. 9.

¹²⁸ Hay quienes postulan, incluso, la innecesidad de cumplir con el recaudo de la publicidad registral cuando se trata de tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas (ALTERINI, J.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A., *Propiedad indígena*, cit., pág. 165; y CORNA, P.M., y FOSSACECA, C.A., "La propiedad indígena comunitaria...", cit., pág. 797).

¹²⁹ Ver, en este sentido, ALTERINI, J.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A., *Propiedad indígena*, cit., págs. 161-163; ABREUT DE BEGHER, L.E., *Propiedad indígena*, cit., pág. 23; y CORNA, P.M., y FOSSACECA, C.A., "La propiedad indígena comunitaria...", cit., pág. 796.

reforma constitucional en 1994, muchas de las tierras involucradas (si no todas) estaban en manos de otros dueños, bajo el régimen hasta entonces vigente. El marco constitucional aprobado no se hace cargo de esta circunstancia, pero ello no evita tener que instrumentar de alguna manera el traspaso (aunque no sea más que formal, en el entendimiento de que la cláusula constitucional es operativa) de las propiedades en cuestión, e indemnizar debidamente a aquellos que hayan sido despojados de las mismas¹³⁰.

¹³⁰ Con acierto, se ha señalado que el caso comporta un típico supuesto de responsabilidad del Estado por actividad lícita (ALTERINI, J.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A., *Propiedad indígena*, cit., pág. 163).