

¿ES OPORTUNA UNA TEORÍA SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO EN MÉXICO?*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Lo público como hemisferio dependiente*. III. *El dominio público: realidad entre un sujeto exorbitante y un objeto comedido*. IV. *El dominio público mexicano*. V. *Una recapitulación crítica*.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las grandes zonas de abandono por la doctrina mexicana del derecho público es, justamente, la institución del *dominio público*. Salvo las referencias con fines didácticos de Gabino Fraga y Andrés Serra Rojas en sus respectivos textos de *derecho administrativo*, no existe ningún estudio monográfico de origen nacional sobre esta materia. Las causas de la omisión pueden ser muchas, entre ellas, la dificultad que plantea teorizar con categorías especiales, porque en este caso la dogmática eurocéntrica del derecho público no puede simplemente transponerse. En necesario desarrollar un instrumento analítico especial que explique las peculiaridades que presenta la propiedad pública si es que así puede calificarse, en un país donde la tradición patrimonialista domina el curso de la historia.

En el presente ensayo hemos tratado de ubicar la reflexión justo a partir de la forma peculiar en que la sociedad mexicana corta sus espacios entre las dimensiones pública y privada. Para ello acudimos a una recreación del pensamiento de algunos juristas europeos y, particularmente españoles, por ser los que mejor enlazan con nuestra tradición jurídica.

Con la parte teórica se ha querido identificar el espacio y la naturaleza propios del dominio público como tipo ideal, de ahí, hemos continuado al análisis casuístico de la legislación nacional para establecer, por la vía del contraste, la dimensión mexicana del problema.

En el fondo de la discusión se plantea el asunto sobre la vigencia del dominio público ante los ajustes neoliberales del Estado, precisamente este tópico, con el que se pretende justificar la revisión de un tema aparentemente inoportuno. Detrás de la imagen de un dominio público en extinción, este trabajo revela un dominio público en tránsito hacia la complementariedad mercantil, más que caducidad, la propiedad estatal sufre el ajuste que sufren los procesos de “modernización” en la sociedad mexicana.

* Publicado en: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 15, núm. 15, 1991.

II. LO PÚBLICO COMO HEMISFERIO DEPENDIENTE

1. Lo “privado” como dato fuerte

El derecho privado es para occidente la gran matriz normativa, bajo su auspicio se ha desarrollado el modelo institucional del Estado de derecho. Los moldes romanistas, enriquecidos en el periodo de formación del *derecho común*, integran hasta hoy el sustrato dominante de la cultura jurídica moderna.

La explicación del orden —como resultado del sometimiento del proceso de dominación a los cauces jurídicos— está orientada por el valor referencial que se atribuye a las instituciones normativas del *derecho común* y, principalmente, por la conciencia que produce la transmutación de la legalidad, en forma exclusiva, de legitimidad para el ejercicio político. El Estado moderno trajo consigo el anuncio de la postergación de la fuerza como dato singular del proceso político; sin embargo, el tránsito que condujo a las sociedades europeas del Leviatán hasta el mundo civilizado del Estado de derecho, supuso la conjugación complicada de los datos tradicionales del Estado absoluto con los elementos normativos de textura moderna.¹

A nivel sustantivo, la violencia continuó vertebrando la estructura del Estado; sin embargo, el contexto institucional recibió un nuevo diseño, obediente a la idea de generar un régimen dirigido a reducir los rangos de arbitrariedad que consintió en la organización del poder absoluto.² Esta contradicción de origen, marca la ambigüedad del Estado moderno y de paso provoca la visión vergonzante del mundo público que hasta la fecha difunden los pensadores liberales.

El Estado, concebido como mero instrumento para la ordenación del mundo privado, deviene siempre realidad transitoria o accidente de los intereses privados. En cambio, el Estado, definido como forma política de lo social, adquiere el rango de lo sustantivo y necesario; de hecho, no resulta otra cosa que la misma sociedad enfocada desde la perspectiva de las soluciones políticas.

La visión del Estado como factor contingente parte de la explicación moderna, según la cual, la sociedad civil y el Estado conforman realida-

¹ La mejor referencia para seguir ese traslape y continuidad entre las formas políticas del antiguo régimen y el Estado post-revolucionario es, sin duda, Toqueville, A., *El antiguo régimen y la revolución*, Madrid, Daniel Jorro, 1911; para un planteamiento escueto de la cuestión es recomendable el prólogo de la obra.

² García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 13-20.

des diferentes. De la escisión de la sociedad, entre una esfera pública y otra privada, surge la idea de que lo civil es una realidad *en sí*, mientras que lo público sólo puede explicarse como un dato *para sí*. Según esta lógica, las relaciones sociales acontecen fundamentalmente en el mundo privado, son antes que nada, relaciones mercantiles. Así, las instituciones públicas cobran sentido sólo cuando se identifican en función de las relaciones privadas. Al Estado se le trata como un instrumento de garantía para la realización de la voluntad individual de los sujetos privados, se le reconoce sólo como una función del mercado. Fuera de los márgenes “naturales” que ordenan las relaciones privadas de intercambio, la sociedad no puede concebir fines grupales, la vida moderna se perfila como trama intersubjetiva, y por lo tanto, desdeña la dimensión comunitaria y las realidades corporativas.³

Bajo la imagen de la sociedad dividida y del Estado diferenciado, los pensadores de la Ilustración perfilaron ideológicamente las instituciones modernas. La idea del contrato quedó sobrepuesta a la concepción de la ley y colocada de cara al origen del Estado. Así, en remedo de los tipos jurídicos del derecho civil, fue surgiendo la nueva dimensión de los fenómenos públicos. Apenas detrás de las figuras mercantiles y de autonomía de la voluntad, el Estado asomó su perfil de derecho, no sin resentir, en su origen, las convulsiones de la Europa revolucionaria.⁴

A la sombra de la imagen deliberadamente civilizada de legalidad moderna, fue inevitable que se prohicieran realidades políticas complejas, en cuyos rasgos no es difícil identificar los antecedentes autoritarios que aportaron al proceso político europeo, los Estados absolutos. Para subsistir políticamente, los nuevos Estados tuvieron que acudir al expediente confiable de la fuerza. La verticalidad de su acción —que en política se denomina hegemonía— trajo consigo un conjunto de normas asimétricas que desorbitaron por completo los moldes de las instituciones privadas. Poco a poco, la nueva realidad jurídica reclamó para su explicación una teoría cortada a la medida. El derecho público surgió entonces como una reposición no deseada de los rasgos fuertes del Estado absoluto. El nuevo reconocimiento de lo público generó sus propias contrafuerzas y no faltaron quienes, desde la neutralidad política del derecho civil, trataran de disimular la fuerza que alienta el trabajo directivo de los Estados modernos. La razón jurídica de los códigos decimonónicos quiso desplazar por completo a la razón de Estado. Se subrayó entonces la juridicidad del nuevo proceso político y se ofreció este

³ Cfr. Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica 1989, pp. 11-38.

⁴ *Ibidem*, pp. 17-20; García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

rasgo como elemento diferenciador con los antiguos Estados absolutos. Así, el Estado moderno surgió como concepto de su juridicidad y este a su vez, tuvo su punto de arranque en el derecho privado.

Lo que hemos dicho autoriza la afirmación de que el Estado de derecho corresponde a una concepción *ius-privatista* del fenómeno público. Su interior resiente la pugna entre las presiones mecánicas que exige la lógica del contrato y, por otra parte, el contrapeso que significan las necesidades de autosostenimiento del propio Estado. La fórmula de *violencia legítima* sobre la que se construye la moderna realidad estatal es en realidad un compuesto tenso, se trata del amarre jurídico de la fuerza.⁵

El derecho público es un cuerpo dogmático reciente, pero sólo porque los juristas que han alentado su desarrollo se niegan a establecer una línea de continuidad con la realidad institucional del Estado absoluto. Con el uso de la técnica pretenden, en cambio, neutralizar los usos interesados de la fuerza y racionalizar su ejercicio. En la dimensión del derecho público el Estado es un hablante exclusivo de una lengua jurídica que siempre se refiere a su origen privado pero que, además busca sus propias referencias dentro del mundo público.

A pesar de su autonomía, el derecho público acusa permanentemente una presión que compromete su desarrollo y, en ocasiones, provoca su involución hacia las matrices privadas. La vulnerabilidad de los iuspublicistas tiene que ver con su afán de negar la base histórica que ofrece la experiencia del Estado absoluto e incluso, las aportaciones que proceden de las formaciones políticas preestatales. Sin nexos precisos que orienten sobre sus antecedentes, las instituciones del mundo público moderno tienen que detenerse en ficciones o fórmulas románticas como la que plantea el *contrato social*.

El rescate de la esfera pública como dimensión específica de análisis supone la dilución de las supercherías políticas de origen ilustrado, y consecuentemente el restablecimiento de los nexos causales con las experiencias históricas anteriores. El Estado no es sólo un instrumento de garantía, como lo propalan los teóricos del Estado gendarme, es en realidad, un dato estructural de la sociedad a partir de la cual, ésta procesa sus desigualdades.

Mientras que en el ámbito civil las relaciones intersubjetivas se orientan por el criterio del intercambio de equivalentes y suponen la igualdad de los participantes, en el mundo público las asimetrías de los agentes se producen bajo la convicción absoluta de su permanencia. Las relaciones políti-

⁵ Véase Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, pp. 43-45 y 173-176.

cas —en cuanto a situaciones de dominación— prefijan la desigualdad y la prolongan hasta estabilizarla en un marco institucional duradero.

2. *Dominio del Estado y Estado del dominio*

Las relaciones de propiedad, desde la perspectiva moderna, responden a la idea del tráfico patrimonial privado; suponen por tanto, la realidad mercantil a la que perfilan como espacio de equilibrio. En el mercado todos los sujetos comparecientes se presentan homologados y el factor común es precisamente, la condición de propietarios que se les atribuye.⁶

Al definirse la propiedad como atributo natural del individuo, la presencia de un aparato institucional ordenador carece de sentido inmediato. El órgano público no surte ni suministra propiedades, su función ideal es abatir el privilegio y garantizar de manera exógena, la realización de los propietarios. En el origen de la propiedad privada moderna hay una declaración de principio contra el carácter confiscatorio del Estado absoluto. Así, si el mercado ordena espontáneamente el equilibrio de los intereses privados, el poder público no tiene por qué anticipar ese orden, más bien su función se constriñe a resguardarlo y corregir puntualmente los incumplimientos privados. Como fuerza externa de garantía, el Estado no puede volver, salvo en el caso de utilidad pública, a proyectarse sobre un derecho que se definió como coto de los titulares individuales.

Si el orden es un fenómeno espontáneo de las relaciones privadas que se verifican en el mercado, la propiedad no puede explicarse modernamente como un fenómeno público, al contrario, su origen civil marca su destino y define una exclusión permanente para el poder público. Por otro lado, las facultades del propietario demarcan una zona de exclusión para todos los otros sujetos interesados en los bienes sobre los que se ejerce una determinada titularidad. El proceso de recuperación del bien sobre el que recae una acción de despojo sí interesa al poder público pero en este caso, el aparato judicial acciona sólo a petición del afectado y con el propósito exclusivo de restablecer su interés. El Estado entonces, no puede deliberar sobre el sentido de los derechos civiles, sino sólo aportar seguridad de goce y reconocimiento a sus titulares.⁷

Así como el Estado deja de mediar las situaciones que se producen a partir de las relaciones de los sujetos sociales con las cosas, queda también

⁶ Véase Rodotá, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, trad. de Díaz-Picazo, Madrid, Civitas, 1986, pp. 91-94 y 101.

⁷ Véase Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, trad. de Franco, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 402.

marginado de la posibilidad de convertirse en un agente económico privado. La propiedad sólo tiene sentido a través de las ventajas comparativas que ofrece su intercambio; según esta idea, precisamente por su incapacidad natural para actuar como agente patrimonial y portador de intereses de naturaleza individual, el agente estatal resulta exorbitante en el perfil de los sujetos privados. Si hoy este razonamiento tiene sesgo de obiedad, cabe decir que hace apenas unas décadas, seguía prevaleciendo la opinión de que el Estado puede desdoblarse jurídicamente y asumir la condición civil de los sujetos privados.

Antes, la división entre un ámbito público y privado, suponía que el mundo de lo civil y lo particular correspondían a un tipo de acción únicamente de carácter económico; mientras que lo público, debía mantenerse como zona de gestión administrativa y ejercicio político. El Estado por ende nunca asumía la naturaleza de agente económico. Podía sin embargo, hacerse de ciertos bienes de naturaleza instrumental para la gestión pública. Sobre el tipo de relación que surgió entre el Estado y esa especie de *patrimonio de gestión* versan todas las teorías sobre el *dominio público* que se han elaborado hasta el momento.⁸

No es que la propiedad estatal sea un fenómeno nuevo, al contrario, desde las formas preestatales se reconocen criterios de pertenencia a favor de los órganos públicos; sin embargo, como los pensadores modernos rompieron de modo tajante con las experiencias del antiguo régimen, las teorías del dominio público vinieron a escena, como tales, hasta principios del siglo XIX.

En realidad el dominio público, ya definido como forma de propiedad estatal, surge en el periodo del absolutismo europeo. Para la integración de las monarquías absolutas concurren —usando la terminología weberiana— factores típicos del modo de dominación tradicional, con elementos patrimoniales que, dicho sea de paso, son los que marcan la continuidad histórica con el mundo feudal.⁹

La institucionalización de las Coronas europeas se llevó a efecto mediante un proceso prolongado de alianzas y afianzamientos que permitieron poco a poco, abatir la descentralización política del feudalismo.

En la consolidación de las monarquías jugó un papel importante el criterio que perfiló el concepto de *dominio eminente del rey* sobre el territorio. Sobre el *dominio útil* y el *dominio directo*, que englobaron las facultades sobre los

⁸ Véase Álvarez Gendín, Sabino, *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Barcelona, Bosch, 1956, pp. 13-29.

⁹ Weber, Max, *op. cit.*, pp. 170-192.

bienes durante el feudalismo, se levantó una potestad territorial superior que se trazó como anticipo de las modernas cualidades soberanas del Estado-nación. El *dominio eminente* significa capacidad de excluir las interferencias externas al territorio nacional y, hacia adentro, potestad de organizar el régimen de apropiación sobre la base de su distribución centralizada a cargo del monarca. El *dominio eminente* es una forma primitiva de soberanía a partir de la cual el poder del monarca se organiza bajo el criterio privado de la idea de *pertenencia*. La potestad sobre el territorio se caracteriza como una investidura de la Corona que responde al imperativo de afianzar las potestades hegemónicas del monarca, a través de una atribución de facultades discrecionales, justo como las que se reconocen a un propietario en el *derecho común*.¹⁰

Los primeros bienes que componen el rango patrimonial del Estado son aquellos que el derecho romano definía como cosas públicas o bienes de todos. De hecho, la propiedad del Estado es una forma de suplantación de la dimensión comunitaria por el aparato público.¹¹

El demérito de la propiedad comunitaria en beneficio del criterio de asignación central de los recursos apropiables que se dejan en manos del monarca es congruente con el perfil que caracteriza la institución de la *regalía*. La fórmula regalista supone la necesidad de habilitación continua del monarca hacia los súbditos, para que éstos puedan desarrollar sus funciones subordinadas. La *regalía* es entonces, el polo monárquico de una relación de dependencia según la cual se desconoce la espontaneidad del impulso privado de los súbditos. Desde otro punto de vista, la *regalía* es la fuerza fundamental del arbitraje corporativo, que siempre descansa sobre un sistema de privilegios distribuidos desde un centro superior. A diferencia de los que sucede en el mundo feudal, donde el privilegio no tenía un origen público, la *regalía* significa la capacidad de investir a los sujetos con prerrogativas de acción desde un ámbito político de naturaleza suprema. El criterio del poder como pertenencia es, precisamente, el que se encuentra como cimiento en las formas patrimoniales de dominación.¹²

No deja de sorprender la forma en que el modelo de apropiación que tipificaron los romanos como una peculiar relación jurídica entre el hombre

¹⁰ Cfr: Marienhoff, Miguel, *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, TEA, 1960, p. 37, y García Gallo, Alfonso, *El origen y la revolución del derecho. Manual de historia del derecho español*, Madrid, Del Autor, 1960, pp. 294-296, t.I.

¹¹ Véase, Mayer Otto, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1902, t. III, p. 94.

¹² Véase, García de Enterría, Eduardo, *Dos estudios sobre la usucapción en derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 92.

y la cosa, sea, casualmente, el que se extrapola como piedra angular para caracterizar la relación típica de dominio político, tanto en el mundo feudal como en el del antiguo régimen. El concepto de pertenencia es por eso tan importante, de hecho se encuentra situado como forma elemental de las relaciones de dominación a partir de la dilución de la vida republicana en Roma. Así, el poder es propiedad en la misma medida que la propiedad es poder.¹³ En todo caso, se trata de una potestad que se construye antes del surgimiento del fenómeno estatal y que en éste nunca se diluye plenamente, a pesar de que las teorías que construyen una dimensión específica para la *cosa pública* alcanzan en la actualidad un éxito significativo.

Si bien existe un cierto paralelismo formal entre el derecho de propiedad y la forma que asumen las potestades públicas hasta la formación del Estado absoluto, esta similitud se altera con las propuestas que realizan los pensadores ilustrados para la configuración del Estado de derecho. Como fenómeno intelectual moderno, el Estado se acoge a la dinámica de las voluntades independientes que concurren a su formación; la discrecionalidad que sostuvo el ejercicio autoritario de los monarcas del antiguo régimen se decanta y los nuevos órganos públicos dan paso a la participación de los gobernados en sus procesos de composición y acción. El contrato, e incluso el *trust* anglosajón, son los cauces técnico-institucionales por los que se deriva la configuración contrapesada de los órganos de poder. Corresponde al régimen representativo otorgar un sustento característico y viable a los ideales de participación de los gobernados en la mecánica del gobierno.¹⁴

La nueva realidad representativa se torna difícil de manejar cuando se trata de definir el *status* jurídico del Estado y, particularmente su función como propietario. Dentro del modelo absolutista bastaba con situar a la Corona como centro de titularidad y referencia patrimonial del reino; sin embargo, con el Estado moderno, surge otra vez la necesidad de referir la propiedad pública a un beneficiario o titular distinto a cualquier órgano público. El Estado no puede detentar bienes a partir de un objetivo propio, su vocación pública justamente lo obliga a actuar siempre en tareas de servicio y complementariedad. La titularidad de la propiedad pública queda por tanto atribuida a la nación, o lo que es lo mismo, al pueblo políticamente

¹³ García- Gallo, Alfonso, *op. cit.*, pp. 794 y 795.

¹⁴ Véase Rousseau, J. J., *El contrato social*, México, UNAM, 1978, pp. 131-195; Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 113-122, y Mill, John Stuart, *Del gobierno representativo*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 30-43.

constituido. Los órganos públicos son entonces meros gestores administrativos de los bienes instrumentales con los que realizan su función.¹⁵

A diferencia de los que sucedía en las comunidades antiguas, donde los bienes comunales eran directamente aprovechados por el grupo beneficiario, la propiedad pública que se atribuye al Estado moderno es un derecho ideal que priva a los ciudadanos de la detentación y control material de los bienes públicos. Los órganos estatales, aun sin la titularidad, detentan y ejercen las funciones de uso y aprovechamiento de los bienes que componen el dominio público, si bien, por causa de la división de poderes y el principio de legalidad, a esa detentación no se le puede llamar en sentido preciso, propiedad.

Tres matices para las relaciones de apropiación:

El pensamiento moderno fungió como velo de ocultamiento para todas las relaciones de apropiación que no podían caracterizarse como propiedades de naturaleza privada. Los códigos civiles del siglo XIX propusieron como forma exclusiva de apropiación la que, desde entonces, quedó definida como propiedad privada en sentido moderno. Los rasgos que concurren para la integración de los tipos legales decimonónicos pueden considerarse así: *a)* determinación de la titularidad como atributo natural del sujeto; *b)* definición del campo facultativo del titular como un espacio radicalmente excluyente; *c)* individualidad estricta en la caracterización del sujeto; *d)* vocación mercantil de los bienes que son objeto de apropiación; *e)* decisión voluntaria irrestricta para fijar el destino de los bienes sobre los que recae la titularidad, y *f)* protección judicial para garantizar la restitución en caso de robo o despojo.

A la propiedad privada se le puede conceptuar como momento estático de una relación de intercambio; se trata de la etapa en que el orden jurídico fija las titularidades y, consecuentemente teje la fiabilidad necesaria para el tráfico mercantil; sin embargo, para su plena realización, la propiedad requiere de un vehículo formal que permita su movimiento en términos de absoluta certeza. Tal función corresponde a los contratos civiles que a su vez, obedecen al cuerpo dogmático que para su operación aporta la teoría general de las obligaciones.

No debe extrañar que la *cosa* sobre la que se teje el concepto moderno de propiedad sea definida de manera expresa como *mercancía* dentro de las codificaciones civiles.¹⁶ El bien jurídico sobre el que recae la propie-

¹⁵ Cfr. Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, trad. de J. L. Depetu, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 29-39.

¹⁶ Artículo 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio; y también el Artículo 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley. *Código Civil para el Distrito Federal en materia*

dad privada debe siempre estar situado en el comercio, en caso contrario, pierde relevancia para el derecho civil. Como consecuencia de la asimilación de la *cosa* en sentido jurídico al concepto moderno de la mercancía, resulta que el agente o persona del derecho queda también asimilado a la categoría de sujeto mercantil. Estos atributos, sin embargo, corresponden a una mercantilidad simple, es decir, a una forma de relación natural de los sujetos como portadores de intereses privados elementales. Para las relaciones mercantiles calificadas, el derecho moderno reserva el régimen que se establece a partir de la codificación mercantil. Las relaciones entre comerciantes ocupan un espacio jurídicamente diferenciado en relación con los intercambios del mercado de uso y consumo elementales.

La relación entre propiedad privada y Estado puede tipificarse como un vínculo de naturaleza tutelar. Los órganos públicos deben orientar su función a preservar las facultades que el orden jurídico reconoce a los propietarios, porque en este derecho reside el sentido práctico de libertad de los sujetos. Incluso, en los primeros tiempos del liberalismo, a la propiedad se le ubicaba como condición para el ejercicio de los derechos políticos. El sujeto era considerado ciudadano en la medida que podía representar intereses materiales; sin esta circunstancia calificativa, el sujeto no debía concurrir a la integración de la voluntad pública porque, su sola condición personal, no era un dato suficiente para otorgarle interés a sus aportaciones.¹⁷

Con el tiempo y, particularmente con las crisis, el concepto absolutamente excluyente de la propiedad moderna ha sido rectificado. La tesis de Duguit sobre la *función social de la propiedad* es la que mejor concreta este esfuerzo de transformación. Duguit parte de la crítica a la noción de derecho subjetivo que —a mediados de siglo— había propuesto Comte. Según la nueva posición el derecho subjetivo no es un dato real que ayude a la comprensión del fenómeno jurídico; en lugar de que se resalten las funciones de articulación y cohesión que el derecho aporta a la vida social, las instituciones jurídicas tenían solamente la referencia egoísta y planteaban como pieza clave del análisis dogmático el conjunto de facultades que definen las normas objetivas a favor del sujeto. La visión individualista de la propiedad desvanece la importancia colectiva que tiene el aprovechamiento productivo de los bienes capaces de generar riqueza dentro de la sociedad contemporánea. La propiedad tiene una vocación social: su función consiste en prescribir al sujeto titular la obligación de generar riqueza de acuerdo al potencial que albergan los bienes bajo su dominio. En

común y para toda la República en materia Federal, Diario Oficial de la Federación, 26 de marzo de 1928.

¹⁷ Locke, John, *op. cit.*, pp. 74, 75 y 133.

este orden de ideas, la propiedad ya no queda exclusivamente al arbitrio de los derechohabientes, sino que encierra un deber de solidaridad con el grupo. La función del propietario es la de producir riqueza, porque en la medida que incrementa la masa de bienes, indirectamente beneficia a todo el conjunto social; su inacción, por tanto debe ser suprimida del conjunto de prerrogativas que otorga la propiedad.¹⁸

La tesis de Duguit no supone el encauzamiento público de las facultades del propietario sino que el Estado debe garantizar las mejores condiciones para la acumulación de riqueza a nivel social. Dicha teoría es una forma de revisión realista del carácter absoluto que se le atribuía a la propiedad desde el contexto del racionalismo, pero de ninguna manera esta tesis implica la desnaturalización de la propiedad moderna en su perspectiva occidental. Tampoco debe buscarse en el pensamiento de Duguit un motivo de habilitación para la acción del poder público en la vida económica. El Estado de Duguit es un aparato ausente de la vida productiva, en todo caso, su función policiaca se encuentra potenciada, porque la ley debe autorizarle intervenciones contundentes para evitar el incumplimiento social de los propietarios de bienes capaces de generar riqueza.

La propiedad privada contemporánea está modulada por los desengaños que los procesos de perversión del marco desencadenan. Las nuevas formas de relación, productivas y financieras, han desplazado la funcionalidad de una institución jurídica que se diseñó en atención de la propiedad rural inmobiliaria; sin embargo, en el plano ideológico, la propiedad privada actúa todavía como gran referencia de la cultura liberal, su perfil sigue funcionando como matriz fundamental para el desarrollo capitalista de la sociedad.¹⁹

Detrás del paradigma deslumbrante de la propiedad moderna, subsiste la experiencia histórica de la propiedad comunal. La fuerza de irradiación de esta institución no ha sido poca;²⁰ en general, el proyecto socialista se inspira en la refuncionalización de la dimensión comunitaria de las sociedades antiguas, sin dejar de considerar la nueva circunstancia social y tecnológica de los procesos de trabajo. El gran colapso de los programas socialistas ha sido provocado por la imposibilidad de rescatar el perfil co-

¹⁸ Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, pp. 235-247.

¹⁹ Cfr. Rodotà, Stefano, *op. cit.*, pp. 101 y 102.

²⁰ Véase, Maine, Henry, *El derecho antiguo*, trad. de P. de la Peña, México, Extemporáneos, 1980, pp. 141-170; corresponden al capítulo VIII, denominado “La historia temprana de la propiedad”. A partir de la obra de Maine conviene también consultar Grossi, Paolo, *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Madrid, Ariel, 1986, pp. 53-81.

munitario de la sociedad cuando subsiste, como mecanismo exclusivo de sustentación, el régimen estatal. Al igual que acontece en los Estados capitalistas, donde la representación política es un valor del régimen, el aparato público debe actuar en nombre de la colectividad pero, a diferencia de lo que sucede en los contextos mercantiles, los ambientes socialistas no dan una respuesta eficiente a los ciudadanos a través de mecanismos plurales de participación en el proceso político ni aun en los cauces de naturaleza formal. Esta exclusión hieratiza el régimen y genera una presión acumulativa, presta a la explosión cuando se conjuga con las respuestas ineficientes en rubros importantes de la vida económica.

El Estado socialista es un aparato de apropiación y de control del recurso social que no siempre encuentra una fórmula adecuada de reciclaje para que los ciudadanos accedan de manera directa a los beneficios de la producción. La propiedad colectiva de los medios de producción deviene en realidad a la propiedad estatal. A dicha propiedad no podremos, sin embargo, llamarla dominio público en sentido occidental, en virtud de que no es una potestad que se defina como ámbito de excepción en relación con el flujo mercantil. Se trata más bien de una propiedad total que se confronta con la no propiedad individual, con el no mercado.

Si bien en occidente la propiedad colectiva ha tenido menos suerte histórica que la propiedad privada, es un modelo de apropiación que subsiste y que presiona ideológicamente sobre los excesos individualistas que acompañan al concepto moderno de propiedad. Bajo sus efectos alternativos tiene que apuntarse un intento plausible de nivelación social que como idea, no deja de ofrecer un significado altruista en contra de la visión absolutamente mercantilizada que domina en el hemisferio occidental.

Como tercera matriz de las relaciones de apropiación debe situarse al fenómeno genéricamente conocido como *dominio público*. Esta fórmula jurídica alude a una especie de vínculo instrumental que existe entre el Estado —considerado como administración— y los bienes que son necesarios para que éste realice la función de gobierno.

Dejando a salvo por el momento el ambiente patrimonialista en el que se desenvuelve el Estado absoluto y considerando en cambio las teorías modernas sobre el *dominio público* a partir del siglo pasado, cabe decir que las tesis existentes coinciden en caracterizar esta institución como una zona de excepción a la mercantilidad. Se trata entonces de un conjunto de bienes que por estar destinados al cumplimiento de las tareas públicas se encuentran, al mismo tiempo, marginados del tráfico privado. Ante la falta de una mejor opción, el vínculo entre el Estado y los bienes del dominio público ha quedado definido como relación de propiedad; sin embargo, las peculiaridades jurídicas del sujeto Estado y el destino mismo de los bienes

en cuestión, hacen difícil la tipificación de este fenómeno dentro de los cánones estrictos del derecho privado. El reconocimiento de esta dificultad condujo a los mejores teóricos del dominio público a resaltar las diferencias de este tipo de institución en relación con el modelo de los derechos reales del derecho civil; a tal grado se trabajó en esta especificación que se elaboraron conceptos como el de *cosa pública* —en contraposición al bien en sentido privado— y tráfico jurídico de derecho público —como dato alternativo a la circulación mercantil—. ²¹ Estos esfuerzos especializados demuestran la insuficiencia que produce el encuadramiento de la propiedad pública en los cánones de la técnica del dominio privado.

Es difícil imaginar al poder público como derechohabiente en la dimensión del derecho subjetivo; de hecho, la diferenciación tajante del mundo social en un espacio público y otro privado responde, justamente, a la bipolaridad que se establece entre el individuo como agente privado y el Estado como referencia de representación colectiva. Un sujeto de derecho que no puede querer para sí mismo, no puede tampoco asumir la titularidad de un derecho subjetivo, en cuya base se encuentra precisamente la voluntad, entendida como querer individual del titular. ²² Una propiedad que no tiene referencia subjetiva típica, que carece de vocación mercantil, que no se ejerce a nombre propio, que no está determinada en su aprovechamiento por la voluntad del titular, no puede considerarse propiedad. La llamada propiedad pública consiste en realidad en un fenómeno distinto que, por la similitud aparente con un derecho real, toma a préstamo el aparato técnico que en torno de éstos se ha desarrollado; sin embargo, el análisis del dominio público permanentemente obliga a rectificar el enfoque civilista y restablecer las características propias del horizonte estatal.

Si se reconstituye la unidad en aquello que fue artificiosamente dividido y al Estado se le mira como dato continuo de la sociedad, resulta posible entender que tanto la propiedad privada como los bienes que están sujetos al dominio público, constituyen una unidad de sentido dentro de un mismo paradigma jurídico. En el sistema capitalista la base institucional que legitima la acumulación la aporta precisamente el derecho de propiedad, pero es el caso que las distintas propiedades individuales requieren de un espacio de condensación para organizarse a nivel social en el marco general de una lógica productiva que permita su realización. Tal

²¹ Véase Parejo, Luciano, “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 100-102, enero-diciembre de 1983, pp. 2382, 2383, 2396, 2397 y 2401; Marienhoff, Miguel, *op. cit.*, p. 287, y Mayer, Otto, *op. cit.*, 91, 105 y 112-116.

²² *Cfr.*: Dabin, Jean, “El derecho subjetivo”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, pp. 128-130.

espacio de acción coordinada y simultánea es precisamente la dimensión pública. La realización individual de los sujetos en el espacio civil es antes que nada, realización económica y rentabilidad; ahora bien, para que el aspecto negocial de la vida sea factible, es necesaria una región pública que asuma funciones orientadas a la gestión de intereses generales del grupo. No hay entonces oposición entre lo privado y lo público, sino más bien complementariedad y funcionalidad recíproca.

Sintéticamente expresado, se puede decir que los bienes del dominio público se encuentran dispuestos de tal modo que, a partir de ellos, el Estado genera condiciones para la realización mercantil de la propiedad privada. Ahora bien, el papel instrumental que estos bienes desempeñan requiere una especie de neutralidad económica, la cual deriva de la función exclusivamente política que se atribuye al poder público dentro de una perspectiva liberal. El Estado ordena, dirime conflictos, pero, en teoría no participa de las actividades rentables.²³

La denominada propiedad pública constituye una matriz independiente de las relaciones de apropiación aunque, paradójicamente, no tiene un sentido autónomo. No es propiedad comunal, porque existe una mediación muy clara del aparato político y el reconocimiento expreso de la exclusión de los sujetos gobernados como titulares directos. Tampoco es, obviamente, propiedad privada, en virtud de que su definición se efectúa fuera de cualquier circuito mercantil; sin embargo, es un tipo de relación con ciertos bienes materiales que cumple una función de perfeccionamiento para la propiedad privada. En la medida en que el Estado moviliza los bienes públicos para realizar las funciones de protección y servicio, permite que los bienes apropiables, es decir, las cosas mercantiles puedan efectivamente destinarse a las acciones rentables. Así entendido, el dominio público no es solamente una zona de restricción para los sujetos privados, sino también un área de desgravación en la que la sociedad purga el sentido de todas las funciones que no pueden ser concatenadas en la dinámica del mercado.

Con objeto de evitar una confusión ulterior es necesario esclarecer que los bienes que el Estado destina al cumplimiento de funciones empresariales —particularmente visibles en las épocas de crisis mercantil— no son tipificables en la categoría clásica del dominio público. Generalmente, las crisis catalizan el fenómeno del intervencionalismo estatal; a partir de entonces el aparato público se desenvuelve en un sinnúmero de agentes económicos, cuya configuración jurídica resulta muy similar a la que

²³ Alvater, Elmar, “Notas sobre algunos problemas del intervencionismo de Estado”, en Sontag, R. y Valecillas, H. (comps.), *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, México, Siglo XXI, 1979, pp. 88-133.

asumen los entes empresariales privados. Al fenómeno de personificación paraestatal le corresponde también la definición de un patrimonio especial que se distingue del dominio público y se atribuye específicamente al órgano económico.

La propiedad de entes paraestatales no corresponde a la directriz de neutralidad mercantil bajo la que se organiza el dominio público en sentido clásico. Más bien alude a una zona de traslape entre las dimensiones pública y privada. Pero, a pesar de que exteriormente los sujetos paraestatales se colocan en la misma línea que los agentes económicos privados, su objetivo final no es la rentabilidad en sí misma, sino que su acción obedece a la necesidad de estimular la inversión y demanda en un momento en el que estas variables se encuentran contraídas. El intervencionismo clásico persigue una finalidad terapéutica respecto del mercado y por eso los entes paraestatales resultan elementos contingentes de los que se puede prescindir a partir de la rehabilitación del mercado.²⁴ La función transitoria que estos bienes cumplen los coloca en una perspectiva que les impide marginarse de la circulación mercantil, y aún así, su objetivo no siempre es de manera inmediata la rentabilidad.

De estas tres matrices revisadas, dos presentan rasgos paradigmáticos: la propiedad privada y la propiedad comunal; el tercer modelo, es decir, la propiedad pública, no tiene aún un cuerpo propio y sus rasgos obedecen al encuadramiento o la reacción a partir de los dos paradigmas primigenios; sin embargo, a pesar de su relativa dependencia, el dominio público representa una forma de apropiación independiente, cuyo sentido se torna inexplicable sin la mediación de los criterios constitucionales del Estado moderno; tal es el caso, por ejemplo, del fenómeno de la representación y el principio de legalidad que rigen la vida pública contemporánea.

III. EL DOMINIO PÚBLICO: REALIDAD ENTRE UN SUJETO EXORBITANTE Y UN OBJETO COMEDIDO

1. *El Estado-sujeto*

Si bien, en el plano político la conceptualización del Estado ha resultado complicada, al grado que ha motivado una división paradigmática de carácter irreconciliable, en el terreno jurídico la tarea ha sido todavía más ardua; por eso, con objeto de favorecer la exposición, es pertinente primero abordar el ángulo de la discusión que tiene una respuesta más sencilla. En

²⁴ Carré de Malberg, R., *op. cit.*, p. 42.

el plano internacional la unidad del Estado es un dato supuesto, por lo tanto, el derecho definido para regular las relaciones internacionales interpela directamente a los sujetos estatales, dando por sentado que su personificación se arma sobre la base de la unidad política que el Estado representa, de acuerdo con el criterio de independencia y exclusividad territorial. Ante ciertos problemas de inestabilidad interna la comunidad internacional llega a plantear, en torno al asunto del *reconocimiento*, un análisis más detallado de la composición política del Estado pero, salvo en estos casos extremos, la entificación internacional del Estado no genera problemas.²⁵

En el campo interno, sin embargo, el tema plantea necesidades distintas. Hacia dentro, el dato de la totalidad estatal tiene por fuerza que contrastarse con los órganos constitucionalmente habilitados para la gestión del gobierno y, ahí la cuestión de la forma de concretización del Estado, es la que asume el primer plano. Explicaciones sobre este asunto se han dado muchas y desde muy variados puntos de vista. La primera gran tensión se suscita entre quienes ven en el Estado una referencia meramente ideal o, en el mejor de los casos, un centro de procesamiento para la voluntad general de los sujetos que lo integran, y quienes, desde otro ángulo, abordan el análisis con un criterio realista y consideran al fenómeno estatal dentro de los datos materiales de la sociedad. Dentro de este segundo punto de vista predomina una visión no voluntarista de los procesos políticos.²⁶

Por otro lado, también existen diferencias entre algunas posiciones que plantean un enfoque teleológico del Estado, como sucede con la mayor parte de los juristas, y quienes lo valoran desde la óptica de su función, con un criterio más instrumental y operativo.

Otra posición interesante, en todo caso derivada de la confrontación de visiones realistas, se refiere a la antinomia aparato o proceso. En el último caso, el Estado resulta la representación del conjunto de relaciones políticas dentro de una dimensión territorial definida, a partir de su concretización en un aparato institucional que a través de la fuerza racionalmente organizada, garantiza el orden que a su vez, supone por lo menos, la desigualdad entre gobernantes y gobernados. Para quienes consideran al Estado un aparato, en general son válidos los argumentos anteriores pero, en su perspectiva, el Estado no cubre la dimensión del proceso, sino totalmente alcanza un espacio instrumental. Así, en cuanto fenóme-

²⁵ Véase Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 262-266.

²⁶ Véase Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, pp. 100-104 y 133-135; Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 247-256.

no cosificado, el Estado es siempre un aparato institucional que aplica y mecaniza la coacción.

Como un problema ligado a la naturaleza del fenómeno estatal debe tratarse el de su personificación jurídica, la cual se proyecta en tres zonas diferentes: *a*) la internacional, que alude al Estado como unidad política-territorial en el plano del tráfico con otros entes internacionales; *b*) la del Estado-autoridad, que se refiere a este como órgano de representación y gobierno, y finalmente, *c*) la del Estado-gestor, que corresponde a aquellas funciones de servicio de gestoría e incluso empresariales que realiza el Estado en un plano similar al de los sujetos privados. De las tres proyecciones enumeradas sólo las dos últimas tienen relevancia en relación con el tema del dominio público. La personificación externa del Estado resuelve en el terreno de la soberanía cualquier asunto relativo a la atribución del vínculo con el territorio sobre el que se ejerce la potestad; sin embargo, en el plano interno la cuestión del dominio público implica precisar a detalle tanto el problema de la titularidad pública, como el de las atribuciones concretas a los órganos constituidos en relación con los bienes que lo integran.

Como primer presupuesto, cabe señalar que en el ámbito interno, la personalidad del Estado como dato unitario inmediatamente se diluye. En el derecho administrativo todo funciona sobre la base de que la administración pública asume por su cuenta y de manera legítima, la responsabilidad de gestión del gobierno ante los ciudadanos. En todo caso puede afirmarse que la personalidad con la que el Estado se inviste y actúa en el plano exterior, responde a una entificación distinta de la que se atribuye internamente a la administración pública para actuar como sujeto responsable de cara a los administrados.²⁷ Si bien la administración sólo representa al Poder Ejecutivo dentro del marco de la división de poderes, también es cierto que es el único órgano estatal que establece vínculos instrumentales en relación con los sujetos gobernados.²⁸ Ni las asambleas legislativas, ni los órganos judiciales accionan de manera directa en la vida cotidiana del gobierno. Ahora bien, la citada administración sufre, en los esquemas federales, una disociación política y funcional que lleva a reconocer una entificación distinta entre sus diversos niveles: federal, estatal y

²⁷ Morell Ocaña, Luis, “La personificación y otorgamiento de «status» en el derecho administrativo. Rasgos generales del «status» de los entes administrativos”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 100 y 102, enero-diciembre de 1983, pp. 979-980.

²⁸ García de Enterría, E. y Fernández, Tomás-Román, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1990, t. I, pp. 23-30.

municipal: a cada uno de estos ámbitos corresponde un fenómeno de personificación independiente.²⁹

Las afirmaciones del párrafo anterior nos ponen al borde de la negación del fenómeno estatal como realidad jurídica influyente en el plano interno; la unidad del Estado —como referencia ideal— no tiene una traducción práctica en el plano concreto de la acción gubernamental; a este nivel, resulta mejor el concepto descriptivo de *poderes constituidos*; así, por ejemplo, cuando se trata lo relativo al tema del dominio público, aludimos al Poder Legislativo como órgano de definición de un régimen especial para los bienes que resultan afectados en las tareas públicas; en la definición de este régimen se comprende también la elaboración de los perfiles de atribución que determinan las afectaciones y también, desde luego, los problemas de jurisdicción. Al Poder Ejecutivo le corresponden las funciones de detentación, custodia, aprovechamiento y realización de los fines sociales que deben satisfacer los bienes del dominio público; también, están a su cargo las acciones de recuperación en caso de pérdida. El Judicial es meramente un poder externo a la relación de los bienes que componen el dominio estatal; su función sólo precisa cuando se suscita una controversia que trasciende los cauces administrativos, casi siempre de naturaleza recursal.

Según lo apuntado, el peso competencial más fuerte acerca del dominio público radica en la administración; sin embargo, ni a ésta última se le puede conferir una titularidad equiparable a la del derecho privado. Detrás del velo de la personificación de los entes estatales se trasluce con nitidez el asunto de la confrontación del estatuto público frente al privado. La personalidad de los órganos públicos no se define, salvo en el caso de las entidades que son propiamente empresas, bajo los mismo parámetros que se utilizan para el reconocimiento de los sujetos privados. En relación a estos últimos, existe una cierta tendencia a partir del cual se admite que, surgiendo una base asociativa legítima y un patrimonio destinado al cumplimiento de un fin, la personalidad jurídica del sujeto es prácticamente concomitante.³⁰ En el terreno público los presupuestos de la personalidad son distintos, porque están engarzados a los propósitos generales del gobierno y porque los órganos estatales no admiten una definición de intereses propios, sino que siempre se perfilan como estructuras de representación o de servicio. Aún en sus rasgos más técnicos, los entes administrativos conservan elementos que remiten su naturaleza al campo específico de la función política

²⁹ Cfr. Marienhoff, Miguel, *op. cit.*, p. 64; en este autor, el dominio público surge como un campo unitario y los bienes provisionales y municipales son únicamente producto de un destino especial.

³⁰ Morell Ocaña, *op. cit.*, pp. 978 y 979.

y del papel de la autoridad. Son precisamente estos datos los que impiden seriar a los órganos de gobierno con otros sujetos con los que entablan relación y, al mismo tiempo, los que obligan a regular la supraordinación que el estatuto del derecho público reconoce a los órganos estatales.³¹

La tesis de la doble personalidad del Estado, a partir de la cual se intenta fundar la dualidad de sus estatutos jurídicos de acción, tiene rasgos sofisticos. Según las proposiciones de esta tesis, el Estado se desdobra para su ejercicio y puede, en diversas circunstancias, actuar como autoridad a través de relaciones supraordinadas o bien, desenvolverse en el plano privado a través de vínculos de coordinación —léase contractuales— con los particulares.³²

Habría —según estos postulados— una especie de consustanciación del Estado con los sujetos privados en los supuestos en que actúa sin la investidura de autoridad. Desde este punto de vista, se afirma que la propiedad pública admite un corte transversal que deja, por una parte, los bienes que la administración detenta a nombre de la colectividad y con la investidura de autoridad —en cuyo caso se sitúa al dominio público—; por otro lado, deben ubicarse aquellos bienes que no están destinados a la satisfacción de una necesidad pública y que, entonces, pertenecen al órgano público a título privado. Respecto de estos últimos bienes la administración tendría que ser considerada como cualquier propietario del derecho privado.

La tesis de la doble personalidad del Estado tiene tintes fantasiosos que provienen del desconocimiento de la atipicidad que guardan los órganos públicos en relación con las instituciones de derecho privado. El Estado —en tanto administración pública— tiene en realidad una personalidad continua que conserva, tanto en sus actos públicos, como en aquéllos que más se asemejan a los negocios de los particulares. Por donde quiera que se le trate, la administración aparece como un sujeto asimétrico que no puede participar en asuntos privados a través de móviles exclusivamente lucrativos. Incluso en el terreno del llamado dominio privado del Estado, la vinculación con los bienes que integran ésta vertiente patrimonial presenta rasgos peculiares que derogan principios privados importantes; en este caso, puede hablarse de situaciones de semimercantilidad en razón de la situación de los bienes pero, si el problema se mira desde la perspectiva del Estado, difícilmente se podría concluir que se trata de un vínculo de propiedad llanamente considerado. Insistimos, el Estado no puede fungir

³¹ García Trevijano, J. A., “Tratado de derecho administrativo”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1971, t. II, vol. 1, pp. 329-343.

³² *Ibidem*, p. 327.

como propietario porque éste tipo de titularidad debe su sentido a las determinaciones mercantiles del mundo privado.

Ahora bien, cuando el Estado se distiende y en su función interventora participa de manera directa en los procesos económicos, da origen a entes paraestatales cuya condición de funcionamiento se finca en su autonomía de gestión, que a su vez, supone la atribución de una personalidad independiente y de un patrimonio desligado de los criterios tradicionales del dominio público. Este desdoblamiento de la personalidad pública del Estado es el que mejor demuestra que, desde la perspectiva de una administración pública central, no es posible ensayar una vinculación horizontal con los agentes jurídicos privados. Así, bajo este reconocimiento, la administración debe decantar su perfil de autoridad y semejarse lo más posible a un sujeto privado; este símil, sin embargo, nunca logra un efecto de transustanciación perfecto, porque el ente paraestatal, así se trate de una empresa, conserva sesgos de su origen público. El estatuto personal del ente por lo pronto se conserva; por ejemplo, si efectivamente se trata de una empresa como hemos expuesto, el régimen mercantil perdura como regulador fundamental de su actividad, no obstante, su encuadramiento paraestatal modula el régimen original. Incluso puede afirmarse que se suscita una *recepción* del régimen mercantil en el plano público, y que este proceso convierte las normas comerciales en parte del gran estatuto público por lo que se refiere a las entidades paraestatales de carácter empresarial.³³

Tratando de visualizar al Estado —léase en este caso administración— como titular del derecho de propiedad, éste acusa la carencia de voluntad en el sentido que la tienen los sujetos privados. La administración sólo puede actuar bajo la directriz de una habilitación legal previamente establecida; su función discrecional debe ser en realidad una excepción. Instalado como norma, el principio de legalidad deroga cualquier determinación libre de los entes públicos, consecuentemente, es difícil sostener la subsistencia de un derecho que, como la propiedad, se basa precisamente en la libre disposición sobre los bienes apropiables, definida por el orden jurídico a favor del propietario.

La identidad entre la discrecionalidad que se confiere a los propietarios privados y la determinación apriorística que el principio de legalidad implica, es imposible; de hecho, se trata de dos datos que marcan la diferencia formal entre el mundo público y privado a partir de la entronización del racionalismo jurídico en Occidente. Todo el perfil del Estado de derecho descansa sobre la base de la contención de la acción pública a través del criterio de la definición de atribuciones expresas a los poderes constitu-

³³ Morell, Ocaña, *op. cit.*, pp. 973-975.

dos; en cambio, la integridad de la vida privada supone la libre iniciativa de los sujetos como garantía final de su acción en el mercado: libre movimiento, libre determinación de sus obligaciones y ocupaciones, son la condición ineluctable para la realización privada del sujeto.

Bajo la parte visible del principio de legalidad descansa el *desiderátum* político más importante de la cultura institucional moderna: la juridización del ejercicio del poder, aunada al carácter representativo de los órganos públicos. A partir de este corolario debe buscarse, con un criterio ecléctico, qué elementos dogmáticos de la técnica de los derechos reales son rescatables para explicar el vínculo entre la administración pública y los bienes dominiales, y, cuáles tendremos que apartar de manera definitiva de la explicación, en atención a los datos peculiares que proceden de la naturaleza diferenciable de los sujetos públicos.

2. Los bienes “dominiales”

La idea de que existen bienes, que por su naturaleza, deben considerarse como integrantes del dominio público no llegó lejos dentro de la doctrina del derecho administrativo contemporáneo. En general, existe consenso sobre el hecho de que es el legislador quien define, a través de sus actos, la naturaleza dominial de ciertos bienes.³⁴ Establecido este parámetro es factible continuar el discurso y asegurar que, si la “dominialidad” es llanamente un *status* jurídico, está sujeta, como todos los contenidos valorativos que establece el legislador, a las variaciones históricas que marcan la evolución de los fenómenos culturales. De manera muy precisa Luciano Parejo estableció el sentido general que han experimentado estas mutaciones, refiriéndose concretamente a los cambios resentidos en la función de los bienes “dominiales”. Parejo apunta: “No se trata ya tanto —como ocurría en el siglo XIX y principios del actual— de un conjunto constitutivo del sustrato físico de usos colectivos sobre el que el Estado despliega una función de mera policía para salvaguardar su destino, cuanto del resultado de la acción positiva de conformación social a la que dicho Estado está obligado...”³⁵

La historicidad del dominio público obliga a consignar el tránsito del Estado gendarme al Estado benefactor; en el primer caso, el dominio público funge como un verdadero margen de excepción en el que se incluyen solamente los bienes de un evidente uso colectivo; es decir, los que caben

³⁴ Véase Marienhoff, Miguel, *op. cit.*, pp. 26 y 43; *cf.*: Mayer, Otto, *op. cit.*, p. 91.

³⁵ Parejo, Luciano, *op. cit.*, p. 2380.

en una óptica restringida del uso común y servicio público. Con el Estado conformador —o interventor— el horizonte del dominio público se amplía y adquiere una finalidad de carácter providencialista. La propiedad pública opera entonces como una plataforma que sustenta las tareas de política económica que el Estado define para sí y adquiere un sentido que la orienta, paulatinamente hacia la función empresarial de los órganos públicos. También cabe destacar que, en el auge intervencionista, crece la dimensión material y cualitativa de los servicios públicos, porque en la orientación del ejercicio político se privilegia el gasto social del Estado con un afán redistributivo y de precomposición de la demanda, generalmente menos elástica que la oferta en los periodos de crisis de sobreproducción.

Los relevos transitorios que el Estado opera en el plano económico no pretenden desplazar los mecanismos mercantiles en crisis, sino solamente fortalecerlos a partir de correcciones temporales.³⁶ Hoy, por ejemplo, en el mundo existe una reivindicación generalizada de la espontaneidad del mercado y una exigencia correlativa que presiona fuertemente para obtener el repliegue del Estado “benefactor” o “providente”, como se ha dado en llamarle. El cierre o reducción de espacios públicos provoca también un reajuste en la concepción del dominio público que, poco a poco, reasume su nivel de margen modesto donde se acotan solamente los bienes de uso común. La propiedad pública pierde nuevamente, el carácter de herramienta política del Estado en los procesos de conformación social.

Si bien el dominio público resiente como institución jurídica los vaivenes de la vida política, también es cierto que se trata de un régimen resistente cuya continuidad está garantizada precisamente por el carácter complementario que mantiene en relación con las actividades mercantiles. Existe sobre todo un núcleo de bienes —los de más difícil acceso para los sujetos privados— que mantiene el sentido original del instituto y lo preserva contra las mutaciones del aparato público. Esto no quiere decir que los bienes de uso común se reputen, por su naturaleza, como bienes del dominio público, no por ser perdurable su condición dominial deja de ser producto de una determinación histórica; su continuidad señala solamente la sobrevivencia paralela del mercado, pero de ninguna manera su perpetuidad.

La dominialidad define sus rasgos a partir de la extrapolación en contrario de los datos que se atribuyen a la cosa privada. Así, si el bien en sentido jurídico se caracteriza por su circulabilidad y accesibilidad, el dominio público se significa justamente, por las condiciones contrarias: inalienabilidad

³⁶ Díaz y Díaz, Martín, “Derecho económico: un nuevo espacio metodológico para la reflexión jurídica”, en Witker J. (comp.), *Lineamientos metodológicos y técnicos para el aprendizaje del derecho*, México, Porrúa, 1987, pp. 49-90.

e inaccesibilidad para los sujetos privados. Los bienes dominiales no pertenecen al Estado, como a veces se afirma, en realidad constituyen un margen donde la apropiación no es un fenómeno posible; por lo menos, la apropiación que sigue los cauces naturales del derecho civil. Definido el dominio público como región de neutralidad lucrativa, es necesario abundar sobre el sentido político de la institución, porque si no logra definirse a partir de los datos de la vida privada, debe tener sus secretos adosados en la esfera pública. De aquí parten las tesis —en mi concepto adecuadas— de que una teoría cabal del dominio público debe erguirse a partir de la formulación de un concepto especial de *cosa pública*.³⁷

La *ratio* interna de la dominialidad no se define a partir de su funcionalidad con relación al mercado, porque el núcleo de bienes de uso común que compone su sustrato principal, delineó su vocación colectiva antes de que los fenómenos mercantiles se perfilaran como codificadores principales de la vida moderna. El dominio público es una institución que se bosqueja desde la perspectiva de la función pública y no, de inicio, en consonancia con las necesidades civiles. La inaccesibilidad de los bienes públicos está orientada a especificar la exclusión de cualquier intención dirigida a individualizar su aprovechamiento en detrimento del provecho colectivo. El nexo que vincula los bienes que integran la dominialidad a los órganos públicos se origina en la capacidad que a estos aparatos se reconoce para preservar su afectación colectiva. A diferencia de los que sucede con la propiedad privada, que se acota como garantía contra la injerencia confiscatoria del monarca absoluto, el dominio público se yergue como una barrera contra la individualización de ciertos bienes ligados a un destino comunitario.

En una etapa posterior el Estado se arroga la suplantación —o, en el mejor de los casos, la representación— de la dimensión comunitaria.³⁸ Con el Estado al frente, el dominio público se va asimilando paulatinamente al patrimonio de las Coronas europeas, hasta constituir una pieza importante para la práctica de la política regalista de los monarcas absolutos. Este proceso sólo se interrumpe con el surgimiento del Estado moderno, cuyas nuevas pretensiones de legitimidad devuelven la conciencia de que la detentación de los bienes dominiales es sólo instrumental y su destino final es el servicio a la comunidad, en cuyo nombre actúan los órganos estatales.

Otto Mayer se acerca mucho a la esencia de la dominialidad cuando refiere que la cosa pública es objetivación en sí misma de la función pública.³⁹ Se trata de un fenómeno de representación material del interés público que

³⁷ Parejo, Luciano, *op. cit.*, p. 2405; Mayer, Otto, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

³⁸ Mayer, Otto, *op. cit.*, p. 96.

³⁹ *Idem*.

también admite una lectura en sentido inverso: en la medida que la cosa se alinea en el curso de acción de un órgano público, deja de ser simplemente un dato material para convertirse en una función, es decir, en un elemento de la tarea pública.⁴⁰

Luciano Parejo, que también se pronuncia por el concepto específico de *cosa pública*, destaca que la relación que involucra la dominialidad presenta una doble arista. En uno de sus ángulos esta relación es un vínculo real o, en términos más llanos, una relación de propiedad; desde otra perspectiva, es además una liga que involucra la actuación del Estado como poder y por tanto, el dominio público surge como fase representativa y actual de la relación política del Estado con los ciudadanos.⁴¹

Del concepto de *cosa pública* se ha querido partir para consolidar la existencia de una *propiedad administrativa*, que resultaría un derecho real peculiar, definido en los marcos estatutarios de derecho administrativo.⁴² Para establecer el concepto de propiedad privada y dilatar sus márgenes técnicos para revestir realidades que no se avienen con su esencia genuina. La propiedad administrativa no existe, sencillamente porque la administración pública no puede ser propietaria en sentido real. Esta afirmación no contraviene, sin embargo, el reconocimiento de que la dominialidad entraña una fórmula de apropiación; sólo que en este caso la relación jurídica que se finca es compleja y no se agota con la determinación de polos *sujeto y cosa*. La relación dominial tiene una composición más parecida a la que ostentan los negocios fiduciarios.⁴³ El órgano público que detenta la titularidad de los bienes *afectados* al cumplimiento de la función pública, no se debe así mismo en su gestión, sino que tiene que realizarla de conformidad con ciertas atribuciones recibidas *ex profeso* y siempre atendiendo al interés de los administrados. Llevando la analogía hasta el extremo, resulta que en el caso de la propiedad pública, las atribuciones del órgano estatal están conferidas por los mismos beneficiarios a través del proceso legislativo. En el fideicomiso es perfectamente posible la identidad del fideicomitente y fideicomisario.

Tal como sucede en el negocio fiduciario, en el caso del dominio público es factible aprovechar elementos dogmáticos de la técnica de los *derechos reales* y, a través de un paralelismo difícil, reciclar al mundo del derecho público algunos elementos procedentes del derecho civil. Así, se habla de la controvertida *propiedad fiduciaria*, que confiere al sujeto gestor algunos

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 114 y 115.

⁴¹ Parejo, Luciano, *op. cit.*, p. 2397.

⁴² *Ibidem*, p. 2396; Mayer, Otto, *op. cit.*, pp. 116 y 117.

⁴³ *Cfr.* Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1977, p. 352.

de los atributos que corresponden en legislación civil al propietario. La fiduciaria tiene a su favor las acciones reales para recuperar la cosa y mantiene también la exclusividad en el aprovechamiento del bien, aunque no puede darle un destino libre, en virtud de que el negocio fiduciario impone la obligación de cumplir con la afectación que motivo el establecimiento del fideicomiso. Cabe destacar que la *propiedad fiduciaria* es oponible, no como derecho real, sino a consecuencia de las obligaciones contractuales, al fideicomitente que, durante la vigencia del negocio no tiene a su favor más provecho que aquel definido en el contrato.

En el caso de la dominialidad se presenta una estructura muy semejante; la administración cumple, respecto de los administrados, un papel similar al que se encomienda a una fiduciaria cuando existe identidad entre el fideicomitente y fideicomisario. A nombre de la colectividad garantiza, para el mismo grupo, la preservación del disfrute general de determinados bienes o, en otros casos, su permanencia dentro de un cauce de afectación. Para cumplir con las atribuciones que le obligan a gestionar el interés colectivo, la administración queda dotada para recuperar los bienes dominiales, para impedir en general el acceso de los particulares a través de sus intentos de individualización, y en último caso, para organizar una cierta rotación en el destino de las afectaciones si así lo demanda el interés público. A esto último, algunos autores han dado en denominarle *tráfico público o circulación de derecho público*.⁴⁴

En otro sentido, no sólo la administración garantiza la afectación de los bienes dominiales, sino que éstos, en cuanto estatuto especial e inalienable, otorgan también protección y seguridad a la función pública. De ésta afirmación puede desprenderse otra que se refiere al carácter relativo de la inalienabilidad de los bienes públicos. Los bienes dominiales no están por su naturaleza marginados del tráfico privado; su exclusión se debe al destino especial que demarca la afectación, por lo tanto, la comerciabilidad que resulta compatible con el destino público no debe ser inhibida; lo mismo sucede con la eventual reintegración de los bienes dominiales al tráfico privado por vías prescriptivas⁴⁵ como lo establece con precisión García de

⁴⁴ Parejo, Luciano, *op. cit.*, p. 2401; Mayer, Otto, *op. cit.*, p. 155, y González Pérez, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 21 y 22.

⁴⁵ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 138. Cabe apuntar que en el derecho mexicano no existe ningún resquicio que pudiera abrir la posibilidad de la usucapión sobre los bienes que integran el dominio público. La preservación dogmática del principio de inalienabilidad absoluta expone al régimen a la violación sin atenuaciones. Siempre es deseable un grado de flexibilidad en las proposiciones jurídicas que ayude a conjugar la norma con la realidad que regula.

Enterría en su clásico *Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo*.

El reconocimiento de la prescripción adquisitiva a partir de la posesión inmemorial se sustenta en un medio extremo de prueba: la presunción que produce el tiempo transcurrido en favor del poseedor sin que la cosa de que se trate haya estado de hecho afectada al cumplimiento de una función pública.⁴⁶ La admisión del hecho posesorio se traduce en una consecuencia aún mayor, porque, en realidad, el asunto que se somete a cuestión es la posibilidad de que el legislador pueda definir en términos dogmáticos la extensión del coto dominial. Quien cree que la voluntad del legislador es un dato histórico y limitado, no puede aceptar que existía una razón capaz de anticipar de manera absoluta la extensión de la función pública; por tanto, no es dable reconocer al legislador la posibilidad de precisar el contenido dominial sin considerar el orden insoslayable de los hechos. La desafectación tácita de un bien al cumplimiento de una función pública durante un número considerable de años, necesariamente debe llevar a la afirmación de que ese bien dejó, hace tiempo, de considerarse una cosa pública. Así, el dominio público no debe caracterizarse como un universo sin resquicios, se trata más bien de un ámbito móvil, cuya integración obedece a las necesidades instrumentales de la función de gobierno.⁴⁷

La inaccesibilidad e inercialidad de los bienes que integran el dominio público, no procede entonces de las características especiales de las cosas, sino de las exigencias de la función pública. Los bienes dominiales se encuentran fuera del horizonte mercantil en tanto benefician la gestión política de los órganos estatales. La irreductibilidad de las cosas públicas deviene del carácter político de su origen y constituye, a fin de cuentas, la prueba de la insuficiencia del mundo privado —o sociedad civil— para abarcar, por sí mismo, la fase de la satisfacción de necesidades colectivas.

No por escasos son menos interesantes los puntos de vista de quienes cuestionan las peculiaridades de dominio público. Entre los juristas españoles, González Berenguer es el que con más pasión intenta demostrar que la dominialidad es un mito de los iuspublicistas y que en realidad, sus datos distintivos sólo son razones aparentes para distanciar éste tipo de bienes del marco general de la propiedad privada.⁴⁸

Las “notas mayores” que aportan identidad a la institución del dominio público son, según González Berenguer, la imprescribibilidad e inalienabi-

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 136.

⁴⁸ González Berenguer, José L., “Sobre la crisis del concepto de dominio público”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 56, mayo-agosto de 1968, Madrid, p. 193.

lidad; ambos datos, sin embargo, admiten derogaciones importantes: los bienes dominiales son prescriptibles a través de la posesión inmemorial y, enajenables si se cubre el requisito de la desincorporación o desafectación. Así, si las cualidades distintivas de la dominialidad son en realidad accidentales, la diferencia específica con la propiedad privada no subsiste en los criterios de fondo.⁴⁹

González Berenguer con sus tesis desdibuja de un plumazo la dimensión pública; en sus reflexiones, no cabe un concepto de cosa distinto a la noción privada de bien, y ni siquiera admite la trabazón de los bienes dominiales en relación con el tipo de necesidad social que satisfacen. En ocasiones, es cierto, una necesidad colectiva puede colmarse a partir de la enajenación de un bien público; en estos casos es perfectamente justificada la desincorporación y no por ello es menester desacreditar la existencia de un margen dominial de neutralidad lucrativa. A pesar de sus excesos González Berenguer ilustra de muy buena manera la insuficiencia de un cuerpo dogmático incipiente, a partir del cual alguien intentará justificar la existencia del dominio público a partir solamente de las llamadas “notas mayores”: inalienabilidad e imprescriptibilidad. La localización de los bienes dominiales tiene la accidentalidad que les confiere la dependencia de sentido que guardan respecto a la función pública.

El dominio privado de la administración, en cuanto parece un tipo de propiedad perfectamente identificado con el modelo civil, merece también un comentario desde la perspectiva de los circuitos públicos. A pesar de que en este caso los bienes de que se trata se encuentran prestos a reencauzarse mercantilmente, su condición no es idéntica a la de los bienes en el sentido del derecho privado, porque la administración mantiene la peculiaridad de sus rasgos y los márgenes que la distancian de las relaciones en el campo civil. El interés patrimonial de la administración no puede fácilmente reconducirse al terreno del interés privado, que se orienta finalmente por el criterio del valor de cambio. El dominio privado de la administración tiene siempre un fuerte resabio de transitoriedad; los bienes que lo componen se encuentran solamente de paso bajo la detentación de los órganos públicos. O bien, estos bienes proceden del algún acto unilateral de los particulares en favor del Estado o, en su defecto, se encuentran en trayecto de enajenación o de afectación. La enajenación la determina casi siempre la falta de idoneidad del bien para cubrir una función pública dentro del coto dominial. La afectación, por su parte, obedece a los requerimientos instrumentales de las funciones de servicio. Si las premisas apuntadas valen, el dominio privado de la administración es una zona accidental de traslado

⁴⁹ *Ibidem*, p. 222.

para determinados bienes que fluyen hacia el terreno del dominio público, o bien, que lo abandonan. No es propiedad en sentido clásico, porque su circulación patrimonial carece de la intención mercantil que sustenta el criterio de la propiedad moderna.

Técnicamente, sin embargo, el dominio privado de la administración sería muy similar a la propiedad privada si no fuera porque la administración acarrea su propio estatuto jurídico para todos los actos que realiza. Ni siquiera las enajenaciones de los bienes de dominio privado quedan exentas de este poder atrayente del poder público. Las normas administrativas se dilatan de manera increíble y siempre ocasionan una derogación aquí u otra más allá a las normas del derecho privado, cuando la administración participa como polo en alguna relación jurídica con los particulares. En el caso del dominio privado, la vertebración del instituto obedece a la lógica de los derechos reales; pero todo el contexto que reviste la determinación técnica obedece a un régimen público que, tarde o temprano, influye sobre el sentido de la institución privada.

IV. EL DOMINIO PÚBLICO MEXICANO

1. *Las fórmulas constitucionales*

La fórmula de la *propiedad originaria* de la nación sobre las tierras y aguas que componen el territorio es en sí misma, un vestigio del regalismo español. El vínculo entre el Estado y territorio, definido bajo el signo del derecho de propiedad ya bien entrado el presente siglo, responde más a una alegoría política que a una forma concreta de apropiación. La *propiedad originaria* es una especie de potestad patrimonial, a partir de la cual el poder público arbitra las relaciones de propiedad y determina el destino final de los recursos estratégicos. No se trata, entonces, de un modo concreto de propiedad sino de una facultad política. La atribución original de los bienes apropiables del territorio al sujeto *nación*, revela, de parte del Constituyente, la intención de perfilar una relación abstracta entre un sujeto ideal como la nación y un objeto material como el territorio. En el regalismo genuino, en cambio, la Corona asumía de manera directa la propiedad de las tierras realengas del territorio; la relación entonces, se establecía entre un sujeto concreto y un objeto de igual dimensión; sin embargo, en el artículo 27, la relación se idealiza; la nación es solamente un presupuesto político que remite al pueblo organizado. En sí misma la nación no puede ejecutar actos materiales de dominio; para realizarse

políticamente requiere de un proceso de establecimiento institucional a través del cual se concreten los poderes públicos.⁵⁰

La *propiedad originaria* es un símbolo a través del cual se perfila el poder de un Estado sobrepuesto a la sociedad civil. Como signo, esta forma primigenia de atribución es la respuesta mexicana al pasado colonial y las prácticas desnacionalizadoras del Porfiriato en materia de concesiones sobre recursos naturales. La *propiedad originaria* se traduce en capacidad del régimen para reasumir el control del proceso político, a partir del manejo centralizado de los recursos apropiables. Como forma elemental de soberanía, la *propiedad originaria* confiere al poder público la posibilidad de definir el régimen de apropiación sobre la base de un control público continuo. A partir de la *propiedad originaria* existen otras formas de propiedad, estas sí, concretas: propiedad privada, propiedad de la nación o dominio directo y propiedad de las comunidades campesinas y de los núcleos de población ejidal. El dominio público en sentido estricto se encuentra fuera del horizonte del artículo 27 constitucional, pues este precepto se refiere exclusivamente a recursos naturales de la plataforma continental: zócalos de las islas, minerales, hidrocarburos y aguas marítimas interiores que, por su importancia, quedan fuera de la legislación local. Estos bienes, considerados en conjunto integran lo que la doctrina llama “dominio público especial”, expresión referente a los recursos concesionables para su aprovechamiento privado.⁵¹

Ni la propiedad de las entidades federativas ni la que pueden detentar los municipios quedan incluidas en el artículo 27 constitucional. Sobre el dominio público en sentido estricto existe sin embargo, una referencia en el artículo 132 de la Constitución. En este precepto el Constituyente se refiere exclusivamente a bienes inmuebles de uso común y los destinados de manera directa a un servicio público. La disposición constitucional no pretendió establecer en forma cerrada el contenido de la dominialidad, sino más bien fijar el presupuesto de la jurisdicción federal sobre los bienes que en su contenido enuncia. Respetando un prurito federal exige que los bienes que en lo sucesivo se integren a una función de servicio o al uso común por parte de la federación, sólo se sujetarán a la jurisdicción de esta última con el consentimiento de las entidades federativas en donde los bienes se sitúen.

⁵⁰ Díaz y Díaz, Martín, “Proceso constitucional y relaciones de propiedad. Notas para el análisis del caso mexicano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 11, 1987, pp. 228-233.

⁵¹ Véase Álvarez Gendín, Sabino, *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Barcelona, Bosch, 1956, pp. 61-70.

El *dominio directo* —párrafo cuarto— y la propiedad de la nación —párrafo quinto— encuentran en los efectos que les atribuye el artículo 27 constitucional su identidad. El párrafo sexto del precepto citado atribuye en ambos casos el carácter de inalienables e imprescriptibles a los bienes en cuestión; a ambos la Constitución los considera integrantes del *dominio de la nación*.⁵² En el proyecto original del Constituyente no existía ninguna zona de explotación exclusiva por parte del Estado; todos los recursos comprendidos en el dominio de la nación eran en principio, objeto de aprovechamiento privado a través de concesiones.⁵³

El dominio directo o propiedad de la nación, más que un derecho de propiedad en sentido estricto, es en realidad un mecanismo de control central sobre el destino final de los recursos naturales por parte del Estado. Se trata de una fórmula para graduar y arbitrar la explotación de los mismos, restándole a los particulares una potestad plena para decidir sobre el destino final de estos bienes. La institución que se comenta es inexplicable sin el antecedente de la política desnacionalizadora que se practicó en las primeras etapas de la dictadura Porfirista de hecho se trata de una reacción directa que, sin embargo, no es completamente obra del régimen revolucionario; ya en el crepúsculo de la dictadura se había iniciado una política legislativa de recuperación, a través del cual se resintió una merma en la amplitud de las concesiones otorgadas en los primeros años Porfiristas.⁵⁴

De tal modo se agudizó la reacción del Constituyente contra las prácticas privatizadoras del periodo antecedente que el contenido de sus disposiciones fue recalitrante en el énfasis patrimonialista de los preceptos. Así, bajo el signo exacerbado del nacionalismo surgido en los años finales de la dictadura se negó, por el legislador secundario, la posibilidad de que los concesionarios de bienes de dominio directo pudieran adquirir derechos reales sobre los recursos que explotaban. Este *desiderátum* marcó en el país la inhibición de alguna manifestación técnica en torno a la tesis de los *derechos reales administrativos*.

El dominio directo, como fórmula jurídica, remite a la vieja biparticipación de las facultades del propietario que se verificó en el mundo medieval; sólo que en el caso mexicano el dominio útil se extravía de la dimensión

⁵² Véase Morineau, Óscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, pp. 199-242; Cfr: Vázquez del Mercado, Alberto, *Concesión minera y derechos reales*, México, Porrúa, 1946, pp. 55-60.

⁵³ La explotación exclusiva en materia de hidrocarburos se introdujo en 1940; en materia de suministro de energía eléctrica en 1960 y, por último, en 1975 se adoptó la exclusividad en torno a la explotación de minerales radioactivos.

⁵⁴ Díaz y Díaz, Martín, “El litigio del Tlahualilo: presagio de un derecho de propiedad sin arrogancia”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 14, 1990, pp. 190-194.

de los derechos reales y queda convertido simplemente en una facultad de naturaleza personal a favor del sujeto concesionario. Detrás de esta institución no descansa el criterio de aprovechamiento lucrativo por parte del Estado, sino la necesidad de amarrar las decisiones de política económica a un centro público que ofreciera las condiciones de impulso que no podían obtenerse del mercado.

En México, el dominio público surge determinado por la carencia correlativa de relaciones patrimoniales modernas. Primero, durante la época colonial predomina un ambiente de tinte patrimonialista en el que la propiedad privada se define en términos precarios, siempre a la zaga del título primigenio de la Corona sobre los terrenos realengos. La definición de un derecho de propiedad mediatizado por el criterio del monarca y por el intento permanente de inhibir el surgimiento de impulsos autónomos de parte de los colonizadores, impidió el desarrollo de un espacio civil capaz de disolver el contexto corporativo que caracterizó a la sociedad virreinal. La propiedad de los pueblos tuvo una suerte mejor, porque la Corona protegió las unidades comunales y respetó los bienes de aprovechamiento común.⁵⁵

Las instituciones que se ensayaron en los primeros años del México independiente pagaron buen tributo a sus antecedentes virreinales. En materia de propiedad se estableció un enlace entre las disposiciones sobre tierras realengas y la legislación sobre terrenos baldíos. La *Ley sobre Ocupación y Enajenación de Terrenos Baldíos* del 22 de julio de 1863 refleja de manera evidente la forma en que “el supremo gobierno general” suplanta en la función de árbitro de los recursos fundarios a la Corona española.⁵⁶ En un contexto parecido, pero con un impulso más favorable hacia las compañías deslindadoras, la ley del 26 de marzo de 1894 planteó en su artículo 14 la novedad de enunciar algunos bienes que no resultaban susceptibles de enajenación ni de ser adquiridos por la vía prescriptiva. La ley se refiere a las playas, zona marítima, zona de protección del cauce de los ríos navegables y terrenos donde se encontraran ruinas arqueológicas.⁵⁷

Los antecedentes patrimonialistas del Estado mexicano prefiguran y enmarcan el sentido del dominio público en el país. Aquí la dominialidad no obedece a una función complementaria del hemisferio civil, sino que se

⁵⁵ Véase Pallares, Jacinto (comp.), *Legislación federal complementaria del derecho civil mexicano*, México, 1897, pp. VI-XVI; cfr. Vera Estañol, Jorge, *Cuestiones jurídico-constitucionales*, México, Del Autor, 1923, pp. 19 y 20.

⁵⁶ Ley sobre Ocupación y Enajenación de Terrenos Baldíos, *Colección de códigos y leyes federales. Tierras, bosques, aguas, ejidos, colonización*, México, Herrero, 1910, pp. 53-160.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 161-180.

inscribe en la lógica del arbitraje central de los recursos apropiables. Técnicamente el perfil peculiar lo confiere la forma específica en que la noción de propiedad se proyecta sobre la dominialidad. En Europa el influjo que recibe la noción de dominio público, procedente del derecho civil, se nutre de un concepto moderno: el de propiedad privada. En México y en algunos otros pueblos ligados por el colonialismo hispano la noción de propiedad que se proyecta sobre la institución del dominio público es la que procede del regalismo y contexto patrimonial de los Estados absolutos. Entre nosotros es difícil convencer con la tesis que desconoce la naturaleza propietaria del dominio público, precisamente porque en la conciencia de nuestro medio jurídico tiene todavía gran peso la noción patrimonialista que procede de los tiempos coloniales.

No es lo mismo definir el dominio público desde la perspectiva de una sociedad civil consolidada, que realizar el mismo ejercicio, pero desde la óptica de una sociedad dependiente que recoge sus impulsos siempre del aparato estatal; en el primer caso, el dominio público se bosqueja en contraste directo con la propiedad privada, en el segundo, la dominialidad se entremete en una maraña de controles públicos y termina inmersa, como una fase difícilmente armonizable con la propiedad primigenia de la nación que funciona como origen común de todas las formas de apropiación vigentes en el régimen mexicano.

Cuando nos hemos acostumbrado a llamar *propiedad originaria* a un fenómeno político de control y arbitraje, es difícil no continuar por el mismo camino en tratándose de la dominialidad. La propiedad pública entonces, trabajosamente se destaca del conjunto de recursos alineados bajo la perspectiva de la acción conformadora y absorbente del Estado. En el ambiente patrimonial del Estado mexicano el dominio público queda unido a las nociones clásicas de uso común y servicio público, pero además, se proyecta hasta el terreno estrictamente constitucional del Estado, ofreciéndose como un vehículo de afianzamiento para el poder público en su labor constructiva del mundo privado.

2. Los ejercicios legislativos

A. La ley de 18 de diciembre de 1902

La primera ley que define su objeto en el terreno franco de la dominialidad es la *Ley de Inmuebles de la Federación* que se publicó en el *Diario Oficial* el 18 de diciembre de 1902. A partir de la expedición de este cuerpo legislativo se inicia con la construcción de un régimen propio para los

inmuebles públicos, fuera de los alcances restringidos de la codificación civil. Cabe apuntar que la importancia que radica en esta ley fue solamente aceptada de manera tímida en la introducción de la iniciativa que redactó Limantour. Según lo que se expuso entonces, la ley no pretendía resolver los problemas jurisdiccionales ni pronunciarse en este sentido a favor de la federación: su propósito era simplemente clasificar el patrimonio inmueble de la federación y otorgar las bases jurídicas para establecer un régimen administrativo confiable.⁵⁸

La ley acepta una dualidad fundamental: establece por una parte, la existencia de un margen dominial al que pertenecen *exclusivamente* los bienes de uso común y por otra, la presencia de un patrimonio de la Hacienda federal, al que se le otorga, en cuanto a sus situación jurídica, una equivalencia plena con la propiedad civil.

Los bienes de uso común —o del dominio público de la federación, según la ley— son: el mar territorial, las playas, la zona marítimo-terrestre, los puertos, bahías y radas; los ríos y esteros que la ley del 5 de junio de 1888 clasificó como vías generales de comunicación: lagos y lagunas flotantes o navegables, la zona de protección de las aguas y ríos federales; los caminos y carreteras de comunicación federal; canales y zanjias adquiridas por el gobierno para la irrigación; las plazas y paseos públicos construidos por la federación; diques, muelles, escolleras y malecones; mantos y bosques federales; monumentos artísticos, históricos y ruinas arqueológicas. Como se observa en esta larga enumeración, los bienes inmuebles destinados a la presentación de un servicio público no quedan incluidos en el margen de la dominialidad, sino que fueron clasificados dentro de los bienes propios de la Hacienda federal.⁵⁹

Como protección especial para los bienes de dominio público se estableció —artículos 10 y 13— la inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad y, por último, inexpropiabilidad. A la prohibición de enajenar se hace una excepción por el mismo legislador: pueden ser transferidos aquellos bienes que fueron destinados al uso común por disposición de autoridad, si y sólo si dejan de ser útiles para la función del beneficio colectivo a la que se encuentran afectados. En general la desincorporación debe realizarse por acuerdo del Congreso de la Unión, el Ejecutivo puede hacerla discrecionalmente sólo cuando se trata de alinear, mejorar o embellecer caminos y lugares públicos (artículos 10 y 11).

⁵⁸ Iniciativa de la Ley de Inmuebles de la Federación de 1902, redactada por el secretario de Hacienda, José I. Limantour.

⁵⁹ Ley de Inmuebles de la Federación, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de diciembre de 1902, pp. 7-13, en especial los capítulos I y II.

En cuanto a su aprovechabilidad los bienes del dominio público pueden ser concesionados pero en ningún caso los beneficiarios adquieren derechos reales sobre los mismos. Las concesiones por más de veinte años deben autorizarse por el Congreso de la Unión; de los bienes de uso común que no están sujetos a algún aprovechamiento especial, puede disfrutar cualquiera, sin perjuicio ni exclusión de terceros (artículos 9o. y 15).

Por lo que respecta a los bienes de la Hacienda pública, la ley dispuso una bipartición y dio distinto trato a los que se encuentran afectados al cumplimiento de una función pública, respecto de aquellos que no lo están. Para los bienes destinados a un servicio la ley delineó una protección con las siguientes defensas: imprescriptibilidad e inexpropiabilidad. Los bienes no sujetos a una misión de servicio son por tanto enajenables, con ciertos requisitos administrativos, y son prescriptibles, aunque con un plazo duplicado en relación con la prescripción del derecho común. Por último, son también ejecutables (capítulo III).

La ley consagró el *decreto* de destino como única vía de la autoridad para afectar de modo formal un bien determinado a una función de servicio. Los actos vinculados al destino y desafectación. En conjunto, todo lo que se conoce como tráfico público de los bienes dominiales quedó sujeto al requisito de la declaratoria formal de la autoridad (artículos 20 y 21). A veces, la certeza que proporcionan los actos de forma estricta tiene el inconveniente de provocar actitudes de soslayo en relación con el carácter cambiante de la realidad. La ausencia de revisión casuística puede arriesgar una función pública porque, al no presentarse protección dominial a los bienes que de hecho funjan como instrumentos de esa tarea, se les expone a una posible individualización a través de los actos de particulares.

Vista a distancia la clasificación de la ley, parece que el legislador dividió artificialmente la zona de dominialidad, al sustraer de su contexto los bienes afectados a una función de servicio público; los llevó, en cambio, a una zona semejante al dominio privado, del cual tuvo nuevamente que distraerlos para otorgarles un régimen muy similar al de los bienes de uso común.

Teleológicamente, la Ley de Inmuebles de 1902 puede considerarse ya un instrumento legislativo de la etapa de reacción a la política de concesiones generosas que se practicó por el gobierno dictatorial en los inicios del periodo Porfirista. El acento nacionalista de la ley de 1902 se percibe en la referencia que efectúa el legislador a la cuestión minera, donde reitera que el dominio eminente de los criaderos de minerales pertenece a la nación. De algún modo este artículo intenta compensar el efecto privatizador sobre la explotación de ciertos minerales que otorgó la Ley Minera de 1892. Otro

rasgo de afianzamiento del poder público, perceptible dentro de la ley es sin duda, la forma categórica en que declara como integrantes del dominio público federal las aguas que la ley del 6 de junio de 1888 había apenas señalado como de *jurisdicción federal*. El legislador de 1902 dio con esta declaración un giro definitivo para conseguir el arbitraje central de los recursos hidráulicos más importantes del país. De hecho, esta tendencia fue un presagio vivido de lo que posteriormente se cimentaría en el contenido del párrafo quinto del artículo 27 constitucional.

Los acentos nacionalistas de la Ley de 1902, no se identifican solamente en los hechos apuntados; también la forma en que la ley amplía la dimensión de los bienes dominicales en relación con los que demarcaba la Ley sobre Terrenos Baldíos de 1863, constituye un avance muy significativo. A las zonas dominiales incorporan bienes tan importantes como los que constituyen la infraestructura básica de los puertos y caminos federales, así como los elementos sustanciales para la irrigación. De todos los perfiles que resuman nacionalismo dentro de la ley, quizá el más acendrado se refiere al criterio a partir del cual se niegan derechos reales a los concesionarios de los bienes susceptibles de aprovechamiento privado. La ley de 1902 inaugura en este terreno una tradición mexicana que se conserva hasta la fecha como signo de potencia a favor de los órganos públicos.

Si algún defecto notorio hay que apuntar en relación con la ley de 1902, es la falta de una distinción precisa entre los bienes que integran el núcleo dominial básico —es decir, las cosas afectadas al uso común y aquellos bienes que componen el apartado del “dominio público especial”, o sea, los que son susceptibles de aprovechamiento privado a través de concesiones—. Tal como fue terminada la redacción de la ley de 1902, da la idea de que cualquier bien del dominio público federal podría eventualmente, ser objeto de un acto de concesión, con el consecuente perjuicio para los sujetos que tienen definido el acceso general a los bienes de uso común.

B. 1944: año de la primera Ley General de Bienes Nacionales

Desde el 1o. de mayo de 1917, fecha en que entró en vigor la Constitución de Querétaro, hasta julio de 1944, en que inicia su vigencia la primera Ley General de Bienes Nacionales,⁶⁰ las disposiciones de la ley de 1902 se mantuvieron como instrumento normativo eficaz en la materia dominial. Cabría, sin embargo, hacer la aclaración de que algunas materias del

⁶⁰ Ley General de Bienes Nacionales, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de agosto de 1944.

“dominio público especial”, como la aguas, el petróleo y las minas, habían sido objeto del desarrollo de sendos regímenes particulares, congruentes con la nueva realidad constitucional.

La Ley de 1944 perseguía, según afirmación del Ejecutivo en la exposición de motivos de su Iniciativa, establecer un marco adecuado para conjugar la materia dominial con las disposiciones constitucionales atinentes; particularmente, los artículos 27 y 132 de la carta fundamental.⁶¹ Sobre este intento, vale decir que su formulación revela un diagnóstico adecuado de la ruptura que se produjo entre los objetivos reformistas de la Constitución de Querétaro y la tradición dominial mexicana, que en la primera mitad del siglo XX no revelaba ningún espíritu innovador en el terreno social.

El acercamiento entre el artículo 27 constitucional y la nueva Ley de Bienes Nacionales se plantea a partir de la incorporación a la dominialidad de los bienes enunciados en los párrafos cuarto y quinto del precepto citado. Con este encuadramiento se pretendía: *a*) definir de una vez que el *dominio directo* no era solamente una fórmula para regular el aprovechamiento privado de estos bienes, sino al contrario, una propiedad en sentido estricto. Bajo el signo del dominio, el Estado quedaba en legítima libertad de elegir el concesionar para su explotación los bienes en cuestión, o bien, llevar a cabo por sí mismo, las explotaciones, y *b*) esclarecer que el Estado sería capaz de negarse a concesionar los bienes de dominio directo, si así lo consideraba conveniente; para ese efecto definió el Constituyente la institución de la *reserva*.⁶²

Sobre este asunto hay que tener presente las variaciones en relación con el sentido que se atribuía al *dominio directo* en 1917, época en la que quizá se pensaba efectivamente en un instituto que permitiera al Estado la recuperación del control sobre la explotación de los recursos naturales y las concepciones sobre el *dominio directo* que se tenían ya en 1944. Para entonces había transcurrido la administración cardenista con todo el influjo que generó el llamado nacionalismo revolucionario. A la luz de ésta corriente, el Estado había iniciado su camino empresarial sobre las áreas estratégicas; el primer paso lo dio con la expropiación petrolera en 1938. Para 1940, el artículo 27 constitucional se reformó y en su contenido se introdujo la explotación exclusiva por parte del Estado en materia de hidrocarburos.

Otro punto de contacto con la Constitución lo intentó el legislador de 1944 al clasificar los terrenos baldíos dentro del dominio privado de la federación. Al tratarse de cosas cuya función principal consiste en dotar

⁶¹ *Ibidem*, exposición de motivos, pp. 2 y 3.

⁶² Morineau, Óscar, *op. cit.*

de propiedad a los particulares se consideró que no podían ser bienes los que se clasificaran dentro de la dominialidad.

Las innovaciones técnicas de la ley de 1944 son cuantiosas y al mismo tiempo trascendentes, porque a hombros de las instituciones que define se han desarrollado las dos leyes ulteriores. La ley de 1944 introdujo por ejemplo, la noción de *patrimonio* para referirse a la universalidad compuesta por los bienes del dominio público y privado de la federación. El concepto de *patrimonio* es una categoría de origen eminentemente privado, que está vinculada en su sentido último a la institución de la responsabilidad civil. Asimismo existe un nexo que algunos han querido calificar de indisoluble entre los conceptos de patrimonio y persona. Referir el patrimonio público a la federación equivale a personificar en ésta última al titular de la universalidad de bienes clasificados por la ley. La federación es el conjunto de entidades federadas y representación constitucional unitaria de estas últimas en el plano internacional; pero la federación como tal, no corresponde a los poderes federales, considerados como realidades concretas. Incluso, si se analiza el contenido de la ley de 1944, resulta obvio que en su articulado el legislador definió facultades específicamente para el ejercicio de la administración pública (artículos 9o. a 15).

El legislador de 1944 asumió el riesgo de consumir la suplantación del sujeto nacional —al que alude la carta fundamental como titular *originario* y del *dominio directo*— por el de federación. En el primer caso, era claro que la Asamblea Constituyente aludía a la entidad ideal que conforma el pueblo políticamente organizado; en el segundo supuesto, la referencia recae sobre la situación que concreta un pacto político de entidades autónomas. La administración pública como gobierno, representa la intención actualizada de los gobernados, en tanto no se aparte de los imperativos de la ley. La federación en cambio, no representa bajo ninguna circunstancia la voluntad ciudadana, sino que se refiere llanamente a un acuerdo de unificación para gobiernos de dimensión regional. Si nación es totalidad, federación sólo quiere decir separación de competencias entre dos órdenes distintos de acción gubernativa. La nación supone la integridad política, es decir, la representación de los intereses generales en materias definidas para el ámbito federal y también, la representación de los intereses locales en relación con la competencia de las entidades federativas. La totalidad nacional tiene, en síntesis, dos niveles: federal y local. Con la definición de titularidad federal el legislador de 1944 no hizo sino reforzar el criterio centralista bajo el que se organiza el régimen mexicano. Pero no sólo eso cuando el titular es la nación nos transportamos a la dimensión comunitaria, así sea, a través de los criterios del gobierno representativo; en cam-

bio, cuando la titularidad se atribuye a la federación, arribamos de lleno a la dimensión del aparato, es decir, a la estatización completa del vínculo dominial.

La ley de 1944 propone, eso sí, un sistema lógico para dividir el dominio de la federación en un ámbito público y privado. Al ámbito público se remiten los bienes dominiales que consignaba la ley de 1902, pero se agregan los bienes de dominio directo y propiedad de la nación a los que aluden los párrafos cuarto y quinto del artículo 27 constitucional: los inmuebles destinados por la federación a un servicio público; las servidumbres, cuando el predio dominante sea un inmueble del dominio público; cualquier bien declarado inalienable e imprescriptible por alguna ley especial y, de manera muy destacada, los bienes *muebles* que por su naturaleza no resultan sustituibles (artículo 2o.).

Los bienes de uso común, únicos a los que la ley de 1902 parecía atribuirles el carácter dominial, son considerados por el legislador de 1944 sólo una categoría más, dentro de la totalidad del dominio público (artículo 17).

La dominialidad quedó esbozada en la ley en cuestión, a partir de las siguientes notas: inalienabilidad, imprescriptibilidad e imposibilidad de su recuperación a favor de los particulares a través del ejercicio de la acción reivindicatoria o de posesión (artículo 8o.). En el nuevo perfil de la dominialidad nada se dice acerca de la inexpropiabilidad de éstos bienes por lo que, a nuestro juicio, queda abierta la posibilidad de que, ante un interés público de carácter preponderante, se llegue a verificar sobre estas cosas un acto análogo a la expropiación. No todos los bienes dominiales quedarían expuestos a una irrupción de esta naturaleza, sino sólo aquellos que fueran incorporados a través de un acto de la autoridad administrativa.

En relación con el dominio público la administración queda fuertemente investida de competencia, a ella corresponde: declarar cuando un bien integra la dominialidad; expedir decretos de *destino*, de cambio de *destino* y de desincorporación; tramitar los recursos administrativos que se plantean por la vía contenciosa, y otorgar concesiones, anularlas y revocarlas (artículos 9o. y 28).

El dominio privado de la federación quedó integrado como zona de traslado para los inmuebles que van a dejar el dominio de la federación, por no considerarse adecuados para servir a alguna tarea pública. La protección a esta zona “patrimonial” es mucho menos plena que la otorgada por la ley de 1902. Son bienes prescriptibles, aunque a plazos duplicados, enajenables, si bien tienen que seguirse cursos administrativos especiales y desde luego, gravables. Estos bienes pueden ser objeto de todos los contratos civiles excepto de la donación y el mutuo, cuando los beneficiarios fueran

los particulares; es posible en cambio, enajenarlos a entidades federativas y municipios a título gratuito.

Para los muebles del dominio privado se esboza un sistema de control y reciclaje a través de la práctica de inventarios y la implantación de mecanismos adecuados de baja.

Entre los planteamientos más importantes de la ley se encuentran los relativos a la jurisdicción, que mejor debía ser llamada competencia. El legislador desarrolló al respecto el esbozo que sobre este tema contiene el artículo 132 de la Constitución, sólo que acentuó aún más el criterio centralista, al redondear la competencia federal sobre los bienes del dominio público ubicados en el territorio de las entidades federativas. Para ello sin embargo, se requiere el consentimiento —expreso o tácito— de las legislaturas locales. Cuando exista negativa, el bien se mantiene dentro de la dominialidad federal, aunque sujeto al régimen local en lo que respecta a su situación fiscal e inmobiliaria (artículo 5o.)

Uno de los rasgos inconsecuentes de la ley es sin duda, el señalamiento de la obligatoriedad de la competencia de los tribunales federales para conocer de los litigios que se ventilen sobre los bienes de patrimonio federal, sean públicos o privados. En relación con los bienes dominiales esta pretensión es razonable pero, tratándose de los bienes de dominio privado no tiene la misma justificación, porque si el legislador asume que existe una vertiente patrimonial regulada por el derecho común en estos casos, el Estado —o la federación, como dice la ley— estaría actuando con el carácter de sujeto privado; sin embargo, de nueva cuenta prevalece el criterio centralista que campea en las leyes mexicanas; detrás de la salvedad al sometimiento de la federación al fuero común, subsiste la convicción de que ésta no debe sujetarse al juicio de una autoridad local, así se trate de una cuestión donde la federación no compromete su investidura pública.

En materia de concesiones la ley de 1944 extiende la convicción que dominaba en la doctrina jurídica oficial en relación con el carácter precario y nunca real que se confiere al derecho del concesionario. La reconstrucción del argumento que sirve de apoyo a esta afirmación, podría sintetizarse así: el dominio directo es auténtica propiedad definida por el Constituyente a favor de la nación; en cambio, lo que podría como dominio útil, no es en realidad propiedad sino una prerrogativa personal, temporal y revocable; en virtud de que, la inalienabilidad del dominio directo de la nación es una categoría tan plena, que impide la transferencia de los atributos reales que contiene la propiedad.⁶³

⁶³ *Idem.*

Uno de los datos genuinamente originales de la primera Ley General de Bienes Nacionales es la referencia al patrimonio de los “establecimientos públicos”. Con esta expresión todavía poco precisa, el legislador interpela a lo que después va a convertirse en el sector paraestatal de la administración pública federal. Ya en la década que se produjo la ley había surgido el fenómeno de la paraestatalidad con fuerza propia y, para responder a la nueva realidad se expidió por el Congreso la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal.⁶⁴

Desde 1944 las leyes que han estado vigentes para regular la materia dominial han abierto una brecha de ambigüedad en relación con los bienes que integran el patrimonio de las entidades paraestatales. Siendo capaces estos sujetos jurídicos de detentar por sí un patrimonio propio que en todo momento tiene como referencia la personalidad que el orden jurídico les confiere, no se entiende por qué una Ley de Bienes Nacionales establece, de manera general, un estatus similar al que tienen los otros bienes integrantes de la dominialidad. Los bienes de los organismos descentralizados, en tanto se encuentran afectados a una función de servicio público, se consideran bienes de dominio público de la federación y, por lo tanto, inalienables e imprescriptibles. Si hacemos caso a la literalidad de los preceptos legales habría que concluir que determinados bienes están sujetos a una doble titularidad: son al mismo tiempo, bienes dominiales de la federación e integrantes del patrimonio de la entidad paraestatal. Esta ambigüedad no siempre se resuelve hacia el terreno dominial, desde 1944 se aceptó que los bienes en cuestión pudieran gravarse y concretamente, desincorporarse de hecho del dominio público. Esta solución parece justa en virtud de que no tendría lógica sacrificar en buena medida la capacidad de gestión de los organismos descentralizados inmovilizando su patrimonio. Lo más adecuado en estos casos es que el problema de la circulabilidad de estos bienes quede resuelto en las leyes o decretos orgánicos de la entidad. Realmente no tiene caso entremeter la materia de los patrimonios paraestatales en una Ley de Bienes Nacionales.

La ley de 1944 mantiene una estructura deductiva a partir de las nociones generales de patrimonio de la federación: dominio público y privado. En pos de estas categorías básicas se ordena el desarrollo de los preceptos normativos. Como materias especiales destacan la atribución de competencias a distintas dependencias de la administración pública centralizada; la resolución de los asuntos jurisdiccionales, el establecimiento de un recurso administrativo a favor de los particulares; la regulación de las con-

⁶⁴ *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1947.

cesiones y permisos sobre inmuebles, y el establecimiento de un Registro Público de la Propiedad Federal.

En el trabajo de los legisladores de 1944 se encuentra la pieza más importante para la caracterización del régimen dominial en nuestro país; las dos leyes posteriores sobre ésta materia simplemente se han dedicado a desarrollar y pulir un tanto sus principios; ninguna sin embargo, realiza una alteración sustancial como veremos.

C. La ley de 1969: un ajuste veinticuatro años después

La Ley General de Bienes Nacionales de 1969⁶⁵ en realidad es solamente una revisión retocada de la ley de 1944. Más que buscar nuevas formas para orientar las decisiones del régimen dominial, el legislador quiso resolver el problema de la adecuación de la ley con las competencias definidas en la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado del 23 de diciembre de 1958.⁶⁶ Como materias nuevas, en relación con el acotamiento dominial, destacan las siguientes:

- a) Precisión del dominio público marítimo: se incluyen en los bienes dominiales la plataforma continental, los zócalos submarinos de las islas, cayos, arrecifes y el suelo del mar territorial y de las aguas marítimas interiores.
- b) Se flexibilizó el criterio de la afectación formal de los bienes a un destino de servicio público y el legislador aceptó la afectación práctica o de hecho. Con ello, extendió la protección dominial a aquellos bienes que, sin reconocimiento expreso de la autoridad, cumplen funciones instrumentales en relación con el desarrollo de la gestión pública.
- c) Se efectuó una distinción importante entre los bienes eclesiásticos, confiriéndose un trato especial a los que procedan del mecanismo de nacionalización al que se refiere la fracción II del artículo 27 constitucional. En estos casos los bienes quedaron clasificados en el dominio privado de la federación. y,
- d) Se delineó un perfil más preciso del patrimonio monumental y, especialmente, se desarrolló una enunciación muy completa de los bienes muebles insustituibles.

⁶⁵ *Diario Oficial de la Federación* del 30 de enero de 1969.

⁶⁶ Iniciativa presidencial de la Ley General de Bienes Nacionales, Presidencia de la República, p. 2.

Una materia que la ley de 1969 modificó y conviene destacar por su importancia, es la relativa al *rescate* de las concesiones. Desde la ley de 1944 la institución del rescate asumió una conformación técnica muy similar a la de la expropiación por causa de utilidad pública. El *rescate*, como la expropiación, tiene que estar motivado por una necesidad colectiva y en todo caso, el sacrificio del titular del derecho —en una situación el propietario, en la otra el beneficiario de la concesión— está sujeto a compensación a través de un pago indemnizatorio. La *peculiaridad* del rescate estriba en que la vuelta de los recursos concesionados al gobierno federal, apareja lo que propiamente podría denominarse la expropiación de los bienes que son necesarios para la explotación o aprovechamiento en los que consiste la concesión. En la ley de 1944 el rescate sólo funciona cuando el Estado, previamente, había adquirido por las vías del derecho común, la unidad industrial correspondiente. La ley de 1969 radicaliza los efectos del *rescate* y dispone que la transferencia de los bienes instrumentales al objeto de la concesión se verifique de pleno derecho al gobierno federal. En todo caso el particular tiene que recibir una compensación justa por la pérdida de sus bienes; la determinación del monto la deja el legislador a la opinión de peritos y la resolución judicial en caso de controversia.

Tal como se pergeña el *rescate* por el legislador de 1969 semeja una vía de nacionalización en el sentido que se le otorga contemporáneamente a este concepto. Si el Estado pone en juego el *rescate* generalizado en una determinada rama industrial y se niega en lo sucesivo a concesionar este tipo de explotaciones, habrá operado en los hechos una nacionalización. Éste esquema estuvo seguramente presente en la intención del presidente López Portillo, cuando en los considerandos del decreto de nacionalización de la banca privada, adujo una reversión de concesión. En aquel caso, sin embargo, el gobierno estaba suponiendo la legitimidad de concesiones que acusaban un vicio original. La actividad de banca nunca había sido expresamente conferida a los órganos públicos por la Constitución; en consecuencia, las concesiones otorgadas no eran plenamente legales, por eso, el decreto de nacionalización terminó siendo un acto expropiatorio de naturaleza vulgar y no una declaratoria de rescate.

La ley de 1969 permite al concesionario sobre el que recae una declaratoria de rescate, salvar aquellos bienes destinados a la explotación que el gobierno federal no considere necesarios para el aprovechamiento sucesivo. Ésta y la indemnización son las únicas garantías que el legislador define a su favor.

En relación con los bienes que pertenecen a los organismos descentralizados, la ley preservó el error de la de 1944 y los consideró dentro de la

dominialidad aunque, justo es mencionarlo, especificó con mayor claridad la posibilidad de su desincorporación a través de una vía más flexible. En lugar de exigirse el acuerdo del Ejecutivo Federal, la decisión sobre las enajenaciones, se dejó en los órganos de la entidad a los que su propia ley o decreto de creación habilitaran para tal efecto (artículo 23, fracción VII).

La zona del dominio privado de la federación en materia de inmuebles quedó menos definida como zona provisional de traslado. El legislador de 1969 perfiló un régimen a partir del cual se ejerce mayor presión sobre la administración para que ésta recicle estos inmuebles a funciones de servicio público y, sólo en último extremo, los transfiera a los particulares. En la ley de 1944 la prelación era inversa: primero debía buscar la administración la posibilidad de la enajenación y después, el reciclaje hacia las funciones de servicio público. Para la ley de 1969 en principio, deben tratarse de colocar entre las dependencias federales, después entre las entidades federativas y municipios, finalmente, si se decide que los bienes sean enajenables, el legislador hace un último intento por mantenerlos en una zona de provecho colectivo y dispone que se enajenen preferentemente a los órganos paraestatales que tienen a su cargo la construcción de vivienda popular (artículos 36 y 37).

D. Apuntes sobre la ley vigente

La Ley General de Bienes Nacionales de 1982⁶⁷ continúa el desarrollo de la materia dominial en absoluta congruencia con las dos leyes que la antecedieron. En términos generales conserva los mismos principios y su semejanza estructural es también notoria; sin embargo, la nueva ley produjo algunos cambios interesantes para el análisis, a saber:

En el trabajo de construcción de su objeto y de decantación de la materia dominial, el legislador de 1982 aportó solamente una precisión mayor en relación con los monumentos arqueológicos, dejando en claro lo que ya hacía tiempo flotaba como convicción en el ambiente jurídico mexicano: la propiedad dominial sobre bienes muebles e inmuebles declarados por el legislador, monumentos arqueológicos (artículo 2o., fracción VII).

En cuanto a los bienes inmuebles se especificó en la ley de 1982 que aquellos fondos de propiedad de la federación susceptibles de aprovecharse para la solución de problemas habitacionales, tendrían también que considerarse como bienes del dominio privado de la federación. Esta novedad se vincula y se enmarca en otra que representó la transformación más significativa de cuantas introdujo el legislador de 1982: me refiero al cambio del

⁶⁷ *Diario Oficial de la Federación* del 8 de enero de 1982.

estatuto protector de los inmuebles del dominio privado que, al amparo de la ley anterior, eran sólo inembargables pero sujetos a los procesos prescriptivos, así se alargasen al doble los plazos de las normas ordinarias. En la ley vigente en cambio, los inmuebles del dominio privado adquieren el carácter de imprescriptibles y conservan, además, el de inembargables. El cambio limita significativamente la circulabilidad de éste tipo de bienes; si a este hecho le añadimos que, para realizar las enajenaciones, la autoridad administrativa tienen que seguir una larga lista de prelación atinentes al reciclaje de éstos bienes en los circuitos públicos, el dominio privado de la federación queda definido más como una *cuasidominialidad* que, como un derecho de propiedad en sentido privado (artículos 3o. y 58).

La imprescriptibilidad de los bienes del dominio privado protege la *eventual* vocación pública o colectiva de estos bienes. Con esta previsión el legislador intentó evitar conflictos generados por la interposición de acciones prescriptivas, en relación con bienes que ocasionalmente serían destinados a la construcción de vivienda popular o aprovechamiento de tipo urbanístico.⁶⁸

Estructuralmente la nueva ley presenta algunas innovaciones importantes: se adicionó un capítulo completo con las normas relativas a la adquisición de bienes inmuebles; en este nuevo apartado se refundieron las disposiciones que estaban sueltas en la ley anterior y además, se redondeó el régimen perfilando con un gran detalle la participación de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (Sedue) en las transacciones inmobiliarias a nombre de la federación. La pretensión del legislador está dirigida al establecimiento de una política inmobiliaria absolutamente centralizada; incluso la realización de obras mayores sobre los inmuebles federales quedó en poder de la Sedue. Esta intención vale como política legislativa, más para la administración central que para la paraestatal. La carencia de personalidad jurídica que se extiende como dato uniforme a todas las dependencias de la administración centralizada, dificulta la acción de la Sedue como gran operadora inmobiliaria; quizá hubiera resultado mejor desvincular lo referente a las funciones de política inmobiliaria federal, de aquellas que inciden sobre la parte estrictamente operativa del tráfico sobre inmuebles. Para esta segunda función hubiera resultado mejor un organismo de composición más definida hacia lo empresarial.

En el capítulo de adquisiciones inmobiliarias se introdujo un mecanismo de tipo autoritario para garantizar al gobierno federal, ante situaciones adquisitivas verificadas por los cauces civiles, la ocupación de inmuebles

⁶⁸ Véase Díaz y Díaz, Martín, “Arbitraje y transformación en las relaciones de propiedad. El caso del fideicomiso Bahía de Zihuatanejo”, *Alegatos*, núm. 8, enero-abril de 1988, pp. 34-40.

donde subsisten ocupaciones privadas, procedentes de contratos como el de arrendamiento u otros que transfieran la posesión —total o parcial— del bien. En éstas, la ley marca un plazo máximo de un año para la desocupación de los sujetos privados y autoriza a la autoridad administrativa a una acción extrajudicial y coactiva para obtener ese propósito. La única garantía para los ocupantes privados es el pago de una compensación por la afectación de su derecho (artículo 13). La aplicación de este precepto podría ser impugnada eventualmente por la vía de amparo, porque en la forma que se encuentra planteado priva de la garantía de procedimiento previo a los sujetos afectados.

Otro de los capítulos novedosos en la ley de 1982 es el que se refiere a la zona federal marítimo-terrestre y a los terrenos ganados al mar. La institución, con variantes, existe desde la época colonial; sin embargo, ninguna ley había abierto un espacio normativo especial para referir a detalle sus situaciones. Gran parte del capítulo está dedicado a los criterios de mediación y los ajustes que provocan los cambios en la pleamar. Hay también un énfasis encomiable en dejar muy clara la competencia de la Sedue en relación con la aplicación de este capítulo de la ley. En la óptica teleológica destaca un nuevo criterio de comprensión sobre la importancia estratégica de esta zona, ya no se trata sólo de ponderar su importancia militar sino muy significativamente, el peso económico que radica en los litorales. Comercio marítimo, actividad pesquera y turismo son tres rubros de actividad vinculados consustancialmente con la explotación de la zona federal de que se trata.

En relación con los litorales en la zona federal la ley establece un mecanismo de composición de intereses que resulta digno de mención. Cuando existan variaciones en los límites y algún inmueble que se reconocía de propiedad particular queda ubicado dentro de la zona federal marítimo-terrestre acotada bajo los criterios de la ley, de pleno derecho, esos dominios “pierden el carácter de propiedad privada”. No se especifica por el legislador ningún elemento compensatorio, la salida que se deja a los propietarios afectados es la de ser considerados en forma preferente como concesionarios del terreno que ocupan sus construcciones dentro de la zona federal. Este es desde luego, un criterio difícil de avalar desde el punto de vista de la técnica jurídica, sobre todo cuando conocemos que en la práctica, se sostienen absurdos como el de fincar concesiones sobre una parte indivisible de un inmueble, cuya porción principal no fue alcanzada por las modificaciones de la pleamar; entonces, el propietario sigue siendo el titular de la porción principal del inmueble y sólo concesionario de la construcción o del predio que, según la nueva ubicación de los límites, queda comprendida dentro de la zona federal.

La ley de 1982 descaminó lo que había avanzado la de 1969 en tolerancia a la autonomía de los organismos descentralizados. Según la ley vigente los inmuebles de las entidades paraestatales que están afectados a una función de servicio, deben considerarse dominiales cuando se destinen a “infraestructura, reservas, unidades industriales, o estén directamente asignados o afectados a la exploración, explotación, transformación, distribución o que se utilicen en las actividades específicas que tengan encomendadas conforme a sus respectivos objetos...” (artículo 34, fracción VI). Extrañamente el mismo precepto excluye los inmuebles destinados a oficinas, sobreentendiendo que los mismos no están ligados sustantivamente a sus “respectivos objetos”. La enajenación de los bienes que integran el patrimonio de los organismos descentralizados a los que nos hemos referido en éste párrafo requiere en todo caso, la desincorporación formal para su enajenación. En estricto derecho no son bienes gravables y por lo tanto, no pueden involucrarse en las estrategias financieras de los organismos como garantía de crédito. La enajenación de los bienes patrimoniales de estos organismos que no están en el supuesto de la fracción VI del artículo 34 de la ley, mantiene un estatuto de mayor flexibilidad, que no dé completa libertad.

El legislador de 1982 hizo una excepción con las entidades paraestatales cuyo objeto fundamental es “la adquisición, desarrollo, fraccionamiento o comercialización de inmuebles”. En éstos casos las enajenaciones deben atenerse a normas especiales que deberá expedir la Sedue a lo dispuesto en los instrumentos de creación de las entidades (artículo 9o.). La excepción de referencia enmarca coherentemente en la intención del legislador: facilitar el tráfico de inmuebles destinados a la satisfacción de necesidades urbanas y de vivienda, al tiempo que se intenta otorgar una mayor protección a los bienes que transitoriamente se encuentran en calidad de reserva territorial o habitacional.

En la ley de 1982 las concesiones sobre inmuebles siguieron la línea de precariedad que las leyes mexicanas de esta materia han definido para los titulares de la concesión. En la ley vigente existe un mayor desarrollo del instrumental técnico que regula las concesiones, principalmente esto se advierte en la regulación de los plazos, las prórrogas y las causas de terminación. Los plazos se fijan con un máximo inicial de 20 años, pero sujetos, de acuerdo a las aportaciones del concesionario a una renovación del título por otro periodo igual. La reversión de los bienes ligados a la explotación queda mucho mejor explicada y se fija de manera transparente como un derecho de la administración al vencimiento del plazo de la concesión. Se mantiene por otra parte, el criterio del legislador de 1969 en relación con el

rescate de los bienes concesionados. Prevalece entonces la potestad amplia de la administración frente a una capacidad muy reducida del concesionario para la defensa de sus intereses en caso de producirse el *rescate*.

Antes de concluir el análisis de la ley de 1982, debe atenderse la forma precisa en que el legislador perfila la institución del *destino*: esa misma que la doctrina internacional llama de preferencia *afectación*. El *destino* regula para el beneficiario una capacidad de uso y aprovechamiento pero no de naturaleza *real*. Se trata más bien de un vínculo instrumental a través del cual las dependencias y entidades mantienen la exclusividad sobre una cosa determinada, pero siempre a nombre de la “federación”, como dice la ley. En el caso de las dependencias, como carecen de personalidad jurídica, es lógico que no puedan identificarse como titulares patrimoniales; sin embargo, y no sucede lo mismo en el caso de los organismos descentralizados. Así, se produce la situación de que un organismo determinado puede al mismo tiempo, mantener algunos bienes en destino y otros en cambio, bajo la titularidad patrimonial. Unos y otros bienes pueden, por la ambigüedad de nuestra ley, estar considerados como del dominio público de la federación; pero en el primer caso, la titularidad sencillamente pertenece a la idealidad federal, mientras que en el segundo, la titularidad es completa porque admite la sobreposición del título federal al meramente patrimonial que mantiene el organismo de que se trate.

Entre los casos más difíciles de doble titularidad se encuentra el del Distrito Federal; al ser su órgano de gobierno un departamento administrativo y, por tanto, un órgano de la administración pública centralizada, resulta complicado explicar por qué esta dependencia tiene personalidad jurídica, según puede leerse en su ley orgánica.⁶⁹ El Departamento del Distrito Federal no sólo interesa por su personificación heterodoxa, sino también porque es un sujeto de imputación patrimonial y, según su ley, tiene la titularidad sobre bienes del dominio público y dominio privado. Así queden atribuidos a ese extraño sujeto que es el Departamento del Distrito Federal, estos bienes no pueden, por otra parte, considerarse al margen de los que constituyen el patrimonio de la Federación, porque el Distrito Federal es un ámbito impreciso desde el punto de vista de su autonomía gubernativa: el departamento que se estableció constitucionalmente para su gobierno es un órgano que no se distingue cabalmente de los órganos federales, en consecuencia, su dimensión personal y patrimonial es también cuestionable.

⁶⁹ Artículo 32 de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 1978.

V. UNA RECAPITULACIÓN CRÍTICA

1. *Naturaleza del dominio público y sus circunstancias mexicanas*

Si bien es posible distinguir los rasgos de la dominalidad y diferenciarlos de los datos que componen el derecho de la propiedad privada, en México, toda la tradición legislativa se ha desarrollado bajo una intencionada convicción patrimonialista que persiste y define al dominio público estrictamente como propiedad.

2. *Las peculiaridades mexicanas provienen de la Constitución vigente*

En tanto la Constitución de Querétaro presente el vínculo del Estado con el territorio bajo el perfil de la propiedad, es difícil entender que el dominio público pueda tener otros alcances técnicos y definirse como una institución que se construye al margen de la técnica y del concepto dogmático de los derechos reales.

3. *El dominio mexicano no se coteja con la noción moderna de propiedad*

Si en los países europeos el dominio público encuentra su identidad precisamente en la confrontación con el concepto que da origen a la institución de la propiedad privada moderna, en México, cuando se afirma que el dominio público es propiedad, no se hace referencia en estricto sentido a la institución moderna que lleva ese nombre, sino más bien a la fórmula patrimonial que deriva de las proyecciones coloniales y que se concreta en un sistema de arbitraje estatal centralizado de los recursos apropiables.

4. *Las “notas mayores” del dominio público obedecen aquí a una lógica peculiar*

- a) La inalienabilidad significa en México no sólo la incapacidad de los poderes constituidos para transferir la propiedad de un bien público, sino también la imposibilidad de derivar derechos reales para los beneficiarios de los títulos de concesión; por esta razón, entre nosotros no puede prosperar una doctrina de los derechos reales administrativos.
- b) La imprescriptibilidad por su parte, no admite en el sistema mexicano ninguna excepción posible. La institución de la *posesión inmemorial*

es desconocida en nuestro medio, como matiz y realidad; por lo tanto, la imprescriptibilidad mexicana es absoluta y rotunda; no admite en contra, ni siquiera la realidad.

5. Los traslapes estatutarios no se encuentran adecuadamente resueltos en la legislación mexicana

Los problemas de doble titularidad —entre la federación y entidades de la administración pública paraestatal y, entre la federación y el Departamento del Distrito Federal— subsisten como muestra de la insuficiencia técnica en el manejo de los contextos de pluralidad estatutaria. No existe a la vista una posibilidad coherente de solución, por lo que los conflictos continuarán resolviéndose por la inhibición de la autonomía de los entes paraestatales, en ese caso, o, por la prudente abstención de la federación, en el otro.

6. La mayor parte de los problemas teóricos en torno a la dominialidad proviene de una deficiente identificación de los sujetos titulares

Pocas cosas son tan difíciles en el derecho público como la identificación puntual de los sujetos. El Estado es un concepto demasiado general para satisfacer las exigencias técnicas en el terreno de la imputación concreta y la responsabilidad. La nación tampoco ofrece ventajas en el campo operativo, pues es una noción que privilegia su sentido político sobre el jurídico. La administración es una buena referencia operativa pero, como categoría de análisis, a veces empobrece la visión política de los fenómenos públicos. La federación, como reza la fórmula mexicana de atribución dominial, es una abstracción apócrifa que quiere representar jurídicamente la integridad del Estado, pero sin abandonar su sentido genuino, que se refiere concretamente a la suma de los poderes federales constituidos. Estos poderes pueden ser titulares de la unidad constitucional del Estado, pero no de su “patrimonio”.

7. Una visión especial de lo “público” y lo “privado”

En el modelo eurocéntrico, la bipartición del espacio social entre un hemisferio público y otro privado, tiene sentido en cuanto lo público, es decir lo estatal se convierte en una zona funcional para lo privado, es decir, para el mundo civil. En México, como en otros contextos de antecedentes coloniales, lo público supone una dimensión en sí misma, lo estatal se

autonomiza de lo civil y reivindica un espacio generador de carácter no subordinado. El Estado de derecho como modelo, es sólo una aspiración futura, no una determinación total para la conducta política.

8. *La peculiaridad del Estado latinoamericano desemboca en un concepto especial de cosa pública*

Si toda la teoría del dominio público descansa en un concepto peculiar de *cosa pública*, una realidad estatal distinta a la del modelo eurocéntrico produce, por necesidad, una categoría de *cosa pública* peculiar. En Europa son las concepciones de *función pública* y *servicio público* las que se enlazan como un eje continuo para definir el trasfondo de la dominialidad. En México, como en otros países de América Latina, es la concepción patrimonial que alientan los Estados autoritarios, la que sostiene el trasfondo de la institución dominial.

9. *¿Marca el neoliberalismo el fin del dominio público como institución del Estado contemporáneo?*

En verdad parece que no; la dominialidad, por su docilidad ante el mercado y su papel complementario, es un ámbito institucional resistente a cualquier ajuste liberal del Estado. La estatización de un núcleo no rentable de bienes desestimula el sentimiento comunitario y la expectativa popular en relación con dicho núcleo. Así, la dominialidad es también un margen de seguridad que tienen las sociedades occidentales contra el crecimiento de las expectativas comunitarias.

10. *El dominio público de cara a la “modernización”*

El ajuste del campo dominial en nuestro país no apunta hacia la desintegración de este instituto; más bien, se orienta a la sustitución de la lógica corporativa y patrimonialista que deviene de la tradición política mexicana por otro criterio de *lege ferenda* que busca encauzar, ahora sí, el fenómeno estatal por los derroteros de la complementariedad mercantil.