

DOMINIO  
PÚBLICO

Dominio público: naturaleza y régimen de los bienes públicos /  
coordinado por Gabriel De Reina Tartière. - 1a ed. - Buenos Aires :  
Heliasta, 2009.  
528 p. ; 23x15 cm.

ISBN 978-950-885-106-2

1. Derecho Público. I. De Reina Tartière, Gabriel, coord.  
CDD 341

Diseño de tapa: Eduardo Ruiz

ISBN 978-950-885-106-2

©2009, Editorial Heliasta S.R.L.

Distribuidores exclusivos:  
Editorial Heliasta S.R.L.  
Juncal 3451 (C1425AYT), Buenos Aires, Argentina  
Tel. y Fax: (54-11) 4804-0472  
editorial@heliasta.com.ar - www.heliasta.com.ar

Queda hecho el depósito que establece la Ley 11.723  
Libro de edición argentina

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su traducción, ni su incorporación a un sistema informático, ni su locación, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea éste electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y escrito de los titulares del *copyright*. La violación de este derecho hará pasible a los infractores de persecución criminal por incursos en los delitos reprimidos en el artículo 172 del Código Penal argentino y disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual.

FOTOCOPIAR ES DELITO

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE  
(Coordinador)

# DOMINIO PÚBLICO

NATURALEZA Y RÉGIMEN  
DE LOS BIENES PÚBLICOS

JAVIER BARCELONA LLOP  
ROBERTO BOQUÉ  
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE  
ELOY COLOM PIAZUELO  
RAFAEL FERNÁNDEZ ACEVEDO  
MARTA FRANCH I SAGUER  
MARTA GARCÍA PÉREZ  
JAVIER D. GUIRIDLIAN LAROSA  
CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA  
JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ  
LUCIANO PAREJO ALFONSO  
IGNACIO M. DE LA RIVA  
GABRIEL DE REINA TARTIÈRE



Heliasta

determinar su régimen jurídico. En primer lugar, el propio artículo 30.3 LPAP establece que dichos bienes son inembargables, inembargabilidad que ya había sido declarada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 166/1998, de 15 de julio.

Además, por lo que respecta a su eventual inclusión en el tráfico jurídico ordinario, se ha estar al artículo 30.2 LPAP cuando especifica que los bienes y derechos patrimoniales podrán ser enajenados siguiendo el procedimiento y previo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, pudiendo ser objeto de prescripción de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil y en las leyes especiales. Será, pues, y a la postre, la legislación sectorial, con fundamento en la importancia del fin público que cumplan estos bienes, la que determinará si han de tenerse por inalienables y/o imprescriptibles. Así, por ejemplo, en la legislación de montes anterior, los montes catalogados se reputaban bienes patrimoniales inalienables aunque prescriptibles.

No obstante, en el caso de que en la ley sectorial no se establezca una previsión específica, su régimen jurídico dependerá de la compatibilidad de la enajenación con el fin público. Es decir, estos bienes se podrán enajenar cuando sea necesario para el cumplimiento del fin o cuando no sea contrario a éste. Por ejemplo, el cumplimiento de los fines a los que está destinado el patrimonio municipal del suelo puede requerir su enajenación, pero no puede venderse para otros fines distintos de los previstos en la norma, puesto que en caso contrario el contrato estaría viciado. En definitiva, esta clase de bienes puede afirmarse que gozan del privilegio de la inalienabilidad relativa, es decir, pueden enajenarse siempre que el acto de disposición no vaya contra el fin público<sup>84</sup>.

Finalmente, debe señalarse que el régimen de utilización está supeditado, como no puede ser de otro modo, al cumplimiento del fin público. De ahí que no resulten aplicables los principios y reglas propias de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos, sino los contemplados en la legislación sectorial reguladora de ese fin público o, en caso de no existir, los preceptos dispersos en la legislación de patrimonio aplicables al efecto<sup>85</sup>.

Concluyendo, de lo expuesto en el presente estudio resulta que desde la perspectiva subjetiva del dominio público existen tres categorías de cosas de especial relevancia para el Derecho administrativo: las cosas comunes, los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales afectos a un servicio público o función pública. Cada una de ellas constituye una clase diferente de cosas y está sometida a un régimen jurídico especial, no siendo posible confundirlas. Esta distinción se aprecia tanto en el Derecho español actual como histórico, pero también en otros ordenamientos, a los que desde aquí se ha hecho referencia.

<sup>84</sup> Respecto del régimen jurídico de esta categoría de bienes patrimoniales afectos a fines públicos, cfr. COLOM PLAZUELO, "Los bienes públicos...", cit., pp. 36 y ss.

<sup>85</sup> En relación con las normas de aprovechamiento de los bienes patrimoniales afectos a servicios públicos y funciones públicas, vid. COLOM PLAZUELO, "El aprovechamiento...", cit., pp. 565 y ss.

## LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DOMINIO PÚBLICO

Ignacio M. de la Riva\*

*"Ciertas cosas corporales manifiestan, por su misma configuración exterior, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público" (OTTO MAYER)*

I. LA CUESTIÓN. II. RAÍCES HISTÓRICAS DEL DOMINIO PÚBLICO. III. SISTEMATIZACIÓN DE LA NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO EN EL DERECHO FRANCÉS. IV. EL DEBATE EN EL ÁMBITO NACIONAL. V. ACTUALIDAD DE LA CONTROVERSIA EN TORNO DE LA NATURALEZA DEL DOMINIO PÚBLICO. EXAMEN DE LOS PRINCIPALES EXTREMOS DE LA DISPUTA: A. La incidencia del Derecho civil en la conformación del instituto. B. Significado de la categorización del dominio público como *título de intervención*. VI. UNA ALTERNATIVA SUPERADORA DEL DEBATE: EL DOMINIO PÚBLICO COMO DERECHO DE PROPIEDAD Y TÍTULO DE INTERVENCIÓN.

### I. LA CUESTIÓN

Es evidente que, tal como lo anticipa la frase inserta como epígrafe, toda vida comunitaria requiere, indispensablemente, de la presencia de bienes dispuestos para el uso común de sus integrantes. Así ha sucedido, desde un comienzo, en el seno de las primitivas poblaciones rurales, pero todavía de un modo más notorio a medida que se acrecentó el fenómeno de la vida urbana.

No obstante esta continuidad histórica del fenómeno, el afán por identificar en qué consiste, en última instancia, esto que hoy llamamos dominio público, no ha cesado de generar intensos cruces de opiniones entre los exponentes más calificados del mundo jurídico nacional y extranjero.

Los ecos de este debate persisten en la actualidad, y se manifiestan en posturas que no parecen haber atenuado en lo más mínimo el extremismo de sus exponentes iniciales.

Por un lado encontramos a los defensores de la tesis patrimonialista, que ven en el dominio público una modalidad del derecho de propiedad, aun cuando —por

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Protitular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica Argentina.

lo general— destacan que se trata de una propiedad de distinta fisonomía a la que impera en el campo del Derecho privado.

En el extremo opuesto se ubican los críticos de la postura anterior, quienes rechazan de manera rotunda que quepa predicar la existencia de un derecho de propiedad sobre los bienes que integran el dominio público, y ponen el acento, en cambio, en el deber que pesa sobre el Estado de ejercer sus potestades en aras a la protección y conservación de dichos bienes a fin de garantizar el uso público al cual se encuentran consagrados.

La controversia doctrinal aludida no está libre de consecuencias prácticas para el sistema jurídico argentino, ya que sólo si nos atenemos a la primera de las dos interpretaciones reseñadas resulta admisible que el legislador nacional, al sancionar el Código Civil, se haya arrogado la facultad de identificar el elenco de bienes que integran el dominio público<sup>1</sup>. De prevalecer, en cambio, la idea de que estamos, únicamente, ante un título de intervención pública que tan sólo traduce el ejercicio de ciertas potestades estatales dirigidas a preservar el goce común de los bienes que están dispuestos para ese fin, habrá que concluir que la problemática pertenece, íntegramente, al terreno del Derecho público, y su regulación, por ende, quedaría reservada a la jurisdicción local<sup>2</sup>.

## II. RAÍCES HISTÓRICAS DEL DOMINIO PÚBLICO

Con contornos un tanto más vagos que los que presenta su regulación en nuestros días, el Derecho romano nos ofrece un primer antecedente de régimen jurídico de las cosas comunes, del cual se nutre, ciertamente, la teoría actual del dominio público<sup>3</sup>.

En aquel entorno, en efecto, ya se había alcanzado una clara conciencia de la existencia de bienes cuya propiedad nadie podía atribuirse, en tanto estaban destinados al disfrute de todos. Tales bienes, en consecuencia, se consideraban excluidos del comercio jurídico, lo cual se traducía en su inalienabilidad e imprescriptibilidad. Su singular régimen de protección se completaba, además, con una serie de interdictos tendientes a garantizar su adecuada conservación<sup>4</sup>. También

<sup>1</sup> Cfr. art. 75, inc. 12 CN.

<sup>2</sup> Cfr. arts. 5, 121, 122 y 123 CN.

<sup>3</sup> Existe bastante consenso en señalar a las instituciones del Derecho romano como la fuente remota de la noción de dominio público (cfr., por todos, MARIENHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, v, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 43-45). No faltan, sin embargo, algunas voces solitarias que niegan dicha filiación jurídica, y se esfuerzan por destacar, más bien, las diferencias que se presentan entre el enfoque romanista de las cosas públicas y la teoría del dominio público acuñada en Francia en el siglo XIX (vid., por ejemplo, BARCKHAUSEN, "Étude sur la théorie générale du domaine public", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. 1902, pp. 404 y ss.).

<sup>4</sup> Cfr. ABELANDA, "Notas sobre la extra-comercialidad de las *res communes omnium/res publicae iuris gentium* y su conservación en la experiencia jurídica romana", en *ED*, Diario del 11 de abril de 2008, pp. 1-2.

se encontraba suficientemente desarrollada para entonces la técnica de la afectación como momento consagradorio al uso público —en ocasiones solemne, a través de la *dicatio* o *publicatio*— del bien en cuestión<sup>5</sup>.

El Derecho romano, sin embargo, no alcanzó a formular una noción de contornos precisos acerca de los bienes públicos, sino que se limitó, a partir de la clasificación que introdujo entre las cosas en *res divini iuris* y *res humani iuris*, a identificar —en el marco de las segundas— ciertas categorías de bienes que, en razón del uso común al cual estaban destinados, quedaban fuera del tráfico jurídico (*extra commercium*). Estos últimos fueron, a su vez, objeto de una nueva subdivisión, cuyos límites no siempre se aprecian con claridad. Así, entre las cosas excluidas del comercio figuraban las *res communes* (el aire, el agua corriente, el mar y sus orillas), por Derecho natural no susceptibles de apropiación individual; las *res publicae* (los ríos públicos y sus costas, los puertos, las vías públicas), en sí mismas aptas para ser apropiadas, pero reservadas por el Derecho positivo al uso general del *populus* romano; y las *res universitatis* (los teatros, los circos, los edificios públicos, las plazas, los baños públicos, las calles de las ciudades), destinadas al uso público de una comunidad en particular<sup>6</sup>.

Otro rasgo del sistema romanista que merece ser destacado viene dado por la identificación del pueblo como propietario de la cosa pública<sup>7</sup>. Si bien hoy sigue existiendo un sector doctrinario —minoritario— que adhiere a esa misma idea<sup>8</sup>, resulta importante hacer notar que en el Derecho romano el criterio señalado encontraba plena justificación en el hecho de que todavía no había cobrado forma la teoría de la personalidad del Estado.

Tras la caída del Imperio Romano, el medioevo transcurre entre las luchas propias del sistema feudal y la progresiva consolidación de la monarquía. Durante ese vasto período se produjo una fuerte concentración de los bienes, hasta entonces

<sup>5</sup> Una interesante descripción de los rasgos salientes del régimen jurídico de las cosas en el Derecho romano puede verse en el valioso trabajo PAREJO ALFONSO, titulado "Dominio público: Un ensayo de reconstrucción de su teoría general", en *RAP* n° 100-102 (1983), pp. 2379 y ss. Allí el autor alerta sobre las dificultades que se presentan para acceder a un conocimiento preciso del sistema romano, en razón de la escasa claridad de las fuentes disponibles y de las interpolaciones de que han sido objeto con el transcurso del tiempo, lo cual da lugar a reiteradas incongruencias y contradicciones.

<sup>6</sup> Cfr. GAYO, *Institutas*, texto traducido, notas e introducción por DI PIETRO, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pp. 187-195; BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la octava edición italiana por BACCI y LARROSA, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1979, pp. 237-240; PETIT, *Tratado elemental de Derecho romano*, traducido de la novena edición francesa por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Buenos Aires, Albatros, 1977, pp. 228-233; e IGLESIAS, *Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1983, pp. 237-243.

<sup>7</sup> Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la 10ª edición italiana por CARAMÉS FERRO, Buenos Aires, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 191.

<sup>8</sup> Entre nosotros, BIELSA (cfr. *Derecho administrativo*, III, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 387) y MARIENHOFF (cfr. ob. y t. cit., pp. 66-81) mantienen la postura de que el pueblo es el titular del dominio público.

comunes, en manos del rey, lo cual desembocó en la confusión dentro del patrimonio real de todos los bienes, públicos y privados, de titularidad del monarca<sup>9</sup>.

A partir de la preocupación por la conservación de la unidad de dicho patrimonio, amenazado –doblemente– por las divisiones ocurridas por vía hereditaria y por la enajenación de bienes por parte de la realeza para hacerse de metálico, se introdujo la distinción entre bienes integrantes del patrimonio personal del rey y bienes del dominio de la Corona, restableciéndose así el criterio de la indisponibilidad de estos últimos<sup>10</sup>.

Con la Revolución Francesa, los bienes de la Corona se incorporaron al *dominio nacional* con un enfoque netamente patrimonialista, que habilitaba, como regla, su enajenación, previo consentimiento del cuerpo legislativo. Sólo a modo de excepción, la Ley de 1790 excluyó ciertos bienes del alcance de dicho régimen de propiedad privada (entre ellos, los caminos, las calles, las plazas, los ríos, las playas y riberas del mar, los puertos), y los calificó expresamente como “dependencias del dominio público”<sup>11</sup>. Aparece así, por primera vez, consagrada en el Derecho positivo la noción de dominio público.

### III. SISTEMATIZACIÓN DE LA NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO EN EL DERECHO FRANCÉS

A los pocos años del dictado de la Ley de 1790, el Código Napoleón (1804) vino a profundizar el camino iniciado por aquella en cuanto a los bienes integrantes del dominio público. En tal sentido, la disposición más destacable de dicho cuerpo ha sido, sin lugar a dudas, su artículo 538, que ratificó la existencia de cosas que no son susceptibles de propiedad privada.

Fue, precisamente, sobre la base de esta idea que los primeros estudiosos franceses del dominio público naciente construyeron su doctrina dirigida a sostener que dicha categoría resultaba ajena, por completo, al concepto de propiedad. Así PROUDHON, cuya obra es unánimemente identificada como el punto de arranque de la tarea de consolidación de la noción de dominio público emprendida en Francia<sup>12</sup>, introdujo una separación absoluta entre propiedad y dominio público.

<sup>9</sup> Enseña, al respecto, VILLAR PALASÍ que “la variación trascendental que operó el medioevo en el concepto de las *res communes omnium* y *res publicae* estriba en el cambio de la objetividad de la idea hacia la subjetivización de la propiedad. Las *res publicae* no se definen ya, a partir del siglo XII, por sus características objetivas o por su dedicación a un uso general, sino que pasan a ser un conglomerado de bienes cuya única definición unitaria es su pertenencia al príncipe” (*La intervención administrativa en la industria*, I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 153).

<sup>10</sup> Cfr. PAREJO ALFONSO, ob. cit., pp. 2388-2391; y SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo*, II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 512-513.

<sup>11</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, ob. cit., p. 513.

<sup>12</sup> Cfr. SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho administrativo*, II, 7ª edición puesta al día por MARTINS, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 236-237.

al negar de manera terminante que el Estado ejerza, sobre este último, derecho de propiedad alguno.

En su *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, publicado en 1833, el profesor de Dijón argumentaba de este modo: “Este carácter exclusivo, de acuerdo con el cual nadie más que el dueño de la cosa tiene el derecho de participar del aprovechamiento de su propiedad, no puede aplicarse a los bienes que componen el dominio público, dado que cada individuo tiene exactamente y por el mismo título el derecho de disfrutarlo siguiendo su destino, derecho que se extiende incluso a los extranjeros que se encuentran en disposición de utilizarlo. El dominio público no es, por ende, para nadie, ni siquiera para el Estado, un dominio de propiedad, porque nadie está excluido de él”<sup>13</sup>. En definitiva, sostiene, el Estado no ejerce sobre los bienes que integran el dominio público sino un poder de protección, destinado a asegurar a todos su disfrute<sup>14</sup>.

El pensamiento de PROUDHON suscitó gran adhesión entre los juristas de la época, que de manera numerosa se alinearon con su punto de vista, al que enriquecieron, en algunos casos, a través del aporte de nuevos argumentos.

Uno de sus seguidores, BERTHÉLEMY, recaló que la propiedad era concebida por los romanos como la concurrencia de tres derechos: el *jus utendi*, el *jus fructuandi* y el *jus abutendi*; mientras que sobre las dependencias del dominio público nadie tiene derecho a disponer, su goce no se concede más que a título excepcional, y su uso pertenece a todo el mundo, incluso a los extranjeros. Al hilo de dicha observación, sostuvo que la pretensión de que el derecho del Estado sobre el dominio público sea un derecho de propiedad es contradictoria con el hecho de que las dependencias que integran dicho dominio son indisponibles<sup>15</sup>.

En términos similares se expresaba DUCROCQ, quien coincidía con la idea de que sobre los bienes que integran el dominio público el Estado actúa no como dueño, sino como conservador y guardián<sup>16</sup>.

También JÉZE sumó su voz a esta negativa a vincular al dominio público con el derecho de propiedad, y adhirió a la convicción de que aquél se reduciría a un simple poder de conservación y policía en manos del Estado<sup>17</sup>. Este último autor interpretaba, no obstante, al igual que DUGUIT, que la figura del dominio público sólo alcanza plena justificación a partir de su identificación con el servicio público al cual se encuentra afectado<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. tomo I, Dijón, Lagier, 1843, pp. 241-242.

<sup>14</sup> Cfr., *idem*, pp. 242-243.

<sup>15</sup> Cfr. *Traité élémentaire de droit administratif*, París, Rousseau, 1926, p. 481.

<sup>16</sup> Cfr. *Cours de droit administrative et de législation française des finances*, IV, París, Fontemoing, 1900, pp. 85-90.

<sup>17</sup> Vid. su comentario publicado en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, t. 60 (1944), p. 237.

<sup>18</sup> Cfr. JÉZE, *idem*, p. 238; y DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, III, París, Fontemoing, 1930, pp. 346-348.

El gran contradictor de estas ideas, y responsable de la revalorización de la concepción del dominio público como una modalidad del derecho de propiedad fue nada menos que HAURIUO, quien puso freno a la expansión de la postura presentada en los párrafos precedentes a través de una prolija y sistemática respuesta a cada uno de sus postulados.

El eminente profesor de Toulouse hizo notar que cualquier porción del dominio público puede, previa desafectación, ser enajenada, y que resulta difícil admitir que tal desafectación tenga la aptitud de crear el derecho de propiedad en favor del Estado enajenante, a no ser que dicho derecho preexista. Observó, además, con toda agudeza, que ningún sentido tendría hablar de la *inalienabilidad del dominio público* si no se tratara de cosas que, en ausencia de tal interdicción legal, no pudieran ser enajenadas<sup>19</sup>.

HAURIUO entendía, sin embargo, que la propiedad ejercida sobre el dominio público no era equiparable a la que se predica de los bienes que pueden ser de propiedad de los particulares, y de allí que la calificara como propiedad administrativa. De hecho, la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes que lo integran derivan, según el mismo autor, del hecho de que se encuentran afectados a un destino de utilidad pública<sup>20</sup>.

Sobre esas premisas, el prestigioso maestro francés propuso una definición de dominio público que reposa sobre la unión de los dos elementos señalados: la propiedad administrativa y su afectación formal a la utilidad pública, para recalcar seguidamente que es en razón de dicha afectación que los bienes involucrados resultan inalienables, imprescriptibles y protegidos por un régimen de policía especial<sup>21</sup>.

#### IV. EL DEBATE EN EL ÁMBITO NACIONAL

Entre los juristas argentinos la controversia en torno de la naturaleza jurídica del dominio público no pasó, desde luego, inadvertida. Los estudiosos del Derecho administrativo son quienes prestaron mayor atención al tema, aunque también algunos civilistas se detuvieron a fijar su posición sobre esta interesante cuestión.

Un rápido repaso de las opiniones más autorizadas permite comprobar que la tesis patrimonialista es la que ha concitado mayor cantidad de adhesiones. De todos modos, es menester aclarar que entre quienes se enrolan en este enfoque existen, en ciertos casos, diferencias de criterio importantes, como se verá de inmediato.

Un primer grupo de tratadistas, entre los que se sitúan SALVAT, BULLRICH, DIEZ, MARIENHOFF y ESCOLA conceptúa el dominio público como un derecho de pro-

<sup>19</sup> Cfr. *Précis de droit administratif et de droit public*, 11ª edición, París, Sirey, 1927, p. 639.

<sup>20</sup> Cfr. *idem*, 638-663.

<sup>21</sup> HAURIUO define, en efecto, a las dependencias del dominio público como "propiedades administrativas afectadas formalmente a la utilidad pública (sea al uso directo del público, sea al uso de un servicio público) y que, por causa de esta afectación, son inalienables, imprescriptibles y protegidas por las reglas penales de las comunicaciones" (cfr. ob. cit., p. 638).

iedad de carácter público. El primero, de manera muy escueta, se limita a decir que lo considera "un verdadero derecho de propiedad, si bien sometido a ciertas reglas especiales"<sup>22</sup>.

BULLRICH, por su parte, describe al dominio público como "un verdadero derecho de propiedad con las variantes que le impone la naturaleza del propietario y el destino de la cosa"<sup>23</sup>, postura de la cual se hace eco, en términos muy similares, el último de los autores citados<sup>24</sup>. Los elementos subjetivo y teleológico son, así, en la interpretación de BULLRICH y de ESCOLA, determinantes de la índole pública de la propiedad que atribuyen al Estado sobre los bienes del dominio público.

La obra de DIEZ contiene un extenso desarrollo de la cuestión. El enfoque que propone nace de la premisa de que el género *propiedad* admite más de una configuración, de modo tal que, a la par de la propiedad del Derecho civil —una de sus especies—, es posible reconocer otra que es propia del Derecho público. Ambas tienen un sustrato común, consistente en el vínculo que une al bien con el sujeto, pero en cada caso tal vinculación se presenta con características diferentes<sup>25</sup>.

Pues bien, según el autor citado, lo que caracteriza a la propiedad pública del Estado sobre los bienes del dominio público son las limitaciones que se le imponen en mérito al destino a que están afectadas las cosas públicas. Pero, repárese bien, DIEZ no considera que se trate de limitaciones al derecho real del ente, sino que entiende que tales restricciones son, en rigor, una manifestación de ese mismo derecho de propiedad<sup>26</sup>. En otros términos, las restricciones que son inherentes a la propiedad pública no son un aspecto accesorio a dicha propiedad, sino más bien uno de sus elementos constitutivos, determinante, precisamente, de su condición pública.

Para enfatizar esta idea central de su tesis, DIEZ establece un paralelo con la figura de la servidumbre. Sugiere, pues, que intentar explicar la afectación de los bienes dominiales como una servidumbre que grava la propiedad involucrada supone tratar a la afectación como un elemento distinto de la propiedad misma. Sin embargo, acota inmediatamente que en el régimen de la dominicalidad las nociones de propiedad y de afectación están, en realidad, estrechamente asociadas, a punto tal que "el derecho de propiedad pública está dominado y limitado por la afectación"<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. SALVAT, *Tratado de Derecho civil argentino. Parte General*, II, Buenos Aires, TEA, 1962, p. 27.

<sup>23</sup> Cfr. *Principios generales de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Kraft, Buenos Aires, 1942, p. 198.

<sup>24</sup> Cfr. ESCOLA, *Compendio de Derecho administrativo*, II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 988.

<sup>25</sup> Cfr. *Derecho administrativo*, IV, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1969, p. 391.

<sup>26</sup> Cfr. *idem*, p. 392.

<sup>27</sup> *Idem*, pp. 390 y 393.

En lo que hace al contenido de la propiedad pública en la que consiste el dominio público se verifica, continúa DIEZ, el señorío de la persona sobre la cosa propia de todo derecho de propiedad. Tal sería, sostiene, el "lado interno" del derecho en cuestión. Pero añade, a continuación, que el dominio público se completa, desde el "lado externo", con las prerrogativas de que está investido su titular para defender la cosa contra cualquiera que quiera turbar su goce, otra nota que lo distingue como propiedad pública<sup>28</sup>.

DIEZ rechaza de plano las críticas de los detractores de la tesis patrimonialista. Afirma, en efecto, que el Estado puede usar, gozar y disponer de los bienes que integran el dominio público. Los usa, sostiene, para satisfacer sus necesidades por medio de la colectividad. Goza de ellos en tanto puede recoger determinados frutos que producen. Y puede disponer de dichos bienes a través de actos propios del comercio público, como sería el otorgamiento de permisos o concesiones de uso del dominio público, negocios a los que califica como actos de disposición<sup>29</sup>.

MARIENHOFF, finalmente, se incorpora al elenco de quienes consideran al dominio público como una forma de propiedad pública, con todos los caracteres inherentes a dicha condición, pero expone esta convicción con un matiz propio: el titular de dicho derecho sería, a su juicio, no el Estado sino el pueblo<sup>30</sup>.

Existe, pues, otro sector de la doctrina nacional que afirma que el dominio público configura un derecho de propiedad en sentido pleno, en los términos en que dicho derecho real ha sido definido por el artículo 2.506 CC. Se colocan en esa línea SPOTA y VILLEGAS BASAVILBASO<sup>31</sup>.

En opinión de SPOTA, el artículo 2.340 CC es categórico en cuanto establece que los bienes en él enumerados "son bienes públicos del Estado"<sup>32</sup>. El mismo

<sup>28</sup> Cfr. *idem*, pp. 392-393.

<sup>29</sup> Cfr. *idem*, pp. 384-385; asimismo, *vid.* su trabajo "Naturaleza jurídica del derecho del Estado sobre el dominio público", en *LL* 18, pp. 66 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. *ob. cit.*, pp. 97-98.

<sup>31</sup> Mucho más cerca en el tiempo, también BOTASSI califica el dominio público como "un concreto derecho real de propiedad caracterizado en razón del sujeto que lo titulariza y la finalidad social que lo adorna" (cfr. "Dominio y jurisdicción. Competencia nacional, provincial y municipal", en *VV.AA.*, *Organización administrativa, función pública y dominio público (Jornadas organizadas por la Universidad austral. Facultad de Derecho)*, Buenos Aires, RAP, 2005, p. 668).

<sup>32</sup> Tal era la redacción dada por VÉLEZ al texto original del artículo en cuestión. Tras la reforma introducida por la ley 17.711, la expresión fue dejada de lado, y reemplazada por la siguiente: "Quedan comprendidos entre los bienes públicos:...". La modificación apuntada, sin embargo, no puede interpretarse como un cambio de tesitura por parte del legislador respecto de la naturaleza jurídica del instituto examinado, pues de ser así hubiera debido suprimir, también, el artículo inmediatamente anterior, que establece que "las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación o de los Estados particulares de que ella se compone (...); o son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares" (art. 2.339 CC).

autor rechaza que, conforme al sistema argentino de Derecho civil, los bienes que integran el dominio público puedan estimarse no susceptibles de propiedad privada, según lo demostraría —a su juicio— el hecho de que, bajo determinadas circunstancias, esos mismos bienes puedan pertenecer a los particulares, como ocurre con ciertas especies de aguas que corren por cauces naturales: el artículo 2.350 CC, en efecto, prevé que "las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad". Ello confirma, en opinión de SPOTA, que no deriva de la naturaleza de tales bienes que los mismos sean inapropiables<sup>33</sup>.

En definitiva, sostiene SPOTA que el dominio público es de la misma naturaleza que el privado, y que sólo el destino de uno y otro difieren, toda vez que el dominio público está afectado a usos, directos o indirectos, de utilidad común —de allí su carácter inalienable e imprescriptible—, lo que no ocurre con el dominio privado del mismo Estado<sup>34</sup>.

VILLEGAS BASAVILBASO afirma con igual énfasis que "existe un derecho de dominio sobre los bienes públicos, cuyo titular es el Estado (*lato sensu*), cuya naturaleza jurídica es la misma que la del dominio privado, y reglado por la ley civil, con las limitaciones impuestas por su destino a la utilidad o comodidad común (imprescriptibilidad e inalienabilidad)"<sup>35</sup>. Y asevera que "ese derecho de dominio queda en descubierto en el mismo momento de la desafectación del bien", ya que "es inexplicable cómo por el cambio de destino de la cosa, vale decir, por la desafectación, cambie también la naturaleza de la propiedad"<sup>36</sup>.

Ahora bien, con una visión totalmente opuesta a la hasta aquí reproducida, se encuentran quienes niegan que el dominio público equivalga a un derecho de propiedad. Entre las voces prominentes que así lo proclaman figuran LAFAILLE, en el campo del Derecho civil, quien de manera lacónica se limita a decir que "el dominio público del Estado (...) no tiene de 'dominio' más que el nombre"<sup>37</sup>, y BIELSA, en el terreno del Derecho administrativo.

El convencimiento de BIELSA sobre el punto es rotundo: "sobre los bienes del dominio público —afirma— no hay derecho de propiedad"<sup>38</sup>. La tesis contraria, a su criterio, deja sin respuesta una serie de interrogantes, a saber: ¿Cuál sería el título originario de ese supuesto derecho de propiedad? ¿Cuál su contenido? ¿Acaso una nuda propiedad? ¿Qué valor patrimonial poseen el mar, los ríos, sus cauces? ¿Consta dicho valor en los inventarios del Estado? Tales preguntas, sos-

<sup>33</sup> Cfr. *Tratado de Derecho de aguas*, II, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1941, pp. 13-14.

<sup>34</sup> Cfr. *idem*, pp. 17-21.

<sup>35</sup> *Derecho administrativo*, IV, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, p. 178.

<sup>36</sup> *Idem*, pp. 176-177.

<sup>37</sup> *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1943, p. 370.

<sup>38</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 387.

tiene, o bien no han recibido respuesta por parte de los sostenedores de la posición patrimonialista, o bien ésta es inequívocamente negativa<sup>39</sup>.

Entiende el autor comentado que, aun cuando el Estado adquiera dichos bienes por los medios jurídicos que determinan la adquisición de la propiedad, con sólo destinarlos al uso público directo ya dejan de ser considerados de su patrimonio, dado que ellos no son susceptibles de propiedad ni posesión, no porque se trate de *res nullius*, sino porque “los bienes del dominio público son *res quae nullius esse possunt*” (esto es, cosas que no pueden ser de nadie)<sup>40</sup>.

Mucho más cerca en el tiempo, SALOMONI se agregó al listado de los autores nacionales que rechazan que el dominio público configure un título de propiedad estatal, al afirmar que, a partir del texto mismo de la Constitución dictada en 1853, dicha categoría constituye entre nosotros un título de intervención en manos del Estado, que debió ser regulado únicamente por el Derecho administrativo. Por tal motivo, sostiene, tanto la determinación de los bienes que integran dicho dominio, como los usos a los que se los destina, es materia exclusivamente local, que las provincias han reservado para sí<sup>41</sup>.

Al aludir al marco constitucional que avalaría tal enfoque, el mencionado autor trae a colación, en primer lugar, ciertos artículos de la Carta Magna que hacen referencia al empleo de los bienes públicos por parte del Estado Nacional: el artículo 75, inciso 5, en tanto otorga al Congreso de la Nación la facultad de disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional; el inciso 18 de ese mismo precepto, que confiere al propio legislador nacional el mandato de promover la colonización de tierras de propiedad nacional, típica técnica de fomento; y el artículo 4, que establece que el gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional, formado, entre otros recursos, del producto de la venta o locación de tierras de propiedad nacional. Acto seguido, enumera las disposiciones del mismo texto que se ocupan del dominio público provincial: el artículo 124, último párrafo, que atribuye a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio; y el artículo 125 –análogo al 75, inciso 18, para el orden nacional–, que contempla la utilización de las tierras de propiedad provincial para su colonización.

Este recorrido por el articulado de la Constitución lleva a SALOMONI a la convicción de que “del juego de los artículos mencionados, surge una separación clara de la potestad reglamentaria legislativa de las provincias respecto de la Nación, en relación a la clasificación, uso y disposición del dominio público, en un todo de acuerdo a la sistemática federal que contiene nuestro ordenamiento constitucional”<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. *idem*, p. 388.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Cfr. “El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática”, en *AeDP* n° 14 (2000), pp. 79-107.

<sup>42</sup> *Idem*, pp. 101-103.

#### V. ACTUALIDAD DE LA CONTROVERSI EN TORNO DE LA NATURALEZA DEL DOMINIO PÚBLICO. EXAMEN DE LOS PRINCIPALES EXTREMOS DE LA DISPUTA

Los estudios actuales que abordan el problema de la naturaleza jurídica del dominio público constatan que el debate sigue sin encontrar solución. Sus protagonistas mantienen las mismas dos posturas enunciadas por la doctrina francesa en 1840, una de ellas orientada a considerar al dominio público como una relación de propiedad (aunque especial), y la otra inclinada a verlo como una manifestación de la soberanía estatal<sup>43</sup>.

Desde luego que el asunto no comporta una cuestión que pueda ser resuelta en abstracto, de una vez y para siempre. Por el contrario, la precisa configuración del dominio público –como la de cualquier otra institución jurídica– sólo puede ser establecida, de manera contingente, de cara al Derecho positivo de cada lugar y con referencia a un momento histórico determinado<sup>44</sup>.

Son ilustrativas, al respecto, las reflexiones de MAYER, quien al describir la evolución del concepto de dominio público en el Derecho alemán, muestra las vicisitudes que se observaron durante largo tiempo entre reconocer en favor del príncipe un derecho de propiedad sobre tales cosas –que llevaba aparejado su deber de vigilancia sobre dichos bienes, para garantizar su uso por todos–; atribuir la titularidad de esos mismos bienes al pueblo en su conjunto –una interpretación heredera de la concepción más auténticamente romana de la *res publica* como propiedad del *populus*–; o bien sostener que se trataban de *res nullius* bajo vigilancia y protección del príncipe, pero con exclusión del derecho de apropiación por cualquiera<sup>45</sup>.

Según ha quedado de manifiesto a partir de la reseña doctrinaria volcada en los dos capítulos precedentes, estamos ante una problemática que ofrece una variada gama de aristas y que ha sido enfocada desde perspectivas de índole bien diversa. Antes de proponer, en el apartado conclusivo, mi propia visión sobre el tema, me detendré en las líneas que siguen sobre dos aspectos que entiendo indispensable esclarecer con carácter previo: lo atinente a la incidencia del Derecho civil en la conformación de la noción de dominio público y el alcance del concepto de intervención administrativa.

#### A. La incidencia del Derecho civil en la conformación del instituto

Según ha quedado señalado, ciertos representantes –foráneos y nacionales– del pensamiento que postula revisar la concepción patrimonialista del dominio

<sup>43</sup> Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, *La titularidad de los bienes del dominio público*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 10.

<sup>44</sup> En igual sentido, *vid.* VILLEGAS BASAVILBASO, *ob. cit.*, p. 61.

<sup>45</sup> Cfr. *Derecho administrativo alemán*, III, traducción de HEREDIA y KROTOSCHIN, Buenos Aires, Depalma, 1951, pp. 92-95.



público parten de la observación de que tal enfoque, de raigambre romanista, no sería sino el resultado de una noción demanial forjada al calor de categorías civilistas, origen al que atribuyen que el dominio público sea visto lisa y llanamente como un derecho de propiedad en cabeza de la persona estatal<sup>46</sup>.

Los reparos al influjo que ha tenido el Derecho civil en el proceso de formación de los conceptos centrales del Derecho público han sido expuestos ya en otras ocasiones. Autores de la talla de MAYER han levantado, en efecto, sus protestas contra lo que consideraron una invasión excesiva del Derecho civil sobre ámbitos propios del Derecho administrativo. Al hilo de un diagnóstico de ese tipo, el maestro alemán llamó a "circunscribir el Derecho civil a sus límites naturales y a quitarle una cantidad de instituciones jurídicas de las que se había apoderado, (...) porque ellas no pueden ser bien comprendidas sino ubicadas en la esfera del Derecho público"<sup>47</sup>.

Semejante punto de vista, no obstante, ha sido revisado por otro sector de la doctrina que, sin desconocer que el Derecho público ha tomado prestadas diversas nociones y técnicas del Derecho civil —proceso explicable en razón de la milenaria maduración que, en este último ámbito, han podido alcanzar tales conceptos—, visualiza dicha influencia como un dato al que no necesariamente debe asignarse una connotación negativa. En un interesante estudio sobre la cuestión, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO advierte que, si bien en menor medida, también es dable observar el proceso inverso: la incorporación por el Derecho privado de criterios e instituciones iuspublicistas. De manera que lo que se verifica, en rigor, es un intercambio entre las distintas ramas del Derecho, que se explica a la luz de la existencia de "supraconceptos" —la idea de contrato, de responsabilidad, de dominio— que pertenecen, más bien, a una instancia superior, cual es la de la ciencia del Derecho en su conjunto. Es, pues, a partir de ese tronco común, que dichos supraconceptos son tomados por cada disciplina jurídica para conferirle, en cada ámbito, la modalidad específica que sea pertinente<sup>48</sup>.

El autor citado se manifiesta de acuerdo con que no es posible aplicar al Derecho administrativo, mediante un simple trasplante, las construcciones llevadas a cabo por el Derecho civil: el encuentro entre ambas ramas al que alude no significa —añade— desconocer las diferencias que existen entre ellas, ni tampoco afirmar que los conceptos que nos sirven de base para fijar el supraconcepto sean idénticos. De lo único de que se trata, concluye, es de reconocer la existencia de una semejanza institucional, esto es, de un verdadero parentesco de institutos entre ambos ámbitos, sin con ello dejar de prestar la debida atención a la especificidad que adquieren los conceptos en una y otra rama<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Cfr. PAREJO ALFONSO, ob. cit., pp. 2.393-2.418; SALOMONI, ob. cit., pp. 81-88.

<sup>47</sup> *Derecho administrativo alemán*, I, cit., 1949, pp. 182-183.

<sup>48</sup> Cfr. *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 47-67.

<sup>49</sup> Cfr. *idem*, p. 60. En términos similares se expresa GORDILLO, para quien "existen ciertos principios generales de la ciencia del Derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en

### B. Significado de la categorización del dominio público como título de intervención

También es recurrente que entre los propulsores del revisionismo de la noción de dominio público se afirme que, más que un derecho de propiedad, la figura comporta un título de intervención, en tanto encierra auténticas potestades, orientadas a la guarda y vigilancia de los bienes involucrados y a garantizar el destino de uso público al que aquéllos están consagrados.

Tal vez el primero en postular esta idea en España haya sido VILLAR PALASÍ, quien señaló que "la idea del demanio viene siendo enfocada desde esta *coseidad*, sin parar mientes, absurdamente, en que es sólo una técnica funcional y no otra cosa. (...) El dominio público nació más bien, y pervive hoy, como una técnica jurídica eficaz, con un sentido plenamente funcional: construir un título de intervención administrativa plena". Sobre la base de tales premisas, concluía VILLAR que "el concepto de titularidad demanial no es asimilable al vínculo del propietario por esa misma razón: no pretende la Administración conquistar propiedades, sino potestades"<sup>50</sup>.

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por *título de intervención*?

Es el propio VILLAR PALASÍ quien nos recuerda que nos encontramos ya en pleno siglo XX cuando se comenzó a hablar de medidas de intervención económica, en alusión a los efectos restrictivos del ejercicio de una potestad administrativa. Según dicho autor, tales medidas de intervención se hallarían definidas por: a) la naturaleza administrativa del acto unilateral que las origina —manifestación de una auténtica potestad—; b) el resultado que generan —esto es, la restricción de la esfera de derechos del administrado—; y c) el deslinde que de ellas resulta, en tanto la restricción que conllevan se traduce en la fijación de la frontera del contenido jurídico de la situación privada sobre la cual recaen<sup>51</sup>.

Entre los numerosos intentos de clasificar la actividad interventora que se han realizado, creo de interés traer a colación el llevado a cabo por el profesor español Juan Miguel DE LA CUÉTARA, quien distingue dos grandes campos sobre los que aquella actividad tiene incidencia: la libertad y la propiedad. Tal observación permite, a su juicio, hablar de poderes de intervención cuyo ejercicio afecta a las actividades, por una parte, y de potestades interventoras que proyectan sus efectos sobre los bienes, por otra<sup>52</sup>.

el Derecho privado y también en el Derecho administrativo; no se trata de que el segundo los haya tomado del primero, sino de que éste fue uno de los primeros en utilizarlos. Así, la responsabilidad, el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios, el abuso del derecho, la interdicción de la *mala praxis*, el principio de la seguridad jurídica y de la confianza debida, la lesión, etc." (*Tratado de Derecho administrativo*, I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. VIII-1).

<sup>50</sup> *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, 1968, pp. 32-33.

<sup>51</sup> Cfr. *La intervención administrativa...*, cit., pp. 100-102.

<sup>52</sup> Cfr. *La actividad de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 94-95.

Pues bien, dentro del ámbito de las actividades, el autor sitúa las tres técnicas clásicas de intervención enunciadas, en su momento, por JORDANA DE POZAS: el servicio público, la policía y el fomento. La primera conlleva la *publicatio* de la actividad alcanzada—esto es, su titularidad exclusivamente pública—; la segunda una restricción coercitiva de la iniciativa privada en las áreas objeto de regulación; y la tercera se limita a procurar encauzar la conducta de los particulares, sin apelar a la coacción.

En el ámbito de los bienes, DE LA CUÉTARA identifica otras tres maneras en que la Administración ejerce su potestad interventora: el dominio público, en el que también se verifica una reserva de los bienes involucrados en favor de la titularidad exclusiva del Estado; las medidas de limitación del derecho de propiedad de los particulares—entre ellas, incluso, la expropiación—; y el ejercicio por parte del Estado de los derechos que le corresponden como titular de sus bienes privados, lo cual también incide en el curso de la actividad de los particulares, sin que medie coacción<sup>53</sup>.

El paralelismo entre ambas áreas es, pues, notorio, al igual que la paulatina disminución de la intensidad de la injerencia pública que se observa entre las tres técnicas involucradas en cada caso<sup>54</sup>.

Desde la perspectiva trazada, entonces, la técnica del dominio público no vendría a constituir otra cosa que una modalidad más de intromisión de los poderes públicos—en el caso, por mediación de los bienes sobre los que recae— con vistas a alcanzar ciertos objetivos de interés general. En tal circunstancia, el bien sólo revestiría el sustrato material necesario para el desarrollo de la actividad pública en cuestión, de modo que su presencia en manos de la Administración quedaría reducida a una mera opción de carácter funcional<sup>55</sup>.

Semejante punto de vista entraña, no obstante, el riesgo de confundir dominio con jurisdicción, dos nociones cuya distinción es clásica en nuestro Derecho público<sup>56</sup>. Mientras que el dominio alude a los poderes jurídicos que se poseen en virtud de la calidad de dueño de la cosa, la jurisdicción se refiere al conjunto de

<sup>53</sup> Cfr. *idem*, pp. 95-104.

<sup>54</sup> Lo interesante del caso es que, contrariamente a lo que con frecuencia se supone, el derrotero en el Derecho público español del siglo XIX exhibe una suerte de filiación jurídica del servicio público respecto del dominio público, y no a la inversa. En efecto, la necesidad de implantar nuevos servicios sugirió la idea de justificar la intervención consecuente con partir de la premisa de la tutela del uso público, para entonces ya aplicada a los bienes demaniales. Surgió, así, en una primera instancia, la figura de la concesión de los bienes del dominio público ligados a la prestación del servicio, en tanto la técnica de la concesión del servicio público adquirió independencia y sustantividad propia sólo con posterioridad (cfr. VILLA PALASÍ, *La intervención administrativa...*, cit., pp. 157-172).

<sup>55</sup> Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 15-16.

<sup>56</sup> Hace ya muchos años que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentenció que no se trata de dos conceptos equivalentes ni correlativos, en tanto puede existir el uno sin la otra (cfr. *Fallos* 154:312).

competencias otorgadas a un órgano en orden a que regule uno o más aspectos (no sólo el uso) vinculados a dicho bien<sup>57</sup>.

Tan fundado es el peligro señalado que BIELSA, uno de los más fervientes críticos entre nosotros de la tesis patrimonialista, entiende que la dicotomía entre dominio y jurisdicción sólo resultaría válida en lo concerniente al dominio privado del Estado, mientras que la potestad pública inherente a la jurisdicción sería, a su juicio, totalmente equiparable a los poderes derivados de la titularidad del dominio público sobre determinados bienes: a) sobre el dominio público—sostiene— el Estado ejerce una función de reglamentación de uso; b) sobre los bienes de su propiedad tiene un verdadero derecho subjetivo<sup>58</sup>.

Sin embargo, es innegable que, aun respecto de los bienes del dominio público, en ocasiones la jurisdicción—al menos sobre algunas materias— recae sobre una persona estatal ajena al titular del bien, como ocurre, por ejemplo, respecto de la jurisdicción nacional para regular lo atinente a la navegación sobre un río navegable que, por transitar el territorio de una provincia, integra el dominio público de esta última<sup>59</sup>, lo cual reafirma la conveniencia de mantener separados ambos conceptos.

#### VI. UNA ALTERNATIVA SUPERADORA DEL DEBATE: EL DOMINIO PÚBLICO COMO DERECHO DE PROPIEDAD Y TÍTULO DE INTERVENCIÓN

La larga disputa acerca de la naturaleza jurídica del dominio público, cuyos extremos he intentado retratar en las páginas precedentes, tiene un mérito innegable: el de haber impulsado a los sostenedores de cada uno de los dos caminos interpretativos transitados, a desarrollar hasta el límite la riqueza de argumentos insita en cada una de tales posturas. Aun así, la controversia persiste, con el agravante de que las dos tesis enfrentadas se presentan, aparentemente, irreconciliables entre sí.

Es preciso reconocer, no obstante, que ninguna de las dos posiciones extremas asumidas ofrece una explicación cabalmente satisfactoria sobre la naturaleza del instituto que nos convoca. Las objeciones levantadas por quienes proponen apartarse de la idea del dominio público como una forma de propiedad han introducido, es justo admitirlo, dificultades no menores dentro la estructura lógica de la concepción patrimonialista. Del otro lado, sin embargo, late el interrogante de si cabe, de verdad, imaginar un dominio público que no pertenezca al Estado. ¿Cómo funcionaría, por ejemplo, desde el punto de vista jurídico, una calle privada abierta al uso público? Un fenómeno semejante, ¿sería capaz de

<sup>57</sup> En términos similares, FRIAS define la jurisdicción como “la suma de facultades divisibles en las diversas materias de gobierno” (“Dominio y jurisdicción de la Nación y las provincias”, en VV.AA., *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 323).

<sup>58</sup> Cfr. ob. cit., pp. 389 y 401.

<sup>59</sup> Cfr. arts. 75, inc. 10, y 124, últ. párr., CN, y 2.339 y 2.340, inc. 3, CC.

ofrecer suficientes garantías de cara a la protección física y jurídica de los bienes involucrados, y desde la perspectiva del resguardo del uso público para el cual se los pretende reservar?

Las respuestas dadas a cada uno de los obstáculos, pretendidamente insalvables, planteados por los "revisionistas" del paradigma del Estado-propietario de los bienes públicos, tampoco han ido en zaga. La réplica que, en su tiempo, suministró HAURIUO fue de una solidez tal que produjo un inmediato viraje de la postura predominante en la época, y un nuevo encolumnarse de los estudiosos franceses detrás de la línea patrimonialista<sup>60</sup>. Entre nosotros, sobre la base de ese mismo eje de razones, ha sido VILLEGAS BASAVILBASO quien ha ordenado y expuesto con mayor rigor lógico los argumentos tendientes a desarticular la crítica de cuantos insisten en negar al Estado su condición de propietario de los bienes públicos<sup>61</sup>.

En cualquier caso, trátese o no el dominio público de una forma de propiedad, parece inevitable admitir que éste supone y requiere, inexorablemente, la preexistencia de la propiedad pública de los bienes involucrados: no existe, en efecto, dominio público sobre bienes de propiedad de los particulares<sup>62</sup>. A dicho presupuesto —la *propiedad pública* sobre los bienes en cuestión— se añade, sin embargo, otro ingrediente igualmente imprescindible para la configuración del dominio público: la afectación al uso público de los bienes reunidos bajo dicha noción, circunstancia que conlleva su sujeción a un régimen jurídico especial, de Derecho público<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Remito a lo expuesto hacia el final del epígrafe tercero del presente trabajo.

<sup>61</sup> En su opinión, "el Estado (*lato sensu*) es una persona jurídica y como todas las personas jurídicas privadas no usan *per se* de sus bienes, sino a través de uno de sus elementos constitutivos. Si uno de estos elementos usa y goza de la propiedad, no podrá negarse que la persona jurídica no tenga también el uso y goce de su patrimonio. Por otra parte, no es jurídico decir que sin el *usus* de la cosa no hay propiedad; acaso el nudo propietario, en el usufructo, no sigue siendo el titular de la cosa, a pesar de que el usufructuario tenga su uso y goce? (...) En cuanto al *ius abutendi*, consistente en el derecho de disposición de la cosa, si bien es cierto se encuentra condicionado por la afectación de la misma al uso público directo o indirecto, es incuestionable que el Estado (*lato sensu*) tiene la potestad de la desafectación —verdadero acto de disposición—" (cfr. ob. cit., pp. 174-175).

<sup>62</sup> No es posible soslayar, a este respecto, una referencia al artículo 2.604 CC, en tanto dispone que "el derecho de propiedad se extingue de una manera absoluta (...) cuando la cosa es puesta fuera del comercio". Va de suyo, sin embargo, que el rigor de la solución plasmada por el codificador en dicha disposición no puede proyectarse al ámbito del Derecho público, y en particular al instituto del dominio público, sin incurrir en un grave error de hermenéutica. Es, pues, evidente que semejante resultado sólo puede haberse alcanzado respecto del derecho de propiedad regulado en la propia órbita civil, y no más allá, conforme al axioma de que las normas de carácter restrictivo deben interpretarse restrictivamente.

<sup>63</sup> La íntima vinculación entre la afectación al uso público y el régimen jurídico-público que se aplica sobre los bienes del dominio público ha sido destacada por diversos autores. Así, HAURIUO ha puntualizado que la inalienabilidad e imprescriptibilidad que caracterizan al do-

Sólo a partir de la consideración de ambos factores se arriba a una comprensión completa del instituto demanial: el mismo resulta de la confluencia de los dos aspectos aludidos, la propiedad pública (sin la cual, insisto, no hay dominio público posible) y la afectación al uso público. Pero es preciso enfatizar, todavía, que este último elemento, como bien lo ha puntualizado la doctrina, en modo alguno configura un agregado de carácter accidental, añadido *desde afuera* a la noción, sino que se trata de un elemento intrínseco al instituto, definitivamente constitutivo del mismo, que forma parte de su núcleo esencial.

Tal afectación o consagración al uso público supone, pues, una verdadera *publicatio* de la cosa, lo cual equivale a decir que constituye, en definitiva, una auténtica técnica de intervención, como con toda razón lo indicó la pléyade de autores que no encontraron satisfacción en la tesis patrimonialista. Pero el error de estos últimos —a mi entender— estuvo en no advertir que la presencia de ese dato, de innegable capacidad para modificar sustancialmente la naturaleza jurídica del bien, no suprime ni desplaza la titularidad pública sobre ese bien, que coexiste con aquél, maguer el destino de uso público asignado a la cosa.

No se trata, en consecuencia, de una irremediable disyunción (propiedad pública o título de intervención), sino de la sumatoria de ambos componentes: el dominio público sólo se verifica ante la presencia de *bienes de propiedad estatal* que se encuentran *consagrados al uso público*<sup>64</sup>. La ausencia de cual-

minio público, no tienen su origen en la *nature physique des choses*, sino en la necesidad de la afectación de las mismas a la utilidad pública (cfr. ob. cit., p. 647). De manera coincidente, MAYER ha dicho que el dominio público bien podría calificarse como un derecho de propiedad donde el uso de todos sería una restricción impuesta por el Derecho público, de la cual derivarían su carácter imprescriptible e inalienable (cfr. *Derecho administrativo alemán*, III, cit., pp. 102-103). Por su parte, PAREJO ALFONSO afirma que la afectación configura la pieza clave del dominio público, y que el estatuto dominial aplicable a los bienes incluidos en esa categoría apunta, precisamente, a salvaguardar el destino público resultante de dicha técnica consagradoria (cfr. ob. cit., p. 2.418).

<sup>64</sup> Este enfoque componedor ha sido sugerido, con antelación, por juristas ciertamente más autorizados. En la doctrina española, SÁINZ MORENO ha sostenido que "no parece que pueda existir objeción grave a la concepción patrimonialista del dominio público, pues tal concepción no es incompatible con la tesis del dominio público como 'función' o como 'título de intervención', sino que más bien la asume" (cfr. "El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la 'Revista de Administración Pública'", en *RAP* n° 150 [1999], p. 482).

Entre nosotros, GRECCO ha desarrollado un análisis coincidente. Tras exponer sumariamente las dos tesis contrarias ya explicadas en el texto, expresa con su habitual elocuencia que "posiblemente, ninguno de estos criterios pueda reivindicar su exclusividad, porque en definitiva, quizá, todos pueden funcionar simultáneamente. Se puede afirmar —añade— que el dominio público es una propiedad y, al mismo tiempo, un título de intervención concreto y causal y que, a la vez, se resuelve en un juego de competencias". Y más adelante agrega: "presupuesto fundamental de la afectación es la titularidad de una persona jurídica pública estatal —sin ella no hay dominio público—, lo cual no significa que no sea factible discernir la

quiera de esos dos términos de la ecuación excluye al bien de la categoría en cuestión.

Esta lectura, a mi juicio superadora de la confrontación que se ha generado en torno de la figura, resulta avalada, además, por la siguiente constatación: los poderes jurídicos en cabeza del sujeto estatal titular de los bienes bajo estudio se explican, en ciertos casos, sólo a raíz de su condición de dueño de los bienes referidos, mientras que en otros casos sólo se justifican a partir del reconocimiento en manos de dicha persona de potestades públicas —no derechos subjetivos— sobre tales bienes, las cuales trascienden claramente en su alcance al de las facultades derivadas del derecho de propiedad<sup>65</sup>.

Así, por ejemplo, el hecho de que el Estado titular del dominio público, este en condiciones de ejercer acciones posesorias, petitorias y reivindicatorias frente a eventuales actos de turbación o despojo<sup>66</sup>, es coherente con su calidad de propietario de los bienes públicos afectados. Otro tanto cabe decir respecto de su facultad de ceder el goce del uso sobre esos mismos bienes a un particular, a través del otorgamiento de un permiso o de una concesión de uso<sup>67</sup>. La misma lectura debe darse al reconocimiento de su derecho a apropiarse de los frutos que producen los bienes en cuestión<sup>68</sup>. Por lo demás, la eventualidad de que tales bienes sean desafectados del destino público que les ha sido asignado, con vistas a su posterior enajenación, constituye la evidencia más notoria de la propiedad que el sujeto estatal ejerce sobre ellos<sup>69</sup>.

Por el contrario, el poder de autotutela que se atribuye al mismo Estado, que lo habilita a adoptar medidas coactivas en orden a la protección y conservación de los bienes de uso público, no podría sustentarse en su condición de dueño de tales bienes, sino que sólo se entiende y justifica en tanto se admita que lo hace en ejercicio del poder público del cual está investido. Al mismo tipo de razones debe acudir para dar aval a la competencia del titular del dominio público para reglamentar los usos a que los bienes comprendidos pueden ser sometidos. En definitiva, se trata en ambos supuestos de la manifestación de un auténtico

titularidad de la afectación" ("El ocaso de la dogmática tradicional del dominio público", en VV.AA., *Organización administrativa...*, cit., p. 826).

<sup>65</sup> Tal es, en cierto modo, la conclusión que se extrae de la afirmación que vierte VILLEGAS BASAVILBASO cuando observa que "el ente público tiene no solamente el derecho de policía sobre el dominio público, sino también, como titular del mismo, el ejercicio de las acciones posesorias y reales pertinentes; las primeras para la protección de la posesión de los bienes públicos; las segundas para la defensa de la propiedad de los mismos" (*Derecho administrativo*, ob. cit., p. 178).

<sup>66</sup> Cfr. MARIENHOFF, ob. cit., pp. 286-292 y 333-339. Resulta de interés agregar, a este respecto, que el artículo 4.019, inc. 1, CC alude expresamente a la acción de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera de comercio.

<sup>67</sup> Cfr. DIEZ, ob. cit., pp. 384-385.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> Cfr. *idem*, pp. 385 y 387-388.

poder de policía —uno de los clásicos títulos de intervención— atribuido al titular público de los bienes referidos<sup>70</sup>.

Este simple repaso de los poderes que está en condiciones de ejercer quien inviste la calidad de titular del dominio público pone, pues, al descubierto la complejidad de la figura de un modo por demás elocuente, y con ello la imperiosa necesidad de apelar, simultáneamente, a los moldes del derecho de propiedad y del poder de policía para encontrar adecuada explicación a tal diversidad de atribuciones. En definitiva, como tantas veces ocurre con las disputas más enconadas, la solución parece alejarse de las posiciones extremas, para situarse en un punto que haga posible armonizar los distintos aportes realizados desde uno y otro lado del debate.

<sup>70</sup> Sobre lo atinente a la policía del dominio público, *vid.* MARIENHOFF, ob. cit., pp. 326-333.