CAPÍTULO 1

Dominio público

Sebastián DEFERRARI

SUMARIO: 1. Introducción 1.1. Derechos reales administrativos. Dominio. 2. Elementos del dominio: a) elemento subjetivo, b) elemento objetivo, c) elemento teleológico o finalista, d) elemento normativo o legal. Dominio privado del Estado 3. Clasificación de los bienes de dominio público. 4. Aspectos vinculados al dominio: a) uso común, b) uso especial. 5. Régimen dominial en la Provincia de Buenos Aires. 6. Diferencias entre las figuras. El agua. Dominio público y privado: mar territorial, dominio y jurisdicción marítima, mar jurisdiccional, mar libre. 7. Puertos. 7.1. Condición jurídico-dominial de los puertos. 7.2. Titularidad en la Provincia de Buenos Aires. 8. Río. 8.1. Titularidad del agua en nuestro país. 9. Cementerios. 9.1. Cementerios públicos. Régimen legal local. 9.2. Sepulcros. 9.2.1. Naturaleza jurídica

1. Introducción

1.1. Derechos reales administrativos. Dominio

En este capítulo desarrollaremos en primer lugar la noción de dominio para luego adentrarnos en el dominio estatal abarcando un amplio abanico de aspectos. Es de resaltar que el presente tiene por fin, respetando en cierta medida el esquema del Libro de Catedra, complementarlo con aspectos vinculados al dominio público y su vinculación constitucional en los distintos aspectos a tratar.

Por cuanto para adentrarnos en el concepto de dominio estatal siguiendo las enseñanzas del profesor BOTASSI, de-

bemos prescindir de la anacrónica división en dominio público y dominio privado del Estado, pues constituye un derecho real administrativo.

Debido a ello, de manera propedéutica, conviene hacer alguna referencia a este concepto como manera de acercarnos a una teoría general de la demanialidad tal como refieren las legislaciones española e italiana ¹.

Para comenzar es necesario señalar que la noción conceptual del dominio público no tiene carácter legislativo. Su construcción ha sido fruto del aporte doctrinario y jurisprudencial.

A prieta síntesis, debemos establecer que la teoría de los derechos reales administrativos encuentra su antecedente en el siglo XIX por Otto MAYER y Santi ROMANO ². Desde entonces y hasta la actualidad en favor de la existencia de tal figura se cuenta en Francia a PEQUIGNOT y PELLOUX, en Alemania, FOSRSTHOFF y KOELREUTER, en Italia, FORTI, ZANOBINI y RANELLETTI; en España, ALCALÁ ZAMORA, ÁLVAREZ GENDIN, VILLAR PALASSI y desde luego GONZÁLEZ PÉREZ. Finalmente, en nuestro país se enrolan VILLEGAS BASAVILBASO, SARRIA, SPOTA, DIEZ y MARIENHOFF. Dentro de la postura que niega a los derechos reales administrativos, se encuentran DUGUIT, BARTHELEMY, BONNARD, LAUBADERE, FERNÁNDEZ DE VELÁZQUEZ, GABINO FRAGA y GHIGLIANI en un artículo publicado en La Ley del 29 de julio de 1945 (T.39 p. 1008) en críticas que han sido juzgadas, en general pobres ³.

1 BOTASSI, Carlos A., RAP, *Dominio y Jurisdicción*, págs. 665/686.

2 *Derecho Administrativo Alemán*, Depalma, 1982 y “La teoría dei diritti pubblici subbietivi” en *Primo Trattato*, de Orlando, 1897.

3 FANLELLI EVANS, Guillermo E. y GABAY, Mónica “Los derechos reales administrativos y el servicio público de agua y saneamiento,

En este sentido, la doctrina ha ensayado distintos criterios para llegar a una noción conceptual; así PROWHAM definió al dominio público como el conjunto de los bienes afectados al uso de todos, DUCRECQ agregó la idea de que el dominio público estaba constituido por los bienes no susceptibles de propiedad privada por su naturaleza. Así añadía la idea del dominio público natural, a la par de la existencia de un dominio público establecido por la determinación de la ley ⁴. BALLBÉ desarrolló la doctrina moderna sobre la noción conceptual del dominio público, definiéndolo como un conjunto de bienes de propiedad del Estado, afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes ⁵.

A continuación hemos extractado algunas definiciones que ha realizado la doctrina nacional con relación al concepto de dominio: “*Conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad, referidas a una entidad administrativa de base territorial y no susceptible de apropiación*” ⁶; “*Masa o conjunto de bienes que por los fines que con ellos se tiende a satisfacer hállanse sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público*” ⁷; “*Conjun-*

Revista de la Administración Pública, t. 272, pág. 69.

4 Traducción de Víctor Manuel DOMÍNGUEZ SARRACINO, extraída de la exposición de motivos del Proyecto de Ley modif. de la “Ley de Bienes Pertencientes al Estado”, México, 28 de octubre de 2008.

5 BALLBÉ, Manuel, *Concepto de Dominio Público*, págs. 7 y ss., Bosch, Barcelona, 1945.

6 BIELSA, Rafael, *Principios de Derecho Administrativo*, Tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1963, pág. 782.

7 MARIENHOFF, Miguel H., *Tratado del Dominio Público*, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1960, pág. 94.

*to de bienes de propiedad del Estado, afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes”*⁸. “*El dominio público es un conjunto de bienes de propiedad de una persona pública que por lo fines de utilidad común a que responden están sujetos a un régimen jurídico especial de derecho público*”⁹.

El dominio público es el ejercicio del derecho de todos y para todos; representa algo más que el ejercicio de un derecho particular, por eso el régimen y el sistema normativo deben ser distintos al de propiedad particular¹⁰.

Es importante tener en cuenta que el dominio público está sometido a un régimen jurídico especial del Derecho Público, caracterizado por su inalienabilidad e imprescriptibilidad, como también por hallarse sujeto a la policía que sobre él se ejerce y que se manifiesta con modalidades propias y específicas.

El régimen jurídico del dominio público es un régimen de excepción y de interpretación restrictiva. Como el dominio público debe quedar siempre a disposición del público, surge de ello la nota de indisponibilidad (esto es, que el Estado, en su carácter de propietario del bien, no puede disponer de él con el objeto de cambiar su afectación, suprimirla o enajenarlo).

Ello por cuanto el régimen de los bienes del dominio público es exclusivamente administrativo; tienen desti-

8 DIEZ, José María, *Dominio Público*, Buenos Aires, 1940, Tomo IV, pág. 477.

9 DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 2001, pág. 745 y ss., Ciudad Argentina.

10 SCBA B. 52.418, “Piccini, Luis María y otro contra Municipalidad de Tres de Febrero. Coadyuvante: Obispado de General San Martín. Demanda contencioso administrativa”.

no para el uso y utilidad pública, por eso son bienes públicos ¹¹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que “Los bienes del dominio público, del Estado General, de los estados particulares y de los municipios, son de uso público, sea por su naturaleza o por su afectación o destino a un servicio de utilidad pública, y estos últimos mientras dure esa afectación o destino” ¹².

Este régimen de indisponibilidad del dominio público está caracterizado por dos signos fundamentales:

- a) la inalienabilidad y;
- b) la imprescriptibilidad.

a) este concepto se anida en los artículos 279, 958, 1004, 234 y 1907 del Código Civil y Comercial. El fundamento de este principio resulta de la afectación del dominio público al uso directo o indirecto de la comunidad, teniendo vigencia o duración mientras éstos se encuentren afectados a su uso directo o indirecto de la sociedad.

La inalienabilidad trae aparejada algunas consecuencias dignas de ser destacadas. Entre ellas, puede mencionarse la imposibilidad de que sean objeto de compraventa u otro acto jurídico que implique la transferencia de dominio pues de celebrarse éste sería nulo por vicio en el objeto ¹³.

Es por ello que el presente principio encuentra su génesis en la determinación por parte del Estado con la afectación.

11 FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo* 2da. parte, ps. 955 y 987.

12 *Fallos*, 147:178.

13 CSJN “Administración de Parques Nacionales c/Provincia del Neuquén”. JA 2001-L-554, *Fallos*, 323:4006.

“La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad, condición indispensable para trocar el mismo en propiedad regida por el derecho público. Como ha resuelto el Tribunal, ‘un bien se incorpora al derecho público del Estado cuando se encuentra afectado al uso público en forma real y actual’”¹⁴.

Cuando los Estados nacional o provincial realizan una obra pública sobre el terreno de un particular y con conocimiento de éste la entrega al uso de la colectividad, ya no puede mantenerse la distinción entre el terreno -que seguiría siendo del dominio del particular y regido por el Código Civil- y la obra perteneciente al público y ajena por ende al régimen del Código, pues se trata en adelante de un bien del dominio público respecto del cual no cabe el ejercicio de acciones reales como la reivindicatoria ¹⁵.

La inalienabilidad es un medio jurídico a través del cual encuentra fundamento la tutela o la protección de los bienes dominiales y que los mismos cumplan el fin que motivó su afectación.

La inalienabilidad garantiza la inseparabilidad de los bienes de la función pública, manteniendo la titularidad administrativa. Y ¿cuáles son las consecuencias?

a) Los bienes de dominio público no pueden ser objeto de compraventa ni de ningún acto jurídico que implique la transferencia de dominio. Ese tipo de actos será nulo. Es írrita la inclusión en una escritura pública de bienes públicos nacionales que integran los Parques Nahuel Huapi y Lanín preexistentes -Secciones XXXVIII y

14 S.C.B.A., L.L., Rep. 536, sum. 3.

15 “Bergadá Mújica Héctor c Provincia de Rio Negro”, La Ley, 2003-A-274.

XXXXIX-, sin que mediara la regulación o desafectación de su destino primigenio y excediendo el objeto del acto que la autorizó -decreto 6548/58)- por lo que no puede ser invocada para fundar derechos provinciales sobre las tierras en cuestión

b) Inembargabilidad: los bienes de dominio público son inembargables. El fundamento reside en el hecho de que, si bien el embargo no requiere desapropio ni enajenación pues puede responder a una simple medida de seguridad tratando de evitar que el titular pueda disponer de la cosa enajenándola, el mismo apareja también la idea de una eventual enajenación, ya que es una medida cautelar que, en último término, tiende a asegurar la ejecución forzada del bien.

c) Constitución de hipotecas: los bienes que forman parte del dominio público no pueden hipotecarse. Ello es así porque el acreedor hipotecario, a falta de pago, puede llegar a vender la cosa hipotecada para cobrarse con lo producido. Esto no es posible aceptar con respecto a los bienes de dominio público, los cuales tienen un régimen jurídico distinto. Además, el interés general debe preferirse al interés particular de los acreedores hipotecarios.

d) Servidumbres: éstas se dividen en dos grandes grupos: (i) privadas y (ii) públicas. A su vez, las privadas se subdividen en personales y reales. El Código Civil y Comercial nos indica que no puede constituirse ninguna clase de servidumbre privada sobre los bienes de dominio público, disponiendo también que las servidumbres no pueden imponerse sobre los bienes que se encuentren fuera del comercio. En cuanto a las servidumbres públicas, el principio es que éstas no se constituyen sobre los bienes del dominio público, por la sencilla razón de que, como estos bienes están afectados al uso público, no hay razón para que sobre ellos se establezca una servidum-

bre pública, cuya finalidad es destinar esos bienes al uso público. Además, el titular de un bien no puede establecer una servidumbre sobre su propio bien.

En cuanto a la defensa de la integridad del dominio público frente a las usurpaciones de los particulares, que con el transcurso del tiempo terminarían por imponerse, se ha encontrado con la formulación del principio de imprescriptibilidad. Este principio tiene por objeto conservar el dominio público en su integridad. Se trata de que el dominio público quede y sea en todo momento dedicado a su uso directo o indirecto. La imprescriptibilidad subsiste en tanto los bienes mantienen la dominialidad, pero si se produce la desafectación, pasarán a constituir bienes privados, y aquel principio desaparecería. La desafectación nunca podrá ser tácita, en el sentido de que la posición de un particular que intenta prescribir, no puede llegar a producir esa desafectación.

2. Elementos del dominio

Es aquí donde resultan trascendentes las ideas de Mallol BALLBÉ ya que a los fines de determinar si nos encontramos frente a un bien de dominio público debemos esclarecer si coexisten en forma separada los elementos que lo componen ¹⁶.

Entendiendo al dominio público como el conjunto de bienes de propiedad del Estado afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes, podemos ver que surgen cuatro elementos que componen la noción conceptual del dominio público: subjetivo, objetivo, teleológico o finalista y normativo.

16 BALLBÉ MALLOL, *Concepto de dominio público*, Bosch, 1945.

a) Elemento subjetivo

El elemento fundamental para que el bien pueda ser considerado como parte del dominio público es el referente al sujeto titular del mismo. Evidentemente los bienes del dominio público no son *res nullius* porque en ese caso cualquier persona podría apropiarse de ellos y no habría razón alguna para el dominio público. Por otro lado, tenemos que ningún particular puede ser titular del dominio público dado que su regulación se encuentra bajo el régimen administrativo.

Establecido que el dominio público, no es *res nullius* ni puede pertenecer a particulares, aceptaremos la tesis de que el mismo pertenece al Estado -MARIENHOFF-, pero no solamente el nacional, sino también al provincial y al municipal.

Los entes públicos, estatales o no estatales, técnicamente son titulares del dominio público, si sus bienes están afectados a la prestación de un servicio público o función pública, por lo cual gozan de un régimen especial de imprescriptibilidad e inembargabilidad ¹⁷.

En esa inteligencia pueden ser también titulares de los bienes de dominio público (vg. la Universidad posee una universalidad jurídica, los libros de una biblioteca que forman parte del dominio público).

b) Elemento objetivo

Los bienes, por naturaleza, se componen de cosas corporales y de objetos incorporeales y de derechos; a su vez, las cosas se subdividen en muebles e inmuebles. En cuan-

17 JA-1976-III-81.

to a los inmuebles, éstos forman parte del dominio público y no hay ningún problema en ello.

En cambio, en lo que respecta a los bienes por accesión, se puede decir que, como la cosa accesoria participa de la naturaleza de la principal, si la principal es inmueble, la accesoria también lo es, y que la accesoria tiene el mismo propietario que la principal. Dicha accesión puede ser física (cuando la accesoria está adherida a la principal) o moral (cuando la cosa accesoria depende de la principal. Ahora bien, los muebles pueden ser inmuebles por accesión física o moral de un bien de dominio público, y se presenta el problema de resolver si por esa circunstancia forman también parte del dominio público. La doctrina no es pacífica al respecto, ya que algunos autores consideran que no se pueden aplicar en el campo del Derecho Público los principios del Derecho Civil. De ahí que las cosas accesorias no sigan necesariamente el carácter de la cosa principal sino sólo cuando contribuyan en forma permanente, directa e inmediata a que el bien dominial cumpla con sus fines.

La doctrina mayoritaria recurre a un criterio rigurosamente objetivo, es decir que todos los bienes muebles que se transformaran en inmuebles por accesión física o moral de un bien del dominio público, forman parte del dominio público.

Con respecto a las cosas muebles, como los libros de una biblioteca pública o las obras de arqueológicas de un museo, no forman parte del dominio público porque no están afectados al uso público sino a un servicio público. Esta tesis fue refutada al reconocerse que el concepto de dominio público no está determinado solamente por la nota de uso público, sino por otras como la de servicio público, a las que pueden ser afectadas las cosas muebles.

En cuanto a los derechos, se los consideró como formando parte del dominio público las servidumbres públicas (de sirga y de acueducto). Esta servidumbre administrativa está comprendida en la dominialidad pública y sujeta al régimen jurídico del dominio público.

Conviene aclarar que la cosa privada gravada con servidumbre continúa siendo cosa privada, pero el derecho real que comporta la limitación, se incorpora al dominio público.

Finalmente, resta analizar los objetos inmateriales. Vemos que la fuerza hidráulica de un curso de agua pública integra el dominio público. La energía hidráulica de todos los ríos forma parte del dominio público, ya que ellos son de dominio público. También forma parte del dominio público el espacio aéreo que cubre el territorio del Estado.

c) Elemento teleológico o finalista

Dijimos que los bienes que constituyen el dominio público están afectados a uso directo o indirecto de la colectividad. La doctrina predominante es la que preconiza que los bienes del dominio público deben estar afectados al uso directo o indirecto de la comunidad.

Llegamos aquí a determinar entonces que el principal criterio configurador y/o diferenciador para determinar la presencia del dominio público es el de la afectación o destino y no el de la naturaleza propia de los bienes, puesto que para que el mismo se repunte como tal debe estar al servicio de una finalidad de uso público o servicio público.

La doctrina señala que por uso público se puede entender tanto el uso directo (sin intermediarios) que la comunidad hace de un determinado bien (vg. uso de los

caminos y ríos). Pero también puede entenderse por uso público el que la Administración destina a un servicio público (vg. el edificio donde funciona un hospital).

Se distingue en doctrina, entre los bienes afectados a uso público directo, dos clases distintas: (i) los afectados al uso directo y colectivo del público (vg. playas, mar, caminos) y; (ii) los afectados al uso directo, individual y privativo (vg. sepultura de los cementerios).

También existen bienes que están afectados en forma indirecta al uso de la sociedad, y una de esas formas de afectación es cuando ellos se destinan a un servicio público. Entonces, todos los bienes afectados a la prestación de un servicio público que presta el Estado, forman parte del dominio público (vg. puertos marítimos y aeródromos). En cuanto a los bienes muebles, les bastará para ser parte del dominio público que sean cosas no consumibles, es decir, permanentes e irremplazables.

Por ello los bienes de uso público indirecto que pertenecen al dominio público y que están afectados a un servicio público, son públicos, máxime cuando dicho servicio es directamente prestado por el Estado. Así lo que caracteriza al dominio público no es precisamente ni el uso directo, ni la afectación a un servicio público, sino la afectación del bien a utilidad pública o comodidad común, concepto éste más amplio que aquéllos ¹⁸.

d) Elemento normativo o legal

No hay bienes públicos por naturaleza. Solamente la ley puede servir de fundamento para que un bien tenga el carácter dominial y será ella la que determinará qué

18 DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, cit., pág. 759.

bienes son públicos y cuáles son privados. De ahí que uno de los elementos que integran la noción conceptual del dominio público sea el elemento normativo o legal.

Desde el punto de vista constitucional encontramos la previsión establecida en el artículo 75 inciso 15, que establece que es una atribución del Congreso de la Nación la de *“arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias”*.

Por su parte, el artículo 124 en su parte final expresamente determina que *“Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”*.

En ese aspecto existe una gran cantidad de normas que ratifican la transferencia a las provincias del dominio ¹⁹.

19 Ver Ley N°24.145 de Federalización de los hidrocarburos; el Acuerdo Federal Minero, ratificado por Ley 24.228; la Ley 23.696 tanto en materia eléctrica (traspaso a la provincia de EDELAP) y gas entre otros. Ley N° 17.319, modificado por las Leyes N° 24.145 y N° 26.197, “Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren. Pertenecen al Estado nacional los yacimientos de hidrocarburos que se hallaren a partir de las DOCE (12) millas marinas medidas desde las líneas de base establecidas por la Ley N° 23.968, hasta el límite exterior de la plataforma continental. Pertenecen a los Estados provinciales los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en sus territorios, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de DOCE (12) millas marinas medidas desde las líneas

En cuanto al ámbito local, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires encuentra su regulación en el artículo 28 por el cual *“La provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada”*.

El Código Civil y Comercial ha enunciado en el artículo 235 todos los bienes que forman parte del dominio público. Para determinar el concepto de dominio público, se dice que los bienes deberán estar sometidos a un régimen de Derecho Público, sometimiento que sólo puede resultar de una disposición de autoridad competente (Congreso de la Nación).

De conformidad a lo establecido en el artículo 235 del CC y C, *“Son bienes pertenecientes al dominio público, ex-*

de base establecidas por la Ley N° 23.968. Pertenecen a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en su territorio. Pertenecen a la provincia de Buenos Aires o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda a sus respectivas jurisdicciones, los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en el lecho y el subsuelo del Río de la Plata, desde la costa hasta una distancia máxima de DOCE (12) millas marinas que no supere la línea establecida en el artículo 41 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo y de conformidad con las normas establecidas en el Capítulo VII de ese instrumento. Pertenecen a la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, aquellos yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en su territorio, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de DOCE (12) millas marinas medidas desde las líneas de base establecidas por la Ley N° 23.968, respetando lo establecido en el Acta Acuerdo suscrita, con fecha 8 de noviembre de 1994, entre la referida provincia y la provincia de Santa Cruz”.

cepto lo dispuesto por leyes especiales: a. el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b. las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c. los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d. las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e. el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f. las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública

construida para utilidad o comodidad común; g. los documentos oficiales del Estado; h. las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos”.

En nuestra opinión la naturaleza del dominio público debe ser examinada en función de la normativa vigente y, en este sentido, el Código Civil argentino permite inferir que estamos frente a un concreto derecho real de propiedad caracterizado en razón del sujeto que lo titulariza y la finalidad social que lo adorna ²⁰.

2.1. Dominio privado del Estado

Sin perjuicio de lo expuesto con anterioridad en cuanto a la clasificación de los bienes del Estado, el artículo 236 del Código Civil y Comercial mantiene la distinción al establecer que *“Pertenece al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales:*

- a) los inmuebles que carecen de dueño;*
- b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;*
- c) los lagos no navegables que carecen de dueño;*
- d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;*
- e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título”.*

20 Por eso hoy día corresponde aludir a “bienes estatales” y “dominio estatal” pues, así como no hay actos jurídicos oficiales ni contratos estatales absolutamente privados que puedan considerarse en un cien por cien ajenos al Derecho Público, tampoco existen bienes fiscales exclusivamente sujetos al régimen del derecho de propiedad privada establecido en el Código Civil. BOTASSI, Carlos, *Dominio y Jurisdicción*, cit., págs. 665/686.

Aquí merece nuevamente interrogarse sobre la oportunidad de mantener este tipo de clasificación dado que la cuestión de considerarlos no afectados al uso general por parte de la sociedad, pero sí de manera indirecta al ejercicio de la actividad estatal puede ser bastante controversial en la actualidad.

Desde un enfoque estrictamente civil, el dominio privado del Estado no se diferencia del derecho similar de los particulares y, por tanto, las atribuciones del Estado sobre los bienes de su dominio privado y los eventuales derechos de los particulares se rigen por las disposiciones del Código Civil, aunque el principio no es absoluto y admite excepciones ²¹.

La cuestión resulta considerar al bien tanto en su condición como también en cuanto al régimen aplicable siendo necesario determinar que en todos los casos deber ser regido por el Derecho Público con independencia de la clasificación que el codificador haya efectuado.

3. Clasificación de los bienes del dominio público

Los bienes de dominio público se pueden clasificar en razón de sus titulares: el titular de los bienes de dominio público es el Estado, ya sea nacional, provincial o municipal o los entes descentralizados de cada uno.

También se los clasifica en razón de su formación en:

- dominio natural: formado por aquellos bienes que tienen naturalmente una determinada estructura y composición y;

- dominio artificial: se refiere a las plazas, calles, caminos y otras obras públicas construidas para utilidad o

21 J.A. 1972-315.

comodidad común.

La circunstancia de tratarse de bienes naturales y artificiales depende fundamentalmente de todo lo relativo a la afectación y a la desafectación.

Según sea la naturaleza del bien de que se trata, la afectación y la desafectación podrán efectuarse por: 1) hechos o actos administrativos, si se trata de bienes artificiales; y 2) el pertinente acto legislativo si se trata de bienes naturales.

Además, debe tenerse presente que la delimitación se vincula a los bienes naturales, mientras que la afectación se vincula a los bienes artificiales.

En razón de su jurisdicción, se distinguen en: (i) Nacional: cabe recordar que la Nación puede ejercer su potestad sobre los bienes públicos provinciales (vg. los ríos estadales, donde concurren las jurisdicciones nacional y provincial). Pero si el bien está situado en territorio nacional donde la Nación tenga jurisdicción exclusiva, la misma será nacional; (ii) Provincial: cuando se tratara de bienes del dominio de la provincia y; (iii) Municipal: si el bien se hallara dentro del ejido municipal.

Por último, en razón de la materialidad del bien, encontramos: inmuebles, muebles, objetos materiales, derechos.

4. Aspectos vinculados al dominio

El dominio público se caracteriza por estar constituido por un conjunto de bienes destinados al uso directo o indirecto de la comunidad. Solamente existe afectación al uso público directo cuando los particulares entienden utilizar el bien directamente por sí mismos, no cuando su objeto final es utilizar el servicio público instalado sobre el bien.

En este último caso, nos encontramos con un bien afectado al uso público indirecto. Cuando se trata del uso de los bienes del dominio público por los ciudadanos, es necesario diferenciar los distintos tipos de utilización: a) Uso común: se ejerce por el público colectivamente y en forma anónima y; b) Uso especial: reserva una porción exclusiva del dominio público al usuario.

Se distingue en doctrina entre los bienes afectados a uso público directo, dos clases distintas: a) los afectados al uso directo y colectivo del público (vg. playas, mar, caminos) y b) Los afectados al uso directo, individual y privativo (vg. sepultura de los cementerios).

También existen bienes que están afectados en forma indirecta al uso de la sociedad y una de esas formas de afectación es cuando ellos se destinan a un servicio público. Entonces, todos los bienes afectados a la prestación de un servicio público que presta el Estado, forman parte del dominio público (vg. puertos marítimos y aeródromos).

Afectar es consagrar un bien al dominio público. Desafectar por el contrario es sustraerlo de su destino al uso público.

a) Uso común

Es aquel que se ejerce por el público colectivamente y en general en forma anónima. Es un uso que lo pueden realizar todas las personas por su sola condición de tales, sujetándose a la obligación de observar las disposiciones reglamentarias dictadas por la autoridad competente.

Existen distintos tipos de usos comunes, pero el más importante es el tránsito por las vías públicas ²².

22 MARIENHOFF, Miguel S., Tomo V, página 355 al citar a Gastón JEZE *“El destino mismo de la cosa pública implica que los indi-*

4.a.1. Caracteres

- Libertad en el uso común: la utilización no está sujeta a ninguna autorización previa por parte de la autoridad administrativa.
- Gratuidad: el uso común de los espacios del dominio público es gratuito, pero esta regla admite excepciones cuando el órgano competente exige, por ejemplo, el pago de peajes para la utilización por automotores y/o de lugares destinados a su utilización en forma exclusiva de carácter transitorio.
- Igualdad: todos los particulares se hallan en la misma situación y deben ser tratados sin preferencia ni favor.
- Sin limitación de término: existe mientras el bien público exista como tal.
- Anónimo: el usuario no está determinado.

4.a.2. Naturaleza jurídica

Al respecto, existen varias teorías, algunos sostienen que el uso común es el ejercicio de un derecho real del particular sobre la cosa, otros sostienen que es el ejercicio de una libertad individual y hay quienes sostienen que es un derecho cívico.

En la opinión de DIEZ hay que partir de la base de que se trata de una potestad que puede ser ejercida por todos los habitantes de un país, sin individualizarlos (o sea en forma anónima). Por ende, no puede hablarse de un interés legítimo, sino de un simple interés. Por tanto, el particular no tiene acción judicial para hacer cesar los

viduos tienen el poder de hacer ciertas cosas...” “...El destino de la cosa pública implica esos poderes, no es pues necesario, ni útil, que in texto los enumere expresamente”.

obstáculos al uso común, sino que solamente puede intentar la deducción de recursos administrativos ante el órgano competente.

b) Uso especial

Es aquel que únicamente pueden realizar las personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento vigente²³. No es el uso general de la sociedad como en el caso del uso común. El uso especial podrá ser adquirido por cualquiera de los medios que al efecto establezca o reconozca el ordenamiento jurídico vigente en el lugar. Esos medios son: a) Permiso de uso; b) Concesión de uso y; c) Prescripción adquisitiva.

Los elementos del uso especial son:

1. Individualización del usuario: por las siguientes razones:

- porque el uso es privativo, no es un derecho que le corresponde a toda persona y;
- porque el uso privativo otorga un poder exclusivo.

2. Determinación de la parte del bien dominial que ocupa, ya que no se podrá conceder un poder jurídico exclusivo sobre la totalidad del dominio.

3. Exclusión de todo otro uso común o especial en la parte del bien afectado.

Sus caracteres son:

- Temporal: porque tiene una determinada prolongación en el tiempo, pasada la cual, la ocupación se extingue.

- A título oneroso: en mérito al derecho que tiene el

²³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, página 377.

propietario de los bienes, que es el Estado, a sacar del dominio público toda su utilidad económica.

- **Carácter patrimonial:** la ocupación privativa y las facultades que nacen de ella son susceptibles de apreciación pecuniaria. Por ello, el uso privativo es transferible y puede ser renunciabile.

- **Límites:** El uso especial tiene como límite principal el uso común. El uso especial puede desaparecer o ser limitado por razones de policía (vg. seguridad o salubridad). Otro límite, resulta del objeto de la ocupación

4.b.1. Clases

- **Normal:** cuando el uso es conforme al destino del bien.

- **Anormal:** cuando el uso no es conforme al destino del bien.

4.2. Desafectación

La extinción del dominio público se produce por medio de la desafectación, la cual consiste en una declaración de voluntad de un órgano del Estado, o en un hecho que trae como consecuencia hacer salir un bien del dominio público del Estado para ingresar en el dominio privado del mismo o de los administrados.

“Desafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados. El principio consiste en que los bienes desafectados ingresen al dominio privado del Estado, la excepción es que los mismos lo hagan al dominio privado de los administrados. La desafectación requiere para su validez y eficacia el asentimiento inequívoco como el ejercicio legítimo de su competencia de parte de la autoridad. Por lo tanto, la naturaleza jurídica de la

desafectación es correlativa a la de la afectación, de la cual no difiere”²⁴.

La desafectación de un bien del dominio público en principio debe efectuarse por un acto de Derecho Público²⁵.

La desafectación puede concretarse en un acto legislativo o en un acto administrativo. También pueden los hechos servir de base a la desafectación, pudiendo éstos ser naturales o humanos.

El efecto fundamental de la desafectación consiste en el cambio de la condición jurídica del bien, que de público pasa a privado, y cuya titularidad, en principio, le seguirá correspondiendo al Estado, salvo en los supuestos en que pase a los administrados

La desafectación puede ser formal, cuando consiste en una declaración de voluntad de un órgano del poder público, o por hechos, éstos naturales o humanos.

Ambas pueden referirse tanto a bienes naturales como artificiales. Tratándose de bienes naturales, la desafectación puede ocurrir quedando subsistente su individualidad (esta potestad le pertenece a la Nación mediante ley formal) o no quedando subsiste su individualidad, produciéndose una desafectación por transformación del bien, que por ello cambia su individualidad (esta potestad le pertenece a la Nación o a las provincias). En caso de bienes artificiales, la potestad para desafectar estos bienes le corresponde a la Nación, a las provincias o a los municipios.

24 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del Dominio Público*, págs. 151 y 175.

25 DROMI, Roberto, op. cit. Menciona que la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que “*La desafectación no requiere necesariamente el dictado de una ley formal, sino que puede realizarse mediante simple acto administrativo, siempre que exprese la inequívoca de liberarlo del vínculo de inenajenabilidad*”.

DROMI considera que puede existir desafectación tacita cuando los bienes del dominio público dejan de poseer tal carácter, no por cambiar su calificación sino porque la pérdida de esa calidad se debe a un hecho exterior, ej.: un río que por causas naturales se seca o es desecado por obras de la autoridad competente.

5. Régimen dominial en la Provincia de Buenos Aires

En el ámbito del Derecho Público Provincial y Municipal, la Constitución de la Provincia prevé que *“La administración de los intereses y servicios locales en la Capital y cada uno de los partidos que formen la Provincia, estará a cargo de una municipalidad, compuesta de un departamento ejecutivo unipersonal y un departamento deliberativo...”* (art. 190); mientras que la Legislatura provincial ha de deslindar *“...las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales...”* (art. 191, proemio); y, entre otras *“...atribuciones inherentes al régimen municipal...”* se le reconoce a las Municipalidades la de *“Dictar ordenanzas y reglamentos dentro de estas atribuciones”* (art. 192 inc. 6°).

Es de destacar que encuentra su regulación en el Decreto Ley N° 9533/80 (B.O., 2-VI-80) que ha establecido el régimen de los inmuebles del dominio municipal y provincial: *“Constituyen bienes del dominio público municipal las calles o espacios circulatorios, ochavas, plazas y espacios verdes o libres públicos que se hubieren incorporado al dominio provincial con anterioridad a esta ley...”* (Título I, “De los inmuebles municipales”, art. 1°), previendo que: *“Los inmuebles del dominio público munici-*

pal podrán desafectarse cuando así corresponda y resulte más conveniente a los intereses de la comunidad, y con observancia de las limitaciones que resulten de la ley de ordenamiento territorial y uso del suelo y otras leyes específicas” (art. 9).

El título II determina: *“La desafectación de inmuebles del dominio público, cuando corresponda, será dispuesta por el Poder Ejecutivo...” (art. 19); en tanto el cap. V. referido a las “Donaciones”: “Facúltase al P.E. a efectuar donaciones de inmuebles del dominio privado del Estado provincial...a) al Estado nacional...b) a las municipalidades..., en este caso, quedarán perfeccionadas por el ofrecimiento expreso del donante y la aceptación por parte de la municipalidad beneficiaria, siendo título suficiente para la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad el decreto que otorgue la donación y la ordenanza de la municipalidad que la acepte” (art. 39).*

De tal modo, la norma legal resolvió situaciones no contempladas, imponiendo -desde entonces- decisiones vinculadas con el destino de bienes del dominio público e invirtiendo el principio general hasta entonces vigente, según el cual los inmuebles destinados al uso público pertenecían a la Provincia conformando un importante patrimonio inmobiliario de la misma. Pasaron así a integrar el patrimonio municipal las calles o espacios circulatorios, ochavas, plazas y espacios verdes o libres públicos (art. primero, Decreto-Ley 9533/80), cuya administración, cuidado y conservación estaban en realidad ya atribuidos a los propios municipios en la Ley Orgánica de las Municipalidades ²⁶.

26 Ver Fundamentos de la norma legal acápite II. En suma, hasta 1980 los “espacios verdes” fueron virtualmente del dominio

Otro de los aspectos regulatorios lo prevé el artículo 8° que determina *“A los efectos de la venta y concesión de uso de inmuebles las Municipalidades se registrarán por las disposiciones contenidas en los Capítulos III y IV del Título II de la presente Ley”*.

Conforme el artículo 28 *“La concesión de uso, o cualquier otra modalidad administrativa que acuerde la tenencia de bienes del dominio privado del Estado, se registrará por las siguientes disposiciones: a) La tenencia será siempre precaria y como consecuencia el acto revocable en cualquier tiempo por decisión de la autoridad competente. b) El término de la tenencia no podrá exceder de cinco (5) años. c) El canon anual a cuyo pago estará obligado el tenedor se fijará en el acto administrativo respectivo y no podrá ser inferior al diez (10) por ciento de la valuación fiscal vigente en cada uno de los años de concesión. Toda ocupación ilegítima, sin perjuicio de otras acciones que correspondan al Estado, queda comprendida en las disposiciones de esta Ley”*.

Asimismo, determina que los incisos b) y c) del artículo anterior no serán de aplicación cuando mediare licitación, salvo que expresamente se estableciere lo contrario en el pliego respectivo (artículo 29) y la concesión se extingue en los siguientes supuestos: *“a) Cumplimiento del plazo. b) Muerte del concesionario. c) Imposibilidad de cumplimiento del objeto. d) Revocación. e) Caducidad por causas imputables al concesionario, tales como: falta de pago, cambio de destino, cesión, pérdida material de la*

público provincial, quedando sólo su administración y cuidado a cargo de los municipios. A partir de esa fecha pasan al dominio público municipal. Igualmente, no se pueden desafectar sino cuando corresponda y resulte más conveniente a los intereses de la comunidad siendo la regla la no desafectación.

tenencia por la acción de intrusos, abandono, daño deliberado en el bien por acción u omisión del beneficiario, y hechos que en forma potencial o efectiva tiendan a disminuir su valor”.

Como fuera expuesto, el régimen jurídico aplicable determina que los bienes inmuebles de dominio municipal pueden ser otorgados en tenencia a un tercero para ser utilizados o explotados en beneficio del mismo valiéndose de las figuras de la concesión o permiso de uso a título oneroso.

En lo que atañe al otorgamiento de tal tenencia a través de una de estas figuras (concesión o permiso), en principio, las Municipalidades cuentan con amplias facultades discrecionales, en tanto se trata del ejercicio potestativo del régimen de derecho administrativo del que forman parte, sin perjuicio de lo cual, todas aquellas cuestiones vinculadas con el otorgamiento y demás actos subsecuentes (v.gr. renovación, revocación y/o prórroga de una concesión o permiso de uso) deben cumplir con el requisito de la debida fundamentación ²⁷.

6. Diferencias entre las figuras

Por cierto, si bien el referido artículo 28 del Decreto-Ley 9533/80 sujeta a su marco regulatorio tanto la concesión de uso como cualquier otra modalidad administrativa que acuerde la tenencia de bienes del dominio privado del Estado, existe una fundamental diferencia con el permiso de uso, el cual es determinado por la índole del derecho emanado de cada uno de esos actos, por lo que

²⁷ Conf. art. 108 de la Ordenanza General 267; doct. SCBA B. 58.760, “L., F.F.”, sent. 07/03/2007.

resulta obvio el interés de calificarlos debidamente.

Al respecto, el permiso de uso, dada su naturaleza precaria, es eminentemente revocable y -por tanto- no atribuye facultad alguna al beneficiario sobre el inmueble permisionado, ni genera en el mismo derecho a indemnización; mientras que la concesión es el acto por el cual la Administración, en virtud de las atribuciones derivadas del ordenamiento positivo, confiere a una persona un derecho o poder que antes no tenía otorgando al concesionario un nuevo derecho, un “*estatus jurídico*”.

De la expresada distinción entre “*concesión de uso*” y “*permiso de uso*” surge la esencial diferencia en la prerrogativa que de esas figuras derivan para su titular: derecho perfecto (derecho público subjetivo) en la concesión; simple situación precaria (derecho imperfecto) en el permiso ²⁸.

Por lo demás, otra distinción a señalar es que la concesión de uso de bienes municipales, no podría revestir el carácter de gratuita, como sí el ordenamiento jurídico autoriza cuando se trata del otorgamiento de un permiso a determinadas entidades que, por su finalidad o naturaleza, no persiguen fines de lucro ²⁹.

Finalmente, y como elemento diferenciador, cuadra precisar que, si bien todo permiso o concesión de uso conllevan la condición de ser en todo momento compatibles con el interés público, en la generalidad de los casos, el

28 MARIENHOFF, Miguel, *Permiso especial de uso de bienes del dominio público. Régimen jurídico de la precariedad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, págs. 28/29.

29 V.gr. el Estado Nacional, las provincias, las municipalidades y las entidades de bien público con personería jurídica -artículo 30 del Decreto Ley 9533/80 y artículo 56 del Decreto-Ley 6769/58 -Orgánica de las Municipalidades.

permiso se vincula a objetivos de poca significación jurídica o económica, y en su razón no compromete un patrimonio de entidad, como suele acontecer en la concesión.

6.1. El agua. Dominio público y privado

Desde el punto de vista legal, el agua puede ser “*pública*” o “*privada*”, según pertenezca a la esfera del dominio público del Estado o al dominio privado de los particulares.

El agua generalmente es considerada pública, ello por cuanto ha sido por voluntad del legislador su caracterización, dado que éste delimita tanto su afectación como su destino.

Establecido que las aguas públicas lo son por su afectación o destino y no por su naturaleza, corresponde establecer las circunstancias o caracteres que deben tenerse en cuenta para afectar las aguas al dominio público.

En términos generales, puede decirse que, para incluir al agua en el Derecho Público, debe considerarse la “importancia” que ella tenga para el país o región de que se trate. El factor importancia debe determinarse tanto por la utilidad de las aguas como por el peligro que ellas representan.

Existen dos opiniones en el campo de la doctrina con respecto a quién es el titular de las aguas públicas. Están los que consideran que ese sujeto es el Estado y quienes argumentan que la titularidad de las mismas radica en el pueblo. Para MARIENHOFF, la correcta es la segunda ³⁰.

30 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, pág. 16.

Analizaremos así el artículo 235 y comenzaremos por el primer inciso que estipula: *“Quedan comprendidos entre los bienes públicos: 1° Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua...”*.

6.1.1. Mar territorial

Desde el punto de vista legal, el mar es objeto de dos grandes divisiones. a) Mar adyacente: el cual es posible también dividir en dos: a) Mar territorial y b) Mar jurisdiccional; y c) Mar Libre

Podemos denominar como mar territorial a la parte del mar adyacente más próximo a la costa y que pertenece a la soberanía del Estado ribereño.

Los autores discuten acerca de cuál es la naturaleza del derecho que el Estado ribereño tiene en el mar territorial. Las principales opiniones sustentadas las podemos dividir en dos: a) Los que consideran que existe una simple servidumbre y; b) Los que argumentan que el Estado ejerce un derecho domínico y soberano sobre dicha porción del mar.

A la primera teoría se la debe desestimar pues lo que la realidad nos demuestra es que los derechos que ejerce el Estado ribereño en este mar, exceden ampliamente la esfera limitada de esta figura.

Es por eso que la segunda teoría es la que, creemos, verdaderamente se ajusta ya que al ver la cantidad de derechos que este Estado ejerce sobre el mar territorial, debemos concluir en que se ejerce un derecho de dominio y una de las características que esto implica es que, al ser un Estado, éste ejerce su soberanía.

De las circunstancias de que el mar territorial esté bajo la soberanía del Estado ribereño, se derivan entre otras las siguientes consecuencias.

Tal como ocurre con el territorio continental, el mar territorial comprende además de las aguas, el suelo y el subsuelo ocupado por ellas y el espacio aéreo. Al país ribereño le corresponde el derecho exclusivo de explotar las riquezas del mar territorial.

Nuestro país se ha inclinado hacia la teoría que le reconoce al Estado ribereño un derecho de dominio y soberanía sobre el mar territorial ³¹.

Siendo el mar territorial un bien sobre el cual el Estado ejerce un derecho domínico y soberano, su condición legal será la que establezca el Estado respectivo. En nuestro país el mar territorial reviste el carácter de cosa perteneciente al dominio público.

6.1.2. Dominio y jurisdicción marítima

Dos grandes principios deben orientar el estudio de todo lo relacionado con la jurisdicción marítima:

El dominio sobre el mar territorial (es decir lecho, aguas y espacio aéreo que las cubre) pertenece a las provincias y no a la Nación.

Los poderes de la nación son limitados y restringidos, por estar expresamente determinados, es decir todo aquello que no le ha sido delegado pertenece a las provincias.

En nuestro país la jurisdicción nacional en materia marítima tiene como único objetivo reglamentar todo lo concerniente a la navegación exterior y de las provincias entre sí.

De manera que la jurisdicción marítima está dividida entre la Nación y las provincias. A la primera le co-

31 Puede ampliarse en: ANDERSEN, Cristian, “Dominio y Jurisdicción de los recursos naturales en el mar territorial adyacente a las costas provinciales”, Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia N° 2 Año 2018.

responde todo aquello que se vincule con la navegación marítima exterior y de las provincias entre sí; lo demás es de incumbencia provincial.

A fin de deslindar la jurisdicción nacional frente a la provincial y respecto a los diversos órganos administrativos tanto nacionales como provinciales pueden darse las siguientes bases:

- La autoridad de aplicación nacional por intermedio de la Prefectura Naval ejerce jurisdicción en el mar hasta la línea de la más alta marea, en tanto se trate de la navegación y de objetos concernientes a ella.

- La navegación que da origen a la jurisdicción nacional es la realizada con las naciones extranjeras y las de las provincias entre sí.

- Fuera de la línea de la más alta marea la jurisdicción es de las provincias, quienes la ejercerán conforme a la distribución de facultades realizadas por las respectivas leyes orgánicas.

- Aun dentro de la estricta zona marítima (es decir la comprendida entre la línea de la más alta marea y el límite externo del mar territorial), la jurisdicción también corresponderá a la respectiva provincia.

6.2. Mar jurisdiccional

Por mar jurisdiccional debe entenderse la porción de aguas marítimas comprendidas entre el límite externo territorial y el mar libre.

En la parte denominada mar jurisdiccional el Estado carece de todo derecho domínico, sólo ejerce un derecho de “jurisdicción”, pero se trata de una jurisdicción limitada ya que se ejerce solamente un poder de policía para fines concernientes a la seguridad del país y la observancia de las leyes fiscales.

6.3. Mar libre

Es la extensión marítima situada fuera de la alta; mar no es como algunos autores la consideran *res nullius* ya que si así lo fuera y conforme al significado de este concepto cualquier Estado podría apoderarse de una extensión de ese mar.

Por lo que la mayoría de la doctrina denomina al mar libre como *res communis*, es decir perteneciente con carácter indiviso a la comunidad internacional.

7. Puertos

De acuerdo a la definición del art. 2º de la ley 24.093, que concuerda con el art. 29 de la Ley de la Navegación, se denominan puertos “*a los ámbitos acuáticos y terrestres naturales o artificiales e instalaciones fijas aptos para las maniobras de fondeo, atraque y desatraque y permanencia en buques o artefactos navales para efectuar operaciones de transferencia de cargas entre los modos de transportes acuático y terrestre o embarque y desembarque de pasajeros, y demás servicios que puedan ser prestados a los buques o artefactos navales, pasajeros y cargas. Quedan comprendidas dentro del régimen de esta ley las plataformas fijas o flotantes para alijo o completamiento de cargas*”.

Detengámonos ahora en la clasificación de los puertos: la ley clasifica a los puertos según la titularidad del inmueble, según su uso y según su destino: comercial, industrial o recreativo en general (art. 7º).

Según su titularidad los puertos pueden ser: a) del dominio del Estado nacional, de las provincias, de los municipios o; b) de los particulares.

Según su utilización pueden ser: a) públicos o; b) privados, ya estén destinados a quien lo requiera o restrin-

gidos a las necesidades de los titulares o de terceros vinculados con ellos.

Aquí cabe señalar que la ley, al admitir los puertos privados, acertadamente ha modificado el anterior art. 2340, inc. 2° de nuestro Código Civil y el art. 8° de la Ley de la Navegación en cuanto estos textos decían que los puertos figuran en el dominio público del Estado.

MARIENHOFF, en su *“Tratado de Derecho Administrativo”* señala que el concepto de dominio público no depende de la naturaleza del bien sino de su afectación por ley, por un acto administrativo o por hechos de la Administración, así como la desafectación del dominio público puede efectuarse en la misma forma.

La nueva ley, siguiendo una sana política económica, admite la existencia de los puertos privados y por ello no hay duda alguna de que se ha superado el escollo que derivaba del artículo mencionado del Código Civil y Comercial y de nuestra Ley de la Navegación.

7.1. Condición jurídico-dominial de los puertos

Es importante saber que el régimen legal de los puertos en nuestro país es la Ley N° 24.093 (B.O. 26/06/92). La ley parte de considerar que hay puertos susceptibles de titularidad estatal, ya sea nacional, provincial o municipal (art. 7). Dicha consideración se ve completada con la previsión contenida en el art. 235, inc. 2, CCiv., la cual -como se remarcará- parte de considerar a dicha especie de cosas como sometidas al régimen de la dominialidad.

No obstante, en ninguno de los dos casos se identifica con precisión a cuál de las dos esferas fundamentales de gobierno que componen la estructura federal del Estado -esto es, Estado Nacional y Estados provinciales- ellos

pertenecerán. Con relación al interrogante esbozado, resulta por demás evidente que la Ley N°24.093 no cedió el dominio de los puertos, cuanto menos el de aquellos respecto de los cuales ese sujeto no había obtenido la titularidad por venta, cesión o expropiación, o bien por encontrarse situado en un territorio nacional previo a su provincialización.

Lo que sí transfirió a través del dispositivo antes mencionado fue la jurisdicción, instituto que bajo ningún punto de vista puede ser confundido con el de la dominiabilidad, en tanto refiere no ya a la propiedad del bien sino a la potestad de regular el o los usos de que la cosa es susceptible ³².

Ello coincide con el esquema federal de Estado al que nuestro constituyente originario ha adherido. Ello, en tanto fueron las provincias las que concurrieron a la formación del Estado Nacional, peculiaridad ésta de la cual deriva -tal como se extrae de la propia Constitución Nacional- que esas esferas de gobierno tengan reservadas para sí todo el poder no delegado a la Nación, conforme resulta del art. 121.

La tesitura esbozada fue también convalidada por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia Federal, para quien de acuerdo con la distribución de

32 Dicha diferenciación, acogida luego por la doctrina ius pública más destacada, tuvo abrigo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación conforme a lo resuelto en los autos “Marconetti Boglione y Cía. v. Municipalidad de Santa Fe”, del 29/5/1929, criterio reiterado hasta la actualidad, tal lo decidido más recientemente en el caso “Operadora de Estaciones de Servicios S.A. v. Municipalidad de Avellaneda s/amparo”, del 28/4/1998. “La titularidad de los puertos en la Argentina (Con especial referencia a los situados en la provincia de Buenos Aires)”, de GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D., LNBA 2008-6-607.

competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art.121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75). Y, siguiendo el razonamiento esbozado no existe norma alguna de la cual pueda colegirse que, al momento de la formación del Estado Nacional, las provincias cedieron la titularidad de sus tierras, dentro de las cuales están situados los puertos. Es por ello que la ley 24.093 al disponer la transferencia de dominio lo hizo únicamente respecto de los puertos que habían sido objeto de adquisición por compra, cesión o expropiación por parte del Estado Nacional, así como de aquellos que -por encontrarse situados en territorios nacionales no provincializados a la época- pertenecían también a este último sujeto.

Continuando con el análisis, la titularidad de los puertos no cedidos en propiedad a la Nación ni expropiados, resulta ser de las provincias, y ello, por aplicación del denominado “principio de la territorialidad”. A la luz de este último, el cual es acogido por la generalidad de la doctrina y jurisprudencia, la titularidad de los bienes públicos -ante la imposibilidad de proveer a su registración- será de la esfera del gobierno dentro de cuyo territorio se encuentren ubicados.

Y en tanto los puertos se encuentran emplazados, como regla, y sin perjuicio de las salvedades ya apuntadas, en el propio ámbito espacial de las provincias, serán ellas las titulares originarias de todo cuanto se encuentre dentro de su suelo. Esto es lo que resulta, a su turno, de la propia letra del art. 11 de la ley en crisis, al partir dicha norma de reconocer que la transferencia a título gratuito lo será del “dominio y/o administración portuaria”.

7.2. Titularidad en la Provincia de Buenos Aires

La titularidad de los puertos se encuentra potenciada bajo el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, en donde la previsión contenida en el citado art. 121 de nuestra Carta Magna asume una particular intensidad a la luz de la reserva expresa que dicha esfera local realizó por intermedio del Pacto de San José de Flores, suscripto el 11/11/1859, al momento de incorporarse al Estado Nacional.

A través del citado convenio, y conforme resulta de su artículo 7 *“Todas las propiedades del Estado [de Buenos Aires] que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos, de cualquier clase y género que sean, seguirán correspondiendo a la provincia de Buenos Aires, y serán gobernados y legislados por la autoridad de la provincia”*.

Todo el razonamiento anterior se refuerza a poco de que se considere la situación del Puerto de La Plata, en la Provincia de Buenos Aires. Siendo el mismo de titularidad originaria de esta última persona jurídico-pública, fue enajenado al Estado Nacional en el año 1911, como da cuenta la escritura traslativa de dominio donde consta la operación de venta realizada, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la ciudad de La Plata fue efectuada el 21/12/1911 bajo el n. 112445, serie D.

Si el Estado Federal hubiese sido su titular, mal podría haber intervenido en el contrato anterior, ya que resulta absurdo que compre una cosa de la cual resultaba propietario. Como se ve, no otra inteligencia puede darse a la normativa en crisis, y ello, so pena de hacer incurrir al Estado Nacional en actos propios. Dicha inteligencia es la que hace inaplicables las conclusiones vertidas

por la Procuración del Tesoro de la Nación en dictamen 456/2002, con relación a la propiedad de los puertos, en tanto ellas fueron destiladas en consideración a la estación marítima La Plata.

A mayor abundamiento, es de advertir que la tesitura plasmada fue la que primó incluso desde el punto de vista histórico, siendo aquí de inevitable cita la discusión suscitada sobre el particular en el año 1869, ante la intención de construir el Puerto de Buenos Aires, donde se debatió puntualmente si dicha iniciativa -del Estado Nacional- dependía de la voluntad de la provincia en cuyo territorio aquél quería erigirse. Luego de un debate parlamentario calificado de histórico, y que tuvo en puja a ilustres personajes de la época, tal el caso de Vélez Sarsfield y Mitre, terminó primando la posición de este último a favor de la Provincia, por ser ella la que se ajustaba a los antecedentes jurídicos, históricos y políticos que existían sobre el particular.

Eventuales Derechos del Estado Nacional. Queda claro que los puertos constituyen como regla, bienes del dominio público de propiedad originaria de las provincias; correspondiendo también a estas últimas la jurisdicción, al ser ésta una exteriorización propia del régimen jurídico al que están sometidas las cosas dominicales, conjunto que por principio asume carácter local.

Cierto es que no existe anotación alguna de tal estatus en el registro público respectivo. Sin embargo, dicha situación constituye el corolario de encontrarse los bienes afectados al régimen exorbitante de la dominicalidad exceptuados del recaudo de la registración, razón por la cual no se anotan en los registros respectivos. Ello, conforme se encuentra expresamente prescripto en el art. 10, ley 17.801, del Registro de la Propiedad Inmueble a nivel nacional, no obstante lo discutible de dicha previ-

sión normativa y las inconsistencias que se reconocen sobre el particular.

Esa línea ha sido la seguida incluso por el Superior Tribunal de Justicia Nacional con anterioridad al dictado de la referida norma. Éste, refiriéndose al Puerto de La Plata y confirmando la posición antes sostenida -tanto con relación al tema de la registración cuanto a la titularidad originaria de la Provincia de Buenos Aires sobre el referido bien- manifestó que “Tratándose de un juicio de reivindicación de una fracción de terreno situado en el Puerto de La Plata, la Nación como sucesora de la Provincia de Buenos Aires, a mérito de los términos del convenio de adquisición de dicho puerto, celebrado entre ambas entidades políticas el 29/8/1904, ratificado por la ley nacional 4436 y provincial de 4/10/1904, no tiene que exhibir otro título que el derivado de aquellos preceptos para justificar su derecho de dominio”.

Por último, no cabe dejar de considerar la circunstancia de que al haber sido el Estado Nacional quien dispuso de los fondos para la construcción de los puertos en su faz infraestructural, éste pueda llegar a tener a todo evento algún derecho sobre el particular. En dicho sendero, ya hemos justificado la pertenencia originaria de las tierras a las provincias respectivas, habiendo sido éste el ámbito espacial bajo el cual los puertos se construyeron. Y en tanto nuestro Código Civil no reconoce derecho real de superficie sobre construcciones (arg. aun luego de la reforma introducida por la ley 25.509, que sólo contempla la superficie forestal), ningún interés de la especie mencionada podrá alegar el Estado Nacional.

A todo evento, podría considerarse la presencia de un derecho crediticio derivado de aquello invertido en su oportunidad. Sin embargo, ello -una vez más- tampoco puede sostenerse a poco de que se aprecie la declaración

contenida en los arts. 11 y 12, ley 24.093, la cual constituye una palmaria manifestación indirecta de voluntad en el sentido de su renuncia, al disponer que aun en los puertos sobre los cuales hubiese tenido el dominio, la transferencia deberá efectuarse de manera gratuita. Si dicha posición fue tomada respecto de aquella hipótesis en la que se encuentra en mejor posición desde el punto de vista dominial, con mucha mayor razón le será aplicable a los supuestos en los que carecía de derecho real sobre la cosa.

Aun cuando no se comparta esto último, lo cierto es que la acción crediticia que pudiere seguir adelante el Estado Nacional se encuentra ya prescripta, incluso encuadrando la hipótesis en el plazo decenal previsto del entonces artículo 4023, Código Civil, con lo cual el eventual derecho personal que alguna vez pudo llegar a tener deviene a esta altura ilusorio e irrelevante a los fines que se tratan.

Para más, la postura expuesta en punto a la propiedad local (como regla) de los puertos fue compartida incluso por el Ministerio de Justicia de la Nación, conforme deriva de la resolución 274 del 20/11/1992. Bajo su contexto, se dispuso la falta de necesidad de dar intervención a la Escribanía General de Gobierno de la Nación, pudiendo remitir a las respectivas provincias los títulos de propiedad sobre los inmuebles de su pertenencia a los fines de la realización de la transferencia nomenclada en la ley 24.093, “cuando resulte necesario para la formalización de los actos escriturarios correspondientes”.

De lo anterior se derivan dos conclusiones inmediatas: a) que no siempre será necesaria la participación del Estado Nacional, y b) que su intervención corresponderá sólo en aquellos supuestos en los que efectivamente dicho sujeto hubiere tenido el correspondiente título de propiedad.

Esta última hipótesis, aplicable a todo evento al Puerto de La Plata, en la Provincia de Buenos Aires, no resulta extensible al resto de las estaciones marítimas sitas en territorio de dicha persona jurídico-pública, ya que ésta nunca se desprendió de su titularidad, sino que más bien la refrendó con la reserva efectuada en el citado artículo siete, Pacto de San José de Flores.

8. Río

De conformidad a lo establecido en el artículo 235 del CC y C, *“Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: Inc. 3º: los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos”*.

Si acudimos a la Real Academia Española, se entiende por río a toda corriente natural de agua continua y más o menos caudalosa que va a desembocar en otra, en un lago o en el mar.

Esta definición contiene todos los elementos que distinguen al río de otras formas.

- el carácter natural lo diferencia de los canales que son artificiales.

El requisito de ser más o menos considerable lo distingue de los arroyos. La condición de continua lo diferencia del torrente.

Todo curso de agua, cualquiera sea su especie (río, arroyo, torrente, etc.) está esencialmente constituido por dos elementos: A) el agua, B) el lecho.

No se concibe un río sin lecho, ni con lecho y sin agua. Al hablar de río implícitamente se hace referencia a los elementos que lo constituyen: agua y lecho.

De modo que agua y lecho integran el concepto de curso de agua considerado éste como unidad legal y natural.

Analizado ya lo que debemos entender por agua es oportuno estudiar lo relativo al lecho. El lecho de un curso de agua es la superficie de la tierra que las aguas ocupan habitualmente. Al lecho también se lo denomina cauce. Tal es la terminología utilizada por nuestro codificador.

De modo que el límite del lecho de un río se extiende hasta donde llegan las más altas aguas, en su estado normal. Esto significa que para determinar el límite del lecho del río, sólo se consideran los aumentos de nivel de las aguas debido a causas de carácter permanente. Estas causas constituyen lo que en derecho se denominan “crecidas ordinarias”, en oposición a las causas extraordinarias o accidentales.

8.1. Titularidad del agua en nuestro país

En nuestro Derecho los cursos de agua pertenecen al dominio público. Es lo que dispone el Art. 235 inc. 3º, que al enumerar los bienes que integran el dominio público menciona “*los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales*”.

La disposición de nuestra ley es genérica. Comprende toda clase de cursos de agua (tales como ríos, arroyos, to-

rrentes). No hace pues distinción alguna entre ríos navegables y no navegables, entre cursos de cierta magnitud y caudal (ríos y arroyos) ni entre cursos de aguas continuas o intermitentes.

Si bien el principio básico contenido en el C.C. y C. argentino, en lo que respecta a la condición legal de las aguas, es el que le correspondería adoptar a un país como el nuestro, siguiendo a MARIENHOFF deberíamos realizar una pequeña crítica.

Como se dijo anteriormente, el cauce o lecho de los ríos y correlativamente sus playas, forman parte especial del concepto río, al extremo de que al hablar de río o de curso de agua se sobrentiende la existencia del cauce y en su caso de las playas, pues como se dijo, no hay curso de agua sin lecho; siendo así el cauce y las playas siguen la condición jurídica asignada al río. Si este último pertenece al dominio público, es evidente que su cauce y sus playas también pertenecerán a dicho dominio, salvo disposición expresa en contrario.

Tiene dicho la CSJN que *“los ríos y sus cauces son bienes de dominio público correspondiente a las provincias disponer lo concerniente a su uso sin perjuicio de la jurisdicción nacional respecto de lo que se relaciona con la navegación interestadual”* ³³.

Sobre el particular, cabe señalar que el régimen legal de los lagos y lagunas previsto en el artículo 2340 inc. quinto del Código Civil, no ha sido modificado con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, dado que su artículo 235 los contempla como bienes pertenecientes al dominio público y que *“Al igual que el anterior régimen, no*

33 “Tonconogy Julio c/Provincia de Buenos Aires”, La Ley 1995-D-167.

se han establecido lineamientos para determinar cuándo debe considerarse al lago o laguna como navegable”.

Resultando de ello que para tal consideración basta que el lago o laguna pueda ser surcado por embarcaciones destinadas a la pesca o actividades deportivas.

Asimismo, conforme a las previsiones emergentes de la Constitución Nacional y su par provincial (arts. 124 y 28), la Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio, pudiendo disponer del uso y goce de los mismos mediante la reglamentación que al efecto establezca (art. 121 de la citada Constitución Nacional).

La referida aclaración resulta de utilidad, en la medida en que la situación planteada amerita su consideración desde diversos marcos normativos y en consecuencia su abordaje desde diferentes esferas competenciales.

Así, la ley provincial N° 12.257 establece el régimen de protección, conservación y manejo del recurso hídrico de la Provincia de Buenos Aires (art. 1°); encomienda al Poder Ejecutivo entre otras, formular la política del agua; decretar reservas que prohíban o limiten uno o más usos o la constitución de derechos individuales sobre agua de dominio público (art. 2°) y determina que su aplicación estará a cargo de la Autoridad del Agua, (art. 3°).

Autoridad ésta, que entre sus funciones cuenta con la de otorgar los derechos y cumplir todas las funciones que dicha norma le encomiende genérica o específicamente, supervisar y vigilar todas las actividades y obras relativas al estudio, captación uso, conservación y evacuación del agua, pudiendo requerir el auxilio de la fuerza pública para cumplir tales funciones (art. 4°).

En tal marco, en el Título III “Del uso del agua y aprovechamiento del agua y de los cauces públicos” regula acerca de la ocupación de lechos, cauces, vasos o álveos

públicos, usos especiales, permisos, concesiones, entre otros (arts. 25, 34, 44, 55, 72) y el sistema contravencional (art. 158 y siguientes).

Asimismo, y sin perjuicio de las competencias que le corresponden, mediante Decreto N° 1509/79, modificado por su similar 185/80 la Provincia de Buenos Aires ha transferido a los municipios las funciones y servicios, conforme a los términos establecidos por el Decreto Ley N° 9347/79, de los ambientes acuáticos interiores.

Por otra parte, la Ley General de Pesca 11.477 dispone que “...*La Provincia de Buenos Aires ejercerá jurisdicción y dominio en sus aguas interiores...*” (artículo 1°); mientras que su artículo 4° incluye en dicha jurisdicción a la extracción, cría y cultivo de los recursos marítimos, fluviales y lacustres y todas las actividades anexas a la pesca, sometiendo a las disposiciones de la citada ley “...*El ejercicio de la Pesca en aguas marítimas, fluviales, lacustres y riberas comprendidas dentro de la Jurisdicción de la Provincia*” (artículo 6°, inciso a.).

9. Cementerios ³⁴

Resulta oportuno frente al análisis del dominio del Es-

34 Etimológicamente la voz cementerio reconoce dos orígenes que luego fueron ramificándose en otros vocablos como veremos. Así en Grecia se lo identificaba como *koimeteriom*, de *koimam*, que da la idea de descanso, de dormir; en roma se lo conocía como *coementarium*. Camposanto en Italia fue denominado a partir de la fundación del de Pisa, con tierra del Santo Sepulcro; *Friedhof* lo que significa campo de paz o lugar de reposo o reunión de tumbas en Alemania. No cosa distinta fue el significado de las catacumbas para los cristianos, las cuales fueron construidas a la manera oriental e imitando el concepto de sepultura consagrado por los judíos, los que ya de daban el nombre de cementerio.

tado la cuestión de los cementerios y su regulación normativa.

Con el devenir del tiempo vamos a notar que ha existido un fenómeno de proliferación de cementerios por lo que a nuestro juicio merece una clasificación, la que puede consistir en cementerios públicos y cementerios privados. Los cementerios públicos en principio son bienes del Estado por lo que su regulación pertenece a la esfera del Derecho Administrativo. Los cementerios privados son los bienes que tienen como titular a una persona humana o jurídica, los que son regidos principalmente conformado por el Derecho Privado y sometidos como veremos al Derecho Público en cuanto a su desarrollo.

A su vez a los cementerios privados se los puede también clasificar en: a) cementerios privados propiamente dichos, los cuales principalmente persiguen un fin de lucro ya que lo desarrollan como una actividad comercial y cuyos titulares pueden ser personas físicas o jurídicas y; b) cementerios privados pertenecientes a una colectividad, que se distinguen de los anteriores ya que no persiguen un fin de lucro, sino que es brindar el mismo fin que los cementerios públicos. Estos cementerios pueden tener su razón de ser por motivos religiosos como también a raíz de una nacionalidad en común. En la República Argentina estos últimos cementerios se han ido propagando debido a que nuestro país ha firmado distintos Tratados con potencias extranjeras para que puedan radicar y administrar sus propios cementerios ³⁵.

35 La Argentina por medio de Tratados con Estados Unidos (1854), Alemania (1857) y Gran Bretaña (1825), les asignó el poder

9.1. Cementerios públicos

Con relación al elemento normativo notamos que este instituto no fue regulado por nuestro codificador de manera específica, pero si relacionamos dos artículos del Código Civil veremos que los mismos se encuentran incluidos o si se quiere inmersos dentro de los bienes públicos del Estado. Esto surge del juego armónico de los artículos 235 inc. f al quedar comprendida entre los bienes públicos “*cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común*” y el artículo 237 al estipular “*la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236*”.

Es así que si consideramos a los cementerios públicos como pertenecientes al dominio público municipal (por lo que es el Estado el encargado de prestar el servicio público) vamos a notar que existen dos relaciones significativas. La primera relación es la existente entre la Municipalidad y el particular (relación regida por el Derecho Público) y la segunda relación que existe entre el particular y el sepulcro (esta relación es regida por el Derecho Administrativo) ³⁶.

En consecuencia, el cementerio pertenece al dominio público municipal quedando los inmuebles fuera del co-

de gobernar sus cementerios.

36 Vale decir que desde el punto de vista del Derecho Penal en el Título VI que estatuye los delitos contra la propiedad, en el Capítulo 7 referente a los daños en el artículo 184 inc5 se tutela el daño provocado en bienes de uso público y más precisamente el daño en tumbas.

mercio privado, por ser inenajenables, inembargables e imprescriptibles. El derecho sobre cada sepulcro constituye una concesión administrativa según los reglamentos respectivos, estando todos los actos relacionados con la actividad funeraria regida por el poder de policía ³⁷.

9.1.1. Régimen legal local

Conforme el artículo 28 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (texto según Decreto-Ley 9094/78), es competencia de la función deliberativa municipal, establecer *“cementerios públicos, y autorizar el establecimiento de cementerios privados, siempre que estos sean admitidos expresamente por las respectivas normas de zonificación y por los planes de regulación urbana, conforme con lo que determine la reglamentación general que al efecto se dicte”* ³⁸.

Llegamos así a la conclusión de que si consideramos que los cementerios públicos pertenecen a la esfera del dominio público municipal y es aquí el Estado quien presta el servicio en forma reglada, nos encontramos frente a distintas relaciones jurídicas. Esas relaciones jurídicas las podemos clasificar de la siguiente manera: a) las relaciones que emergen entre el municipio y el particular, por un lado y; b) las relaciones entre el particular y la

37 ABREUT DE BECHER. Liliana y EZX SPINOSA DE BENINCASA, María Cristina, “Régimen jurídico de los Sepulcros en los cementerios públicos y cementerios privados”. La Ley, 1989-E- Secc. Doctrina, pág. 974.

38 Atribuida la competencia en virtud de la normativa antes mencionada y por citar un ejemplo, por Ordenanza N° 7638, de fecha 27 de diciembre de 1990, se regula en el Partido de La Plata, todo lo relativo al funcionamiento del cementerio público, fijando en su artículo 1° que *“las tierras que constituyen el Cementerio de la ciudad de La Plata pertenecen al dominio público municipal...”*.

sepultura por el otro, las que van a ser regidas por el Derecho Administrativo.

9.2. Sepulcros

9.2.1. Naturaleza jurídica

Con respecto a la naturaleza jurídica de los sepulcros que se encuentran en los cementerios públicos en la doctrina clásica existieron tres posturas: a) los que consideraban al sepulcro como un bien de dominio público; b) los que consideraban al sepulcro como un bien de dominio privado y; c) los que consideraban al sepulcro como un bien de dominio público en algunos casos y como bien de dominio privado en otros ³⁹.

Nadie discute que el propietario del sepulcro es el Estado, se debate si se trata de un bien de dominio público o privado del Estado ⁴⁰.

Fundamentando la postura de que el sepulcro es de dominio público VILLEGAS BASABILVASO considera que toda obra pública construida para utilidad común y ésta pertenece al Estado, tiene la condición jurídica de formar parte del dominio público del Estado ⁴¹. Es decir que los

39 La Municipalidad de La Plata, conforme la ordenanza N° 7638/90 regula el funcionamiento del cementerio público, lo considera como perteneciente al dominio público, en virtud de establecer que “los particulares no pueden invocar otros derechos que los que derivan del acto administrativo que se las otorgó sin que en ningún caso tales actos administrativos puedan importar enajenación”.

40 BOTASSI, Carlos A., “Cementerios públicos y privados”, La Ley, T. 1981-C- Secc. Doctrina, pág. 1057.

41 VILLEGAS BASABILVASO, Benjamín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 4, pág. 397.

derechos que se otorgan sobre las sepulturas son verdaderas concesiones administrativas, las que van a ser otorgadas conforme las reglamentaciones que a los efectos se dicten.

Al ser la naturaleza jurídica del sepulcro una mera concesión regida por el Derecho Administrativo, la misma puede ser otorgada bien sea a título gratuito o bien a título oneroso. Generalmente tal concesión va a ser otorgada con la obligación por parte del titular de la sepultura de abonar una tarifa, la cual fijará el municipio. Distinto es el caso de los cementerios privados en los cuales se abona un precio no una tarifa, y que tal precio necesita de aprobación por parte del municipio ⁴².

42 Con relación a la policía mortuoria, la misma pertenece siempre al Estado, y por tanto es propio del poder de policía local, todo lo referido a inhumaciones, cremaciones, exhumaciones, etc., que comprenden aspectos de control sanitario, modos de efectuar las inhumaciones (en tierras, en nichos, en osarios comunes, reducciones, etc.), pago de tasas e impuestos, registraciones, etc. Edgardo O. SCOTTI (h), "Régimen jurídico de los cementerios privados", La Ley 1987-A Secc. Doctrina. Pág. 811