

**Voces:** RECURSOS NATURALES ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ REFORMA CONSTITUCIONAL ~ DOMINIO ~ FEDERALISMO ~ DESARROLLO SUSTENTABLE ~ BIEN DEL DOMINIO PUBLICO ~ PODERES CONCURRENTES ~ HIDROCARBUROS ~ PROVINCIA ~ FACULTADES DE LA PROVINCIA ~ MEDIO AMBIENTE ~ MINERIA ~ DERECHO DE PROPIEDAD ~ DOMINIO PUBLICO DEL ESTADO ~ EXPLOTACION DE HIDROCARBUROS ~ ESTADO

**Título:** Los recursos naturales en la Reforma del '94: aportes para una interpretación constitucional. (El caso de los hidrocarburos)

**Autores:** Rebas, Marcos Carbajales, Juan José

**Publicado en:** Sup. Adm.2011 (junio), 1 - LA LEY2011-C,

**I. Introducción. 2. El federalismo y los nuevos derechos en la reforma constitucional de 1994. 3. Distinción entre dominio público, eminente y originario. 4. El dominio originario de los recursos naturales. 5. La concepción integral de los recursos naturales en la reforma del '94. 6. El marco de las jurisdicciones provincial y nacional. 7. El caso de los hidrocarburos. 8. Conclusiones.**

## **I. Introducción**

La Reforma de la Constitución Nacional de 1994 introdujo numerosas modificaciones en su texto. Una de ellas, que ha suscitado abundantes controversias y comentarios, es la referida a la definición sobre la pertenencia de los recursos naturales a las provincias (art. 124 in fine).

Los constituyentes intentaron definir, en ese punto, una cuestión que estaba en permanente discusión en los ámbitos jurisdiccionales, pero también en la legislación y la doctrina. Sin embargo, sin que fuera su intención, al cerrar un capítulo abrieron una nueva polémica acerca del alcance de la denominación de "dominio originario" con el que atribuyeron la pertenencia de tales recursos a favor de las provincias. Asimismo, introdujeron importantes novedades directamente relacionadas con los recursos naturales, además de otras que en conjunto constituyen el contexto para su comprensión integral (arts. 41, 75 inc. 19, entre otros).

Mucho se ha escrito al respecto y existen leyes dictadas como consecuencia de tales normas constitucionales, pero, a pesar de ello, consideramos que todavía no está resuelto en forma definitiva el sentido y extensión de tales cláusulas.

Este trabajo es un intento por aportar nuevas ideas y criterios sobre el ámbito de aplicación de esos preceptos constitucionales, del alcance del significado de cada uno de ellos, siempre a partir de un enfoque que privilegie el análisis integral realizado desde las disposiciones contenidas en el nuevo texto constitucional.

## **II. El federalismo y los nuevos derechos en la reforma constitucional de 1994**

La Ley N° 24.309 de declaración de necesidad de la reforma parcial de la Constitución Nacional contenía una serie de temas que eran habilitados para su debate, en tanto obedecían a los objetivos fundantes de dicha necesidad. Entre ellos se encontraba la búsqueda del "fortalecimiento del régimen federal".

Asimismo, se propuso la introducción de otras cuestiones vinculadas con los nuevos derechos y garantías de los ciudadanos y de la sociedad en su conjunto, en el contexto de las modernas circunstancias que en estas épocas enfrenta nuestra sociedad, y otras disposiciones relativas a la justicia y equidad, especialmente en el ámbito económico. Varias de ellas hacen referencia a los recursos naturales y serán parte del análisis en este trabajo.

La Convención Constituyente cumplió con la primera parte del mandato por medio de la sanción de una serie de reformas al federalismo imperante (arts. 75 incs. 2 y 30, 123, 124 caput y 129). Y, en lo que interesa al presente trabajo, el constituyente de 1994 incorporó, como segundo párrafo del nuevo art. 124, otra novedad en materia de reglas sobre el federalismo, a saber: el reconocimiento de que "corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio". La explicitación del significado e implicancias federales de este reconocimiento ha sido, conforme el parecer de Hernández, "fruto de difícil consenso dentro del más importante debate de la Convención [Constituyente]"<sup>(1)</sup>.

Con relación a las nuevas referencias directas a los recursos naturales en el texto reformado, fueron introducidas las siguientes disposiciones, a saber: el art. 41 sobre las actividades productivas sustentables, su uso racional y acerca de la competencia de la Nación para el dictado de las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección; el art. 75. inc. 17 relativo a la necesaria participación de los pueblos originarios en la gestión de sus recursos naturales. Y, como veremos más adelante, el texto del '94 contiene también una novedad importante vinculada a esta cuestión en la cláusula "del progreso" adicional del inc. 19 del mencionado art. 75.

## **III. Distinción entre dominio público, eminente y originario**

Ahora bien, el reconocimiento operado en el art. 124 ha renovado la disputa dogmática en cuanto al alcance del "dominio originario" allí previsto. A tales efectos, y en forma previa a adentrarse en el análisis preciso de su significado a nivel constitucional, resulta pertinente efectuar un breve recorrido por las posturas doctrinarias

relativas a la teoría del dominio público.

### III.1) Dos concepciones del dominio público:

En ese sentido es posible remitirse a dos aproximaciones que se han vertido sobre la caracterización jurídica del dominio público o dominalidad (2). Por un lado se encuentra la dogmática clásica, representada por el pensamiento del profesor Marienhoff, mientras que, por el otro, pueden hallarse posturas críticas más actuales, que intentan reconstruir el andamiaje jurídico constitucional a partir de premisas diferentes. Marienhoff postula un enfoque propietario del dominio público (3), que funda la "naturaleza jurídica" de ese instituto en un derecho real de propiedad, tipificado por cuatro elementos, a saber: objetivo, subjetivo, teleológico y normativo.

Desde una postura reconstructiva, autores extranjeros como Julio González García y Jesús González Pérez, o nacionales como Fiorini o Salomoni, sostienen un enfoque potestativista, centrado en la idea del dominio público como potestad o título jurídico de intervención del Estado sobre los bienes públicos (4). Esta postura critica a) la noción de propiedad tomada de Hauriou, b) el fundamento en la concepción de ley emergente de la Revolución Francesa en tanto expresión de la voluntad general, y c) el modelo de país unitario que le sirvió de base; al tiempo que d) intenta asentar los fundamentos constitucionales de su argumentación en los arts. 4º, 75 incs. 5 y 18 de la CN, que prescriben la configuración de las tierras públicas como instrumento del progreso (5).

La adopción de una u otra visión sobre la demanialidad tiene efectos trascendentes para nuestra organización constitucional, en particular en el reparto de competencias entre la Nación y las provincias. Así, por ejemplo, para la dogmática tradicional, la determinación de qué bienes revisten carácter público y cuáles privado implica una cuestión de carácter civil, pues significa establecer la distinción o clasificación básica en la condición legal o "naturaleza jurídica" de las cosas, materia propia de aquella legislación sustantiva. Por lo tanto, y en virtud de la delegación de atribuciones emanada de las provincias a favor de la Nación para dictar las normas de fondo (art. 75 inc. 12 CN), la facultad de efectuar tal distinción corresponde al Congreso Nacional.

En cambio, el intento reconstructivo de la dogmática afirma que (i) tanto la determinación del contenido del dominio público como (ii) la regulación de los fines y usos del mismo, por responder a un conjunto de facultades relativas al ejercicio de la jurisdicción, debe ser regulado únicamente por el derecho administrativo, esto es, por las autoridades provinciales y locales. El Código Civil importaría, en el mejor de los casos, una norma de alcance exclusivamente federal, aplicable sólo a la Nación, no así a los territorios provinciales.

Alejándonos de esa dualidad extrema de interpretaciones, advertimos que el alcance y caracterización del dominio público como concepto excede el tema de la jurisdicción, al tiempo que define una cuestión sustancial del derecho, del conjunto de los bienes de la sociedad. En este sentido, sin dejar de reconocer el aporte sustancial de la doctrina potestativista para el esclarecimiento de este capítulo de nuestro trabajo, entendemos que la conclusión de dicho pensamiento no parece razonable en este aspecto. Ya que no encontramos fundamentos en la extensión de sus conclusiones a la exclusividad provincial o local en lo referente a la jurisdicción. Así, entendemos que podrá existir en algunos casos jurisdicción nacional en base a potestades conferidas por la Constitución o las leyes.

Desde esta atalaya, vale afirmar que la caracterización de los bienes como de dominio público, así como la de dominio originario, trasciende las sutilezas planteadas entre las distintas ramas del derecho. Este es un tema central del derecho como sistema, y no parece pertinente, por vía de una interpretación restrictiva, adjudicar a las provincias toda la jurisdicción sobre los recursos naturales, fungiendo como facultad del derecho administrativo (6). Si ha de abordarse esta temática desde su fuente constitucional, es precisamente desde allí donde debemos situarnos para resolverlo.

### III.2) Dominio público y dominio eminente:

Marienhoff distingue los conceptos de "dominio público" y "dominio eminente", afirmando que este último es un poder supremo sobre el territorio, que se vincula a la noción de soberanía. En este sentido, afirma que el dominio eminente "se ejerce, potencialmente, sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o administrados. (...) El dominio eminente es la expresión político-jurídica de la soberanía interna (...). Se trata, en suma de una 'potestas', no de una propiedad; es una facultad de legislación sobre las personas y los bienes y como expresión de soberanía interna no reconoce otras limitaciones que las preceptuadas por el ordenamiento constitucional" (7). Volviendo a la concepción propietario del dominio público, para el citado tratadista la diferencia definitoria se halla en que la demanialidad no es una mera facultad sino un conjunto de bienes sometido a un régimen jurídico especial, distinto del que rige los bienes del dominio privado.

Por su parte, Hernández distingue entre "dominio originario" y "dominio eminente", afirmando que el primero va más allá del segundo, puesto que "en el art. 124, además de comprenderse el dominio eminente, se reconoce la propiedad de los recursos naturales para las provincias, como derecho real de dominio" (8). Más adelante veremos cómo esta afirmación resulta tener una validez sólo parcial y relativa, dependiendo de cada recurso natural en particular.

Por su parte, Díaz Araujo sostuvo en el debate de comisión que "El dominio originario es el que posibilita el ejercicio de determinadas competencias, lo que técnicamente se llama, dominio eminente del Estado. A partir de

esa decisión que todos los recursos que se encuentran en el suelo, en el subsuelo, en los espacios aéreos, en los ríos, en todos los elementos de los recursos naturales son de dominio eminente, originario de las provincias, estamos restableciendo el equilibrio orgánico, estructural, que requiere nuestro país para su desarrollo pleno"<sup>(9)</sup>.

Por su parte, Cassagne sostiene que el dominio eminente proviene de los principios del regalismo, donde las minas eran del rey (Corona de España), cuya propiedad se transfirió a la Nación por ser ésta la continuadora de tales derechos; y que se traduce "en el derecho de tutela o jurisdicción, que el Estado posee sobre todas las cosas ubicadas en su territorio, vinculado a la soberanía que ejerce y no a la propiedad, en virtud del cual, como representante del interés público, puede reglar jurídicamente el destino de las cosas aunque no pertenezcan a su patrimonio"<sup>(10)</sup>.

### III.3) Caracterización del dominio originario:

Según nuestro parecer, y en un intento por precisar el carácter de tal dominio, ha de comenzarse aquí por darle a la denominación de "dominio originario" algunos de los efectos que la doctrina <sup>(11)</sup> le ha otorgado a la teoría del "dominio eminente", esto es, de una cierta soberanía estatal sobre el territorio y sus componentes, de una capacidad para regular intensamente (legislación, jurisdicción y contribución?) un conjunto de bienes y valores de nueva generación: los recursos naturales.

¿Significa esto asumir sin más la teoría del dominio eminente, del derecho soberano sobre el territorio, que no implica dominio público como derecho real, para explicar el sentido y significado del dominio originario? De ninguna manera: en el caso del art. 124 de la Constitución reformada encontramos propiedades asimilables al dominio eminente pero al mismo tiempo, un concepto más amplio y, a la vez, más específico que aquél. Más específico, ya que si bien comprende al dominio eminente como categoría, está vinculado especialmente a un conjunto de bienes esto es, a la clase de los recursos naturales, y su alcance queda alcanzado por sus características particulares. De lo contrario, la Constitución estaría avanzando en una calificación general que no se compadece con el universo del bien objeto de su definición. Pero, a su vez, es también más amplio —como veremos—, en razón de que el texto constitucional reformado otorga facultades concretas que trascienden el significado simbólico e histórico del dominio eminente. Se trata de una especial definición jurídica delineada por nuestra Norma Fundamental, que resulta razonable sea interpretada en el contexto de los "nuevos derechos" que aparecen en la Reforma de 1994 y que están indisolublemente conectados al precepto del art. 124 in fine.

## IV. El dominio originario de los recursos naturales

Veamos ahora algunas características del "dominio originario" según una razonable interpretación del art. 124 in fine de la Constitución Nacional y demás artículos referidos a los recursos naturales en la Reforma.

### IV.1) Carácter público:

Los recursos naturales en general, y los hidrocarburos en particular, por la especial determinación de ese artículo, tienen carácter público. En el sentido de la capacidad estatal para regular en forma intensa su uso y disposición, y siempre dependiendo de las calidades de cada recurso, de cada bien. Desde esa perspectiva, podría afirmarse que, en principio, no son "originariamente" privados. Uno de los fundamentos de ese carácter público está dado por la simple titularidad asignada por la Constitución: "Corresponde a las provincias" dicho dominio, esto es, a entes públicos por definición. También responde a otras razones que serán puestas en discusión más adelante en este trabajo.

Ahora bien, adoptar la postura del carácter público de los recursos naturales no implica necesariamente asumir la teoría clásica del dominio público, extendiendo por tanto sus efectos a todos ellos. Por cuanto otorgar ese carácter a algunos de esos recursos implica asignarles alcances que no se compadecen con su realidad ni con su finalidad. Mal puede haberle asignado el constituyente contenidos o efectos divorciados de los objetivos que tuvo en miras en el art. 124 in fine y en otras normas también incluidas en la Reforma de 1994 y que le son concordantes.

En este sentido, y al solo título de ejemplo de esa incongruencia, nótese cómo podría considerarse el dominio originario de las provincias sobre el suelo y sus productos. Este recurso natural por excelencia pertenece generalmente a propietarios privados, así como el fruto de su explotación <sup>(12)</sup>. Es evidente que el carácter público del dominio originario provincial sobre esos recursos no puede confundirse con el concepto de "dominio público". El constituyente ha legislado para todo el conjunto de los recursos naturales y sobre esa plataforma debemos analizar sus características definitorias.

En este camino, se ha negado al dominio originario ese carácter de derecho patrimonial, o derecho real de propiedad, tal como lo define el Código Civil, conclusión que debemos relativizar, en forma concordante con la visión que aquí se expone. Es que algunos recursos naturales, por su condición legal y fáctica, son susceptibles de propiedad o de sistemas de disposición o explotación por titulares privados, empero otros no.

Así, por ejemplo, en el caso de la minería y los hidrocarburos, el carácter del recurso y el encuadramiento de su régimen jurídico admite formas de disposición por los concesionarios o permisionarios y su uso en beneficio de la comunidad, base liminar de la consideración de los recursos naturales. Nunca es un derecho absoluto del titular per se, sino que limitado a un destino de uso y beneficio. Esto permite distintas formas de explotación del

bien con tales fines (13). Y, en ese contexto, permite hasta su alienabilidad. No obstante, no es lo mismo el caso del recurso suelo, como queda dicho, y existen circunstancias variables en los demás recursos.

#### IV.2) Supuesta historicidad del dominio originario:

Por otra parte, podría interpretarse que los constituyentes han querido reconocer, con la calificación de dominio "originario", que se trata de un derecho que perteneció históricamente a las provincias (o a la Nación según el territorio), con efectos hacia el pasado o ex tunc, es decir, desde siempre. A pesar de que la denominación adjudicada a este derecho podría entenderse como dirigida en esa vía, existe abundante doctrina en sentido contrario, así como antecedentes legales y hasta constitucionales como para aceptar esa interpretación.

En efecto, la doctrina mayoritaria hasta el presente ha aceptado, con prestigiosas excepciones (14), la titularidad nacional de los recursos naturales. Las leyes de minería e hidrocarburos consiguientes también optaron por esa definición. Finalmente, la Constitución del '49 definió a esos recursos como nacionales (15). Bajo esta inteligencia, la pauta del art. 124 in fine representa una nueva disposición constitucional que crea derechos a partir de su sanción, esto es, ex nunc, los que deben ser interpretados armónicamente en el contexto del conjunto de "nuevos derechos" de la Constitución reformada en 1994 (16).

#### IV.3) Finalidad política de la Reforma:

Desde un punto de vista político-constitucional, lo que han querido establecer los constituyentes tanto con la cláusula del art. 124 in fine como con las demás disposiciones relativas a los recursos naturales del nuevo texto, en términos de "novedad constitucional", se halla claramente sintetizado en tres grandes ideas o criterios. Por un lado, lo referido al sujeto titular de los recursos naturales. Así, luego de la larga controversia suscitada durante todo el siglo pasado, relativa a la pertenencia de tales recursos ora a la Nación, ora a las provincias, la Reforma del '94 ha tomado partido y definido sin ambigüedades su opción: los recursos naturales pertenecen a las provincias.

Por el otro lado, la segunda gran definición de la Convención Constituyente al calificar a ese dominio como "originario", ha sido adoptar definitivamente el carácter público de los recursos naturales como bloque, id es, en tanto conjunto. Ergo, dicha clase de recursos ha pasado a formar parte de ese amplio ámbito que supone la tutela del Estado o del poder público en tanto regulador y legislador sobre sus usos y en beneficio del conjunto social. En efecto, hasta entonces el vasto bloque conceptual de los recursos naturales carecía de tratamiento constitucional vigente, por lo que quedaba a la legislación, a la doctrina y la jurisprudencia atribuirle, en cada caso particular, su calidad específica. A partir de la definición plasmada en la última reforma a la Carta Magna, aquella categoría adquiere su encuadramiento jurídico preciso y definitivo en tanto clase unívoca y conceptual.

Finalmente, la reforma también introdujo una visión integral del tratamiento de los recursos naturales, plasmada en varios artículos que hemos mencionado y que componen el plexo normativo o bloque de legalidad, del que se desprende la necesidad de una legislación general abarcativa de tales recursos, así como de una redistribución de sus beneficios.

#### IV.4) Los recursos naturales como objeto específico:

Ahora bien, para entender con mayor claridad el carácter de la reforma en cuanto al dominio originario, es necesario analizar el objeto de su preocupación y de su definición: los recursos naturales. Estos comprenden una variedad amplia de bienes que presentan condiciones diversas de status jurídico, así como en su uso y disposición por parte de la comunidad. En efecto, ese extenso conjunto de bienes integra a los minerales en general, pero también a los hidrocarburos en especial (con larga historia en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina); al suelo y sus riquezas; al agua en sus diferentes hábitáculos y estados; al mar y sus frutos; al espacio aéreo; a la flora y fauna silvestres, que comprende la biodiversidad; a ciertas formas de energía, etc. (17).

Así, pues, la controversia doctrinaria relativa al alcance de la definición constitucional del término "originario" parece plausible que tienda a ser salvada a través de la caracterización de este objeto. Es que el "dominio originario" no es un concepto que haya sido creado por la Constitución del '94 como una definición académica; antes bien, es un derecho que atribuye a determinados titulares sobre un objeto claro en la ciencia actual, y perfectamente delimitado como universo conceptual. Ha de entenderse, entonces, que los constituyentes no se dieron a la tarea de crear una nueva categoría jurídica en el mundo del derecho, sino que solamente definieron y calificaron un derecho sobre aquel específico universo de los recursos naturales.

Por tanto, no es concebible otorgar un status jurídico único a tal disparidad y diversidad de bienes e intereses. En este sentido, el dominio originario es un ámbito normológico que se extiende sobre todos los recursos naturales, cualquiera sea su característica, siendo su principal efecto la titularidad de los Estados provinciales en cuanto a su capacidad para regular intensamente el uso y disposición eventual de esos bienes públicos en beneficio de toda la sociedad. En algunos casos, supondrá facultades de propiedad, en otros solamente de regulación intensa. Esa facultad, y los alcances y profundidad de la regulación, solamente está limitada por las facultades del Estado nacional en virtud de expresas disposiciones de la Constitución Nacional, especialmente de las originadas en la reforma del '94, con relación al mismo objeto de tratamiento, los recursos naturales.

## V. La concepción integral de los recursos naturales en la Reforma del '94

Es pertinente advertir que el tópic teleológico de la ley de necesidad de la Reforma, centrado en el afianzamiento del federalismo, ha de ser hoy ponderado vis-à-vis con las nuevas disposiciones constitucionales dirigidas a enmarcar la capacidad de utilizar y disponer de los recursos naturales, para los cuales se prescribió una especial filosofía acerca de su cuidado y protección, así como de su uso para el beneficio general de la comunidad.

Es que al mismo tiempo que introdujo una conceptualización de importancia, modificando antecedentes existentes, en el art. 124 in fine, la reforma introdujo tres nuevas disposiciones que, junto con el texto antiguo, sirven para una comprensión integral de la temática de los recursos naturales en nuestra Carta Magna. Esa visión conjunta, indispensable desde la perspectiva de la hermenéutica constitucional, supone un delicado trabajo de integración de conceptos, de límites entre las distintas capacidades y facultades, de ampliación de universos conforme los nuevos artículos y de criterios nuevos y consecuencias de esas interacciones. Veamos.

A partir de la consideración conjunta de los recursos naturales, esto es, de todas las especies de esa clase, tal como surge del 124 CN, la reforma también dispuso, sin realizar ninguna diferenciación al interior de esa categoría entre sus varios componentes, que "Todos los habitantes gozan del derecho (...) y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (...) Las autoridades proveerán (...) a la utilización racional de los recursos naturales (...). Corresponde al Congreso Nacional dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas (...)" (art. 41, 1º, 2º y 3º párrafos).

La interpretación armónica y coherente de estas disposiciones supone reconocer facultades estatales concurrentes, cada una desde su ámbito particular, para regular el uso racional de los recursos naturales, con el fin de preservarlos para su utilización por parte del conjunto social, con sustentabilidad y cuidado del medio ambiente. Desde la Nación, se trata de facultades generales básicas en cabeza del Congreso Nacional. Desde las provincias, quedan habilitadas disposiciones complementarias que agreguen eventuales exigencias al estándar de base que fijan los presupuestos mínimos federales (18).

Por otra parte, en su art. 75, inc. 18, la Constitución histórica desarrolla las facultades que desde siempre se han reconocido al Congreso Nacional para promover el progreso del país. En este caso, con el agregado de una nueva cláusula del progreso (art. 75, inc. 19), actualizada a los desafíos del presente. Desde la perspectiva de la cláusula tradicional sobre prosperidad, preexistente a la Reforma, encontramos facultades de carácter general para regular el funcionamiento y promoción de la economía del país, que atañen a los recursos naturales de un modo amplio. En cambio, la nueva cláusula del progreso económico y el desarrollo humano, más vinculada al tema bajo análisis por su contemporaneidad, plantea específicamente "el crecimiento armónico de la Nación" y, a renglón seguido, "la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones"(19).

Bajo esta inteligencia, si existe algún ámbito de importancia estratégica dentro la economía nacional que plantea desafíos de riquezas desiguales existentes en su vasto territorio es —precisamente— el de los recursos naturales. Tal relevancia se vincula con una realidad palpable: toda referencia a los recursos económicos no artificiales ofrece, hoy, una distribución que abarca desde los patrimonios exuberantes de suelo en la pampa húmeda, hasta las vastas reservas de aguas en el litoral y de bienes de la minería en las regiones cordilleranas y la Patagonia. Así, la cláusula decimonovena del art. 75 propone (creemos que con sabiduría), propender a una redistribución novedosa de esos capitales. Que coincide con las previsiones del art. 41, en tanto sólo es entendible la preservación y uso racional de los recursos naturales de manera sustentable, si ese cuidado se extiende al beneficio del conjunto del país, y no limitado a la región o territorio involucrado. De manera tal que el Congreso de la Nación establezca instrumentos adecuados para mitigar las desigualdades existentes a través de la legislación común, herramientas que deberán tener en cuenta las restantes disposiciones sobre los recursos naturales (20).

Ergo, puede afirmarse que nuestra Constitución crea un conjunto de principios aptos para el tratamiento racional de los recursos naturales, su dominio y jurisdicción, los cuales deberían ser abordados desde una interpretación conjunta y armónica que sopesa el alcance de toda la normativa constitucional en la materia.

Desde allí, y precisamente desde allí, se hace necesario intentar una interpretación coherente de su significado y alcance. En este sentido, el dominio originario del art. 124 CN tiene algunas características análogas con el dominio eminente pero, al mismo tiempo, otras propiedades superadoras de esa categoría.

En efecto, estas últimas cualidades, que se extienden a las facultades nacionales en la medida de su participación en las decisiones atinentes a los recursos naturales, podrían ser enumeradas de la siguiente manera:

1. El dominio originario reviste la calidad de "público", en tanto la Constitución Nacional define como titulares a las provincias o a la Nación, y en razón de que el objeto (recursos naturales) configura un patrimonio común del conjunto social. Si bien los partidarios del dominio eminente siempre lo consideraron como patrimonio regalista, o del Estado, o del conjunto social, esta visión estaba fundada en la doctrina e historia particular del instituto. Ahora tiene basamento constitucional;

2. Posee también la extensión que se le reconoce al dominio eminente, visto que supone una potestad amplia, vinculada a la soberanía sobre un territorio (y los bienes comprendidos en él);

3. Otorga significativas facultades de control sobre su uso y disposición en beneficio de toda la comunidad. En ese sentido, se aleja de las calidades del "dominio público" en su concepción tradicional: inalienabilidad, imprescriptibilidad, etc. En efecto, otorga capacidad para disponer —con las especificaciones de los arts. 41 y 75— de esos bienes con aquella finalidad;

4. Supone que dicha facultad de regulación está por sobre cualquier derecho privado, aún preexistente (21), en virtud de la jerarquía de la norma constitucional;

5. Impide, por su carácter público y de destino final en el beneficio del común, la transferencia a la actividad privada de la potestad que surge del concepto de dominio originario de los recursos naturales; no obstante, permite el otorgamiento de concesiones para su explotación en beneficio del interés público, y otras formas de uso que impliquen la participación privada con esos fines, dependiendo siempre de la especial característica de cada recurso, y con las modulaciones que la propia Constitución impone;

6. Como en el caso de los hidrocarburos y la minería, en cuyo ámbito es utilizada esa denominación, es un derecho que desde siempre es del Estado, de la comunidad o pueblo, es decir, de la sociedad toda, de todos los habitantes (22);

7. El ámbito jurídico del dominio originario se extiende de diferente manera y con efectos diversos según sea el recurso natural considerado: es una consecuencia derivada del amplio universo de los bienes jurídicos protegidos; y

8. Al reconocer una fuente constitucional, estos principios no pueden ser alterados por leyes reglamentarias.

## **VI. El marco de las jurisdicciones provincial y nacional**

Habiendo descripto la caracterización jurídica de las principales disposiciones sobre los recursos naturales, tanto del art. 124 in fine como de las demás normas antes mencionadas, es pertinente referirse al debate relativo al alcance de las competencias provinciales y nacionales en la materia. Esto es, a delimitar los precisos contornos semánticos de los conceptos de "dominio" y "jurisdicción" en estos casos específicos.

### **VI.1) Dominio y jurisdicción:**

La doctrina ha definido a la jurisdicción como a la capacidad para reglar los usos de un bien, mientras que ha entendido por dominio a la condición y situación legal de esa cosa o bien (23). Así, se considera que este último concepto configura el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona (art. 2.506 CC), al tiempo que la jurisdicción es una forma de manifestación del poder de policía (24).

Ya desde antes de la Reforma de la década del noventa se discutía la problemática referida a la titularidad del dominio de los recursos naturales ubicados en las provincias. El tema fue abordado en 1979 por la Corte Suprema en el fallo "YPF c/ provincia de Mendoza" (25), en el que la mayoría convalidó la constitucionalidad de la Ley N° 17.319 de hidrocarburos, que establecía la propiedad de la Nación sobre tales yacimientos (26).

Es pertinente resaltar el argumento vertido por la Corte sobre la finalidad que motiva este reconocimiento a la Nación: "A diferencia de la propiedad privada (...), el dominio de los yacimientos de hidrocarburos en razón de la naturaleza e importancia de éstos (...), mira directa y primordialmente a salvaguardar importantes valores generales y al logro del bien común de la Nación toda. La justificación de su titularidad no puede, pues, surgir por sí y sin previsión legislativa de la ubicación geográfica, ni del descubrimiento y ocupación, sino de la finalidad específica de su explotación enderezada al logro de objetivos de indudable relevancia nacional que, al par que trascienden, incluyen los intereses de todas las provincias y afectan a la comunidad entera del pueblo de la Nación. Los propósitos de 'proveer a la defensa común' y 'promover el bienestar general' enunciados en el Preámbulo indican, conforme a lo expuesto, que compete al Congreso nacional la regulación jurídica del dominio y explotación de los citados yacimientos, pues la autoridad que tiene a su cargo la consecución de determinados fines ha de poder disponer de los medios necesarios a ello conducentes" (27).

En términos generales, no siempre habrá coincidencia entre el titular del dominio y de la jurisdicción (28). Al decir de Frías, "[e]l 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" (29).

### **VI.2) Dominio originario y jurisdicción concurrente:**

Así, sentados los alcances que en nuestra opinión debieran darse al término "dominio originario", resta analizar sus consecuencias a la hora de plasmarse en capacidades regulatorias, siempre según el texto constitucional.

En principio, vale sostener que el "dominio originario" no implica, necesariamente, ser titular de toda la jurisdicción sobre los recursos naturales por parte de las provincias. En el juego armónico constitucional esa potestad está complementada por las otras disposiciones de igual jerarquía que ya hemos analizado. En ese

sentido, y en primer lugar, corresponden a la jurisdicción federal los recursos naturales en territorios de su ámbito (el mar en su plataforma continental, áreas limítrofes, etc.). Pero también existen potestades para regular usos y beneficios para el conjunto de los habitantes del país, y facultades concurrentes con las provincias en otros casos. Facultades que surgen expresamente de los textos de los arts. 41 y 75 incs. 12, 17, 18 y 19, las que deben ser incorporadas al análisis integral de la cuestión a fin de poder visualizar coherentes niveles de coordinación o primacía entre las potestades locales y federales.

Por una parte, el art. 124 otorgó jurisdicción a las provincias en la medida de su "dominio originario" sobre aquellos recursos. Pero debe dilucidarse de qué jurisdicción se trata, cuál es el alcance de dicha potestad. Lo cual depende de la concurrencia con facultades federales y de su encuadramiento armónico cuando el ejercicio de tal jurisdicción corresponda al Estado Nacional (30).

Así, varias cláusulas constitucionales confieren a este último atribuciones generales —en determinados casos— y específicas —en otros—, relacionadas con la jurisdicción, control y promoción de los recursos naturales. Una de ellas, de larga jurisprudencia y de abundante tratamiento en la doctrina, es la así llamada "cláusula del progreso". Esta disposición, cuyo antecedente histórico luce actualmente en el inc. 18 del art. 75, faculta al Congreso Nacional a legislar sobre una variedad de temas relacionados que hacen al fomento de la industria y actividades destinadas a promover el bienestar general de la población del país (31).

Pero, por otra parte, y como ya se ha dicho, la Reforma del '94 ha agregado una cláusula complementaria relativa al progreso, id es, el inc. 19 del art. 75, a cuya luz deben interpretarse las normas contenidas en el art. 124 in fine y en el art. 41, en tanto todas las innovaciones del texto constitucional aprobado deben ser entendidas en un contexto único y armónico, de manera tal de dar un sentido articulado y razonable a la Norma Básica en su conjunto.

En este sentido, si algo surge de estas nuevas decisiones de los constituyentes es la clara concepción de distribuir —en la medida de lo posible— los beneficios de la producción económica de los recursos naturales en toda la población nacional, cualquiera sea el origen territorial de aquélla. Ahora bien, si existe una diseminación desigual en nuestro territorio, es —precisamente— la que concierne a esos recursos. Lo cual exige la implementación de políticas nacionales por medio de la asunción de un rol activo que se manifieste en los diversos métodos de intervención.

También abona en tal sentido la Reforma al establecer, en el mencionado art. 41, que "las autoridades proveerán (...) a la utilización racional de los recursos naturales. (...) Y también a que las actividades productivas sean sustentables. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección (...)". De manera que ordena al Estado federal a reglamentar aquellos criterios básicos de cuidado de los recursos naturales en todo el territorio nacional, pudiendo las provincias agregar los que entiendan conveniente, pero nunca disminuir tales estándares de base. Para dictar esas reglas surge como un requisito la fijación de políticas adecuadas a tal fin, tanto a través de legislaciones de fondo como de reglamentaciones particulares.

Ahora bien, quedan dentro de las especiales facultades jurisdiccionales de las provincias todo lo atinente a la reglamentación y regulación del uso concreto del recurso, la oportunidad de la contratación de concesiones o permisos y sus características particulares, las reglas de uso de los recursos en adición a las nacionales, el control de esas reglas, y todo otro tema que surja de este alcance que le hemos dado al dominio originario, siempre en concordancia con la jurisdicción nacional y siguiendo los criterios generales que su legislación establezca.

En suma, puede afirmarse que las reglas generales sobre los recursos naturales en todo lo referente a su uso racional, su vinculación con el cuidado ambiental, las políticas nacionales que armonicen su utilización en beneficio del conjunto del país, son facultades federales. Potestades que han de ser ejercidas cuidando que la eventual explotación de tales recursos respete un adecuado reparto de los beneficios económicos en toda la población nacional, actual y futura.

## **VII. El caso de los hidrocarburos**

Hecho el intento de delinear una interpretación integral del tema de los recursos naturales a partir de la Reforma constitucional de 1994, pasaremos a aplicar tales conceptualizaciones al caso de los minerales e hidrocarburos. Comenzando por una breve descripción de la evolución infraconstitucional al respecto.

### **VII.1) Cronología legislativa:**

La Ley N° 17.319 de Hidrocarburos, del año 1967, establecía en sus primeros artículos (i) la pertenencia de tales recursos al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado Nacional y (ii) la facultad del Poder Ejecutivo nacional para: a) dictar la reglamentación con respecto a las actividades relativas a la explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, b) fijar la política nacional sobre tales actividades, y c) otorgar permisos de exploración y concesiones temporales de explotación y transporte.

Este esquema estaba basado en la filosofía de la Reforma constitucional de 1949 (posteriormente derogada por la Reforma de 1957 y tenida como no vigente por la Reforma de 1994), cuyo art. 40 establecía que "los

minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas y demás fuentes naturales de energía con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias" (32).

Pero el sistema anclado en la unidad de criterio y de coordinación, con un único órgano concedente (la Secretaría de Energía de la Nación), comenzó a ser modificado con la sanción, en 1992, de la Ley N° 24.145 de Federalización de Hidrocarburos y privatización de YPF. En virtud de su art. 1° se transfirió el dominio público de los yacimientos de hidrocarburos del Estado Nacional a las provincias en cuyos territorios se encuentren; transferencia que tendría lugar cuando se hubiera dictado una nueva ley de hidrocarburos (33).

No obstante ello, ese traspaso no obtuvo aplicación de manera automática, sino que requirió de un complejo proceso de modificaciones parciales que duró casi tres lustros (34). Fue recién a finales de 2006 que los preceptos constitucionales encontraron recepción legislativa, a través de la sanción de la Ley N° 26.197, denominada "ley corta" por no abordar el tratamiento integral del régimen de los hidrocarburos. Esta norma fue producto de un acuerdo entre la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos (OFEPHI) y el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación. De dicho entendimiento surgió el "Acuerdo Federal de los Hidrocarburos", suscripto por todas las provincias productoras, con la única excepción de Neuquén —a la sazón, la mayor extractora de ese recurso.

Esta ley contempla la modificación del art. 1° de la Ley N° 17.319, al reconocer que los yacimientos pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren. Es decir, operó como derivación lógica del cambio erigido en el art. 124 in fine de la Carta Magna, al reafirmar la transferencia del dominio de los yacimientos a favor de las provincias. Dicha afirmación no concuerda con los alcances que el constituyente le ha otorgado al concepto de "dominio originario", que aquí hemos desarrollado, y que apunta a la capacidad de regulación intensa y amplia de ese recurso, incluida la capacidad de disponerlo para el beneficio del conjunto social. En cambio, la apelación al "patrimonio inalienable e imprescriptible" está vinculada al concepto de dominio público, que hemos visto no se compadece totalmente con el de "dominio originario". Por otra parte, es una mención contradictoria, ya que lo primero que deciden las provincias sobre el recurso es su enajenación, a través de concesiones u otros mecanismos para la explotación de los hidrocarburos. Y esto es consecuencia lógica del propósito de cumplir con el uso del mismo a favor de la sociedad. Lo cual no es óbice para reafirmar el carácter público del dominio en cabeza de las provincias.

Por su parte —y hete aquí lo más ilustrativo de la cuestión—, el artículo 2° de la ley dispone que las provincias productoras de hidrocarburos asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encuentran en sus territorios. Es llamativo que esta "asunción" de derechos y su consiguiente ejercicio de facultades habían sido ya reconocidas por la Constitución doce años antes, pero cuya operatividad requirió de una concertación entre un organismo pluriprovincial y la agencia nacional para poder plasmarse en una norma infraconstitucional que permitiera que tales competencias se tornasen ejercibles en la práctica.

Asimismo, dicha norma prescribió que quedaban transferidos de pleno derecho todos los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos (contractuales o no) otorgados o aprobados por el Estado Nacional en uso de sus facultades legales. Estas transferencias denotan el estándar de quiebre con la dogmática clásica, a partir de un criterio emanado de la Reforma, máxime si se toma en cuenta que el art. 6° de la "ley corta" pone en cabeza de las provincias, en tanto "autoridad de aplicación", el ejercicio de las funciones de contraparte de los permisos mencionados. Competencia que las facultaría para ejercer los poderes de policía (control, fiscalización y sanción), los que deberían articularse y complementarse con el poder concurrente del Estado Nacional para legislar sobre aquellos aspectos generales que fueron detallados en los apartados precedentes, legislación que aún no ha sido dictada, por lo que sigue rigiendo la general de la Ley N° 17.319.

Ahora bien, la "ley corta" ratifica la competencia del Poder Ejecutivo nacional en lo relativo al diseño de la política energética a nivel federal. Al no emparejar esta responsabilidad con similares potestades a favor de las provincias, es dable inferir que en este caso se trata, en cambio, de una competencia exclusiva del Estado federal. Veremos a continuación cuáles son las facultades que implica esta competencia específica:

En primer lugar, siguen vigentes las disposiciones de la Ley N° 17.319, en tanto no colisionen con la transferencia de la operatividad de las concesiones en cabeza de las provincias.

En segundo lugar, las facultades de política en materia de hidrocarburos a nivel federal, dada su generalidad, no tienen otras cortapisas ni restricciones que aquéllas que estrechamente estén relacionadas con el límite del párrafo anterior, y suponen —entre otras— las siguientes facultades:

a) La fijación de la política en materia de concesiones de exploración y explotación, fijando las características mínimas de sus principales contenidos, a saber: los titulares de las mismas y recaudos consiguientes, los plazos de las concesiones, el cuidado del medio ambiente, a través del establecimiento de los presupuestos mínimos, las magnitudes de extracción —de acuerdo con la sustentabilidad del art. 41 CN—, y la política de reposición de reservas y de exportación de los fluidos.

b) La fijación de la política de precios a retribuir a los concesionarios por sus tareas, diferenciando precios a retribuir por inversiones de riesgo en exploración, de aquellas concesiones de simple explotación de recursos comprobados.

c) Las políticas de cánones que recibirán las provincias (que ya no serán regalías sino derechos propios originados en la Reforma del '94), fijando límites máximos a los fines de coordinar el tema en forma armónica para todo el conjunto del país. Asimismo, de la renta que le corresponderá a la Nación en virtud del ya analizado art. 75 inc. 19.

d) La política general de control de información de reservas, de producción, de transporte y de exportación de los fluidos.

e) La política impositiva, que supondrá una facultad concurrente con las provincias.

f) La política de promoción de las actividades antes referidas.

VII.2) Facultades nacionales y provinciales:

Una vez sentada la conceptualización general del alcance del dominio originario de los recursos naturales, y atento el devenir cronológico de la normativa sobre hidrocarburos, sólo resta intentar una reconstrucción crítica respecto a las nuevas disposiciones constitucionales en la materia.

Se ha visto que, en lo que respecta al manejo de los hidrocarburos, existe una capacidad intensa de regulación de los Estados, tanto provincial como nacional, cada cual desde sus facultades, lo que torna imperativo abordar la tarea de deslindar esas atribuciones desde la fuente constitucional. Los hidrocarburos pertenecen al ámbito de la minería, actividad para la cual la Constitución estableció, desde sus inicios, la facultad federal de legislación (art. 75 inc. 12), lo cual incluye una especial facultad jurisdiccional, de conformidad con las disposiciones que en esa legislación común se establezcan (sin que ello altere la jurisdicción local cuando así corresponda) (35). Tales facultades incluyen, entre otras, las mencionadas en el apartado anterior.

Así, este reconocimiento a favor del Congreso Nacional configura, pues, un punto de interpretación respecto de la relación entre esa norma histórica y el nuevo art. 124 in fine. Es decir, el vínculo a reconocerse entre (i) la facultad del Congreso de la Nación de legislar en todo lo referente a los hidrocarburos y (ii) la pertenencia de los mismos a las provincias, en tanto titulares del dominio originario del recurso.

En tanto la hermenéutica constitucional ha de apuntar, dentro de lo posible, a la validez de las normas y al entendimiento o armonía entre tales disposiciones de igual jerarquía, es dable entender que resulta viable encontrar el ensamble necesario de estas dos disposiciones. En efecto, las provincias, en virtud del art. 124, disponen del recurso, lo cual les permite adoptar todas aquellas decisiones enderezadas a su uso en beneficio del conjunto social. Y, en virtud de ello, poder obtener aquellas porciones de la renta (o beneficio especial por la explotación del recurso (36) que la legislación federal haya previsto y regulado, teniendo en cuenta lo establecido en los arts. 75 incs. 12 y 19 de la Norma Suprema. En suma, las provincias gozan no sólo de la titularidad en las decisiones de explotación de los recursos, sino también de la obtención de los beneficios correspondientes (37), de conformidad con los márgenes que le habilita la legislación federal. Que no debiera limitarse a la percepción de regalías, concepto perimido en tanto les era otorgado cuando no eran titulares del dominio, y cuya magnitud o medida puede ampliarse en la medida de la legislación federal antes referida, que debe ser común en todo el país por razones de equidad y armonía nacional.

Obedece ello a la facultad reconocida por la Constitución histórica al Congreso Nacional de dictar la legislación de fondo general amplia sobre las materias que involucran a los hidrocarburos. Y, dentro de esas materias, le es posible establecer todos aquellos límites o pautas generales que atiendan al conjunto social, al bien común de la Nación. Facultades que reconocen como única restricción la titularidad de las provincias respecto de la disposición del recurso y, por lo tanto, de ejercerlas contratando concesiones al respecto, así como de su derecho a la renta que establezca aquella legislación.

Si esta no fuera la interpretación plausible, y se optara por inclinarse hacia una hermenéutica más amplia en favor de los derechos provinciales, podría correrse el riesgo de habilitar situaciones que, por su carácter absurdo, no producen sino un alejamiento de todo entendimiento razonable sobre lo prescripto en el nuevo texto constitucional (38).

La necesidad de evitar algunas de estas cuestiones lleva a plantear la exigencia de recurrir a una regulación de carácter nacional, la cual —vale la reiteración— en nada impide el ejercicio del derecho provincial sobre el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus respectivos territorios.

### VIII. Conclusiones

La Reforma constitucional de 1994 optó y definió una cuestión controvertida hasta entonces: la pertenencia de los recursos naturales a la Nación o a las provincias. A partir de esa decisión a favor de los estados provinciales, los constituyentes crearon dentro de nuestra Carta Magna una concepción integral de los recursos naturales, como una novedad jurídica adaptada a los nuevos tiempos, e instalando un equilibrio de facultades y capacidades entre la Nación y las provincias, en un balance que supone un marco jurídico amplio y claro de

política constitucional.

Una de esas disposiciones, no menor, es que por primera vez se incluye en el texto la mención del concepto de "recursos naturales". Así, esta definición de los constituyentes inaugura la consideración acerca de tales recursos en nuestra Carta Magna y, para no dejar dudas al respecto, abarca todos los recursos naturales. Esto ya es un gran avance en sí mismo, digno de ser resaltado con énfasis, y supone un aporte sustancial de la Reforma.

Otra consecuencia radica en que, al proponer la definición de "dominio originario" para la titularidad provincial, establece también de forma inequívoca el carácter público de esa pertenencia. Calidad que no debe confundirse con el concepto tradicional y bien conocido por la doctrina como "dominio público". Esa cualidad pública proviene en primer lugar de la tradicional doctrina sobre el concepto de dominio originario, el que es atribuido siempre al Estado, o al conjunto social. En segundo término, deriva del propio titular del dominio, esto es, las provincias, sujetos públicos por excelencia. Y, en tercer lugar, por el objeto que le atribuye la Constitución a dicha pertenencia, a saber: los recursos naturales, bienes que la doctrina nacional e internacional ha calificado como del más alto interés público. De esa manera el "dominio originario" nunca podrá considerarse como de carácter privado.

Ahora bien, los alcances de ese dominio originario y sus límites, el ámbito de su territorio jurídico, también son aspectos que la Constitución ha señalado a través del art. 124 y los otros antes mencionados, algunos provenientes de la misma Reforma.

La primera consecuencia de esa definición está vinculada con las facultades que otorga a las provincias y, eventualmente, a la Nación, respecto de los recursos naturales. Nuestra conclusión al respecto es que la Constitución les otorga un amplio e intenso poder de legislación y regulación sobre dichos recursos, por sobre una concepción limitada de dominio real sobre los mismos. Hemos intentado desarrollar las razones de este criterio, que está basado, fundamentalmente, en la diversidad de calidad jurídica de los recursos naturales. Por eso afirmamos que el objeto de regulación constitucional, esto es, dicho tipo de recursos, la clase u objeto de la definición, es el que termina definiendo el carácter jurídico del concepto de dominio originario y sus alcances y limitaciones.

Asimismo, aquella especial definición y calificación del dominio que hacen los constituyentes permite caracterizarla como una capacidad amplia de decisión del poder estatal, ya sea provincial o nacional. Y, como novedad conceptual de importancia en el equilibrio definido por la Reforma, propende y propugna una redistribución de los beneficios emanados del uso y disposición de los recursos naturales en beneficio del conjunto nacional. Para lo cual ha tenido en cuenta la particular condición de cada recurso, de diferente uso y disposición en cada caso, y su desigual distribución en el territorio nacional.

En tal sentido consideramos que, en el caso de los hidrocarburos, corresponde al Estado federal la legislación de fondo en base a la cual las provincias pueden concesionar el uso y disposición del recurso y tomar otras determinaciones que corresponden a su titularidad, fijando el Congreso Nacional pautas generales sobre los beneficiarios de la renta que produce el recurso y sus proporciones, sobre plazos de explotación y sus características generales, sobre el cuidado del recurso y el medio ambiente, sobre medición de la producción y sobre reservas, sobre los impuestos nacionales y sobre su eventual exportación, etc. Legislación que conlleva facultades jurisdiccionales consiguientes. Ello, en base a las disposiciones constitucionales analizadas. Por otra parte, queda claro que la titularidad para elegir concesionarios, firmar contratos, y definir todas las demás características particulares de cada explotación, es una facultad indiscutible de las provincias.

Desde esta perspectiva de interpretación integral y armónica de la Reforma del '94 en lo referente a los recursos naturales en general, y a los hidrocarburos en particular, consideramos que resta aún la legislación de fondo que instrumente esas disposiciones constitucionales y las vuelva totalmente operativas.

(1) HERNANDEZ, ANTONIO MARIA (h.), *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 115, esp. nota 158.

(2) Ver una primera aproximación al tema en CARBAJALES, JUAN J., "Dominio y jurisdicción de los recursos naturales (coordinación de competencias en materia energética)", *El Derecho, Suplemento Administrativo*, N° 12.391, 30/11/09, pp. 10 a 13.

(3) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2° edición, Tomo V, 1988, p. 43. Para este autor, el régimen jurídico único y especial que define a la dominialidad está caracterizado, fundamentalmente, por (i) la inalienabilidad y (ii) la imprescriptibilidad, propiedades de las que se deriva la inembargabilidad de los bienes de dominio público; así como por hallarse sujetos a la existencia de (iii) un poder de policía destinado a su tutela.

(4) SALOMONI, JORGE L., "El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática", *Actualidad en Derecho Público (AeDP)*, N° 14, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 81 y ss.; GONZALEZ PEREZ, JESUS, *Los Derechos Reales Administrativos*, Cuadernos Civitas, Madrid, segunda edición, 1984, pp. 18 y 34, citado en BOTASSI, Carlos, "Dominio y jurisdicción. Competencia nacional, provincial y municipal", en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2005, p. 666, nota 4; GONZALEZ MORAS, JUAN M., "El

régimen dominial del Estado y los recursos naturales", inédito; y GONZALEZ GARCIA, JULIO V., La titularidad de los bienes del dominio público, Marcial Pons, Madrid, 1988, p. 39, citado en SALOMONI, JORGE L., "El régimen...", op. cit., p. 82, nota 5.

(5) Para una aproximación más exhaustiva de los alcances de la disputa acerca del concepto de dominio público entre la visión propietarista y la postura del título de intervención, ver VERA RODRIGO E., "El impacto del Artículo 124 de la Constitución Nacional en la dogmática del dominio público en la Argentina", Ediciones RAP (363), pp. 121 y ss.

(6) En contra, VERA RODRIGO E., "El impacto...", op. cit., p. 124.

(7) MARIENHOFF, MIGUEL S., Tratado de derecho administrativo, op. cit., p. 38, y Tratado del dominio público, TEA, Buenos Aires, 1960, p. 37.

(8) HERNANDEZ, ANTONIO María (h.), Federalismo..., op. cit., p. 114, nota 157. Para un análisis de los derechos reales administrativos, ver MARIENHOFF, MIGUEL S., op. cit., p. 573; y FANELLI EVANS, GUILLERMO E., "Las concesiones de obra y de servicios públicos y los derechos reales administrativos", Revista de Derecho Administrativo, año 8, N° 21/22, Buenos Aires, 1996, p. 94.

(9) Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, T. IV, pp. 3430 y 3431, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1995, citado en GONZALEZ MORAS, JUAN M., "El régimen dominial del Estado y los recursos naturales", inédito.

(10) CASSAGNE, JUAN C., "El Artículo 124 de la Constitución Nacional y el dominio originario", en Academia Nacional de Derecho, julio de 2007, I; y, del mismo autor, "Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, septiembre de 2010, pp. 2 y ss. Para un análisis de los antecedentes históricos, ver MANILI, PABLO L., "El dominio originario de los recursos naturales en la reforma de 1994 (Con especial referencia a los hidrocarburos)", en A una década de la reforma constitucional 1994-2004, BIDART CAMPOS, GERMAN J. Y GIL DOMINGUEZ, ANDRES (Coord.), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 353.

(11) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, op. cit., p. 38, CASSAGNE, Juan C., "Acerca de la noción...", op. cit., pp. 8 y ss.

(12) Y que incluye recursos estratégicos para las economías regionales y nacionales como es la producción y comercialización de la soja.

(13) BELLORIO CLABOT, DINO, Tratado de Derecho Ambiental, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 34 a 40.

(14) HERNANDEZ, ANTONIO MARIA (h.), Federalismo..., op. cit., p. 114.

(15) SALOMONI, JORGE L., Teoría general de los servicios públicos. Su reconstrucción histórica y conceptual, 1° reimpresión, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 125 y ss.

(16) En contra, CASSAGNE, JUAN C., "Acerca de la noción...", op. cit., p. 9, y VERA RODRIGO E., "El impacto...", op. cit., pp. 127 y ss.

(17) CATALANO, EDMUNDO F., "Teoría General de los Recursos Naturales", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1977, pp. 9 y 10. Este autor enumera esta categoría de la siguiente manera: 1) el suelo, 2) la atmósfera y el espacio aéreo, 3) el agua, 4) los minerales y las rocas, 5) la flora y la fauna silvestres, 6) las bellezas panorámicas o escénicas, y 7) la energía. Otros autores enumeran con mayor o menor detalle este mismo universo de los recursos naturales, que hoy tiene amplio consenso en cuanto a su ámbito conceptual.

(18) Asimismo, a través del art. 75, inc. 17, la Reforma incluye en la cuestión de los recursos naturales a los pueblos originarios, disponiendo su necesaria participación en la gestión de aquellos recursos existentes en sus territorios. Esta facultad del Congreso Nacional admite la presencia concurrente de las provincias.

(19) LORENZETTI, RICARDO L., Teoría del Derecho Ambiental, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 1 a 25. Para el autor, la cuestión ambiental plantea la existencia de un nuevo paradigma en el derecho, y entre otras consecuencias de esa novedad, la existencia de una fraternidad o solidaridad que supone el tratamiento conjunto de Nación y Provincias de los efectos transfronterizos adversos y un principio de cooperación sobre los sistemas ecológicos compartidos en los recursos naturales.

(20) El art. 75 inc. 12, que veremos más adelante, integra también el conjunto normativo atinente al tema, en este caso vinculado a la minería y los hidrocarburos.

(21) En contra, CASSAGNE, JUAN C., "Acerca de la noción...", op. cit., pp. 12 y ss.

(22) LORENZETTI, RICARDO L., op. cit., pp. 7 a 10. El autor denomina a éstos como "bienes colectivos", desarrollando sus características, calidades que entendemos se extienden a los recursos naturales.

(23) MARIENHOFF, MIGUEL S., Op. Cit., p. 39; y DALLA VIA, ALBERTO R., Derecho constitucional económico, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 574.

(24) BOTASSI, Carlos, op. cit., p. 675.

(25) CSJN, in re "YPF c/ provincia de Mendoza y Mina Cacheuta SRL s/ nulidad de concesión minera", sentencia del 3/5/79, Fallos: 301:341, ED, T. 83, pp. 392 y ss., con nota de BIDART CAMPOS, GERMAN, "Las provincias y las minas".

(26) El máximo tribunal sostuvo, al efecto, que "el régimen jurídico de las minas comprende, necesariamente, la regulación especial del dominio de éstas", y la facultad que la Constitución ha dado al Congreso —de dictar el Código de Minería— acuerda a dicho Poder de la Nación la facultad de dictar su régimen legal. Ello, en tanto "el silencio de la Constitución Nacional sobre esta faz de la propiedad minera tornaba inexcusable que el Poder Legislativo estableciera normas expresas sobre el asunto, en el entendimiento de que así cumplía el cometido que la propia Constitución le había asignado al confiarle el dictado del Código de Minería". En consecuencia, pudiendo el Congreso haber atribuido tal propiedad a las provincias, la decisión de habérsela reconocido a la Nación (conforme las leyes nacionales respectivas, N° 14.773 y 17.319), "no excede los límites de una razonable interpretación constitucional" (Consid. 11, 12 y 14).

(27) Consid. 15. Vale agregar que esta sentencia señera contiene un voto en disidencia del entonces ministro de la Corte, PEDRO J. FRIAS, quien sostuvo —en coherencia con su postura doctrinaria sobre el federalismo (FRIAS, PEDRO J., El federalismo en la reforma constitucional, LL, 1994-D, 1122)— que los recursos naturales existentes en los respectivos territorios provinciales son de "dominio eminente o institucional" de estas últimas.

(28) CATALANO, EDMUNDO F., Código de Minería Comentado, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1997, citado en SARAVIA, LUIS ADOLFO, "El petróleo y las provincias", LA LEY, 1998-E, 1191.

(29) Cfr. FRIAS, PEDRO J., Derecho Público provincial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 172, y El federalismo argentino. Introducción al Derecho Público federal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 169. Ver, asimismo, Fallos: 154:312; REIRIZ, MARIA GRACIELA, "La jurisdicción nacional en el sector eléctrico", en AA.VV., Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, Buenos Aires, 1995, p. 175; y VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMIN, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, TEA, Buenos Aires, 1952, p. 14.

(30) CASSAGNE sostiene que "el reconocimiento del dominio de los recursos naturales en cabeza de las provincias no sustrae a estos bienes de la jurisdicción exclusiva del Congreso Nacional, entendida como potestad de regulación jurídica" (CASSAGNE, JUAN C., "Acerca de la noción...", op. cit., p. 11).

(31) SALOMONI, JORGE L., Teoría general..., op. cit., pp. 125 y ss.; y, del mismo autor, "Aporte para una discusión sobre la titularidad estatal de los servicios públicos", en AA.VV., Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, Buenos Aires, 1995, pp. 71 y ss. Ver, asimismo, CARBAJALES, JUAN J., Las sociedades anónimas..., op. cit., p. 17 y ss.

(32) En el caso del petróleo y del gas natural, la Ley N° 17.319 estableció el monto de la regalía en 12 % del valor de la producción, y este era enteramente dado a las provincias.

(33) MANILI, PABLO L., "El dominio originario...", op. cit., pp. 357 y ss. Para un análisis crítico de la "federalización de los hidrocarburos", ver LAPEÑA, JORGE, "El Artículo 124 de la CN y su pésima implementación", Instituto Argentino de la Energía "General Mosconi". Asimismo, para una ordenada exposición de la evolución legislativa en la materia, ver ABALOS, MARIA G., "Expropiación y recursos naturales en clave iuspublicista: algunos interrogantes", LA LEY, Suplemento Constitucional, mayo de 2008, citado en VERA, RODRIGO E., "El impacto...", op. cit., p. 126, nota 6.

(34) En primer lugar, el Decreto N° 1955/94 instituyó un régimen transitorio de exploración y posterior explotación de hidrocarburos en las denominadas "Áreas en Transferencia", hasta tanto operara su efectiva transferencia a las provincias respectivas. Por su parte, el Decreto N° 546/2003 reconoció a los estados provinciales el derecho a otorgar permisos de exploración y concesiones de explotación, almacenaje y transporte de hidrocarburos en sus respectivas jurisdicciones sobre aquellas áreas que revertían a las provincias y sobre aquellas que se definan en sus planes provinciales de exploración y/o explotación.

(35) ABALOS, MARIA G., "Ambiente y minería: Distribución de competencias en el federalismo argentino", LA LEY, Suplemento Constitucional, febrero de 2011, pp. 16 y ss.

(36) VERA RODRIGO E., "El impacto...", op. cit., p. 130.

(37) Lo que Cassagne denomina "dominio útil" (CASSAGNE, JUAN C., "Acerca de la noción...", op. cit., p. 10).

(38) Así, por ejemplo, si cada provincia puede autorizar extracción de hidrocarburos otorgando concesiones de plazos irrazonables que comprometan generaciones futuras de habitantes de la nación; o que esos permisos contengan precios o condiciones de tal dimensión que supongan un daño irreparable a la economía provincial (y por tanto a la nacional); o que su explotación suponga una afectación importante del medio ambiente; o que sus criterios de uso y disposición del recurso no contemple las necesidades y urgencias del conjunto social de la nación; o que decida la apropiación provincial de toda la renta que produce el recurso; o que el control de la producción no contenga instrumentos confiables de su medición o de los criterios para estimar las reservas, etc.

