LOS RECURSOS NATURALES EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Por HUGO N. PRIETO*

Publicado en: CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA A 25 AÑOS DE LA REFORMA DE 1994. EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL Democracia y participación política. Nuevos derechos y garantías. Reformas a la parte orgánica. Consolidación del federalismo. Análisis de los convencionales constituyentes Iván José María Cullen – Antonio María Hernández –Hugo Prieto – Horacio Rosatti. (Manili, PABLO L. – coordinación). Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

1. Introducción. 2. Los recursos naturales en la Constitución de 1994. 3. Medio ambiente. 4. Pueblos indígenas. 5. Tratados internacionales. 6. El dominio originario. 7. Jurisdicción. 8. Colofón.

1. Introducción.

La convención constituyente de 1.994 fue la más democrática de nuestra historia, surgió de elecciones libres y fue integrada por representación proporcional -con piso mínimo- que permitió el acceso de minorías de prácticamente todo el espectro político e ideológico. El previo consenso político mayoritario que activó el proceso constituyente, explicitado jurídicamente en la ley 24.309 -declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional, sancionada con la mayoría que exige el art. 30 C.N.-, se prolongó y extendió en sus deliberaciones, que concluyeron con la solemne jura del nuevo texto por todos quienes la integraran, pese a los cuestionamientos políticos intensos -si bien minoritarios- que expresaron durante el proceso de reforma. Así, la Asamblea de 1994 cuenta con el atributo de ser la más representativa de la historia argentina.[1]

En pocas palabras: la Constitución de 1994, goza de la mayor legitimidad –política

* Profesor regular ordinario de grado en la Universidad Nacional del Comahue y de postgrado en la U.B.A. Convencional Constituyente Nacional (1994). Convencional Constituyente Provincial de Neuquén (2005/2006).

[1] C.S.J.N., “Schiffrin” Fallos 340:257, voto del Dr. Rosatti, considerando 11º.

y jurídica- en tanto es el producto del poder constituyente,[2] de origen y ejercicio representativo y democrático. Circunstancia que no sólo no pueden desconocer sus intérpretes –cada Poder del Estado, en todas las jurisdicciones- sino que, también y especialmente por ello, deben considerar escrupulosa y concienzudamente.[3]

La ley 24.309 habilitó para su debate y resolución en la convención constituyente, entre otros puntos, el "fortalecimiento del régimen federal" (art. 3º, inciso A) como finalidad proclamada de la reforma e intención del constituyente.

Estas circunstancias también, necesariamente deben ser consideradas al tiempo de su interpretación, por todos los poderes constituidos.[4]

Así, es en el marco descripto que cabe considerar, particularmente, las referencias de la Constitución a los recursos naturales cuando de desentrañar su significado, sentido y alcance se trate.

2. Los recursos naturales en la Constitución de 1994.

Recursos naturales son el "conjunto de los componentes de la naturaleza susceptibles de ser aprovechados para la satisfacción de sus necesidades y tengan valor

[2] El poder constituyente "…es un ser social y no un debe ser; es proceso político y no producto jurídico" (QUIROGA LAVIE, Humberto, "Derecho Constitucional", p. 44, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987)". Sea originario o sea derivado, "en ambos supuestos estaríamos ante el ejercicio de una misma sustancia de poder, tanto cuando se constituye inicialmente como cuando se reforma ulteriormente: siempre es poder constituyente" (VANOSSI, Jorge Reinaldo, "Teoría Constitucional", t. 1, p. 137 (Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, 2ª ed.).

[3] "En el momento en que la Asamblea Constituyente sesiona, lo hace entonces en base a un consenso de altísimo grado democrático, producto de procesos electorales que permiten la más amplia expresión posible de la voluntad ciudadana. Frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización constitucional [que traza su texto][…] [(causa "Intendente Municipal", (Fallos: 337: 1263, considerando 13)". (C.S.J.N. Fallos 340:257, considerando 25º, "Schiffrin").

[4] "Es muy claro que una Constitución no es simplemente un texto sino una práctica compleja y, para ella, resulta fundamental su interpretación. Para realizar esta interpretación es importante conocer la intención del legislador, en este caso de los señores convencionales constituyentes… Nuestra intención con estas reformas es también la de fortalecer el federalismo…" (Discurso de Raúl ALFONSÍN, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Santa Fe – Paraná, 1994, t. IV.)

actual o potencial, tales como el paisaje natural, las aguas superficiales y subterráneas, el suelo, subsuelo y las tierras, la biodiversidad, la geodiversidad, los recursos genéticos y los ecosistemas que dan soporte a la vida, los hidrocarburos, los recursos hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares, la atmósfera y el espectro radioeléctrico, o los minerales, las rocas y otros recursos geológicos renovables y no renovables".[5]

De todo lo que incluye la –excelente- conceptualización es de lo que hablamos cuando hablamos de recursos naturales, cuyo dominio originario -con las precisiones que habré de hacer- les corresponde a las provincias.

A partir de la reforma de 1994 existen en la Constitución tres referencias explícitas a los recursos naturales, y dos en tratados internacionales de jerarquía constitucional, todas interrelacionadas, que analizaré en el orden del articulado de la Constitución.

3. Medio ambiente.

3.1. La primera es la del segundo párrafo del artículo 41, norma programática que impone a las autoridades proveer a la protección del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer a las generaciones futuras (enunciado en el primer párrafo como derecho-deber de todos los habitantes) y, entre otras directivas, a la utilización racional de los recursos naturales.

3.2. "Las autoridades" es un término omnicomprensivo, que incluye a todos los Poderes del Estado, de todos los niveles (federal, provincial, municipal y de la ciudad autónoma) pero particularmente al Legislativo, que es el llamado a dictar las normas reglamentarias de la Constitución mediante normas generales y obligatorias, aunque es creciente la tendencia a hacerlo por los otros poderes, invadiendo la función legislativa (que supone representatividad política y deliberación colectiva), en tanto los actos de los poderes

[5] Real Academia Española. Diccionario del español jurídico, http://dej.rae.es/#/entry-id/E207480, última entrada 23/11/2018. Excelente definición.

Ejecutivo y Judicial deben conformarse a las leyes –que siempre resultan reglamentarias de la Constitución- y asegurar así su cumplimiento.

Y, muy especialmente, el mandato constitucional resulta especialmente dirigido a las provincias, que son las titulares del dominio de los recursos naturales y, consecuentemente, extensas facultades de jurisdicción sobre ellos, por cuanto -por principio- siguen al dominio, cuestión que ampliaré más adelante.

3.3. El tercer párrafo de la norma constitucional, "corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales", delimita las facultades concurrentes de cada jurisdicción y atribuye a cada una las competencias en la materia y no alcanza a la "utilización racional de los recursos naturales", competencia que –por principio- es de las provincias.

4. Pueblos indígenas.

4.1. La segunda referencia de la Constitución a los recursos naturales es la del artículo 75, inciso 17, que atribuye al Congreso la facultad de "reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos" (primer párrafo) y "Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones" (último párrafo).

4.2. El primer párrafo de la cláusula, antes que conferir una atribución al Congreso aparece como una declaración en sí misma, porque surge de la propia norma el reconocimiento, simbólico y reparador tanto como histórico,[6] de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Los párrafos siguientes, en cambio, precisan los principales aspectos de las políticas

[6] BIDART CAMPOS, Germán J. Tratado elemental de derecho constitucional, t. VI, pág. 371, Buenos Aires, Ediar, 1995.

acerca de las cuales deben legislar los estados (nacional y provinciales, porque se trata de facultades concurrentes), en el sentido que establece la cláusula. De modo que no son autoaplicativas, requiriendo de normas infraconstitucionales para su efectivización[7] pero que, no obstante, impiden al legislador sancionar normas que lo contraríen. Son numerosas las leyes nacionales sobre la materia objeto de la cláusula que fueron sancionadas, antes y después de la reforma de 1994.[8]

4.3. El tercer párrafo de la norma en análisis establece un mandato constitucional para asegurar la participación de las comunidades en la gestión de "sus" recursos naturales, cuyo dominio originario pertenece a las provincias tanto como -por principio- la jurisdicción respecto de los mismos, que incluye potestades de administración o gestión, sinónimo que utiliza la cláusula. La manda constitucional "no consagra a favor de las comunidades indígenas la propiedad de los recursos naturales y se limita a garantizarles la participación en la gestión de ellos".[9] Precisamente, el derecho de participar supone la titularidad de otro, las provincias en nuestro caso. Así, entonces, la gestión de los recursos naturales que se encuentran en tierras de propiedad comunitaria indígena que les compete a las provincias debe realizarse con la participación de las comunidades aborígenes, de acuerdo a lo que establezca la legislación local y con respeto de las prescripciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

4.4. El Convenio 169 se encuentra en vigor desde el 3 de julio de 2001 y, como su jerarquía es superior a la de las leyes (art. 75, inc. 22, C.N.), el contenido de éstas no pueden contrariarlo. Sus disposiciones deben entenderse como reglamentarias del artículo 75, inc. 17 de la Constitución Nacional en tanto complementan y, en buena medida, precisan su alcance y contenido. La supremacía del Convenio 169 respecto de las leyes incluye a las provinciales dictadas en ejercicio de su competencia, sobre recursos naturales

---

[7] Las normas operativas o auto aplicativas, son de aplicación inmediata e incondicionada; mientras que las no-operativas, son de aplicación diferida por los órganos estatale. Tienen las características de normas condicionadas. Esta no-operatividad no afecta su validez, pero sí condiciona su vigencia. (VANOSSI, Jorge R. Teoría Constitucional, Depalma, Bs. As. 1976, T II, pag. 3).

[8] Leyes 23.162, 23.302, 24.071 (ratificatoria del Convenio O.I.T. 169), 24.544, 24.956(12), 25.517, 26.160, 26.554, 26.894, 27.400, entre las más relevantes.

[9] Alterini, Jorge - Corna, Pablo - Vázquez, Gabriela. Propiedad indígena, pág. 186. Educa, Buenos Aires, 2005.

en el caso, en tanto el orden internacional se aplica a todos los órdenes normativos internos de los países federales, de conformidad al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y 31 de la Constitución Nacional. Luego, las alusiones del Convenio 169 al "Estado" o a "los gobiernos" –en cuanto concierne a los recursos naturales- deben entenderse referidas a las provincias, titulares de su dominio originario y, por principio, de su jurisdicción.

De tal modo, entonces, la genérica directiva tendiente a "asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten" adquiere mayor grado de determinación en las normas del Convenio 169. Que establece en su artículo 15: "1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades." Y en su artículo 6: "1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

4.5. Los derechos que se encuentran protegidos por el Convenio 169, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son aquellos que los pueblos indígenas han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida, "por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado

tradicionalmente durante siglos", y directamente alcanzados por el derecho de propiedad protegido por el artículo 21 de la Convención Americana.[10] El Estado "sólo podrá restringir el uso y goce de los pueblos indígenas respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y de los recursos naturales que se encuentren en éstas, cuando, luego de un adecuado procedimiento de consulta, se haya determinado que la restricción no implica una denegación de su relación continua con el territorio y la cultura."[11]

4.6. El segundo párrafo del artículo 15 se refiere a los recursos naturales existentes en tierras de los pueblos indígenas, pero que son de propiedad estatal, como los minerales de primera y segunda categoría, los hidrocarburos, las aguas, etc. El Estado debe proteger los derechos de los pueblos indígenas estableciendo un procedimiento de consulta previa a la prospección o explotación de los mismos, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos, y en qué medida, podrían verse perjudicados. La consulta debe realizarse, cuando se trate de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente), a través de sus instituciones representativas (artículo 6, Convenio 169).[12]

La legislación provincial deberá regular, "siempre que sea posible", la participación de las comunidades en los beneficios (económicos, por cierto) que reporten las actividades de explotación de los recursos naturales, que también tendrán derecho a "percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades". Esta prescripción no contraría la interdicción para constituir gravámenes sobre la propiedad comunitaria porque –claramente- la norma se refiere a gravámenes reales de garantía, al enlazarlo con la inembargabilidad como forma de protección de la tierra, resultando admisible -entonces- la constitución de servidumbres legales, esto es, las forzosas del artículo 2.166 del Código Civil y Comercial y las fundadas en utilidad o interés públicos, como la minera (art. 147, Código de Minería), la hidrocarburífera (arts. 66, 67 y 100 de la ley 17.319, la de gasoducto (art. 22, ley 24.076), la ferroviaria (ley 2.783), la

---

[10] C.I.D.H. Caso "Saramaka" (sentencia de fondo), párrafo 122. Con cita de los casos "Yakye Axa", párrafos 124 y 137 y "Sauwyamaxa", párrafos 118, 121 y 122.

[11] SALGADO, Juan Manuel - GOMIZ, Micaela. Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino. 2ª edición, Neuquén, pág. 217. En https://www.iwgia.org/es/recursos/publicaciones/305-books/2902-convenio-169-de-la-oit-sobre-pueblos-indgenas-su-aplicacin-en-el-derecho-interno-argentino. Último acceso 30/11/2018.

[12] In extenso, sobre la consulta, GOMIZ-SALGADO, ob. cit. págs.117/134 y 218/222.

aeronáutica (ley 18.374, y Código Aeronáutico, ley 17.285), etc. que, por principio, generan la obligación de indemnizar, por afectar el carácter de exclusividad del derecho de dominio.

4.7. Finalmente, el tercer párrafo del artículo 75, inciso 17, establece que las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones. De allí que la Nación no puede avanzar sobre las de las provincias, en tanto titulares del dominio y, por principio, de la jurisdicción sobre los recursos naturales.

5. Tratados internacionales.

5.1. Tienen jerarquía constitucional dos pactos de 1966 (que fueron sancionados en el marco de procesos políticos dirigidos a la descolonización), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran el derecho de los pueblos a la autodeterminación. El artículo 1, común a los dos Pactos, establece: "1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales…".

5.2. Pero sucede y, allí radica el problema, que no hay definición de la noción de "pueblo" admitida a nivel internacional. "Los beneficiarios del derecho a la autodeterminación son los pueblos. El Estado es el instrumento del ejercicio de este derecho... en la Carta [de la Naciones Unidas] el término "pueblos" se utiliza "en algunas ocasiones, en especial en su preámbulo, como sinónimo de 'naciones' o de 'Estados'."[13]

---

[13] El derecho de los pueblos a la autodeterminación y a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales desde la perspectiva de los derechos humanos. (Melik Özden - Christophe Golay. Programa Derechos Humanos del Centro Europa - Tercer Mundo (CETIM), pág. 11. En https://www.cetim.ch/legacy/es/documents/bro12-auto-es.pdf último acceso 30/11/2018. Asimismo, la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007) reconoce derechos de los mismos sobre sus tierras y recursos, pero no define "pueblos indígenas".

5.3. Así, en virtud de tal identidad y como el Estado instrumenta también el derecho de disposición de los recursos naturales de los pueblo, las normas de los referidos tratados de jerarquía constitucional no tienen incidencia alguna respecto de las disposiciones contenidas en los artículos 41, 75, inc. 17 ni 124 de la Constitución Nacional, por cuanto no interfieren en la imprescindible e irrenunciable regulación estatal sobre los recursos naturales.

6. El dominio originario.

6.1. La cláusula es la única de la reforma de 1994 que tiene incidencia, directa y simultáneamente, en el reparto de competencias entre Nación y Provincias y en el sistema rentístico de la Constitución, por cuanto los ingresos que provienen de la explotación de los recursos naturales, de propiedad provincial, pasan a ser propios de los estados locales, como –por caso- las regalías.[14] Fue una decisión política de la mayor relevancia, tomada por el constituyente de 1994, de la que se derivan importantes consecuencias.

La cláusula es directamente operativa. No establece la finalidad o el sentido de determinada política pública a seguir, en tiempo verbal futuro, sino que la define, en presente. Y atribuye la titularidad del dominio sin condicionamientos, que no sean los que se derivan del mismo régimen constitucional, como el reparto de competencias (art. 75 y 121) y la presencia de establecimientos de utilidad nacional.

6.2. La primera palabra de la prescripción constitucional, "corresponde", está utilizada en el sentido –y como sinónimo- de "pertenece", vinculada a la idea de cosa propia, de pertenencia (Relación de una cosa con quien tiene derecho a ella, en la primera acepción del D.R.A.E.).

6.3. La cláusula, además de las provincias, alcanza a la Ciudad Autónoma de

---

[14] Ampliar en PRIETO, Hugo N. El dominio de los recursos naturales. La titularidad de las provincias y sus consecuencias en materia de hidrocarburos", La Ley, 2005-E: pp. 1181-1194. Cap. XII. Las regalías hidrocarburíferas como derecho propio de las provincias.

Buenos Aires. Aun admitiendo que de su texto no emerge una conclusión indiscutible, la proclamada finalidad de la reforma de profundizar el federalismo y la necesaria coherencia de la regulación constitucional sustentan la conclusión.[15] La cláusula no obsta a que el Estado Nacional pueda ser titular también del dominio originario de los recursos naturales, de modo excepcional y circunscripto al marco constitucional o internacional, como es el caso de las áreas marítimas que, conforme al deslinde que resulta de la legislación vigente, están atribuidas a la órbita federal.[16]

6.4. "Dominio originario" proviene del derecho minero, está vinculado a la definición política tomada al determinarse si los yacimientos de minerales pertenecieron desde su origen a los particulares o al Estado. Es "el derecho que pertenece desde el origen o descubrimiento de la cosa a una persona física o jurídica".[17] El Código de Minería, desde su sanción en 1886, refiere al "dominio originario del Estado"[18]

Significa que corresponde a las provincias desde su creación. La palabra "originario", que complementa, adjetiva o califica al vocablo "dominio" debe ser entendida como reivindicación histórica, vinculada con la noción de "integridad territorial"[19] e íntimamente vinculada a la idea de dominio como derecho real.

6.5. El dominio originario debe diferenciarse del concepto de "dominio eminente", también propio del sistema regalista, que tiene base constitucional por la separación de los códigos civil y de minería, que regulan los derechos sobre el suelo y el subsuelo –que atribuye al Estado-, respectivamente. "El dominio eminente coincide con el dominio

---

[15] ROSATTI sostiene el criterio, con varios argumentos. V. ROSATTI, Horacio Daniel. Los niveles constitucionales de protección ambiental. Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público, págs. 149/176. v. pág. 174, nota 124. Ed. RAP, Buenos Aires, 2012.

[16] CASSAGNE, Juan Carlos. El dominio de los yacimientos de hidrocarburos. Su relación con las potestades nacionales y provinciales y los derechos de los concesionarios. La Ley 2007-C: pp. l135-1151.

[17] CATALANO, Edmundo F. Código de Minería Comentado, pags. 56 y ss. Buenos Aires, Zavalía, 1997.

[18] Artículos 7, "las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren", 10, "Sin perjuicio del dominio originario del Estado reconocido por el Artículo 7º…", 219, "En cualquier caso de caducidad la mina volverá al dominio originario del Estado…" y 326, "La prescripción no se opera contra el Estado propietario originario de la mina".

[19] ROSATTI, Horacio D. Dominio y aprovechamiento de los recursos naturales en la Argentina. Revista de Derecho Público, t. 2009-I, págs. 95/112. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

originario en que ambos son atributos de la soberanía, pero el dominio eminente se ejerce en forma genérica sobre todos los bienes y personas que se encuentran dentro del territorio, y en la oportunidad que el Estado estime oportuna. El dominio originario se ejerce sobre las minas del modo y en la oportunidad que el código ya determina, vale decir, continuamente. En consecuencia las minas pertenecen al dominio originario del Estado y la propiedad minera que adquieren los administrados está sometido a su dominio eminente, pero por distintas causas" (del dictamen del Procurador General). [20] La referencia a las minas, a la luz del texto constitucional debe extenderse a los recursos naturales en general. Así, "dominio originario" y "dominio eminente" no son expresiones asimilables.[21]

El dominio eminente[22] se trata de una *"potestas"*, no de una propiedad, de una facultad de legislación sobre las personas y los bienes, vinculada a la idea de soberanía interna y que se ejerce, potencialmente, sobre todos los bienes situados dentro del Estado, sea que se trate del dominio público o del privado, o de la propiedad de los particulares. Fue concebida como una manifestación inherente al poder soberano para tomar la propiedad privada por causa de utilidad pública, sin el consentimiento del propietario, para darle el uso que considerara conveniente, y se vincula con la potestad expropiatoria y de establecer límites al derecho de propiedad.

Hoy, "dominio eminente" resuena como algo perimido, "porque en nuestro sistema constitucional el dominio pertenece al Estado o a los particulares y el derecho a expropiar o

---

[20] CSJN Fallos 301:341 (del dictamen del Procurador General). Conf. VALLS, Mario F. Código de Minería de la República Argentina. Edición actualizada con las leyes 22.246 y 22.259, pág. 42. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981.

[21] En contra: SACRISTÁN, Estela B. Dominio originario y dominio eminente: a propósito del artículo 124 de la Constitución Nacional argentina. En Derecho de la Energía en América Latina. Moreno Castillo, Luis – Hernández Medible, Víctor (coordinadores), t. I, págs. 317/337. Universidad Externado de Colombia, 2017.

[22] A él se refería la nota de Vélez Sarsfield al artículo 2507 del Código Civil: "Muchos autores dividen la propiedad, en propiedad soberana del Estado y en propiedad de derecho civil, en otros términos, en dominio eminente y dominio civil. La Nación tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama el Estado, tiene, respecto a los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución, que aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de la propiedad o dominio, corresponde sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia, o al mayor bien del Estado."

la potestad política, o la soberanía territorial interior que habilita al Estado a afectar o restringir la propiedad privada particular en interés público no se funda en el "dominio eminente" del Estado, ausente como tal del texto constitucional, sino en las categóricas disposiciones del art. 17 de la Const. Nacional referidas a la expropiación."[23] La idea de dominio eminente no tiene utilidad alguna en la actualidad, salvo que se la identifique con "jurisdicción", cuya problemática en relación con la titularidad provincial del dominio originario de los recursos amplío en 7.

6.6. El artículo 124 de la Constitución, entonces, establece que el dominio provincial sobre los recursos naturales es originario, desde siempre, y no se refiere al dominio eminente. Pero la cláusula tiene mayores derivaciones.

En mi opinión,[24] la sanción de la cláusula implica un viraje hacia la concepción del dominio como derecho de propiedad,[25] como derecho real de dominio,[26] que es el sentido que el constituyente de 1994 le asignó a la expresión.[27] Recuérdese que "dominio originario" viene del derecho minero y así, como derecho real, es que se entiende la expresión.

---

[23] MARTELLI, Hugo – MANILI, Pablo L. El dominio originario de los recursos naturales. En SABSAY, Daniel (dir.), Constitución de la Nación Argentina, t. IV, págs. 872/899, v. p. 877. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

[24] PRIETO, Hugo N. El dominio de los recursos naturales… cit. pp. 1181-1194. Íd. Competencia provincial en materia de hidrocarburos y extinción de concesiones de explotación. Revista Argentina de Derecho de la Energía e Hidrocarburos, Nº5 (Mayo-Julio 2015), Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2015.

[25] "En el derecho moderno parece definitivamente asentada la teoría positiva, o sea el concepto de que el dominio del Estado sobre el patrimonio minero es real, representando una verdadera apropiación de la cosa con alcances jurídicos parecidos al derecho de propiedad. Este concepto es, sin lugar a dudas, el que mejor se conforma al significado económico y características de estos bienes y a la estructura patrimonial del Estado moderno" (CATALANO, ob. cit. pp. 56 y ss).

[26] HERNANDEZ, Antonio M. Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994, pág. 114, nota 158. Buenos Aires, Depalma, 1997.
QUIROGA LAVIE, Humberto. Constitución de la Nación Argentina comentada, pág. 711 (Buenos Aires, Zavalía, 1996).

[27] "El dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio" no puede estar referido a otra cosa que al "dominio patrimonial" sobre tales recursos (QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Su inserción en el *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Santa Fe-Paraná, 1994 (Buenos Aires, Imprenta del Congreso Nacional, t. IV, pp. 3939-3941).

7. Jurisdicción.

7.1. “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona (art. 2506, Cód. Civil). La jurisdicción es la suma de facultades divisibles en las diversas materias de gobierno. El dominio se ejerce sobre las cosas; la jurisdicción sobre las relaciones. El dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita o la excluye; la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio. Pero en última instancia tiene más cuota de poder la jurisdicción que el dominio y éste puede terminar por ser vaciado".[28]

Por vía de principio, la jurisdicción le compete al titular o sujeto del dominio. Sólo excepcionalmente puede haber jurisdicción sin dominio.[29] Ahora bien, “la titularidad del dominio sobre un bien por parte de un nivel de gobierno excluye por completo la posibilidad de que concurran sobre el bien derechos de igual o similar naturaleza de otro nivel de gobierno, pues el dominio es exclusivo…; sin embargo, la jurisdicción de un nivel de gobierno sobre determinadas relaciones jurídicas vinculadas al bien, no excluye la de otros niveles de gobierno sobre otras relaciones vinculadas al mismo bien.”[30]

7.2. Así planteado el problema, partiendo del principio de que la jurisdicción sigue al dominio, resulta esencial determinar cuáles son las facultades (y su extensión) que tiene la Nación para ejercer jurisdicción sobre los recursos naturales de propiedad provincial, esto es, regular o limitar las condiciones de su uso y aprovechamiento, de acuerdo a las normas de la Constitución. Si bien la CSJN, en decisión con la que disiento, ha dicho que "el artículo 124, in fine, de la Constitución Nacional sólo reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio mas no la jurisdicción sobre ellos”[31] es de esperar –con buena dosis de esperanza- que continúe siendo sólo un

[28] FRÍAS, Pedro J. El federalismo argentino. Introducción al Derecho público provincial, pág. 169. Buenos Aires, Depalma, 1980.
[29] MARIENHOFF, Miguel S. El régimen de aguas en nuestro sistema federal, El Derecho, vol. 106: pp. 791-802.
[30] BARRERA BUTELER, Guillermo E. Dominio y jurisdicción del gobierno federal, de las provincias y de los municipios, pág, 200. En Derecho público provincial (HERNANDEZ, Antonio M. (coord.)). Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2008, págs. 197/219.
[31] CSJN, Fallos 334:1162 (“Chevron San Jorge”, 1/11 2011).

precedente aislado.

Para centrarme en las cláusulas constitucionales de los artículos 41, 75 inc. 17) y 124 omito referirme aquí –por razones de espacio- a importantes cuestiones -como la jurisdicción federal respecto de la navegación y comercio interprovincial e internacional de los ríos navegables, la de los establecimientos de utilidad nacional, las aguas interprovinciales no navegables, el mar adyacente y la zona contigua, etc.- que se derivan del artículo 75, que otorga a la Nación facultades que claramente pueden concernir a los recursos naturales ubicados en el territorio de una o más provincias, por ejemplo, en los incisos 1, 2, 8, 9, 10, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 22, 24, 30 y 32.[32]

7.3. En materia ambiental, respecto de las competencias concurrentes entre Nación y Provincias, dictado de normas de presupuestos mínimos de protección y las necesarias para complementarlas, respectivamente, el artículo 41 las delimita con precisión (algo que –salvo en materia de leyes sobre educación- la Constitución no hace). De acuerdo a la pauta de interpretación en favor del fortalecimiento del federalismo, que referí al principio, la determinación del alcance de las potestades nacionales derivadas de la expresión "presupuestos mínimos" debe hacerse con alcance restrictivo. De este modo se respetarán las "jurisdicciones locales", las que el mismo constituyente ordena que no deben ser alteradas.[33] Por su parte, el art. 124 reconoce el dominio originario de los recursos naturales y -por regla general- la jurisdicción a las provincias.

"…la combinación de ambas disposiciones -arts. 41 y 124- nos induce a pensar que la delegación se efectuó bajo la condición de que su ejercicio no importara un vaciamiento del dominio que tienen las provincias sobre esos mismos recursos. De otro modo no se entiende cuál habría sido la intención del constituyente al establecer la cláusula de

[32] Cfr. MARTELLI, Hugo – MANILI, Pablo. El dominio originario… cit., pág. 889.
[33] SABSAY, Daniel. El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias Nación-Provincias. Doctrina Judicial, Año III Nº 28 (23/7/1997), págs. 783/787 Ed. La Ley, Buenos Aires, 1997.

resguardo de la competencia provincial que importa el artículo 124, in fine”[34]

De la fórmula de reparto de competencias entre las jurisdicciones, no obstante, se derivan algunas dificultades. Por caso, si es de aplicación extensiva a la utilización racional de los recursos naturales,[35] si los presupuestos mínimos de protección ambiental “deberán aplicarse necesariamente en relación con el uso de los recursos naturales”[36]. Aquí se presentarán zonas más o menos grises, que deben resolverse -en cada caso- considerándose la finalidad de la reforma, la interpretación restrictiva de las facultades delegadas a la Nación en materia de recursos naturales y contra el vaciamiento del dominio originario por vía de la jurisdicción federal, porque el principio es la inalterabilidad de las jurisdicciones locales. La protección ambiental en orden a la exploración y explotación de hidrocarburos, incluyendo las actividades conexas, cuyo análisis excede el marco de este estudio, desnuda la complejidad y dificultades de la problemática con su simple enunciación: si bien las provincias tienen el dominio originario de los hidrocarburos (art. 124) es la Nación la que dicta el Código de Minería, sin alterar las jurisdicciones locales (75, inc. 12) las que –a su vez- no pueden dictar normas –de fondo- en la materia (art. 126) pero sí las normas de procedimiento y administración en cuanto les compete (art. 121) y también el Congreso –sin alterar las jurisdicciones locales- establece los presupuestos mínimos de protección ambiental, generales y –suponiendo que sea constitucionalmente admisible- particulares, pero sin que sea una regulación integral y detallada porque de ese modo perdería el carácter de “mínimo”,[37] mientras que las provincias dictan las complementarias (art. 41), y las ejecutan de acuerdo al derecho local (art. 121).

La complejidad de las interrelaciones entre las cuestiones imbricadas en el tema hace ciertamente imprescindible el funcionamiento, en los hechos, del tan mentado federalismo de concertación, mediante la participación activa de las provincias (y de la

[34] SABSAY, Daniel – DI PAOLA, María Eugenia. Coordinación y armonización de las normas ambientales en la República Argentina. Revista de Derecho de Daños, 2008-3 Daño ambiental. Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, pág. 142.
[35] REBASSA, Marcos – GARCÍA ROSSI, Magdalena. El recurso agua y la Constitución Nacional. Derecho Público, Año III, Nº 10, págs. 217/256, v. pág. 219. Infojus, Julio de 2015.
[36] SABSAY, Daniel y SABSAY-DI PAOLA, cits.
[37] BIDART CAMPOS, Germán. Tratado elemental de Derecho Constitucional, págs. 239/246. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001.

C.A.B.A.) en todas las políticas globales que impliquen el uso o explotación de los recursos naturales.[38]

7.4. Sobre la materia que trata el art. 75, inc. 17, el mandato constitucional para asegurar la participación de las comunidades en la gestión, esto es, la administración, de "sus" recursos naturales, está dirigido a las provincias, que ejercen la jurisdicción respecto de los mismos. En materia de hidrocarburos, por caso, son las provincias concedentes de la exploración y explotación de los yacimientos –y titulares de su dominio- las que deberán reglar la forma de la consulta , la ¨participación¨ de las comunidades indígenas en la gestión de tales recursos naturales, que se encuentran en tierras de propiedad comunitaria y -siempre que sea posible- la participación de las comunidades en los beneficios económicos, por cierto) que reporten las actividades de explotación de los recursos naturales, Las facultades de las provincias al respecto son muy amplias, de acuerdo a la Constitución,[39] pero deben ejercerlas con respeto de las prescripciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Las provincias pueden ejercer las facultades del artículo 75, inciso 17) concurrentemente con la Nación, sin que ésta pueda invadir o vaciar las propias de aquellas. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente ha dicho que "la concurrencia de atribuciones no otorga poder al gobierno federal para sustituir al provincial en los actos de legislación y administración relacionados con las personas y las cosas que caen bajo su jurisdicción territorial, siempre que este último se mantenga dentro de su órbita propia y atento a las prioridades establecidas en el art. 31 de la Constitución"[40].

7.5. Por razones de espacio referiré brevemente sólo una cuestión más –ciertamente muy relevante- enmarcada en la necesariamente dinámica tensión –inherente al federalismo- entre el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales y la

---

[38] Cfr. ROSATTI, Horacio D. Dominio y aprovechamiento… y Los niveles constitucionales… cit.

[39] Sobre las implicancias de la jurisdicción provincial en orden a los hidrocarburos, derivadas del art. 124 C.N., DNU 346/2003 y leyes 26.197, 26.741 y 27.007, *in extenso*, v. PRIETO, Hugo N. Competencia provincial en materia de hidrocarburos… cit.

[40] CSJ 229/2006 (42-N)/CSl ORIGINARIO "Neuquén, Provincia del c/Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza", 11/9/2018.

jurisdicción legislativa para dictar legislación común, en virtud del artículo 75 inc. 12, sin perjuicio de recordar que existen otras facultades que podrían sustentarse en otros incisos del art. 75, como los 1, 2, 8, 9, 10, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 22, 24, 30 y 32.[41]

El artículo 75, inc. 2 establece la separación de los códigos civil y de minería (de aquí se toma "dominio originario" y es la base constitucional del sistema regalista).

El primero (hoy civil y comercial) regla los derechos sobre el suelo –en lo que aquí interesa-, acerca de los bienes, estatales y no estatales, y del derecho real de domino, incluyendo diversas disposiciones concernientes a determinados recursos naturales, como cierta fauna, por ejemplo.[42]

El código de minería regla los recursos naturales del subsuelo, que son de los estados –provinciales o nacional, según el lugar donde se encuentren-, incluyendo los hidrocarburos[43] que –en tanto de minería- es ley común[44], no federal,[45] y que -consecuentemente- no puede alterar las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones (art. 75, inc. 12, Constitución Nacional). Código de Minería y ley de hidrocarburos fijan la política nacional en la materia, al establecer los

---

[41] Enumeración de MARTELLI, Hugo – MANILI, Pablo. El dominio originario… cit. p. 889/890.

[42] Que, antes que ser "cosas muebles no registrables sin dueño" (art. 1947 C.C.) son del dominio de los estados provinciales.

[43] La potestad que tiene el Congreso Nacional para legislar sobre hidrocarburos deriva de su atribución para el dictado del Código de Minería (CSJN, Fallos 301:341).

[44] En PRIETO, Hugo N. El dominio de los recursos naturales…. y Competencia provincial en materia de hidrocarburos… cits., sostuve que la ley de hidrocarburos es legislación común. Cfr. VALLS, Mario. Deficiencias del régimen jurídico de la concesión de explotación de hidrocarburos. Puestas en evidencia por un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. JA-2000-IV, pags. 766-773.p. 767; HIDALGO, Enrique. Competencias de la Nación y las provincias en la explotación de hidrocarburos en la Argentina. En Realidad Económica, No 241: pp. 66-93; SCHIARITI, M. Romina. Oscilaciones del federalismo en materia de hidrocarburos, Revista de Derecho Público, t. 2013-2: pp. 409-435.

[45] Las leyes federales son aquellas "destinadas a poner en ejercicio las competencias que la Constitución Nacional coloca en cabeza del gobierno federal" (MANILI, Pablo Luis. Establecimientos de utilidad nacional. Artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional, pág. 18. Buenos Aires, Universidad, 2004, 1ª ed.). Aún de difícil conceptuación genérica (BIDART CAMPOS, German. Tratado… cit., pág. 159), se entiende a las leyes federales como aquellas vinculadas a la existencia y al funcionamiento de los poderes del Estado nacional. Conf. GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho administrativo (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, octava edición del tomo 1, pág. V-22 (8).

regímenes de la exploración y explotación –entre otros aspectos- de los recursos del subsuelo.

Así, ciertos recursos naturales pueden componer el dominio público, como como los ríos, arroyos, lagos y aguas navegables, las aguas subterráneas, las ruinas y yacimientos arqueológicos, etc. (Código Civil y Comercial, art. 235) y los hidrocarburos,[46] o bien el dominio privado de la Nación o de las provincias, como las minas, según el Código de Minería.

Las provincias, en ejercicio de la jurisdicción –que se deriva del dominio- tienen en esta materia otras facultades, que son de derecho público local, de las que carecen respecto de la materia reglada en el Código Civil y Comercial, porque las leyes nacionales de derecho común no pueden ser reglamentadas sino en los aspectos donde su aplicación es encomendada a órganos administrativos, como sucede en el procedimiento minero y la administración de las concesiones de exploración y explotación de hidrocarburos, por ejemplo. Tal potestad reglamentaria es, por principio, de las provincias "toda vez que éstas deban ser aplicadas en el ámbito local. Ello no invade la potestad reglamentaria del Ejecutivo Nacional prevista en el art. 86, inc. 2 C.N. (ahora 99, inc. 2), debido a que si los gobernadores son los agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir las leyes de la Nación (art. 110) (ahora 128) la potestad reglamentaria tiene reconocimiento claro en el texto constitucional."[47] En resumen: dado su carácter de ley común, las facultades reglamentarias del Estado Nacional (Legislativo y Ejecutivo) son acotadas y, por principio corresponden a la de jurisdicción provincial.

Es obvio que la actividad administrativa de cada provincia es regida por su propio derecho administrativo, y de modo alguno obsta a ello que la competencia administrativa provincial esté vinculada a una ley de derecho común. Luego, la resolución de conflictos en la esfera provincial es enteramente ajustada al artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional y coherente con el carácter local del derecho administrativo al que debe someterse

[46] Ampliar en PRIETO, Hugo. Competencia provincial… cit., capítulo 3.
[47] Cfr. QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Constitución… cit., pág* . 355. LAPIERRE, José Augusto. Los reglamentos ejecutivos", en AAVV: *Acto administrativo y reglamento* (Buenos Aires, Rap), pág. 569 (pp. 565-5700).

la Administración provincial.

7.8. Finalmente, cabe resaltar que el principio de supremacía del artículo 31 de la Constitución Nacional, que incluye a las leyes de la Nación requiere que sean dictadas "en consecuencia" de aquella; esto es, en nuestra materia, dentro del ámbito de sus competencias, resultando constitucionalmente inválidas las normas dictadas por la Nación que desconozcan las que son exclusivas de las provincias.[48]

8. COLOFÓN.

Por definición, y bien vale la pena recordarlo por elemental que sea, los poderes constituidos deben aplicar la Constitución de modo de hacer efectivo su cumplimiento, y la interpretación de todos los poderes públicos -de todas las jurisdicciones- debe ser realizada conforme a sus disposiciones y teniendo en consideración las políticas públicas y fines que contienen. Máxime si la Constitución vigente, producto de la reforma de 1994, goza de la mayor legitimidad –política y jurídica- de nuestra historia constitucional.

En este orden de ideas, y para circunscribirme sólo al tema analizado, las normas constitucionales implicadas no han sido desarrolladas suficientemente en los largos 25 años de su vigencia. Despaciosamente lo hace el Congreso, las provincias –en general, y en mayor o menor medida- siempre están condicionadas por su dependencia financiera del gobierno federal- y la realización -en los hechos- del federalismo de concertación transita por un camino lento y sinuoso, que es producto de la política cotidiana pero también de la arquitectónica, la que queda plasmada en la Constitución. Basta pensar en el sistema de fuentes tributarias, que en algún momento deberemos reconsiderar, y en el incumplible

[48] "La primacía del derecho del Estado Federal (central) sólo opera en el campo de las competencias exclusivas, compartidas y concurrentes, en tanto que prevalece la potestad local sobre la federal sólo en el caso de las competencias exclusivas de las provincias o comunidades autónomas", conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Derecho Constitucional, cit. pág. 225. HERNANDEZ, Antonio M. El Derecho público provincial, en Hernández, Antonio (coord.), Derecho público… cit. pág. 17 advierte: "constituye un grave error de interpretación constitucional que lesiona nuestra forma de Estado otorgar supremacía a una ley del Congreso sobre el ordenamiento provincial o municipal, simplemente porque proviene del órgano legislativo del gobierno federal."

procedimiento para la sanción de la ley de coparticipación federal, que claramente obstaculiza el objetivo de fortalecer el federalismo y a las posibilidades reales de concertación, en tanto cristaliza la debilidad financiera de las provincias.

Por supuesto (y debe ser así) que la agenda -tanto para la acción como para la omisión- del desarrollo del (nuevo) programa constitucional corresponde al Congreso, como depositario de la representación política del pueblo y que expresa el pluralismo democrático.

Entretanto se aceleren los tiempos para abordar el desarrollo legislativo y los cambios estructurales, quizás la interpretación judicial de las cláusulas constitucionales sobre los recursos naturales pueda ir evolucionando a una que sea más ajustada a cuanto –entiendo- surge de su texto, porque en muchos casos y –quizás- en general, ha sido reticente a atender la finalidad de fortalecimiento del régimen federal que plasmó el constituyente en el texto de 1994 al sancionarlas.

Finalmente, destaco que la producción doctrinaria sobre la temática, escasa al principio, ha crecido sustancialmente en los últimos años, con estudios serios y profundos –y con marcadas y saludables discrepancias, por cierto- que contribuyen para que los poderes políticos del Estado (y el Judicial también lo es) puedan tomar las mejores decisiones. He aquí un pequeño aporte.