

Ensayos sobre la propiedad

MARTÍN
Díaz y Díaz

Antonio Azuela
Compilador

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



ENSAYOS SOBRE LA PROPIEDAD

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

SERIE DOCTRINA JURÍDICA, Núm.

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos

Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez

Captura: Julieta Abigail Escorcía Lupercio, Liliana Muñoz Ortiz, Christopher Raúl Martínez Santana.

Revisión: Samantha Ocampo González, Iván Barrón Reyes, Christopher Raúl Martínez Santana, Ricardo Hernández Montes de Oca.

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca.

MARTÍN DÍAZ Y DÍAZ

ENSAYOS SOBRE LA PROPIEDAD

Antonio Azuela
Compilador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2012

Primera edición: 25 de junio de 2012

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-3436-1

CONTENIDO

Constitución y propiedad	1
Proceso constitucional y relaciones de propiedad. Notas para el análisis del caso mexicano	9
Esbozo para el análisis comparativo de las leyes de expropiación de México, España y Argentina	71
El derecho económico: un nuevo espacio metodológico para la reflexión jurídica	87
Arbitraje y transformación de las relaciones de propiedad. El caso del Fideicomiso Bahía de Zihuatanejo	131
Las expropiaciones urbanísticas en México. Aproximaciones a un proceso sin teoría	145
Rabasa y Molina Enríquez: un diálogo autoritario en el origen de la Constitución	187
El litigio del Tlahualilo: presagio de un derecho de propiedad sin arrogancia.	247
¿Es oportuna una teoría sobre el dominio público en México?	309
Las reformas al artículo 27 constitucional. La etapa del ejido voluntario	359
El régimen jurídico ambiental del subsuelo en México	389
México en la vía del federalismo cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias	409

VIII

CONTENIDO

La Constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión	457
El aprovechamiento de los recursos naturales. Hacia un nuevo curso patrimonial	483

CONSTITUCIÓN Y PROPIEDAD*

SUMARIO: I. *La propiedad desde sus bordes*. II. *La propiedad en su interior*.

I. LA PROPIEDAD DESDE SUS BORDES

El concepto de “propiedad” remite de inmediato a una serie de asociaciones y referencias de muy diversa índole; no se trata de una institución jurídica más, sino de uno de los hechos históricos de mayor relevancia en la constitución de la sociedad moderna.

No resulta lógico que en la actualidad —cuando el carácter mitigador del derecho moderno se encuentra en entredicho— los juristas continúen el estudio de la propiedad dentro de los límites, que para el análisis de esta institución demarcaron la escuela exegética francesa y el formalismo kantiano.

La crisis del mercado y el correlativo afianzamiento del monopolio son procesos que se conjugan y que paulatinamente provocan una nueva definición estructural de la sociedad contemporánea.

Hoy, sobre todo en una formación nacional como la nuestra, el distanciamiento entre la sociedad civil y el Estado, que aparece tan nítida en el pensamiento de los autores del liberalismo clásico, experimenta un borramiento motivado por la reiterada ocupación pública de los espacios privados. El denominado “intervencionalismo” estatal significa el rompimiento de la simetría modélica que el liberalismo planteó en los siguientes términos: por un lado, colocó lo privado, la sociedad civil y lo económico; por el otro, situó lo público, el Estado y, naturalmente, lo político. Este dualismo simplificador es nada menos que la radiografía analítica del Estado gendarme, o dicho en otros términos, la versión discursiva de una sociedad cuyas relaciones se explican solamente desde la perspectiva del mercado.

En el planteamiento liberal —que es el sustrato fundamental del constitucionalismo moderno—, la distribución entre el espacio público y el privado debe ser segura y permanente, porque el distanciamiento estatal es la mejor

* Publicado en: *La modernización del derecho constitucional al mexicano. Reformas constitucionales 1990-1993*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

garantía de que los procesos “naturales” y autorregulatorios del mercado acarrearán, de manera necesaria, los beneficios equilibradores que la sociedad como organización demanda.

En el Estado de derecho, la llave de la partición de los espacios que define la extensión de lo público radica obligadamente en la Constitución. El impulso privado, que es el principal resorte de los mecanismos mercantiles, se encuentra protegido por una doble cobertura normativa: por un lado, la que ofrece el capítulo dogmático de los textos constitucionales —cuyo conjunto de derechos subjetivos públicos— conforman una coraza contra la injerencia vertical del Estado a favor de los particulares; por otro, en la parte orgánica, corresponde al principio llamado de “atribuciones expresas” restringir a los poderes constituidos el ámbito competencial para su ejercicio.

Sin embargo, con la crisis del mercado y su correspondiente desbancamiento como principal codificador de las relaciones sociales, el diseño constitucional inspirado en el liberalismo europeo la desnaturaliza; lo privado (económico) se ve forzosamente interferido por lo público (político); sucede una especie de desdoblamiento del Estado hacia la sociedad civil.

Así, lo individual, poco a poco, adquiere un carácter monopólico; lo espontáneo y natural cede sitio a lo artificial que es lo planeado por una “razón económica del Estado” que sobrepone su discurso ordenador al desacreditado automatismo del mercado.

Jurídicamente, el proceso de crisis modélica se refleja en un traslape donde la legislación “administrativa” invade progresivamente los terrenos regulativos que antes se consideraban exclusivos del derecho privado, aquel que en la versión crítica de Cerroni se denomina “derecho de iguales”.¹

En este tránsito, la política asume el carácter de política económica. Los parlamentos ceden espacio ante el creciente número de funciones de los ejecutivos, hecho que jurídicamente se expresa en la producción normativa de leyes, cuyo fin principal consiste en aplicar medidas administrativas para rectificar las consecuencias caóticas de la espontaneidad mercantil. Desde este punto de vista se puede afirmar que el derecho económico es el derecho que tiene por objeto regular la crisis.

Con la dualidad que el derecho soporta —la de lo liberal con lo “intervencionista”— necesariamente adviene la ambigüedad al orden jurídico. Así, el derecho privado, que antes regulaba la totalidad del espacio civil, ahora se restringe y norma solamente un sector marginal de las relaciones

¹ Cerroni, Humberto, *Marx y el derecho moderno*, México, Grijalbo, 1975, pp. 92 y ss.

sociales; un espacio de segunda importancia, si se tiene en cuenta que ahora, más que nunca, los principios rectores de la actividad económica son producto inmediato de la emisión estatal.

La dualidad que el orden jurídico mantiene ocasiona casos como los de los ejemplos siguientes: la garantía de audiencia coexiste con la facultad del Ejecutivo de ocupar de manera inmediata los bienes expropiados en determinadas situaciones; el principio de desigualdad ante la ley se sostiene incólume en la parte dogmática de la Constitución, mientras en otras partes se consagra la premisa de la desigualdad, como lo hace la legislación sobre trabajo o sobre protección a los derechos del consumidor.

La propiedad, como elemento fundamental de la organización social, no ha sido ajena a los cambios estructurales referidos; lo que es más, puede afirmarse que las transformaciones en la conformación orgánica de la sociedad, invariablemente determinan y corresponden a cambios importantes en las relaciones sociales de propiedad y a la forma jurídica en que éstas indefectiblemente se expresan.

La injerencia pública en el espacio privado, finalmente, se traduce en un reconocimiento del carácter político del derecho de propiedad que, sin embargo, los documentos jurídicos no expresan en términos suficientemente claros; al contrario, el carácter político de la propiedad aparece a hurtadillas, a contraluz, y siempre semioculto en los residuos ideológicos que el liberalismo clásico parece haber impreso para siempre en los textos legislativos de nuestra tradición jurídica.

En la óptica del “intervencionalismo” de Estado, la propiedad deja de ser solamente un asunto privado, porque entonces se hace evidente la mediación estatal de las relaciones civiles. En este sentido, la Constitución mexicana vigente es quizá el texto jurídico más avanzado que a la fecha existe dentro de las llamadas “democracias occidentales”, como más adelante lo precisaremos.

Dentro de la formación nacional mexicana, el proceso que arriba ha quedado descrito con brevedad es, en cierta forma, consustancial a la formación del Estado, puesto que en México no hubo en realidad un periodo de capitalismo liberal propiamente dicho; porque la existencia de pensadores liberales no significa por necesidad la de una sociedad civil fuerte, que dada su madurez orgánica fuese capaz de soportar, sobre el influjo de su propia actividad, el proceso de formación y desarrollo nacional capitalista.

La sociedad civil mexicana, más que restringir el espacio del ejercicio estatal como las europeas o la norteamericana, fue primero prohijada por el Estado. Mucho se ha dicho bajo estas premisas que la Constitución política de 1857 fue un documento inadecuado para regular cabalmente una socie-

dad como la que aquí existía en la segunda mitad del siglo XIX. Autores como Emilio Rabasa o Justo Sierra fueron los encargados de denunciar este fenómeno extralógico, con el peculiar regusto que su erudición y la militancia positivista confirieron a sus obras.

Si admitimos que es posible establecer nexos entre el positivismo —permeado a través del darwinismo social— y el proceso de monopolización de capitales, no resultaría extraño que los críticos del individualismo jacobino provengan de entre los seguidores de Augusto Comte, como es el caso de León Duguit en Francia.

Sea como fuese, cuando el Constituyente de Querétaro se avocó a la creación de la carta fundamental, su problema principal consistió en dar a la sociedad mexicana una Constitución adecuada a su específica realidad.

En el Congreso Constituyente de 1856-1857, el diputado Ponciano Arriaga avizoró el problema de la inadecuación constitucional a la que el texto que preparaban estaba condenado, por no dar sus artículos un tratamiento especial al problema de la propiedad agraria, que entonces era reconocido como el fundamental. En su conocido voto particular, Arriaga apuntó que la Constitución debía ser la “ley de la tierra”, el texto donde se planteara y se resolviera el problema de la propiedad. Arriaga no pasaba por alto que para conseguir la modernización de la sociedad mexicana resultaba prioritario abatir los fundamentos latifundistas sobre los que se organizaba la parte más importante de la producción. Él vislumbró que ante un espacio civil inexistente, la Constitución debía autorizar al poder político para construirlo. ¿De qué manera? Precisamente, convirtiéndose en un equilibrador “artificial” que distribuyera los recursos fundarios entre la población. Sólo así sería posible conformar el espacio civil que no existía, y preparar, sobre la base de una sociedad de pequeños propietarios, un ámbito favorable para el desarrollo, entonces sí, del mercado y de los fines políticos que la Constitución prevenía. Ésa fue la intención y el proyecto de los jacobinos desde que esta posición se formó en los escritos precursoros del doctor José María Luis Mora.²

El Constituyente de 1917, motivado y exigido por los acontecimientos revolucionarios, se mostró más proclive a recoger dentro del texto constitucional el problema de la propiedad y, de hecho, plasmó en su obra todo un programa de reforma agraria.

Antes de adentrarnos en el análisis de la fórmula de la “propiedad originaria” que el Constituyente de Querétaro consagró en el artículo 27 del

² Arriaga, Ponciano, “Derecho de propiedad. Voto particular”, *Leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 1957, pp. 573 y ss.

texto constitucional, y para ver cómo esta concepción se aparta de otras reguladas en los textos de inspiración liberal, haremos una breve referencia a estas últimas.

II. LA PROPIEDAD EN SU INTERIOR

La legislación mexicana del siglo XIX no es más que la constatación de un proceso de recepción lineal —casi podría decirse de imitación— de los documentos legislativos del racionalismo europeo. Los antecedentes en materia de propiedad de documentos, como la Constitución de 1857 o los códigos civiles que sucesivamente estuvieron vigentes en el Distrito Federal a partir de 1870 y de 1884, fueron la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y el Código de Napoleón de 1804.

En los documentos liberales, la propiedad tiene el carácter de un derecho natural del individuo; de una prerrogativa inviolable que consiste en una amplia facultad de disposición sobre las cosas y los derechos de contenido patrimonial por parte del sujeto titular, el cual, en el ejercicio de su calidad de propietario, encuentra el sentido de su libertad.

De una rápida revisión de estas afirmaciones se infiere que la propiedad, en su sentido liberal, era el atributo fundamental para identificar al sujeto jurídico; en este orden de ideas, las relaciones civiles sólo cobran sentido cuando se entablan para combinar intereses patrimoniales. El derecho interpela a los sujetos sociales cuando éstos son portadores de un patrimonio, y en el plano formal, siempre les confiere el carácter de propietarios presuntos. Sobre esta base se construye un sistema jurídico orientado a servir de enlace y articulación en una sociedad donde el mercado prevalece como elemento fundamental de equilibrio social.

La igualación formal de los sujetos sociales los vuelve de inmediato aptos para el intercambio de mercancías; de esta forma, el derecho homologa a los agentes y los confronta bajo el principio de la autonomía de la voluntad. Así, en un esquema jurídico racionalista, las normas establecen la existencia de los sujetos de derecho, y son, a la vez, su propia sustancia. En tanto tipos formales, las personas jurídicas evitan que las condiciones materiales de los agentes sociales se trasluzcan. Lo que en un momento del discurso hizo las veces de sujeto —la sociedad como voluntad general deliberante—, en otro funciona como predicado —cuando el sujeto jurídico aparece como el producto de la tipificación normativa—.

Respecto a la relación de propiedad-Constitución, dentro del liberalismo es posible identificar dos corrientes: la de Locke, por ejemplo, para quien

la propiedad es un atributo personal que precede al acto mismo de Constitución estatal; para este autor, la propiedad es un dato de lo humano que acompaña al hombre desde que éste se encontraba en el “estado natural”. Locke ve en el Estado moderno una fórmula de convalidación y garantía para el derecho de propiedad.³ En este mismo sentido se pronuncia Planiol cuando en su *Tratado elemental de derecho civil* manifiesta: “La propiedad es un hecho que al legislador se impone”.⁴

En el lado contrario podemos invocar a dos autores que a pesar de sus diferencias coinciden en que la propiedad es un derecho que deriva, al menos en su sentido social, del acto de constitución del Estado. Me refiero a Hobbes y Rousseau. Estos dos filósofos sólo entienden la propiedad en su connotación civil. En este planteamiento, el papel que se atribuye al Estado respecto a la propiedad se encuentra más reforzado que en el de Locke, porque sólo la organización política le confiere sentido y seguridad a este derecho.⁵ Rousseau es particularmente enfático al respecto cuando, refiriéndose al pacto social, expresa: “Las cláusulas de este contrato se reducen todas a una sola: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la humanidad”. En esta afirmación subyace un principio de confianza en la organización política, confianza en que ésta será capaz de reivindicar al sujeto su carácter individual y de convertirlo en ciudadano con todos los derechos y obligaciones inherentes a ese carácter. En este planteamiento, la propiedad no existe como tal en el “estado natural”, ya que carece del reconocimiento social generalizado y coactivo que la vuelva un derecho en el sentido más pleno que este término admite.

En la Constitución mexicana de 1917 se abandona definitivamente la idea que atribuye al individuo la propiedad como un derecho presocial. La propiedad, antes que un derecho privado, aparece como una prerrogativa de la nación.

Sobre la acepción del concepto nación en el artículo 27 constitucional, resulta atractiva la tesis de Arnaldo Córdova cuando afirma que el Constituyente, influido por Molina Enríquez —quien tuvo a su cargo la redacción del proyecto de este artículo por encomienda del ingeniero Pastor Roaix— entendió por nación al “pueblo dueño de su territorio”. Para Molina, la única forma de construir un Estado mexicano de alcances verdaderamente nacionales consistía precisamente en otorgar a su elemento social el con-

³ Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Rodríguez Aranda, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 22-39 (ver capítulo V completo).

⁴ Planiol, Marcel, *Tratado elemental de derecho civil*, México, Cajica, p. 131.

⁵ Córdova, Arnaldo, *Sociedad y Estado en el mundo moderno*, México, Grijalbo, 1976, pp. 156-163.

trol soberano sobre sus recursos naturales. No se podía pensar en un Estado a cabalidad cuando las decisiones sobre el manejo y los beneficios de los recursos del territorio se encontraban en manos, ya fuera de una metrópoli colonial, o bien controlados por el capital extranjero, como sucedió en el Porfiriato.⁶

En la tesis de Molina, que muy probablemente se convirtió en la fórmula constitucional de la “propiedad originaria”, subyacen elementos “patrimonialistas” del derecho castellano que determinan la explicación del vínculo entre un Estado y sus recursos territoriales como una relación de propiedad. Pero si bien los antecedentes coloniales de esta tesis son palpables, también es cierto que dichos elementos se encuentran sabiamente refuncionalizados, y que adquieren un carácter marcadamente contemporáneo, cuando atribuye la titularidad primigenia del patrimonio común a la nación y no a la Corona o al Estado, como hubiera podido hacerse si Molina no trasciende el sentido original de las disposiciones castellanas.

La nación propietaria está en condiciones de fundar y establecer el derecho de propiedad privada: ya dueña es viable que transmita; sin embargo, el derecho que deriva es una prerrogativa condicionada por diversos factores, a saber: *a*) porque la nación reserva para sí la facultad de imponer a dicha propiedad las modalidades que dicta el interés general; es decir, la prerrogativa de limitar y de orientar el ejercicio de este derecho; *b*) porque a través de la fórmula del “dominio directo” —complementaria de la “propiedad originaria”— la nación conserva el control final sobre ciertos recursos (párrafos 4o. y 5o. del artículo 27) de importancia estratégica, que por ningún medio jurídico pueden llegar a ser objeto de apropiación privada por parte de los particulares, el “dominio directo” es, en realidad, una forma de cuasinacionalización, y *c*) porque en tanto propietaria originaria la nación queda políticamente habilitada para reivindicar eventualmente su título primigenio. La nación queda facultada para recomponer las relaciones sociales de propiedad a través de una reforma constitucional, como efectivamente lo hizo en 1940, 1960, 1975 y 1982, convirtiéndose en un verdadero árbitro de ese derecho y de la sociedad civil.

La nación, trascendida a la sutileza política de la fórmula, se resuelve concretamente en los poderes federales; son éstos los que efectivamente fungen como depositarios y ejecutores de la voluntad nacional a través de los mecanismos de la democracia moderna, al menos así reza el discurso.

La novedad más importante de la fórmula de la “propiedad originaria” consiste en el papel político que reconoce a la propiedad; en el carácter

⁶ Córdova, Arnaldo, “Nación y nacionalismo en México”, *Nexos*, noviembre de 1984, pp. 27-34.

fundante y a la vez subordinado de este derecho respecto del ejercicio político estatal.

De este modo, la sociedad civil —el espacio privado por excelencia— se encuentra al inicio traspasado por la esfera pública; en esta perspectiva, como efectivamente sucede en México, resultante es el Estado que sostiene como fundamento final la arena de los intereses privados; el que aporta su fuerza de aparato descomunal para paliar la debilidad civil.

La ambigüedad que caracteriza al derecho contemporáneo está nítidamente presente en la Constitución mexicana, y se manifiesta en el reconocimiento simultáneo que en este texto se hace de la propiedad individual y de la facultad política que se confiere al Estado para intervenirla.

La fórmula de la “propiedad originaria” es una versión, en cierto modo, materialista del contractualismo social. A Rousseau cuando pensaba en el acto de constitución del Estado le bastaba imaginar un momento lógico (no histórico) en el que la comunidad deliberante conjugaba sus voluntades para establecer el pacto social. Al Constituyente de Querétaro, las voluntades abstractas no le fueron suficientes —éas ya las tenía teóricamente desde que se expidió la Constitución de 1857—, lo que el Congreso buscaba era un elemento objetivo, incluso material, que diera sentido, pero sobre todo posibilidad al ejercicio soberano del Estado. Por las peculiares condiciones del país, era menester garantizar al poder público el control elemental sobre sus recursos naturales. Así fue como el Constituyente fundó el Estado nacional bajo la premisa de asignarle el control de su propio desarrollo.

Como en el caso de las doctrinas contractualistas, el Constituyente, con la fórmula de la propiedad originaria, finalmente convalidó la propiedad existente antes del momento de Constitución estatal; pero a diferencia de los autores ilustrados, dicha propiedad quedó reservada, desde el punto de vista de su distribución y su sentido, al ejercicio político del Estado, haciendo alusión al Estado surgido de la Revolución, cuya tarea principal consistiría en conformar una sociedad moderna orientada por bases distintas que el latifundismo.

PROCESO CONSTITUCIONAL Y RELACIONES DE PROPIEDAD

NOTAS PARA EL ANÁLISIS DEL CASO MEXICANO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Categorías móviles para un objeto móvil.* III. *Especificidades del caso mexicano en torno a las relaciones de propiedad.* IV. *Régimen constitucional de las relaciones de propiedad.* V. *Un ensayo de sistematización en torno a los conceptos del artículo 27 constitucional.* VI. *Las andanzas neocorporativas del modelo constitucional.*

I. INTRODUCCIÓN

Durante las primeras décadas de existencia de la Escuela Libre de Derecho, el interés por los temas vinculados al derecho de propiedad y a su regulación constitucional, recibieron una atención constante de parte de sus profesores y egresados.

Desde los albores de los años veinte la *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho* publica los trabajos de Luis Mimiaga, Tomás Noriega, Agustín Rodríguez y Miguel S. Macedo. En los artículos de estos autores resulta claro el sentimiento de responsabilidad que como juristas experimentan, ante la novedad del régimen constitucional de la propiedad que contiene la carta fundamental de Querétaro. Como factor común, en sus trabajos se percibe la preocupación por el despliegue funcional del Estado, a partir precisamente del carácter de propietario que la Constitución le atribuye.

Como obras monográficas de egresados de la Escuela Libre de Derecho sobresalen dos en torno a la materia de propiedad, me refiero a la de M. G. Villers titulada *El artículo 27 de la Constitución Mexicana de 1917*, publicada en 1922, y a la de Germán Fernández del Castillo *La propiedad y la expropiación* que se dio a la luz en 1939. El estudio de Villers es de corte fundamentalmente histórico, mientras que la monografía de Fernández del Castillo tiene un enfoque sistemático; en ambos casos se perfila una intención crítica hacia el régimen constitucional de la propiedad.

* Publicado en: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 11, núm. 11, 1987.

Fuera del ámbito de la escuela libre correspondió a dos excelentes juristas sostener una polémica de gran altura conceptual e histórica sobre la naturaleza de los derechos que derivan de las concesiones mineras y, por ende, sobre la naturaleza de las facultades de la nación sobre el subsuelo. Uno de estos juristas fue Alberto Vásquez del Mercado, quien en 1946 publicó la obra *Concesión minera y derechos reales*, en la que replantea los puntos de vista de Miguel S. Macedo, tratando de probar que los beneficiarios de concesiones de explotación son titulares de derechos reales. El otro jurista al que aludimos es Óscar Morineau, quien en 1948 produce una obra titulada *Los derechos reales y el subsuelo en México*, donde propone una interpretación contraria a la de Vásquez del Mercado fincando una antinomia interesante en torno del sentido general del artículo 27 constitucional.

En las décadas posteriores a 1950 se nota un decrecimiento en el interés por los temas vinculados a la propiedad; aunque, a partir de la llamada “nacionalización” de la banca las discusiones sobre esta materia resurgen en el medio jurídico mexicano. En esta perspectiva se inscriben los trabajos de don Ramón Sánchez Medal publicados como apéndices en la reedición de *La propiedad y la expropiación en el derecho mexicano actual*, de don Germán Fernández del Castillo, que llevó a cabo la Escuela Libre de Derecho en el marco conmemorativo de su 75 aniversario.

El presente ensayo, aunque con un enfoque distinto, pretende continuar la reflexión en torno a la propiedad y a su regulación constitucional, en la medida, desde luego, de los alcances del autor.

II. CATEGORÍAS MÓVILES PARA UN OBJETO MÓVIL

1. *De la Constitución al proceso constitucional*

Jurídicamente el término Constitución remite al documento legislativo fundamental, donde se concretan los principios rectores del orden normativo y de la organización del poder público, en un Estado nacional determinado. Este concepto, predominante en la doctrina *ius-publicista* de la primera mitad del siglo XX, admite para su análisis la descomposición en dos vertientes: la estrictamente formal, que debemos sobre todo al positivismo normativista de la escuela austriaca, y la de matices político-liberales, cuyo paradigma contemporáneo nos lo ofrece quizá el pensamiento de Jellinek.

La visión meramente formal de la Constitución, como la presenta Kelsen en la *Teoría general del derecho y del Estado*, nos conduce a una concepción ideal y técnica del texto de las cartas fundamentales, donde éstas devienen sistemas que regulan sus respectivos procesos de producción le-

gislativa.¹ Tanto las definiciones de las proposiciones normativas a partir de los enfoques del “deber ser”, como los criterios de ordenación jerárquica y de integración, son los presupuestos y las prioridades a los que el pensamiento interpretativo debe atender para preservar la integridad sistemática del orden jurídico, que aparece como el objetivo central de la teoría kelseniana del derecho.

Para Jellinek la Constitución concreta el principio de ordenación conforme al cual se integra y se desarrolla la voluntad política del Estado.² En esta perspectiva, donde se recogen las aportaciones fundamentales del contractualismo, las cartas constitucionales resultan de la expresión condensada de la voluntad general que, a su vez funge como el eje legitimador principal en las concepciones democráticas de occidente. La voluntad presupuesta es la condición necesaria para concebir al texto constitucional como elemento ideal de la unidad nacional.

En pleno repliegue de los esfuerzos exegeticos, el pensamiento jurídico contemporáneo se empeña por desandar los criterios especializados del racionalismo, brindando al conocimiento del derecho las variables históricas y los enfoques interdisciplinarios que nuestro tiempo demanda.

Como uno de los primeros pasos de rectificación del constitucionalismo clásico debe cuestionarse la validez universal de su modernidad eterna. Todos los códigos racionalistas —las Constituciones inclusive— han definido la sociedad a partir de la fotografía instantánea de las relaciones políticas del siglo XIX. Las cartas fundamentales de occidente al “ontologizar” los valores de la sociedad burguesa como los únicos posibles, prohijaron las condiciones para su desadecuación futura; negaron el carácter dúctil de los grupos sociales, tal como si las formas modernas de organización fueran el punto definitivo de llegada en el proceso histórico de la humanidad.

Frente a la visión estática e idealista de las relaciones políticas se hace necesario rescatar el sentido semántico del término “Constitución”, que alude a un *proceso* de naturaleza formativa e instauradora. En este entendido la carta fundamental es solamente la manifestación formal de un proceso de composición de las relaciones sociales, que se ordena desde la perspectiva del poder, atendiendo a sus respectivas circunstancias espaciales y temporales. En los Estados nacionales el proceso constitucional obedece a un movimiento unitario y de cohesión que disciplina políticamente la acción concreta de los sujetos sociales. Las manifestaciones culturales de este pro-

¹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, México, UNAM, 1979, p. 135.

² Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1981, p. 381.

ceso se expresan en el sistema institucional y de referencias conceptuales, que en forma concomitante a la marcha de toda sociedad se produce.

Para referirse al proceso constitucional en su aspecto móvil Carl Schmit acuñó la expresión “devenir dinámico de la unidad política”,³ y Hermann Heller llegó al concepto de “unidad real de acción”, para oponerla a la falsa “unidad de voluntades”, que el discurso liberal enarboló como la bandera de la unidad del Estado.⁴

Si no se atiende al proceso de composición política real, la Constitución resulta sólo norma sin referencias sociales; discurso que no articula situaciones y necesidades concretas y que, por lo tanto, carece de sentido histórico. El análisis del proceso constitucional permite en cambio atender mucho mejor a las necesidades de enlace entre lo jurídico y lo social. De acuerdo con la visión que se propone, a la Constitución se le debe analizar bajo el reconocimiento de la congruencia que debe existir entre las prácticas sociales no jurídicas y los aspectos normativos; se le debe ver también como práctica social en sí misma y no solamente como modelo estático de organización. El trabajo analítico que no se atiende a estos imperativos corre el riesgo de teorizar sobre normas constitucionales que no tienen relevancia por carecer completamente de efectividad.

Si referimos solamente al discurso del que el constitucionalismo moderno procede, es decir al “contractualismo”, la Constitución tiene que caracterizarse como una forma —fija y condensada— del pacto social.⁵ En este orden de ideas la carta fundamental aparece como producto de la libre deliberación de los sujetos sociales individualmente considerados;⁶ como la voluntad general positivizada que garantiza la existencia segura de los miembros de la sociedad en un contexto de igualdad potencial y libre cambio. Este esbozo ideal es en sí mismo insuficiente para dar cuenta cabal del juego de fuerzas que las relaciones políticas significan, su manejo acrítico puede ofrecer una visión distorsionada del manifiesto particularismo con el que los grupos sociales se conducen y del carácter generalmente interesado de su acción, la cual se traduce siempre en formas específicas de la distribución social del poder, que se reflejan en el diseño constitucional de cada formación nacional que se analice.

La visión meramente política del proceso constitucional es también insuficiente porque impide registrar la función del fenómeno jurídico, que como instancia formal fija vías de acción en los sujetos sociales. Como

³ Schmit, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Nacional, 1981, pp. 6 y 7.

⁴ Heller, Hermann, *Escritos políticos*, trad. de G. de Arreche, Madrid, Alianza, 1985, pp. 257 y ss.

⁵ Rousseau, J. J., *El contrato social*, trad. de S. Masó, Madrid, Alfaguara, 1979, p. 410.

⁶ Jellinek, *op. cit.*, p. 385.

norma eficaz la Constitución ofrece sus cauces para que funjan como recorrido práctico de la conducta; debido a ello su condición normativa encarna referencias objetivas para los movimientos sociales. Su “deber ser”, al concretarse, se transforma en un dato influyente en el curso material e histórico del elemento humano.⁷

El proceso constitucional es un pacto dinámico de fuerzas e intereses que se expresa —no siempre de manera lineal— en un texto normativo de carácter formalmente supremo. La Constitución escrita o “carta de papel”, como también la denominó Lasalle,⁸ sintetiza los elementos referenciales del Estado y de la acción competencial de los poderes constituidos pero, en cuanto ley, no escapa al designio de Montesquieu: “Las leyes —escribió— no son más que las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas”.⁹ Por más que se abogue en favor del carácter convencional del orden jurídico siempre tendremos que regresar a la vía de los argumentos de su eficacia; como lo hizo Kelsen, al reconocimiento de su conexión con la sociedad y de su función institucional específica.¹⁰ Una Constitución que no refleja, en sus aspectos fundamentales, la estructura efectiva del poder es un texto vacío o una mascarada del verdadero carácter autoritario del ejercicio político.

El análisis solamente político del texto constitucional irremisiblemente conduce a un tratamiento instrumentista de la carta que, al no respetar las especificidades jurídicas, también implica una reducción incuestionable del objeto de estudio. Por ello, es necesario ofrecer un enfoque alternativo, que sin incurrir en los desvaríos formales y voluntaristas de la doctrina clásica, proporcione un tratamiento a los temas constitucionales en el que las remisiones mutuas entre lo esencial —relaciones políticas— y lo fenoménico —manifestaciones normativas— se produzcan de manera continua.

Aunque la Constitución escrita siempre significa atenuación de la verticalidad y del carácter concreto de las relaciones de poder, no deja de ser la expresión sutil (normativa) de una situación de dominio que nunca se diluye.¹¹ En el caso de los Estados de derecho el proceso constitucional es también un movimiento continuo que propende hacia la legitimación del poder público. Cualquier ejercicio político en un medio moder-

⁷ Burdeau, Georges, *Tratado de ciencias políticas*, trad. de E. Serna, México, UNAM, t. I, vol. II, 1982, p.41.

⁸ Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, México, Siglo XXI, 1975, p. 48.

⁹ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1980, p. 3.

¹⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 143.

¹¹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de A. Gallegos, Madrid, Ariel, 1979, p. 30.

no pretende ser también un ejercicio jurídico. Legitimidad y legalidad son formas complementarias de consenso que permiten gobernar con el reconocimiento de la sociedad.¹² En la Constitución escrita deben cruzarse el asentimiento de los gobernados y el apego de las prácticas de gobierno al sentido jurídico del documento.

Sin embargo, conviene tener presente que existe una diferencia sutil entre la codificación de la Constitución como objeto de veneración social y su verdadera concretización como práctica social y política, la que procede de su poder evocador del Estado de cosas imperante, y de su congruencia con un proyecto político practicable, que se desarrolla sobre la base de sus principios.¹³

Más allá de toda manifestación voluntaria de los miembros del grupo social, el Estado se afirma también a través de movimientos estructurales, a cuyas necesidades y tendencias generalmente se atiende en los órdenes jurídicos. Con esta proposición no se quiere asumir un giro determinista, también se admite que en situaciones particulares el orden jurídico como modelo idealizado de conducta, con el respaldo de la fuerza coactiva del Estado, puede servir como mecanismo de inducción y como plan político de conformación estatal. Quizás éste sea, precisamente, el caso mexicano.

Atentos a las peculiaridades históricas de México en los inicios del siglo, puede afirmarse que en nuestro país hacer Constitución significa también, hacer Estado nacional y sociedad civil. La carta fundamental era vista como una instancia que brindaría homogeneidad al grupo social y que fomentaría los sentimientos comunes de fidelidad y de sumisión a la fórmula de organización política surgida de la Revolución.

La Constitución “de papel” en México no se podía colocar en contraste con la realidad, como había sucedido con la carta de 1857. Su verdadera dimensión tenía que ser programática; debía conseguir en su contenido la posibilidad de armonizar situaciones que facilitarían la ordenación lógica de la acción política hacia el futuro.

La suerte de la carta de Querétaro era también la suerte de la sociedad mexicana en su proceso de construcción. Una sociedad especial —no europea, no norteamericana— demandaba un texto constitucional heterodoxo, que fuera funcional a los problemas particulares de su desarrollo. En tal virtud, la Constitución de 1917 debe ser interpretada con absoluta prelación de sus artículos originales. Preceptos como los que contienen los artículos 3o., 27, 28 y 123 no pueden seguirse tratando como acciden-

¹² Bobbio y Bovero, *Origen y fundamentos del poder político*, trad. de Fdz. Santillán, México, Grijalbo, 1985, pp. 22-36.

¹³ Cfr. Burdeau, George, *op. cit.*

tes de la tradición constitucional de occidente, sino que deben valorarse como los aspectos centrales en cuanto al fondo ideológico de la carta.

2. *Relaciones modernas de propiedad y organización del poder político*

Generalmente las cuestiones relativas al derecho de propiedad se consideran excluidas de la agenda que componen los temas constitucionales. En el caso mexicano esta omisión resulta particularmente desafortunada porque en nuestro país el proceso constitucional se liga de una manera nítida y constante con las formas concretas en que los recursos susceptibles de apropiación han quedado distribuidos en la sociedad.

La historia política mexicana y la organización del poder se encuentran vertebradas por hechos de recomposición en la distribución social de los recursos apropiables. Desde la época colonial, donde las fórmulas patrimonialistas aseguraron el control a distancia de los territorios conquistados, hasta la actualidad, en los que el corporativismo ha encontrado cauces originales para su expresión contemporánea; las relaciones de propiedad han constituido un factor determinante en el modo específico de organización y distribución del poder.

Para estar en condiciones de realizar el análisis vinculado que se pretende entre las relaciones de propiedad y el proceso constitucional mexicano, es necesario dejar sentado que las relaciones sociales generales a partir de las situaciones de apropiación de los bienes han variado en el curso de la historia; también las formas jurídicas en las que se expresan han asumido matices y diferencias sustanciales que nos hacen reconocer en ellas el carácter dinámico que define a los hechos sociales.

Para cualquier análisis de la propiedad que se intente, el punto de partida debe ser el concepto moderno de propiedad, es decir, el que se acota y se positiviza a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y del artículo 544 del Código de Napoleón de 1804.¹⁴ En este sentido la propiedad privada es la expresión normativa más plena que en materia de disposición patrimonial se ha otorgado. Con el perfil absoluto que este derecho adquiere en la concepción racionalista se concreta una auténtica matriz ideológica y discursiva dentro de nuestra tradición jurídica; a partir de entonces la propiedad privada moderna se convirtió en el referente general para evaluar y analizar cualquier forma normativa que este derecho llegue a asumir en sus versiones contemporáneas.

¹⁴ Jellinek *et al.*, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de Posada, Madrid, Nacional, 1984.

La Ilustración fue ideológicamente el medio favorable que perfiló a la propiedad hacia los mayores extremos del individualismo. En el ambiente racionalista de la Revolución francesa las viejas prácticas del *dominium* romano encontraron una dimensión distinta, al otorgarse como la solución normativa al problema del intercambio mercantil de los sujetos privados.

La propiedad —en tanto, facultad absoluta de disposición sobre los bienes— devino en el derecho subjetivo fundamental de la moderna sociedad civil. Los códigos racionalistas fueron estructurados sobre la base del reconocimiento al carácter “natural” de la propiedad e interpelando a los agentes sociales, precisamente a partir de su carácter abstracto de propietarios privados.¹⁵

Para el liberalismo de estilo continental, el presupuesto material de una organización social saludable es una sociedad de pequeños propietarios, cuya condición tolera solamente desproporciones racionales, antes de que el sistema produzca su propia perversión a través del latifundio. Los grandes terratenientes europeos, ligados a través de los privilegios aristocráticos al ejercicio del poder monárquico, fueron los enemigos inconfundibles de los revolucionarios burgueses y de la idea moderna del progreso, imbuida del espíritu del libre cambio. La tenencia ociosa de la aristocracia latifundista y de la Iglesia, fueron identificadas como las rémoras principales en el curso ascendente de las sociedades; incluso como un modo patológico de relación de los grupos humanos con la naturaleza.

El verdadero sentido de libertad moderna se liga a las posibilidades reales de disposición que el orden jurídico reconoce a los sujetos sobre los bienes que integran su patrimonio. El sujeto de derecho, en tanto persona libre de cualquier vínculo de dependencia, actúa orientado de manera exclusiva por su voluntad, que es al mismo tiempo, el principio generador de la organización política moderna y el elemento principal de vinculación en sus relaciones privadas.¹⁶

La sociedad civil como espacio en el que se condensan los intereses particulares,¹⁷ se codifica y articula precisamente a través del intercambio; en el espacio mercantil las relaciones privadas se realizan como un recambio autónomo, donde las voluntades de los sujetos independientes se componen a través de mecanismos exteriores de contratación.¹⁸ A esta interac-

¹⁵ Edelman, Bernard, *La práctica ideológica del derecho*, trad. de R. Carrión, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 46, 47, 135 y 136.

¹⁶ Rousseau, J. J., *op. cit.*

¹⁷ Hegel, J. F., *Filosofía del derecho*, trad. de A. Mendoza, México, Juan Pablos, 1980, pp. 171 y 172.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 72-76.

ción de los sujetos en el poder público debe permanecer ajeno sólo como una garantía exógena del cumplimiento “natural” de sus efectos.

Todos los autores liberales parten del reconocimiento de que es del espacio del mercado de donde proviene la fuerza interna que espontáneamente impulsa a la sociedad al equilibrio. La sociedad moderna se autorregula a partir del intercambio privado, que siempre obedece al movimiento egoísta de los sujetos, cuyo afán de lucro genera, por efecto “natural”, el beneficio de todos.¹⁹ A esta concepción de las relaciones sociales necesariamente se le asocia un Estado muy restringido en sus funciones: por ello puede trazarse un cordón de continuidad entre *propiedad privada* en sentido moderno, *mercado* como regulador material de la sociedad y *Estado gendarme* que, en tanto poder constreñido, reafirma la seguridad y las funciones civiles; éstos son a grandes rasgos los elementos que se conjugan para institucionalizarse en los esquemas constitucionales de la tradición occidental, a partir de la Revolución francesa, y que nos servirán de parámetro para evaluar el proceso constitucional mexicano, a la luz de su propio régimen de propiedad.

El concepto moderno de propiedad se encuentra unido a la concepción del mercado. La condición ideal para que la actividad mercantil produzca resultados de nivelación material y de progreso es, justamente la igualdad de los sujetos que concretan el intercambio privado, sin embargo, lo que deja ver la esfera donde se produce la circulación mercantil y el derecho racionalista de los códigos modernos no es el total de los elementos sociales que influyen en el campo de las relaciones económicas. Concretamente, la igualdad potencial y legal de los agentes —necesaria para explicar un medio social sin relaciones de dependencia como el feudal— desorienta sobre la verdadera condición material de los sujetos sociales. Tan es así que el sistema mercantil, a cuyo modelo hemos hecho referencia en este numeral, no se ha encontrado en forma pura en ninguna de las formaciones nacionales que se conocen. La falsa igualdad tarde o temprano conlleva a su desmitificación; al análisis de la desigualdad real, cuyo dato más palpable es la consolidación del monopolio como forma de agregación económica dominante en el mundo contemporáneo.²⁰

La situación monopólica, como distorsión del sistema mercantil, adviene como refutación al equilibrio espontáneo del intercambio privado. El intervencionismo estatal en las relaciones económicas parece entonces como una necesidad estructural del sistema y como una forma de ejercicio

¹⁹ Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 402.

²⁰ Napoleón, Claudio, *Curso de economía política*, Madrid, Oikos, pp. 187 y ss.

legítimo del poder público, que de este modo, trasciende los espacios estrechos que el esquema constitucional de los autores racionalistas demarcó.²¹

Quede claro que con el advenimiento reconocido de la intervención del Estado en la esfera de las relaciones económicas —antes reservada solamente a los sujetos privados— se produce la necesidad de rectificar el esquema constitucional del liberalismo clásico, incluso las instituciones normativas que han permanecido incólumes se refuncionalizan y adquieren un nuevo carácter, al variar el sentido profundo del “Telos” que las sustenta.²²

Las relaciones de propiedad cambian cuando se transforma la distribución social de los espacios económicos y de los recursos apropiables. El Estado ampliado de los tiempos contemporáneos reivindica para sí la dirección del proceso económico ante la quiebra del mercado, se presenta como propietario y como agente empresarial; sus nuevas funciones ocasionan la asimetría del mundo privado y la mediación continua de los derechos individuales. Por ello, el Estado contemporáneo maneja un rango de mayor discrecionalidad que le permite regular con eficacia el sentido de la actividad privada. A la centralización económica característica del monopolio corresponde también un grado muy elevado de centralización política y de autoritarismo.

III. ESPECIFICIDADES DEL CASO MEXICANO EN TORNO A LAS RELACIONES DE PROPIEDAD

1. *Situaciones premodernas vs. normas “ilustradas”*

El predominio del monopolio en la composición material de la sociedad es el resultado, hasta ahora indefectible, del proceso degenerativo que el mercado sufre dentro de las sociedades en las que este llega a madurar. Se trata en todo caso de una situación posterior al equilibrio, que se alcanza de modo paulatino por la degradación de los agentes económicos más numerosos y por la consolidación concomitante del pequeño grupo de los más aptos. La desamornización del mercado merma necesariamente la estabilidad y el sentido de las instituciones liberales que le son correlativas en el ámbito político.²³

²¹ Alvater, Elmar, “Notas sobre algunos problemas del intervencionismo de Estado”, *El estado en el capitalismo contemporáneo*, México, Siglo XXI, 1976, pp. 88-133.

²² Loewenstein, Karl, *op. cit.*, p. 149.

²³ Díaz y Díaz, Martín, “El derecho económico: un nuevo espacio metodológico para la reflexión jurídica”, en Witker, J. (comp.), *Lineamientos metodológicos y técnicos para el aprendizaje del derecho*, México, UNAM, 1987, pp. 53-65.

El esbozo general que se ha trazado corresponde sin embargo a un proceso de crisis que fue típico a principios de siglo en los países industrializados. El caso de los llamados países dependientes o de desarrollo tardío resulta muy distinto. En México por ejemplo, las instituciones liberales se reciben sin que las propias circunstancias de la sociedad las hayan prohijado; en nuestro país hubo adopción del sistema de referencias mercantiles sin que previamente se hubiera producido una circunstancia efectiva de mercado moderno. Desde el principio los programas liberales se colocaron en una situación de tensión irresoluble respecto de las condiciones concretas de nuestra sociedad.²⁴

El sistema institucional y de referencias concomitantes al mercado puede desvirtuarse bien por el desplazamiento relativo de sus principios, que el monopolio como fenómeno dominante ocasiona, o bien, como en el caso nuestro, porque sus contenidos no correspondan a las condiciones históricas propias de un medio social de características premodernas. La “anticipación” legislativa que los liberales mexicanos buscaron con la normatividad racionalista, devino siempre en desaguisado respecto de las circunstancias mexicanas; a partir de las cuales, a la postre, tendrían que rectificarse sus alcances. Los modelos normativos racionalistas, inspirados en el paradigma del intercambio privado, tenían muy pocas posibilidades de convertirse en cauces funcionales de conducta en una sociedad civil de cohesión muy precaria, como era la mexicana todavía durante el último tercio del siglo XIX. La hipótesis de la legislación moderna tuvo entonces que realizarse en demérito de su efectividad. La realidad mexicana, con el cúmulo de rasgos tradicionales que albergaba, era un medio poco favorable para la verificación de sus principios.²⁵

La formulación de los grandes latifundios data en realidad de los tiempos de la Colonia; desde entonces esta se fue gestando como la forma dominante de propiedad en la sociedad mexicana. El proceso que condujo a la consolidación de la gran propiedad agraria fue complejo: en su desarrollo confluyeron de forma a veces contradictoria el interés económico de los propietarios y el interés fiscal de la Corona, como hemos mencionado, mantuvo sobre los recursos fundarios prerrogativas de control, derivadas de la concepción patrimonialista bajo la que se manejó la gran empresa de la colonización americana.

Las instituciones coloniales en torno a la propiedad sufrieron continuas redefiniciones, sobre todo durante los siglos XVI y XVII. Si el punto de-

²⁴ O’Gorman, Edmundo, *México: El trauma de su historia*, México, UNAM, 1977, pp. 31 y 32.

²⁵ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1976, p. 7.

finitivo de llegada fue la gran hacienda, los cauces para su establecimiento definitivo fueron diversos, entre ellos pueden citarse, por ejemplo: las mercedes reales, la evolución de la encomienda, los remates, las composiciones, las reales confirmaciones, los denuncios de baldíos, e incluso la proscripción.²⁶ Algunas de estas formas en ocasiones fueron el modo de encubrir el despojo de las comunidades indígenas y los pueblos. En todo caso, éstas instituciones nunca tuvieron una vocación para la producción en términos modernos, sino que se definieron por un corte de características feudales, a cuya imagen colaboraron los mayorazgos, la situación de dependencia en la que se encontraban los peones y las grandes superficies incultas, que dentro de éstas propiedades existían.

En forma convergente a la gran hacienda secular se desarrolló la propiedad inmobiliaria de la Iglesia, cuya relación simbólica con la Corona le ofreció en numerosas situaciones la ocasión privilegiada para erigirse en un auténtico poder político paralelo. Aunado a sus funciones propiamente pastorales y de propagación de la fe, la Iglesia mantuvo una intensa actividad económica y financiera que la condujo a convertirse en la fuente principal de recursos crediticios para la explotación agrícola y en el terrateniente más importante del periodo virreinal. Los modos de adquirir la propiedad para la Iglesia fueron varios: ocuparon un rango amplio que se extiende desde las concesiones reales para el establecimiento de *misiones*, hasta un sinnúmero de actos ligados a la función mixta de la Iglesia, como fueron los casos de los bienes de difuntos adquiridos por los métodos sucesorios entonces en vigor, las donaciones para la realización de obras pías y para el establecimiento de fundaciones piadosas, los cobros de los derechos parroquiales y los que le fueron otorgados como bienes y propiedades del Santo Oficio.²⁷

De la propiedad eclesiástica quizás la más notoria, por su extensión, fue el gran dominio hacendario de los jesuitas; sin embargo, cabe a ésta orden un calificativo moderno por haber orientado sus esfuerzos ganaderos y agrícolas con criterios productivos, a tal grado que sus latifundios produjeron bienes abundantes para satisfacer algunas necesidades del ingente y, al mismo tiempo, desarticulado mercado colonial.²⁸

No obstante, en términos generales puede afirmarse que la propiedad eclesiástica fue improductiva y que la excesiva concentración de recursos fundarios se vinculó mucho más a las necesidades de su espíritu corporativo

²⁶ Rivera Marín, G., *La propiedad territorial en México 1301-1810*, México, El Siglo XXI, 1983.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Ibidem*, 255 y 277.

que a la producción. Ya incluso en la etapa borbónica del periodo colonial, se dejó sentir por parte de la Corona una abundante producción de reales cédulas, con objeto de restringir los privilegios y la posición de la Iglesia en los territorios colonizados. Estos intentos, sin embargo, tuvieron una efectividad relativa toda vez que quienes directamente se beneficiaban del crédito eclesiástico a través de la constitución de censos e hipotecas, fueron los primeros y más decididos opositores a permitir el cauce de la política borbónica.²⁹

Así como la gran hacienda y la propiedad eclesiástica fueron fuerzas vivas contra la modernidad, también las formas tradicionales bajo las que se compuso la organización de la propiedad indígena (comunidades, ejidos, resguardos y reducciones) se alzaron como elemento de resistencia a la recepción efectiva del derecho racionalista y de la propiedad individual en su sentido moderno.

De la concepción patrimonialista —regalista— que prevaleció en la Colonia puede decirse que, en justicia, el monarca era capaz de coaccionar un disfrute activo de la propiedad inmueble porque los cargos fiscales que lo beneficiaban eran consecuencia de su primera titularidad sobre las cosas. En este orden de ideas, no era posible la existencia de un espacio privado autónomo como lo reivindica el derecho moderno. La Constitución monárquica en realidad carecía de imágenes eufemísticas y de mediaciones sutiles en cuanto a la forma directa que asume la situación de dominio. Así, el monarca podía componer el sentido de la actividad material del reino, controlando de un modo lineal la distribución de los recursos materiales entre los súbditos. Obviamente esta proposición se coloca en la antípoda del planteamiento liberal, en cuanto implica la inhibición del impulso privado, al tiempo que favorece la resistencia corporativa. Sea como fuese, el control sobre los recursos apropiables más importantes confirió a la Corona española una alta posibilidad de control remoto sobre los territorios americanos, proclives a las iniciativas de un inevitable “sentimiento criollo”.

Ante el panorama que hemos expuesto, es comprensible la intención secular y modernizadora que los proyectos liberales alcanzaron en nuestro país durante el siglo pasado. Desde los tiempos del pensamiento incendiario del doctor Mora se esgrimen los argumentos del progreso de la sociedad mexicana y de la subordinación de los derechos corporativos a los intereses nacionales; todo sobre la base de la recomposición de la distribución de los recursos fundarios y de la multiplicación del número de propietarios territoriales individuales. Para Mora era un imperativo fomentar la circulación de la riqueza fundaria y así los expuso en el documento que Valentín

²⁹ *Ibidem*, p. 280.

Gómez Farías presentaría como el programa de los principios políticos que en México ha profesado el partido del progreso...³⁰

Recogiendo los argumentos precursores de Mora, el movimiento de reforma intenta sentar las bases de modernización del Estado, precisamente a partir del desmembramiento de la propiedad territorial de la Iglesia y de las corporaciones civiles. Las llamadas “Leyes de Reforma” —en realidad decretos del Ejecutivo— corresponden, si vale el parangón, al derecho “intermediario” de la Revolución francesa. No contienen un desarrollo sistemático de conceptos sino en realidad verdaderas proclamas e instrucciones prácticas, que con suma facilidad, permiten identificar su carácter emergente y combativo.

En materia de propiedad las leyes más importantes dentro de este movimiento son las de Desamortización de Fincas Rústicas y Urbanas Propiedad de Corporaciones Civiles y Religiosas, expedida el 25 de junio de 1856, siendo presidente de la República Ignacio Comonfort, y la Ley de Nacionalización de los Bienes del Clero Secular y Regular, otorgada por Benito Juárez en calidad de presidente interino.

La “Ley de Desamortización” la componen un conjunto de disposiciones que imponen —a la propiedad de las corporaciones civiles y religiosas— el destino indefectible de la circulación mercantil, aunque sin afectar todavía la titularidad de los destinatarios. La existencia de las corporaciones constituía una realidad aberrante que continuamente propiciaba la necesidad de vincular a la nación con el pasado, según el discurso liberal.³¹

En el medio jacobino la “ley de desamortización” fue recibida con desencanto por su falta de radicalidad. En la ley, según sus críticos,³² prevaleció el intento de Lerdo de atacar al clero, más que el objetivo de llevar a cabo una reforma social de los efectos trascendentes. Para Molina Enríquez esta ley fue una “verdadera expropiación en favor de los arrendatarios y enfiteutas, y a la falta de unos y otros, en favor de los solicitantes, o denunciantes como se les llamó”.³³ Ello provocó que la propiedad desamortizada “viniera a manos de los criollos, o a quedar equiparada, por lo menos, a la gran propiedad criolla virreinal”.³⁴

La ley de “nacionalización” es más contundente, su destino no da lugar a dubitaciones. Trata de aniquilar la fuerza política del clero, y a este mismo, socavando su base material de sustentación. La Iglesia no solamente

30 Mora, José M. L., *Revista Política*, México, M. A. Porrúa-UNAM, 1986, p. 91.

31 *Idem*.

32 Molina Enríquez, A., *Juárez y la reforma*, México, Libro Mexicano, 1958.

33 *Idem*.

34 *Idem*.

era el enemigo político a vencer, sino el símbolo del retroceso que oponía toda suerte de resistencias para impedir que “la nación se modernizara, según el destino de los pueblos civilizados”.³⁵

Las leyes brevemente reseñadas no tuvieron en fecha cercana a su expedición posibilidades de vigencia. Fue hasta el periodo conocido como el “liberalismo triunfante”, que dichas disposiciones concretaron algunos de sus objetivos. Cabe aclarar que en esta realización parcial los bienes “nacionalizados” no se repartieron con un criterio que permitiera formar una sociedad de pequeños productores, como repitió hasta el cansancio el estribillo del discurso liberal. Recomposición material de la sociedad la hubo, pero cambios cualitativos en la forma de tenencia de la tierra, no. Los latifundios se conservaron aunque ya no en manos eclesiásticas, sin embargo, los beneficiarios del cambio fueron exclusivamente personas que tenían potencial económico para adquirir, y sobre todo para aprovechar los precios bajos que sirvieron de base a las transacciones sobre los inmuebles nacionalizados. Muchos liberales pudieron convertirse en terratenientes prósperos sin que sus convicciones ideológicas se hayan visto mermadas y sin que a la tenencia de la tierra se le tratara de un modo radicalmente distinto, al que se practicaba antes de la reforma.

El Estado, del “liberalismo triunfante”, se hizo espacio sobre la antigua propiedad eclesiástica pero no otorgó una fórmula lo suficientemente dinámica como para variar las condiciones materiales, que ya entonces comenzaban a adquirir un carácter, aunque precario, más homogéneo desde el punto de vista del proceso de integración nacional. Por lo menos el cambio patrimonial que motivó la reforma fue suficiente para preparar las condiciones políticas a la dictadura porfirista, donde por primera vez durante el siglo XIX se pudo, de modo relativamente coherente, estabilizar el proceso político y controlar las situaciones deficitarias de las finanzas públicas. Aunque todo esto ocurriera en marcos muy distintos a los de la modernidad y la democracia.

En síntesis, durante el siglo XIX, en nuestro país, las relaciones de propiedad no se regularon bajo una lógica unitaria, como la que alentó los planteamientos sistemáticos de la codificación moderna. En realidad confluyeron formas de propiedad de características jurídicas disímiles; a un mismo tiempo, se suscitó la vigencia de normas del derecho castellano, derecho indígena y de legislación moderna. Éstos estratos, más que armonizarse, produjeron un complicado traslape que fue siempre una causa de atenuación para la vigencia plena de los textos jurídicos de naturaleza “ilustrada”.

³⁵ Mora, J. M. L., *op. cit.*, p. 225.

Las deficiencias civiles y la falta real de integración, que acompañaron el proceso complejo de construcción nacional, favorecieron la sobrevivencia simultánea de instituciones tradicionales y modernas. Así, el corporativismo colonial y el carácter patrimonialista que la Corona impuso a los recursos fundarios y a los minerales,³⁶ se entrecruzó con las prácticas comunales de las poblaciones indígenas y con una propiedad de tipo más moderno que se fraguó a partir de los medios urbanos.

Las cuestiones de falta de uniformidad jurídica, surgidas en torno a la tenencia de la tierra, fueron sólo la envoltura caótica de un problema mayor: la irracional e inequitativa distribución de los recursos territoriales apropiables.

2. *El “Bovarismo” constitucional y el pensamiento de los primeros “sociólogos”*

Dando la espalda al problema que en la sociedad mexicana reclamaba solución inmediata, los autores de la carta de 1857 se negaron a descender a los niveles prácticos de la distribución de los recursos territoriales y expidieron un texto que, en lo relativo a la regulación del derecho de propiedad, reprodujo esencialmente el sentido de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.³⁷

Refiriéndose al extravío histórico de los constituyentes de 1857, Antonio Caso evocó alguna vez a Madame Bovary, heroína de la novela de Flaubert, que sacrificó su realidad y su circunstancia al universo ubicuo de los sueños.³⁸ Antes, el “Bovarismo” de los congresistas había sido puesto en entredicho por Justo Sierra y Emilio Rabasa, quienes fueron practicantes asiduos de la crítica al carácter exótico de la carta. La visión histórica —léase dinámica— del positivismo sobre las relaciones sociales, confirió a estos autores la herramienta básica para llevar a cabo una denuncia sin reposo del sentido jacobino del texto constitucional de 1857; contra el prurito de los principios y a favor de una concepción pragmática del ejercicio político, Rabasa expuso: “La ley de 57, en desacuerdo con el espíritu y condiciones orgánicas de la nación, no podía normar el gobierno, porque el gobierno resulta de las necesidades del presente y no de los mandamientos teóricos incapaces de obrar por su gestión o por conquista sobre las fuerzas reales de los hechos...”³⁹

³⁶ Capdequi, Ots, *España en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1959.

³⁷ Véase nota 14.

³⁸ Caso, Antonio, *Antología filosófica*, México, UNAM, 1984.

³⁹ Rabasa, Emilio, *op. cit.*, pp. 57-69.

Las “necesidades del presente” de las que habla Rabasa son las circunstancias tradicionales de nuestra sociedad, la sobrevivencia de elementos premodernos —indígenas y coloniales— que se impusieron como un obstáculo insalvable para la aclimatación lineal de los principios republicanos. No era pensable, en una sociedad desarticulada en lo físico y en lo social, hacer de la democracia una práctica cotidiana, tampoco el “progreso” del grupo social se podía abandonar a las iniciativas individuales en el sentido europeo o norteamericano, porque esas iniciativas sencillamente carecían de agentes viables que las desempeñaran con éxito.

Uno de los errores más crasos entre los que obstruyeron la viabilidad de la carta de 1857, fue precisamente la falsa universalidad que el artículo 27 del texto atribuyó al concepto moderno de propiedad. Los congresistas plasmaron este derecho, sin considerar la pervivencia de otras formas jurídicas patrimoniales que, por las circunstancias propias de la sociedad mexicana, prevalecieron fundamentalmente en los ámbitos rurales.

La concepción fetichista de nuestros liberales en torno a las ideas de la modernidad, los hizo alentar una confianza infundada en el poder transformador de los principios jurídicos. Las visiones mesiánicas de su propio jacobinismo les impidieron comprender que una sociedad recién emancipada, requería de un poder central que arbitrara cuidadosamente su desarrollo, sobre la base ineludible de la recomposición de las relaciones de propiedad, cuya atrofia hizo imposible cualquier especie de práctica republicana.

El sueño liberal de conseguir una sociedad equilibrada de pequeños productores agrícolas y ciudadanos activos, nunca pudo sobreponerse a las condiciones naturales del latifundismo, que paulatinamente desarrolló sus consecuencias políticas, hasta constituir una oligarquía como la que predominó en la sociedad porfirista. Wistano Luis Orozco lo expuso de esta manera: “... así se formó por todas partes cierta especie de feudalismo sin brillo y sin blasones, que hasta hoy (1895) constituye una verdadera oligarquía en todos los pueblos de la República...”⁴⁰

Frente al entusiasmo “ilustrado” hubo desde el principio una vertiente de pensadores mexicanos, que si bien no abjuraron del credo liberal, siempre tuvieron como propósito reducirlo a niveles funcionales en el ámbito de la sociedad mexicana. Fueron estos liberales heterodoxos los que no tuvieron empacho en escudriñar las obras de Proudhon y de Louis Blanc,⁴¹ quienes, incluso dentro del Congreso Constituyente, manifestaron la necesidad de compaginar el proceso constitucional con la recomposición de las rela-

⁴⁰ Orozco, Wistano L., *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos*, México, Facsímil “El Caballito”, 1974, p. 1090.

⁴¹ Reyes Heróles, Jesús, *La historia y la acción*, México, Oasis, 1972, pp. 14-18.

ciones de propiedad, impulsada desde el Estado en defecto de un mercado moderno inexistente. El gran precursor de los liberales “sociólogos” fue sin duda Mariano Otero.

En el *Ensayo sobre el verdadero estado de la cuestión social y política que se agita en la República mexicana*, Otero realiza un soberbio trabajo de análisis en el que emplea un método que lo coloca lejos del carácter moderado que siempre se atribuyó como calificativo a su acción política. En el *ensayo*, Otero se aproximó, casi hasta la identidad, a los socialistas franceses del siglo pasado; en su perspectiva analítica se trasluce una clara y definida convicción materialista sobre el desarrollo de la historia, al respecto sus argumentos no pueden ser más claros:

... Son sin duda muchos y numerosos los elementos que constituyen las sociedades; pero si entre ellos se buscara un principio generador, un hecho que modifique y comprenda a todos los otros y del que salgan como de un origen común todos los fenómenos sociales que parecen aislados, éste no puede ser otro que la organización de la propiedad...⁴².

La trascripción nos deja ver cómo Otero tiene una concepción prístina de la cercanía que existe entre la organización de las instituciones sociales —las políticas inclusive— y la situación concreta de las relaciones de propiedad. A este derecho lo considera “principio generador” del proceso social.

Con Otero se inició un enfoque ideológico de rectificación continua de los principios liberales. Le siguieron Arriaga, Molina Enríquez, y a ellos la práctica real del Estado mexicano; porque, nuestro Estado se ha construido expropiando, recomponiendo las relaciones sociales de propiedad para generar espacios al ejercicio del poder político. Incluso los grupos sociales —las clases— han sido apuntalados desde el espacio público, a través del proceso de estructuración de las relaciones de propiedad.

Entre las voces más conscientes del Congreso deben ubicarse las intervenciones de Castillo Velasco, de Olvera⁴³ y, principalmente, de Arriaga en torno al problema de la propiedad. En su famoso voto particular, el último de los nombrados, coteja crudamente la situación de los indigentes — ¡Mayoría rotunda entre los mexicanos! — con la aspiración de hacer de ellos ciudadanos libres, y niega que la ley constitucional pueda reunir el poder mágico para trasponer el pauperismo y el atraso: “... se proclaman ideas y se olvidan las cosas... Nos divagamos en la discusión de derechos, y ponemos

⁴² Otero, Mariano, *Obras*, México, Porrúa, 1967.

⁴³ Reyes Heróles, J., *op. cit.*, pp. 33-35.

aparte los hechos positivos. *La Constitución debiera ser la ley de la tierra, pero no se constituye ni se examina el estado de la tierra*".⁴⁴

Otra vez la propiedad fundaria surge como requisito de la integración estatal. La rémora del latifundismo y la exclusión de la propiedad para el resto de los miembros de la sociedad, es un obstáculo cuya remoción es el único camino que existe hacia la construcción del Estado y de la sociedad al estilo moderno. Para crear situaciones como las que presupone el modelo liberal, el Estado debe apartarse de ese modelo; sus atribuciones tienen que desarrollarse hasta que se le convierta en un verdadero árbitro supremo del proceso distributivo de los recursos fundarios... *Sesenta años anticipó Arriaga con su pensamiento a la Constitución de Querétaro*; la semilla ya había sido implantada en el seno de las asambleas legislativas. Mas, al fondo de lo que Reyes Heróles nomina el "liberalismo social", al que desde luego Arriaga pertenece, hay que buscar también un designio de "razón de Estado" en la necesidad que Arriaga plantea del reconocimiento del problema fundamental de la propiedad en el texto constitucional. *La distribución agraria no es solo un objetivo filantrópico del humanismo liberal, es también una condición objetiva para el ejercicio central del poder en una perspectiva moderna.*

3. Una máxima porfirista: "La nación se construye desnacionalizando"

En el periodo histórico conocido como "Porfiriato", 1880-1910, la experiencia política mexicana desembocó por fin en el destino autoritario que le parecía deparado de forma inevitable. Como forma de ejercicio político central y efectivo, la dictadura del general Díaz entregó mejores cuentas al proceso de consolidación del Estado mexicano, respecto de aquellos que habían rendido los elocuentes discursos y los ejercicios de gobierno de las facciones liberales. Con una gran modestia por lo que hace a sus alcances democráticos, la administración del general Díaz logró estabilizar el medio político del país e incluso otorgar las bases para la integración física del territorio.

Se decidió que México, para progresar, debía aceptar el reto de los grandes mercados internacionales y dirigir sus productos a satisfacer sus necesidades cada vez mayores del crecimiento industrial de las potencias. La estrategia de apertura externa se orientó fundamentalmente a la exportación de productos agrícolas y minerales. Esta nueva dirección de la política económica nacional hizo menester una práctica de concesiones generosas

⁴⁴ Arriaga, Ponciano, "Voto particular", *Documentos Básicos de la Reforma (1854-1875)*, México, T. L., 1982, p. 224.

a los capitales dispuestos a explotar los recursos naturales del país. El estado porfirista arbitró con largueza el proceso de privatización de la tierra, de los minerales, del petróleo, del transporte, del agua y, en general de todo aquello que representó oportunidades vivas de multiplicación geométrica los recursos invertidos. Como respuesta a esta política los capitales extranjeros —primero franceses, ingleses y alemanes, después americanos— concurren en México a instalarse sobre todo el sector primario.⁴⁵

Jurídicamente los objetivos del general Díaz se apoyaron en una abundante producción de leyes administrativas sobre materias como: terrenos baldíos, Registro Público de la Propiedad, colonización, y deslinde, minería, aguas y bosques. En todos estos casos se expidieron leyes nuevas con una orientación clara: permitir y favorecer el aprovechamiento privado de los recursos naturales del país, y apartarse de la tradición regalista que el legado colonial había dejado sobre este asunto en particular.⁴⁶

Cuando Jacinto Pallares se refiere a la legislación minera del porfirato en la introducción de su conocida recopilación: *Legislación federal complementaria del derecho civil mexicano*, menciona que la ley de 1892 cambió el principio —vigente desde la época colonial— “de que la propiedad minera no podía conservarse, sino a condición de trabajar la minas adquiridas”. Para el licenciado Pallares la nueva ley:

... Cambió intencionalmente este principio, y no subordinó la propiedad minera, sino el pago a un impuesto, favoreciendo así las grandes especulaciones y haciendo imposible la explotación por lo trabajadores sin capital que antes podían... Obtener y conservar pequeñas propiedades mineras. Este sistema ha producido el efecto, de que las grandes explotaciones mineras está casi todas en poder de capitales extranjeros o de sociedades anónimas...⁴⁷

La Ley Minera de los Estados Unidos Mexicanos de 1892 y la que posteriormente se expidió en 1909 sobre la misma materia, confirmaron la tendencia a la privatización de los recursos minerales explotables y, salvo los metales preciosos, todos los yacimientos podían ser explotados por el dueño del terreno donde se encontraban sin necesidad de concesión. Esta laxitud de regulación propició un régimen en el que prácticamente se asimiló la titularidad del subsuelo al derechohabiente de la superficie de los

⁴⁵ Nicolau, L., *et al.*, “El porfirato: vida económica”, *Historia moderna de México*, vol. II, pp. 1130 y ss.

⁴⁶ Pallares, Jacinto, *Legislación federal complementaria el derecho civil mexicano*, México, R. Riveroli, 1987.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. LVII y LIX.

predios. En esta situación quedó también el petróleo y los demás aceites susceptibles de ser extraídos.⁴⁸

Una vez “liberados” los recursos naturales, y abierta la posibilidad de competir para su apropiación, resulta obvio, que como si se tratara de un embudo, estos bienes se deslizaron fácilmente hacia los capitales extranjeros que con mejores recursos financieros y técnicos, resultaron competidores imbatibles para los empresarios nacionales.

Como verdadero sustento material de la élite política del porfiriato y de la estrategia agro-minera exportadora que se puso en operación, el latifundismo continuó siendo prohijado y protegido por el Estado.

Amén de otras disposiciones jurídicas, expedidas para favorecer a los grandes propietarios agrícolas, la Ley de Colonización y Deslinde de Terrenos Baldíos, otorgada en 1883, encaminó las cosas a la concentración de grandes extensiones de terreno en pocas manos y al despojo del patrimonio de los pueblos y comunidades indígenas. Poco o nada consiguió el gobierno porfirista en materia de colonización; sin embargo, más de treinta millones de hectáreas fueron “deslindadas” en favor de quien pudo adquirirlas. Según Moisés González Navarro,⁴⁹ personajes como Luis Hüller lograron acumular recursos fundarios superiores a los cinco millones de hectáreas. Ello nos puede orientar sobre los resultados finales que la corrupción tolerada de los procedimientos de deslinde arrojó.

Desde el punto de vista social —una revolución se ofrece como prueba— las relaciones de propiedad generadas en el Porfiriato fueron insostenibles; de hecho su grado extremo de inequidad trajo a la postre la crisis generalizada del gobierno dictatorial.

4. *El liberalismo llega hasta donde el Estado es necesario*

Durante todo el siglo XIX hubo un tema que en la disputa política y en la postulación de planes y programas se mantuvo ausente. Desde la época de Mora los liberales ortodoxos insistieron en el carácter injusto de la distribución de los recursos territoriales; reiteradamente manifestaron que toda modernidad era imposible sin el presupuesto de una sociedad de pequeños productores independientes; sin embargo, nuestros liberales fueron muy poco prolíficos para otorgar explicaciones sobre la forma concreta en que dichas condiciones se conseguirían. Prácticamente carecemos de testimo-

⁴⁸ Becerra, María, *Principios de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1967, pp. 40-43.

⁴⁹ González, Navarro, Moisés, “El porfiriato: vida social”, en Cosío Villegas (comp.), *Historia moderna de México*, p. 188.

nios escritos en los que podamos constatar su concepción; por ejemplo, de la función que el Estado debía desempeñar como componedor de los recursos apropiables o bien, por el contrario, de la forma en que la sociedad por sí misma lograría trascender sus situaciones tradicionales y, de cómo los recursos de los latifundistas se transformarían, entonces, en propiedad moderna.

¿Quién en nuestro medio debía encargarse de realizar tareas de recomposición y purga; como en Francia lo hizo la república burguesa y después la dictadura de Robespierre durante la revolución?, ¿cómo se debería proceder para hacer de las masas desarticuladas e indígenas *homos oeconomicos*, tal como lo concebía Adam Smith, para que su egoísmo fungiera como palanca —interna y definitiva— en el proceso de balance natural de la sociedad? Quizá fue la evidencia de la dictadura porfirista la que persuadió a nuestros pensadores de la impotencia práctica del liberalismo mexicano. Correspondió a dos grandes intelectuales formados en el Porfiriato escenificar la antinomia sobre el papel reformador —o quizá revolucionario— del Estado. Me refiero a Wistano Luis Orozco y Andrés Molina Enríquez, estos dos grandes abogados, eruditos en la legislación colonial, profundos conocedores del problema agrario mexicano y enemigos convencidos del latifundismo, barajaron los parámetros teóricos que van de la fe absoluta en el papel transformador de los principios liberales —Orozco—, al convencimiento de la necesidad de la violencia y la revolución para impulsar el proceso de cambio que las relaciones de propiedad ameritaban en nuestro país —Molina—. ⁵⁰

Siendo presidente León de la Barra, en 1911, Molina Enríquez promulgó el frustrado “Plan de Texcoco”, mediante el cual convocaba a la rebelión contra el gobierno en turno. Esta promulgación le valió un encarcelamiento de casi un año en la penitenciaría de la Ciudad de México. En forma complementaria al plan, Molina había expuesto al juicio público varios proyectos de ley, entre los que se encuentran uno sobre fraccionamiento y colonización de la propiedad grande y otro sobre desamortización por expropiación de las grandes propiedades territoriales.⁵¹ Contra estos proyectos publicó Wistano Luis Orozco un trabajo titulado *La cuestión agraria*, al que a su vez Molina le produjo recensión bajo el rubro de *Filosofía de mis ideas sobre reformas agrarias*.⁵² En los ensayos citados se contiene la gran polémica que nos interesa brevemente reseñar.

⁵⁰ Orozco, Wistano L., “La cuestión agraria”, y Molina Enríquez, A., “Filosofía de mis ideas sobre reformas agrarias”, México, Int. Mex. Inv. Ec., 1960, vol. I, 1960, pp. 193-244 y 245-264.

⁵¹ Molina Enríquez, A., *Filosofía...*, cit., p. 200.

⁵² *Idem*.

Para Wistano Luis Orozco la propiedad es un derecho individual, inviolable y absoluto: “La propiedad viene a ser como la plenitud exterior de la persona humana”.⁵³ Cree en la necesidad de repartir la tierra para extender el beneficio de la propiedad al mayor número de hombres: “Cuanto mejor repartida esté la propiedad agraria, mejor cultivado estará nuestro suelo y mayores aumentos tendrán la riqueza pública y el bienestar de la generalidad”.⁵⁴

En cambio, “Las grandes acumulaciones de tierra bajo una sola mano, causan la ruina y la degradación de los pueblos”.⁵⁵ “Una población constituida *feudalmente*... es la causa eficiente... de que no sean un hecho entre nosotros las instituciones republicanas y democráticas”.⁵⁶

Establecidos estos presupuestos a Orozco le parece que “la transformación del estado moribundo que guarda la propiedad agraria... debe venir, no tanto por acción directa de la ley, como de las fuerzas productoras del país, sino de una *revolución económica, que presupone una transformación moral de la población*”.⁵⁷ Los proyectos propuestos por Molina resultan precipitaciones aberrantes para Orozco, son posiciones artificiosas que al no acompañarse con la parsimonia del progreso económico deviene en actos de autoritarismo ilegítimos. En todo caso la desamortización y la expropiación, actos medulares de los proyectos, resultan para Orozco demostraciones irracionales de fuerza, que sólo abonarían al fortalecimiento del Estado: “El Dios Estado, el Estado tutor, el Estado administrador doméstico, es un delirio condenado por la ciencia y relegado a los manicomios de la historia”.⁵⁸ “Esta intervención significaría una odiosa, estéril y complicada tutela sobre los particulares”.⁵⁹

A cambio de expropiaciones y fraccionamiento de la gran propiedad, Orozco sugiere medidas como: el nombramiento de funcionarios probos; la exención fiscal a los actos traslativos de dominio sobre la propiedad rural; la revisión del catastro; la prohibición de pagar en especie a los precios de las haciendas, estímulos fiscales a la producción, y otras de naturaleza más o menos similar.

Como corolario Orozco establece: “El derecho de propiedad es uno de los principios eternos en que descansa el orden social, y ninguno de esos principios puede violarse sin empujar a los pueblos al caos y a la noche”.⁶⁰

⁵³ Orozco, W. L., *La cuestión...*, cit., p. 200.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 204.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 213.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 218.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 225.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 223.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 226.

Si bien Molina Enríquez reconoce haber utilizado los trabajos de Orozco para fundar los suyos,⁶¹ deslinda su posición, la cual se aparta de los principios liberales del abogado jalisciense para expresarse con mucha mayor soltura en la perspectiva del “darwinismo social”.

En forma perfectamente coincidente a la concepción de Augusto Comte sobre la propiedad,⁶² Molina manifiesta: “Las sociedades tienen existencia material y objetiva: *La propiedad es sólo una noción subjetiva*. Siendo así, los límites de la propiedad no deben ir más allá de donde las necesidades vitales de la sociedad lo exijan”.⁶³

El derecho de propiedad no puede —para Molina— alzarse como un obstáculo contra el desarrollo general de la sociedad; su carácter subordinado lo hace también vulnerable a las acciones públicas, dirigidas a realizar “una nacionalidad orgánica grande y fuerte, rica y dichosa”.⁶⁴

Dadas las condiciones peculiares de la sociedad mexicana, Molina considera que su transformación positiva no podía ser obra de una evolución pacífica ni mucho menos de la acción benéfica de los principios “naturales”.

El Estado de propiedad grande, llamado muy propiamente por Orozco, *feudalismo rural*, como todos los feudalismos... en ningún pueblo de la tierra y en ningún estado evolutivo de la humanidad ha desaparecido por virtud de una progresiva modificación: siempre, absolutamente siempre, ha desaparecido por la acción violenta de una revolución sangrienta e implacable.⁶⁵

Molina refuta incluso la idea de la existencia de una eventual situación de paz en el país, cualquier situación de paz orgánica presupone una distribución racional de los recursos apropiados. Por ello, es necesario realizar “una segunda reforma” que complete la obra de los liberales del siglo XIX, mediante la cual se violente el estado de las cosas existentes para abatir los efectos negativos del latifundismo y provocar la reorganización de los recursos territoriales.

Llama la atención lo acertado del razonamiento de Molina sobre la inminencia y la necesidad de los hechos revolucionarios. Bajo sus ideas más adelante se expresara de una manera nítida en sus proposiciones en

⁶¹ Molina Enríquez, A., *Filosofía...*, cit., p. 254.

⁶² Comte, Augusto, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Librería Esp. y Extranjera, pp. 178 y 179.

⁶³ Molina Enríquez, A., *op. cit.* p. 254.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 157.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 255; iniciativa para la discusión del artículo 27 Constitucional, elaborada por el grupo voluntario coordinado por Rouaix, en especial la fracción IV.

torno a la Constitución de 1917. Molina confía más en la fuerza efectiva de los hechos —la revolución y el poder autoritario del Estado— que en la magia evocadora de los principios y derechos abstractamente consagrados. Rotas las bases legitimadoras del latifundismo será menester, a través de la acción de un gobierno fuerte, impulsar el desarrollo de la sociedad mexicana hacia su modernización.

El reconocimiento de la función del Estado como componedor de las relaciones de propiedad y como impulsor del desarrollo en defecto de los grupos privados, es uno de los elementos medulares en la rectificación que el Constituyente de Querétaro realiza respecto de la Constitución de 1857. Para México un esquema de este tipo no era en realidad ajeno, pues en términos generales fue la forma en que se condujo la Corona española durante los años de coloniaje.

Las ideas liberales encuentran su gran techo en la atribución al Estado del carácter de agente principal del desarrollo económico; mas allá de este asentamiento constitucional los principios ilustrados sólo existen relativamente. La polémica Orozco-Molina sintetiza la imposibilidad de reconciliar lo estrictamente liberal con lo intervencionista, subraya el carácter contradictorio de la relación entre discurso y realidad —característica en el proceso de definición jurídica del Estado mexicano en su proceso formativo— y también nos ayuda a reconocer la distancia que existe entre la carta constitucional de Querétaro y su antecedente de 1857.

IV. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LAS RELACIONES DE PROPIEDAD

1. *El nacionalismo como proceso de “lege ferenda”*

Ante la suerte de la Constitución de 1857 —fiel a las tradiciones de las cartas ortodoxas de occidente— el Constituyente de Querétaro enfrentaba el problema de expedir un texto congruente con la situación mexicana y que respondiera las demandas sociales que la Revolución había expuesto nítidamente como necesidades de la población. Si para el Constituyente reunido en 1856 todavía fue posible desentenderse de las cuestiones agrarias, para la asamblea de Querétaro ésta hubiera resultado una omisión aberrante. Los diputados —por lo menos la mayor parte de ellos— estaban claramente persuadidos de que la carta de Querétaro debía plantear y resolver el problema de la tenencia de la tierra. En forma externa al Congreso, Covarrubias y González Roa expusieron lo que dentro debió haberse repetido muchas

veces: “Los gobiernos de México, revolucionarios o no, están en el más estrecho deber de aplicarse a la resolución del problema agrario”.⁶⁶

La forma en que Carranza pretendió abordar el problema de la tenencia de la tierra, según se desprende de su proyecto del artículo 27, causó un gran desencanto entre los diputados. Al decir de Pastor Rouaix el proyecto “solo contenía innovaciones de interés secundario sobre el artículo vigente de la Constitución de 1857”; las novedades, a grandes rasgos, pueden enunciarse así:

- a) Que a la autoridad administrativa se le confiere expresamente la facultad de hacer la declaratoria de los actos expropiatorios.
- b) Se imposibilita a las corporaciones religiosas para imponer capitales sobre bienes raíces.
- c) Se extiende la prohibición de adquirir bienes inmuebles a instituciones de beneficencia pública o privadas; aunque, sí podrán imponer capitales sobre estos bienes.
- d) Se autoriza a los pueblos mantener la organización comunal de los ejidos mientras no se haga la distribución de que fije una ley a expresarse.⁶⁷

El impulso de los diputados “jacobinos” —así llamaban al grupo más proclive a las reformas sociales— fue el animador principal para rechazar el proyecto del primer jefe y postergar la discusión sobre este artículo a sesiones ulteriores. Como en el caso del artículo 123, Pastor Rouaix tuvo a su cargo reunir a un grupo de trabajo voluntario entre los diputados, para redactar el documento base del debate en la Asamblea. Originalmente el ingeniero Rouaix encargó esta labor preliminar a don Andrés Molina Enriquez⁶⁸ pero, al decir del propio solicitante, el proyecto de Molina no satisfizo a los diputados, porque “presentó algo muy semejante a una tesis jurídica con ideas totalmente distintas a las que debían figurar en el artículo 27 y redactada con una terminología inapropiada para su objeto”.⁶⁹ Por desgracia el documento de Molina se ha extraviado y no sabemos con precisión hasta qué punto la descalificación que vierte Rouaix debe ser tan rotunda. Personalmente creo, a la luz del análisis de las obras de Molina, que muchas de

⁶⁶ González Roa y Covarrubias, *El problema rural de México*, México, Secretaría de la Reforma Agraria, 1971, p. 7.

⁶⁷ Iniciativa para la discusión del artículo 27 constitucional, elaborada por el grupo voluntario coordinado por Rouaix, en especial la fracción IV.

⁶⁸ Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, México, Gobierno de Puebla, 1945, p. 129.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 130.

sus ideas lograron permanecer en el juicio de los diputados para apostarse en forma definitiva dentro del artículo 27 de la Constitución.⁷⁰

Problemas de autoría aparte, el hecho fue que el grupo encargado de formular la iniciativa⁷¹ produjo un documento de características absolutamente heterodoxas, respecto de lo que la regulación de la propiedad era en las Constituciones occidentales vigentes hasta el momento.⁷²

La iniciativa del artículo 27 fue sometida para su discusión preliminar a la primera Comisión de Puntos Constitucionales el 24 de enero de 1917. Este grupo de legisladores hizo algunas precisiones a los conceptos de la iniciativa: introdujo por ejemplo, el término de “modalidades” a la propiedad privada; concretó mejor los rasgos del procedimiento de dotación; eliminó lo relativo a la prescripción que los particulares pudieran tener sobre los bienes de dominio directo. También suprimió algunas proposiciones innecesarias y reconstruyó el orden de los párrafos del precepto. En realidad las ideas de fondo de la iniciativa fueron respetadas casi en su totalidad. Sintéticamente podemos expresar los resultados así:

- 1) Se reconoce la *propiedad originaria de la nación* sobre tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional.
- 2) Se regula la propiedad privada como un derecho derivado de la titularidad primigenia de la nación, y se concede a ésta la facultad para imponer al derecho de los particulares las *modalidades* que dicte el interés público.
- 3) Se define el procedimiento expropiatorio en términos de amplia discrecionalidad y suprimiendo toda noción temporal sobre el pago de la indemnización.
- 4) Se reservan a la nación el *dominio directo* y la propiedad de ciertos recursos naturales estratégicos sobre los que en adelante, podrá ejercer el control final.
- 5) Se introduce todo un proyecto de reforma agraria para conseguir la desmembración del latifundio, principalmente a través de los procedimientos de restitución y dotación.
- 6) Se reconocen las formas tradicionales de propiedad agraria de las comunidades; así, la propiedad en el campo se compone de: ejidos, propiedades comunales y pequeña propiedad.

⁷⁰ Díaz Martín, “Molina Enríquez y la Constitución Heterodoxa”, en *Alegatos*, Revista Trimestral del Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco, núm. 6, mayo de 1987.

⁷¹ Rouaix, Pastor, *op. cit.*, p. 133.

⁷² *Ibidem*, pp. 146-155.

- 7) Se restringe la posibilidad de adquirir inmuebles a los extranjeros a no ser que en los actos traslativos se consigne la “cláusula Calvo” y, se les prohíbe adquirir en las fronteras y en las playas.
- 8) Se limita la capacidad para adquirir el dominio de tierras a las instituciones de beneficencia, a las sociedades por acciones y a los bancos.
- 9) Se les niega totalmente la capacidad de adquirir a las corporaciones religiosas.
- 10) Se establece la facultad de las entidades federativas y de los municipios para adquirir y poseer bienes.⁷³

En los debates, pocas modificaciones importantes se hicieron al texto presentado por la comisión, si acaso le otorgó mayor intensidad a las prohibiciones a los extranjeros para adquirir la propiedad en playas y fronteras.

De la complicada refundición de temas en el texto constitucional puede colegirse una posición constante de nacionalismo exacerbado, al que los constituyentes se sienten comprometidos en reacción y rectificación de las orientaciones desnacionalizadoras que la política porfirista practicó.⁷⁴

Se trata, en todo caso, de un nacionalismo que no busca al elemento civil como causa final de la aglutinación; sino por el contrario, se plasma una idea de identificación a partir del ejercicio central de los poderes constituidos por la carta. El Estado propietario, componedor y regulador de la propiedad, es un Estado sin pruritos liberales; resulta una forma de organización política que se cohesionan y se confirma a partir de la injerencia pública en los espacios privados.

Nuestro país debe desarrollarse, pero sus circunstancias materiales no acusan el automatismo progresista que parece alentar a las potencias industrializadas. Si el impulso privado es deficiente, la palanca debe colocarse en el Estado; en un Estado de excepción que en forma autoritaria, aunque transitoria, unifique el proceso de desarrollo, paliando las debilidades civiles. Ese desarrollo debe ser autónomo, independiente; sólo así pueden tener sentido las definiciones constitucionales de la soberanía nacional.

El nacionalismo obligado de los países atrasados es, como práctica jurídica constitucional, un proceso de rectificación de la tradición liberal de las cartas de occidente, motivado por la necesidad extrema de garantizar un espacio interno de decisión a los poderes constituidos. Dicha rectificación implica relativizar la imagen del Estado gendarme y dotar al gobierno constituido de un gran cúmulo de facultades discrecionales que, al tiempo

⁷³ Fernández del Castillo, G., *La propiedad y la expropiación*, México, Cía. de Revistas, 1939, pp. 29 y 30.

⁷⁴ Román, Richard, *Ideología y clase en la Revolución mexicana. La Convención y el Congreso Constituyente*, México, Sepsetentas, 1976, p. 71.

que afianzan el carácter supremo del ejercicio político, restringen el alcance del principio de legalidad sobre el que funciona el sistema constitucional de los Estados de derecho.

2. *Vicisitudes y procedencia de la fórmula de la propiedad originaria*

La atribución originaria que hace la Constitución de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio a la “nación” es, en sí misma, una negación rotunda del origen natural e individual que el iusnaturalismo racionalista confirió a la propiedad. En el *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Locke hace derivar la propiedad del dominio natural que el hombre tiene sobre su propio cuerpo, y dice asimismo: “Que el esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son también auténticamente suyos”.⁷⁵

Esta prerrogativa, individual y excluyente, que el hombre alcanza sobre las cosas apropiables de la naturaleza y sobre sí mismo, no depende, desde el punto de vista de Locke, de algún pacto o convencionalismo previo; en el *estado de naturaleza* la propiedad existe como derecho natural y como lógica consecuencia del despliegue de la energía individual. Cuando la sociedad civil se funda por el acuerdo de sus miembros “la finalidad máxima y principal que buscan al reunirse... es la de salvaguardar sus bienes; esa salvaguardia es muy incompleta en el estado de naturaleza”.

La vinculación entre propiedad y libertad que atraviesa todos los argumentos de Locke indican que la propiedad sólo como disfrute individual tiene sentido. En la *fórmula* de la “propiedad originaria de la nación”, la propiedad privada se explica de manera inversa, como una prerrogativa que deriva del acto constitucional. Entendido así, el derecho de propiedad es una concesión graciosa de la “nación”, es decir de la totalidad de los miembros agrupados en el Estado que se constituye, quienes precisamente como *totalidad* detentan la primera titularidad sobre los bienes apropiables del territorio.⁷⁶

Esta forma derivada de entender la propiedad se acomoda mucho mejor en la perspectiva del pensamiento de Hobbes o Rousseau que en la de Locke. Un orden de ideas como este amerita el reconocimiento previo de una visión no peyorativa del Estado. Rousseau por ejemplo afirma en el capítulo I del *Contrato social*: “El orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás; sin embargo, este derecho no es un derecho natural: está fundado sobre convenciones”. Cuando el hombre decide enajenar su libertad “natural” al grupo para constituir

⁷⁵ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 22-39.

⁷⁶ Véase nota 81.

el Estado, decide también moderar sus inclinaciones a través de la obediencia al poder legítimo.

Con el pacto social se suscita un cambio en la índole de sus prerrogativas que de meros actos de resistencia, se convierten en derechos reconocidos por la sociedad organizada: “Lejos la comunidad a los particulares de sus bienes, al aceptarlos, ella no hace otra cosa que asegurarles su legítima posesión, cambiando la usurpación en verdadero derecho y el goce en propiedad”.⁷⁷ Más adelante Rousseau es explícito en el carácter subordinado del derecho que tiene cada particular sobre sus bienes; sometido a la comunidad, “sin lo cual no habría ni solidez en el vínculo social, ni fuerza real en el ejercicio de la soberanía”.⁷⁸

Cuando Rousseau insiste en subordinar el disfrute individual de los bienes a los intereses de la colectividad para no mermar “la solidez del vínculo social”, sienta las bases para el desarrollo de la idea comunitaria de la cohesión social y de solidaridad, en la que los derechos subjetivos, especialmente la propiedad, devienen obligaciones de actuar en cumplimiento de una “función social”. “Así la *propiedad* —dice Duguit— es para todo poseedor de una riqueza el deber, *la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social*”.⁷⁹

Mucho más cerca de la experiencia mexicana que el pensamiento de Rousseau o el positivismo, la doctrina regalista de la Corona española nos ayuda para otorgar una explicación cabal de la fórmula de la propiedad originaria. En la época de los Estados absolutos la soberanía territorial siempre se resolvió en dominio (dominio eminente), es decir, en una forma peculiar de propiedad que consideraba al monarca como titular primigenio del territorio. Los derechos de los particulares —más o menos plenos— eran en todo caso prerrogativas precarias y derivadas de la primera titularidad del soberano. Ésta atribución original del territorio permanece como una amenaza continua de reversión en los Estados absolutos. Por ello, las Constituciones modernas reivindicaron el carácter natural y preconventional de la propiedad, para tener la seguridad de afianzarla en la ley —entendida como producto de la voluntad general— y no en la voluntad política —casi siempre arbitraria— del monarca. Patrimonialismo y concepto moderno de propiedad son polos opuestos, su sentido se aparta en la medida que las revoluciones burguesas rectificaron las formas políticas del antiguo régimen.

En el artículo 27 constitucional “propiedad originaria” no quiere decir exclusivamente soberanía territorial, se trata de un tipo específico de sobe-

⁷⁷ Rousseau, J. J., *op. cit.*, p. 411.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 415.

⁷⁹ Duguit, Leon, *op. cit.*, p. 170.

raña que se expresa a través de un símil con la propiedad. Tan es así, que la Constitución define como contrapartida una propiedad privada relativamente restringida y subordinada al poder público y, por sí esto no fuera argumento suficiente, establece un ámbito patrimonial en favor de la nación, que ocupa importantísimos recursos sobre los cuales los particulares nunca podrán constituir el derecho de propiedad. De inicio la libertad ocupacional se encuentra restringida, porque aquellas actividades relacionadas con los bienes de *dominio directo o de propiedad de la nación* sólo podrán ser objeto de aprovechamiento privado a través de concesiones.

Sobre la procedencia colonial de la “fórmula” de la *propiedad originaria* no es posible albergar duda, toda vez que en el propio escrito de presentación de la iniciativa elaborada por el grupo voluntario de constituyentes que coordinaba Pastor Rouaix se argumentaba:

La propiedad, tal cual ha llegado hasta nosotros, se formó durante la época colonial, y es extremadamente compleja. El principio absoluto de la autoridad del rey, dueño de las personas y de los bienes de sus súbditos, dio a la propiedad sobre todos esos bienes, el carácter de precaria: todo podía ser de dichos súbditos, en tanto que la voluntad del rey no dispusiera lo contrario. La necesidad de coordinar los intereses de los varios elementos constitutivos de las colonias, hizo que los reyes españoles dieran al principio supremo de su autoridad sobre todos los bienes raíces de las expresadas colonias, la forma del derecho de propiedad privada. El rey era, en efecto, el dueño, a título privado, de las tierras y aguas, como cualquier particular puede disponer de los bienes de su patrimonio; pero dentro de ese derecho de disposición, concedía a los pobladores ya existentes y a los nuevamente llegados, derechos de dominio, que tomaban todas las formas de derecho territoriales entonces en uso.

Los derechos de dominio concedidos a los españoles eran individuales o colectivos; pero en grandes extensiones y en forma de propiedad privada perfecta; los derechos de dominio concedidos a los indios eran alguna vez individuales y semejantes al de los españoles, pero generalmente eran dados a comunidades y revestían la forma de una propiedad privada restringida, que se parecía mucho al dominio útil de los contratos censales de la Edad Media, —aparte de los reyes, por el espíritu de una piadosa jurisprudencia, respetaban las diversas formas de posesión de hecho que mantenían muchos indios, incapaces todavía, por falta del desarrollo evolutivo, de solicitar y obtener concesiones expresas de derechos determinados—. ⁸⁰

⁸⁰ *Iniciativa...*, véase nota 67.

La idea vertida en el Constituyente no consistía en la intención de restablecer linealmente la fórmula del patrimonialismo colonial. De lo que se trataba era de dar actualidad a ese régimen, una vez asimilado su fundamento. Para actualizar la fórmula se sustituye la titularidad del monarca por la de la *nación*,⁸¹ debiéndose entender por tal, al pueblo, dueño de su territorio, según se desprende del documento que se viene comentando.⁸²

Nación, en lugar de estado, es el conjunto armónico del pueblo y la posibilidad real que éste tiene de otorgarse una existencia política independiente. Cuando el territorio pertenecía a la Corona española, éramos colonia; cuando la explotación de los recursos naturales llegó a estar en manos de extranjeros, fuimos un Estado de soberanía restringida. Por eso el desarrollo nacional supone el dominio territorial del pueblo que se asienta y constituye; por eso, también era menester afianzar la soberanía a través del derecho de propiedad sobre el territorio.

Wistano Luis Orozco, uno de los pensadores más influyentes en las concepciones agrarias de su tiempo había expuesto en 1895:

... La propiedad territorial es una necesidad de orden público y es la base primordial en que descansa la soberanía nacional, y seguramente *no puede concebirse la autonomía de un Estado, cuyos ciudadanos y súbditos no sean dueños del territorio en que viven.*

El derecho de propiedad, originaria y metafísicamente, radica en la esencia racional del hombre, que, aun prescindiendo de toda idea religiosa, es propia y verdaderamente el soberano dueño del mundo, sin que haya, fuera de dios, quien pueda disputarle su dominio. Pero en las aplicaciones de esta idea absoluta, la *vida social, el orden y la quietud pública, han exigido un origen más próximo, más tangible y más práctico del derecho de propiedad*, sobre todo, de la propiedad territorial. Y así, mientras que en todos los productos de la industria se concibe fácilmente que el fundamento de la propiedad sea el trabajo, y que la ley se limite a proteger y reglamentar ese derecho, tratándose de la propiedad de la tierra, ha sido *necesario buscar su fundamento y origen próximos, en algo más convencional y menos individual, a saber, en la soberanía nacional y en la majestad del poder público.*⁸³

Las convicciones liberales de Wistano Luis Orozco fueron permanentes durante su vida y por eso, no autorizan a formular sospechas sobre su autenticidad; sin embargo, las ideas transcritas sobre el origen “público” de la

⁸¹ Córdova, Arnaldo, “Nación y racionalismo en México”, *Nexos*, México, núm. 83, 1984, pp. 27 y ss.

⁸² *Iniciativa...*, *cit.*, véanse notas 80 y 67; *Legislación...*, *cit.*, pp. 823 y ss.

⁸³ Orozco, W. L., *Legislación y...*, *cit.*, pp. 895 y 896.

propiedad no se concilian fácilmente con las concepciones individualistas elaboradas bajo el modelo de Locke, en las que este derecho tiene un origen fundamentalmente presocial. Esta rectificación a la ortodoxia liberal es una forma de reconocimiento tácito a las peculiaridades históricas mexicanas. Orozco presagia que en nuestro país el orden privado no puede fundarse a sí mismo, sino sobre la base de un Estado que dispone —para privatizarlos entre sus nacionales— de sus recursos territoriales. Don Wistano fue uno de los críticos enconados de la política desnacionalizadora del Porfiriato y, a cambio, uno de los más convencidos nacionalistas en cuanto al destino de los recursos naturales del territorio.⁸⁴

Siguiendo a Orozco pero imprimiendo a su pensamiento las peculiaridades que los devaneos darvinianos le confieren, Molina Enríquez insistió en el carácter determinante de la situación del territorio y de la forma establecida para su aprovechamiento: “La existencia de todos los seres orgánicos en la nación, está enlazada estrechamente con la naturaleza del territorio que ocupan”, dijo en algún pasaje de los *Grandes problemas nacionales*.⁸⁵ Al igual que Orozco, Molina estaba persuadido de la necesidad de mantener los recursos naturales del territorio en una perspectiva de aprovechamiento interno, pero más que su interlocutor, quiso que se mantuvieran también en una línea de control directo por parte del Estado.

Tanto Orozco como Molina fueron pilares teóricos en las concepciones que, sobre la *propiedad originaria*, se positivizaron en el artículo 27 constitucional. La obra de estos dos estudiosos de la realidad nacional sirvió de puente para que las peculiaridades de la historia mexicana se recogieran finalmente en el texto constitucional.

Sobre este aspecto de la raigambre colonial de los preceptos del artículo 27, como en otras ocasiones, Pastor Rouaix quiso poner en entredicho la certeza del pensamiento de Molina y dijo:

...Seguramente, si los diputados que formamos el artículo hubiéramos dispuesto de tiempo bastante para redactar la exposición, no hubiéramos tomado como apoyo jurídico de nuestras reformas el derecho de la conquista, que no había sido más que un despojo en suprema escala y que precisamente, eran sus efectos los que trataban de arrancar y destruir la Revolución popular que representábamos en aquellos momentos: no hubiera bastado la consideración de que un Estado como representante, director y organizador del conglomerado humano que forma una nacionalidad, tienen facultades y derechos ingénitos superiores a los que individualmente puede tener cada uno

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 823 y ss.

⁸⁵ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas nacionales*, México, Era, 1978, p. 76.

de los habitantes y por lo tanto sin el apoyo artificial de tradiciones injustas, ha tenido y tiene autoridad bastante para imponer a la propiedad privada las modalidades, limitaciones y reglamentos que exija la utilidad social, la que está muy por encima de los intereses particulares. *Este punto es indiscutible* y ha sido puesto en práctica por todas las naciones en el pasado y especialmente en los tiempos actuales en que ha sido base orgánica sobre la que han desarrollado su política, tanto los países totalitarios como los comunistas, al igual que las naciones democráticas que han necesitado aplicarlo para sostener las exigencias de la guerra. La tesis anterior del licenciado Molina Enríquez ha dado origen a interpretaciones, refutaciones y discusiones que embrollan sin necesidad un principio fundamental que por sí solo, tiene una fuerza bastante para constituir las bases del derecho que asiste a un Estado sobre propiedad individual...⁸⁶

En las afirmaciones de Rouaix hay aseveraciones muy cuestionables, como las que a continuación se destacan:

Primero: Molina, más que esgrimir las facultades de la Corona española como fundamento de las atribuciones territoriales de la nación, evocó una fórmula de control sobre los recursos fundarios, la cual, refuncionalizada, continuaría teniendo vigencia en el nuevo orden constitucional.

Segundo: es muy discutible que hubiera bastado como justificación a las facultades territoriales del Estado, el argumento de que los intereses públicos —o mejor dicho, políticos del propio Estado— obedecen a un rango superior a los intereses individuales de los miembros que lo constituyen. De hecho, este argumento estuvo completamente ausente en la Constitución de 1857 y, aún en la asamblea de Querétaro, diputados como Colunga, sostuvieron en reiteradas ocasiones enfoques de carácter individualista. Nada menos que en el dictamen del artículo 27, la parte considerativa incluyó aseveraciones donde todavía se afirmaba el carácter “natural” del derecho de propiedad, aunque en forma contradictoria se reconocía la posibilidad de limitarlo y someterlo a las necesidades superiores de la colectividad.

Tercero: los argumentos de Molina no son artificiales por invocar las situaciones patrimonialistas de la Monarquía española; al contrario aluden a una parte real y perfectamente existente de la historia política mexicana, porque el Estado virreinal tuvo existencia cabal y ejercicio efectivo. Negando el pasado colonial, como lo hicieron en el siglo XIX nuestros liberales, sería poco probable obtener una justificación integral para rectificar el sentido incorrecto de las cartas constitucionales del occidente.

Cuarto: los argumentos de Molina que vinculan la situación colonial con el proceso constitucional mexicano, corresponde en la realidad al contenido

⁸⁶ Rouaix, Pastor, *op. cit.*, p. 144.

del artículo 27 constitucional, donde se habla en sentido regalista de la propiedad originaria y del dominio directo. Para que Rouaix hubiera llevado completamente a cabo sus propósitos de justificación alternativa del dominio de la nación, debió también eliminar los resabios coloniales en el propio contenido del artículo 27.

3. *La propiedad originaria de la nación como fórmula política*

Hay límites frágiles entre el carácter político y económico de una situación de dominación determinada. En el esquema tradicional clásico del Estado de derecho, las funciones económicas y políticas corresponden a espacios sociales bien diferenciados. Lo económico debe ser producto fundamental de la acción privada, y lo político es ubicado como el contenido fundamental de las prácticas electorales y de gobierno; sin embargo, en el artículo 27 de nuestra carta las cosas se disponen de otro modo.

El control de los recursos naturales del territorio que se confiere a la “nación”, en realidad significa una forma de dominación económica; una manera de hegemonizar el curso del desarrollo de la actividad económica, a través de definir la forma de aplicación de los recursos estratégicos, cuidando en todo caso su conservación y que los beneficios de su aprovechamiento se extiendan a la sociedad de modo equitativo (véase párrafo tercero del artículo 27 constitucional).

La forma mixta de ejercicio de la función de gobierno —política y económica— fue típica de los Estados absolutos, en cuya definición constitucional no se hacía reserva a los particulares de las acciones productivas o de comercialización de los productos, y es también el modo en que los Estados contemporáneos desarrollan su actividad. Hoy no se explica una práctica gubernamental sin continuas referencias e injerencias económicas por parte del Estado. De la fórmula de propiedad originaria y del modo en que la Constitución atribuye ciertos bienes a la nación, fácilmente puede colegirse una intención rectora del proceso económico por parte del poder público. En la iniciativa suscrita por el grupo de diputados que promovieron el artículo 27, existe un pasaje en el que puede leerse: “El derecho de propiedad así concebido, es considerablemente adelantado, y permite a la nación retener bajo su dominio, todo cuanto sea necesario para el desarrollo social...”⁸⁷

La dilución entre las fronteras de las actividades políticas y económicas desde el carácter absoluto de la parte dogmática de las cartas constitucionales y funda los parámetros de un esquema constitucional distinto, en

⁸⁷ *Iniciativa...*, *cit.*, véase nota 67, en especial el texto de exposición de motivos.

el que la fuente de equilibrio material de la sociedad ya no obedece a la libre acción de las fuerzas del mercado, sino a una voluntad política que se ofrece como razón económica superior para ordenar el proceso económico, en forma análoga como disciplina a los acontecimientos políticos.

Lo hegemónico del Estado en el terreno económico se deduce de la importancia estratégica de los recursos conferidos a la nación para su control (véanse párrafos cuarto y quinto del artículo 27 constitucional). Puede afirmarse, sin embargo, que el Constituyente de Querétaro, a pesar de que prohibió un Estado propietario —árbitro de los recursos apropiables más importantes— no esperó necesariamente que dicho Estado obtuviera a la postre el carácter de empresario y que por sí mismo desarrollara funciones de explotación de los recursos apuntados. Este último extremo fue producto de reformas posteriores al texto constitucional como se analizará después.

El tránsito de la política a la política económica se inicia precisamente con la forma de transición que nos ofrece el Estado propietario, tal como lo entendió el Constituyente en el texto original del artículo 27 constitucional. Max Weber, en su obra *Economía y sociedad*, señala que la forma más elemental de intersección entre el derecho y la economía se produce justamente a partir de la regulación de las relaciones de propiedad.⁸⁸

Como quedó terminado el artículo 27, obliga a realizar algunas precisiones sobre la forma en que habrán de ejercerse las facultades que confiere:

Primero: es necesario tener presente que la fórmula de la propiedad originaria es una fórmula política. Para comprender mejor esta proposición será conveniente establecer una analogía y pensar, por ejemplo, en el *contrato social* de los pensadores de la Ilustración. Como fórmula política el contrato social implica un proceso de deliberación general que lleva a los futuros miembros de un Estado a decidir su establecimiento y la forma en que habrá de organizarse; sin embargo, históricamente este proceso deliberado no es concebible sino a través de los mecanismos modernos del sufragio. Análogamente, la *propiedad originaria de la nación* alude a una situación de titularidad de la totalidad del pueblo —abstractamente considerado— que, desde el punto de vista histórico, nunca se verificó; en el tiempo “político” del artículo 27 de la carta, la propiedad se inicia con el acto constitucional; aunque en realidad el texto no desconoció los derechos anteriores salvo los derivados de la titularidad de los grandes latifundios y los otorgados por la legislación minera de 1909.

Segundo: la atribución de la *propiedad originaria* recae sobre la *nación*, sin embargo, se ejerce a través de los poderes constituidos que operan

⁸⁸ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 532.

como “representantes políticos” de la nación. Concretamente estas facultades corresponden a los poderes federales, reforzándose con ello el carácter centralista que efectivamente subyace en el texto constitucional, a pesar de sus declaraciones federalistas. Por la condición real del presidencialismo absoluto que la carta contiene, la mayor injerencia en el control y explotación de los recursos naturales del territorio corresponde al Ejecutivo quien, atento al contenido de las leyes que se expidan para regular la explotación de los recursos atribuidos a la nación, tiene la posibilidad de arbitrar su distribución sobre amplias bases discrecionales. En esta realidad existe una especie de renacimiento del carácter autoritario del patrimonialismo de los Estados absolutos. A fin de cuentas la experiencia política de nuestro país contaba sólo con dos pasajes dignos de mencionarse por sus resultados de control real y estable de poder: la época colonial y el Porfiriato; de algún modo éstas formas de ejercicio político tendrían que trasminar algo de su sentido a la Constitución de Querétaro. La completa omisión de esta recepción obligada comprometía la efectividad del texto, como ya antes había ocurrido con la Constitución de 1857.

Las convicciones sobre la conveniencia del régimen porfirista, varias veces reiteradas en el desarrollo de sus obras, se convirtieron en un anatema sobre el pensamiento de Emilio Rabasa dentro de la Asamblea Constituyente de Querétaro. A pesar de la indudable censura que recibieron los argumentos de Rabasa, éstos lograron una persuasión callada en la conciencia de los diputados, quienes a final de cuentas, desconfiaron del modelo equilibrado que la teoría de la división de poderes en su versión clásica propone. Los constituyentes rectificaron el diseño equilátero de Montesquieu y a cambio otorgaron un Ejecutivo fortalecido, al que reconocieron más posibilidades de éxito político en el desarrollo del programa que la carta previno.

El reforzamiento del Ejecutivo sobre los otros poderes federales y la preeminencia de éstos sobre los poderes locales, en realidad perfiló una estructura de poder de características verticales. Estos rasgos se acentuaron todavía más si se toma en cuenta que a las facultades normalmente políticas del Estado, se agregaron otras, consistentes en funciones de control sobre los recursos naturales estratégicos. Esto permitió que la dominación política se transformara también en dominación económica. Así, la fórmula de la propiedad originaria adquirió posibilidades finalísticas que nunca tuvo en la organización del Estado absoluto. Otorgó facultades de rectoría económica para dirigir el curso del desarrollo capitalista que se confiara a la explotación de los recursos que integran la propiedad pública.

A partir de los resabios patrimoniales del artículo 27 constitucional, se verifica una complicada convergencia de rasgos antiguos y modernos

en el ejercicio del poder; se traslapan formas del Estado absoluto con los principios republicanos modernos, para producir un híbrido interesante, donde los poderes centrales —particularmente el Ejecutivo— reúnen un grado de discrecionalidad mayor que aquel habitualmente conferido a éstos por las Constituciones de occidente de corte clásico. Se trata de un régimen de mayor inseguridad individual en el que se reconoce que la parte fuerte de la organización social se encuentra precisamente en el Estado.

Los principios liberales que se conservan en la carta quedan diferidos para realizarse en forma paulatina e indefinida en el curso de la gestión política del Estado. La fórmula de la propiedad originaria es una institución jurídica que otorga mayor flexibilidad al juego del tiempo y a la idea del desarrollo dentro del texto constitucional. Alguna vez Molina Enríquez, al referirse a este problema expuso:

La Constitución de 1917, se apoya en la realidad, toma como punto de partida la legislación colonial perfectamente adaptada a los hechos en el curso de los siglos, relaciona esta legislación con el estado social presente, y desenvuelve la misma legislación orientándola a la realización de los principios jurídicos más avanzados. *Dicha Constitución deriva su fuerza de que enlaza en un estrecho abrazo, al pasado, al presente y al porvenir.*⁸⁹

El impulso de la sociedad —su desarrollo— debe realizarse a través del empuje del Estado, cuyo control sobre el proceso se consigue fundamentalmente a través de la composición de las relaciones de propiedad. La idea del progreso, tan reiterada en el tiempo de los programas liberales, encarna en la función rectora del Estado, a cambio de concederla como posibilidad a una sociedad civil de muy escasa fuerza orgánica.

Con estos matices se abren perspectivas para una rectificación continua de los principios liberales de la carta; se provoca un arbitraje político de sus alcances, que casi linealmente nos conduce al imperativo de la “razón de Estado”, encubierto por normas constitucionales de vigencia subordinada.

V. UN ENSAYO DE SISTEMATIZACIÓN EN TORNO A LOS CONCEPTOS DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL

El rasgo distintivo de las grandes codificaciones racionalistas es precisamente su carácter sistemático. El desarrollo ordenado de principios y con-

⁸⁹ Molina Enríquez, A., “Postulados generales de la Constitución de Querétaro, que sirven de base al artículo 27”, *Boletín de la Secretaría de Gobernación*, México, 1922, p. 1.

ceptos confiere a las obras normativas modernas un alto grado de precisión y de abstracción.

Nuestra carta constitucional rompe en buen grado el orden habitual de los documentos análogos, al introducir en su articulado un exceso de referencias a problemas concretos —como el educativo, agrario, religioso o laboral—; estas normas se construyen a un nivel distinto de abstracción y siguiendo un fondo conceptual a ideológico también diverso. Al respecto, es oportuno recordar algunas ideas de Molina Enríquez, quien dijo: “Las primeras constituciones, sólo fueron leyes políticas por excelencia, pero a medida que el tiempo avanza, las constituciones van tendiendo a abarcar no sólo las relaciones políticas, sino todas las relaciones indispensables para determinar el régimen orgánico de los pueblos”.⁹⁰

El artículo 27, por ejemplo, es un precepto donde se regulan aspectos jurídicos muy variados, bajo un orden cuestionable y con un manejo de conceptos relativamente arbitrario. Sin embargo, a pesar de ello puede sostenerse que el artículo en cuestión conserva un fondo de significado consistente, como se intentará exponer a continuación, a saber:

1. *La fórmula de la propiedad originaria como principio sistemático*

La propiedad originaria funge como el concepto clave sobre el que se alza el armazón conceptual del artículo 27 de la Constitución. De esta atribución primigenia de los recursos del territorio a la nación como totalidad, derivan tres vertientes principales, que constituyen sendas formas de propiedad: por una parte se encuentran los bienes a los que se refieren los párrafos del 4o. al 8o. del precepto citado que bajo el rubro de “dominio directo” o “propiedad de la nación” se encuentran atribuidos a ésta de un modo definitivo, directo y permanente; por otro lado, se ubican los bienes susceptibles de ser “derivados” al dominio de los particulares para constituir la propiedad privada, y, por último, bajo el gran sector de lo que podría denominarse propiedad agraria, aparecen varias subformas: la pequeña propiedad (identificable con la propiedad privada en su sentido clásico), la propiedad comunal (que se refiere al dominio de los núcleos de población que conservan una organización comunal, sobre las tierras, bosques y aguas), y la propiedad ejidal (que se refiere a los recursos fundarios de los que se dota a los núcleos de población que la demandan con justificación). El ejido es una forma precaria de dominio que generalmente se resuelve en parcelas individuales, condicionadas gravemente desde el punto de vista de su circulabilidad mercantil.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 88.

Como puede colegirse, la *propiedad originaria* sólo existe como una forma ideal de propiedad,⁹¹ pero en realidad los recursos apropiables se reparten en las tres grandes vertientes que hemos mencionado. Nuestra Constitución regula entonces diversas formas de propiedad, porque obedecen a causas distintas desde el punto de vista histórico y jurídico. En general, las cartas constitucionales se atienen al concepto moderno de propiedad, que aparece en su articulado como un concepto unívoco y como forma universal de este derecho. Así sucedió por ejemplo con la Constitución de 1857. En cambio, nuestra carta vigente recoge formas tradicionales —indígenas y castellanas— para refundirlas con las concepciones modernas y ordenarlas conforme a la unidad de sentido que proporciona la fórmula de la *propiedad originaria*. Tanto el carácter precario que se cierne sobre la propiedad individual, como la conservación del estado comunal o la creación del ejido, obedecen a un interés preciso que consiste en someter el disfrute individual de los bienes a las necesidades de un valor superior que es, justamente, el proceso de desarrollo nacional ordenado y dirigido desde el Estado. Tal limitación al derecho individual de propiedad es la reacción a la forma morbosa en que este derecho se había desarrollado durante todo el curso de la formación del Estado mexicano. La organización política, para erguirse sobre una amplia plataforma social, y abandonar el carácter oligárquico, ameritaba precisamente el desconocimiento de la forma ilimitada de propiedad que había servido como medio jurídico propicio a los intereses del grupo de terratenientes del Porfiriato.

Los bienes de dominio directo o de propiedad de la nación, quedan en poder de ésta de modo definitivo para que sobre ellos ejerza su poder final. Estos electos, por la importancia estratégica que reúnen, constituyen una fórmula práctica para el desarrollo de la propiedad originaria, a través de la cual los principios del Estado propietario se reafirman.

En tanto manifestación concreta de la soberanía, la *propiedad originaria* sobre los recursos apropiables del territorio, es además, la causa final de legitimación para cualquier título derivado. Como una decisión general de constituirse reivindicando el dominio del territorio, la nación se afirma y decide proponerse como la única instancia habilitada para fundar un título de propiedad. El carácter originario de la facultad de la nación se proyecta siempre como una amenaza de reversión que impide actualizar el carácter absolutamente excluyente que el discurso liberal imprime al derecho de propiedad.

Mucho se ha discutido sobre el ámbito material de validez del artículo 27. La interpretación estrictamente gramatical del precepto parecía restringir sus

⁹¹ Díaz, Martín, “Constitución y Propiedad”, en *Alegatos*, México, UAM-Azcapotzalco, núm. 2, 1986, pp. 25-29.

posibilidades de ampliación de la propiedad inmueble; sin embargo, la forma amplia en que se encuentran redactados sus párrafos segundo y tercero, han llevado a extender sus alcances a la propiedad sobre todo tipo de bienes. La práctica reiterada y una voluntad política que no ha sido firmemente resistida, han conducido a afirmar que el artículo 27 fija las bases normativas para regular la propiedad en general. Así, la fórmula de la propiedad originaria, en una interpretación real e histórica de su alcance, trasciende su objeto —acotado sobre tierras y aguas exclusivamente— para ensanchar sus efectos a todos los bienes apropiables.⁹²

La fórmula de la *propiedad originaria* de algún modo desdice la tendencia del derecho civil moderno, en cuanto retrocede en la marcha a la unidad y consolidación del dominio.⁹³ La *propiedad originaria* evoca facultades —al menos jurisdiccionales— que la nación se reserva *para definir de un modo permanente el sentido del ejercicio del derecho de propiedad*.

2. Dominio directo y propiedad de la nación

El constituyente reservó ciertos bienes al dominio de la nación con carácter de inalienables, entre los que se encuentran los recursos minerales, petroleros, hidráulicos, forestales y pesqueros. En estos casos no es posible constituir la propiedad privada; el aprovechamiento de ellos por particulares quedó restringido a los casos en que se obtenga una concesión previa.

Diversas polémicas suscitó el empleo del término *dominio directo* en la Constitución y sus posibles equivalencias con el concepto de propiedad o dominio de la nación. Indiscutiblemente el *dominio directo* es un término que remite a las peculiaridades del dominio en la época feudal, que se entendía como un conjunto escindido de facultades. El dominio aparecía dividido entre quien llevaba a cabo la explotación y el aprovechamiento del bien —que tenía el dominio útil— y el dueño que conservaba el dominio directo, en virtud del cual podía cobrar el censo y eventualmente reivindicar la cosa.⁹⁴

La propiedad atomizada de la Edad Media en realidad resultaba muy poco funcional a las necesidades de la vida moderna, que requerían más

⁹² Tesis jurisprudencial, t. LXII, p. 3021. Amparo Administrativo con revisión 2902/39, Cía. Mexicana de Petróleo “El Águila”, S.A. y coagraviados, 2 de diciembre 1939, unanimidad de 4 votos (tomado de la *Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, t. I, p. 873).

⁹³ Macedo, Miguel, S., “El sistema de la Constitución de 1917 sobre propiedad del petróleo” en *Revista Jurídica de la E.L.D.*, t. I, 1921, pp. 477 y ss.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 475-477.

bien de un derecho integrado y consolidado para facilitar su circulación en el contexto mercantil, para el que se diseñan los códigos racionalistas. El repentino restablecimiento en la Constitución del término *dominio directo* obedece desde luego a una reminiscencia del derecho castellano y más bien se quiso referir al dominio radical o alto dominio que los monarcas conservaron sobre los recursos fundarios y minerales de los territorios conquistados. Como sea, el uso de este concepto motivó entre nuestra doctrina dos opiniones contradictorias, a saber:

Primera. La de aquellos como Miguel Macedo⁹⁵ y Óscar Vázquez del Mercado que sostienen la necesidad de distinguir entre dominio directo y propiedad de la nación, afirmando que el primero —al que están sujetos los minerales— una vez que se expide el título de concesión funda derechos reales a favor del beneficiario, quien en esta perspectiva sería titular del dominio útil. Estos autores sostienen que la inalienabilidad a la que estos bienes están sujetos es un principio relativo “que sólo tuvo por objeto que las enajenaciones se llevaran a cabo mediante una decisión del pueblo soberano o de sus representantes legales”.⁹⁶ Tanto Macedo, como Vázquez del Mercado se inclinan por definir la concesión minera como un título traslativo de dominio con alcances temporales. Para ambos autores la facultad del Estado sobre éstos bienes no debe ser entendida como propiedad llanamente dicha, en realidad —sostienen— se trata de una atribución limitada “a la facultad de hacer concesiones de explotación bajo condición resolutoria”.⁹⁷

En ambos juristas concurren convicciones liberales que los conducen a establecer una visión restrictiva de las facultades del Estado y favorable a la tendencia de la privatización de los recursos minerales y petroleros.

Segunda. Contra la tesis arriba expresada, otros juristas —como Óscar Morineau, por ejemplo—⁹⁸ han argumentado que dominio directo y propiedad de la nación, en el universo semántico de nuestra carta, son expresiones equivalentes: el dominio directo es propiedad y ambos son inalienables. Aunque gramaticalmente se puedan establecer diferencias entre estos términos, nuestra Constitución los asimila hasta el grado de la sinonimia.

Para Morineau la inalienabilidad no es un concepto relativo, sino propiamente la prohibición de enajenar. En este orden de ideas las concesio-

⁹⁵ Macedo, Miguel S., *op. cit.*, núm. 93; Vázquez del Mercado, A., *Concesión minera y derechos reales*, México, Porrúa, 1946.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 56.

⁹⁷ Macedo, Miguel S., *op. cit.*, p. 487 y Vázquez del Mercado, *op. cit.*, p. 103.

⁹⁸ Morineau, Óscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948.

nes mineras no pueden más que derivar derechos personales a favor de sus titulares; si otorgaran derechos reales la enajenación parcial de dichos recursos se estaría permitiendo, en franca contrariedad, de la prohibición constitucional.⁹⁹

Con apoyo en nuestra experiencia constitucional puede afirmarse que la tesis de Morineau es la que finalmente ha sido realidad en el medio mexicano. En conclusión el *dominio directo* ha venido a convertirse en una forma de cuasi-nacionalización, a través de la cual el Estado ha realizado funciones de control final sobre la explotación de los recursos comprendidos en el párrafo 4o. del artículo 27 constitucional e incluso, se ha manifestado como empresario en forma directa. La importancia estratégica de estos recursos ha otorgado al poder público una posibilidad de acción directiva sobre el resto de la economía. La inalienabilidad, como característica de la propiedad de la nación o *dominio directo*, implica sustraer de la lógica del mercado elementos muy importantes que, al ser dirigidos y controlados por el Estado, permiten organizar el curso económico con una lógica distinta al de las leyes mercantiles; se trata, como hemos dicho antes, de una *razón económica de Estado* que se sobrepone a los residuos liberales de la carta.

Desde el punto de vista de la competencia, corresponde al Ejecutivo otorgar las concesiones para explotación “de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes”.¹⁰⁰ También, como facultad del Ejecutivo Federal, se establece la de constituir reservas en la explotación de los recursos naturales que nos ocupan. A través de estas instituciones el Ejecutivo puede arbitrar el ritmo y el sentido de su explotación, o bien, como de hecho ha sucedido, terminar explotándolos por sí mismo.

El *dominio directo* y la propiedad de la nación integran un área de restricción muy importante al derecho público subjetivo de libertad ocupacional o de empresa, como también se le conoce. La existencia de este ámbito implica un recorte del espacio privado de acción y un traslape de la función pública en las labores empresariales, que las Constituciones de características modernas estuvieron muy lejos de reconocer.

Así mismo se trata de la federalización de un sector de actividad, cuya trascendencia deja de entrada en una situación muy disminuida a las entidades federativas. De aquí surgen, en buena medida, las características centralistas de nuestro “federalismo” y las posibilidades de acción —casi ilimitadas— del presidente de la República.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 242.

¹⁰⁰ Artículo 27 constitucional, párrafo sexto.

3. Régimen de explotación exclusiva del Estado

El modelo constitucional surgido de la asamblea de Querétaro, de donde procede el fuerte Estado propietario del que hemos hablado, se desarrolla todavía en el curso de la vigencia del documento y, a través de varias reformas al artículo 27 se produce el tránsito del Estado propietario al Estado empresario.

Como si se tratara de una reivindicación de su dominio originario, el Estado se arrogó, para llevarla a cabo por sí mismo, la explotación de los energéticos más importantes, creándose de ésta forma un ámbito de actividades nacionalizadas en el sentido contemporáneo de esta expresión.

Indiscutiblemente que desde el punto de vista discursivo, la *propiedad originaria* de la nación es un elemento que proporciona argumentos de justificación a las nacionalizaciones. Ya en la década de los cuarenta Konstantin Katzarov, al analizar las especificidades de los actos nacionalizadores en el derecho comparado,¹⁰¹ había reparado en que la Constitución mexicana de 1917 contenía un germen de desarrollo para esta figura jurídica contemporánea que, dicho sea de paso, poco se aviene al principio de atribuciones expresas y a la certeza y seguridad de las inversiones privadas, a las que tanto se buscó proteger a través de los órdenes jurídicos liberales. Casualmente el desarrollo democrático de las sociedades contemporáneas —pensamos por ejemplo en Francia o Italia— ha sido acompañado de una redefinición constante de la función del Estado y en muchos casos de su incremento.

Si las nacionalizaciones no se compadecen con la certeza del derecho moderno, al menos se justifican por los efectos de retención de decisiones en los Estados nacionales, que de otra forma quedarían a merced absoluta de las grandes corporaciones y de los organismos financieros internacionales. Las áreas nacionalizadas necesariamente amplían el espacio de manobra —tanto interno como externo— de los Estados nacionales.

En México el régimen de explotación exclusiva del Estado se incorporó paulatinamente a la Constitución. Primero fue el petróleo y los carburos de hidrógeno, en 1940 se introdujo en el párrafo sexto del artículo 27 la prohibición de otorgar concesiones a particulares para su explotación. En realidad esta fue la forma, extemporánea por cierto, de darle legitimidad al monopolio estatal que se estableció en esta materia desde 1938. Argumentos técnicos aparte, quizá al control directo sobre los recursos petroleros debe nuestro país buena parte de su estabilidad política actual.

¹⁰¹ Katzarov, Konstantin. *Teoría de la nacionalización*, México, UNAM, 1963, pp. 201 y ss.

En 1960 sucedió la incorporación, también al párrafo sexto del artículo 27, de la prohibición para otorgar concesiones en materia de suministro público de energía eléctrica. En este caso la reforma constitucional vino a culminar un proceso paulatino de adquisición de acciones de las empresas privadas, que antes se encargaban de este servicio. La nacionalización de la industria eléctrica fue mucho menos traumática que la de la industria petrolera. El control estatal sobre este ramo de actividad no se ha caracterizado hasta el momento por su rentabilidad, si bien por la vía de las tarifas baratas se han transferido recursos importantes al sector privado, que de esta manera quedó desgravado de efectuar inversiones cuantiosas en un área donde los incrementos tarifarios son muy difíciles de realizar al ritmo en el que aumentan los costos de producción.

En 1975 se incluyó como séptimo párrafo del artículo 27 constitucional uno en el que se estableció un régimen de explotación exclusiva de los minerales radioactivos a favor del Estado. En previsión de mantener fuentes de energía alternativas al petróleo, y por la importancia que cobraron al respecto recursos como el uranio se efectuó el movimiento constitucional que comentamos. Por las escasas inversiones privadas en este sector tampoco la nacionalización produjo mayores conflictos sociales.

Aunados a los recursos energéticos, la nación maneja en forma exclusiva áreas importantes: los transportes, la banca, algunos sectores de las comunicaciones y todas aquellas actividades consideradas como estratégicas por el párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución.

Con lo expuesto podemos concluir que nuestro modelo constitucional previene un área extensa de actividades nacionalizadas a las que deben aunarse, como una unidad de sentido, las áreas cuasi-nacionalizadas, sobre las que el Estado mantiene el control final y que son las comprendidas en los párrafos 4o. y 5o. de la Constitución, además de los energéticos. En todos estos casos la participación privada es nula, precaria y subordinada, según la materia de que se trate. En la atribución de las áreas económicas nacionalizadas y cuasi-nacionalizadas debe buscarse la razón última de la rectoría económica del Estado, no en declaraciones de principios posteriores que han hecho expresa esta situación.

4. Propiedad privada y modalidades

La propiedad privada aparece mermada en sus alcances individuales. El artículo 27 constitucional recoge este derecho como una especie de garantía relativa, en cuya conformación y consecuencias puede injerir el poder público de modo permanente. La subordinación axiológica del disfrute

individual de los bienes a las necesidades del desarrollo nacional, se concreta en el concepto de modalidades a la propiedad privada, que acuñó la primera comisión de Constitución en rectificación del proyecto del grupo promotor del artículo 27.

Gramaticalmente, modalidad alude a la forma en que algo es o se manifiesta, sin embargo, en el metalenguaje jurídico y propiamente constitucional, ha venido a entenderse que se trata de un acto en virtud del cual se restringen las facultades de los propietarios privados, concedidas para el disfrute y disposición de bienes.¹⁰²

Antes de ahondar en la naturaleza y significado de las modalidades, conviene tener presente que el imponerlas es una atribución que el Constituyente otorga directamente a la nación, cuando el interés público lo requiera (véase párrafo tercero del artículo 27 constitucional). Junto con la atribución señalada se concede también a la nación, la de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para procurar su distribución equitativa y su conservación. Lucio Mendieta y Núñez plantea en términos concretos la cuestión cuando expresa: “La determinación clara y precisa de lo que debe entenderse por «modalidad» es uno de los problemas fundamentales en el artículo 27 constitucional porque se refiere al sentido, al radio de acción del Estado sobre la propiedad privada”.¹⁰³

La interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia ha precisado que la *modalidad* se refiere “al establecimiento de una forma jurídica de carácter general y permanente que modifique la figura de la propiedad”. La ejecutoria en la que se vierten estos conceptos¹⁰⁴ aclara solamente qué debe entenderse por limitación —extinción parcial de los atributos del propietario— pero no proporciona ninguna observación sobre lo que significa “transformación del derecho de propiedad”.

Que la modalidad debe ser general y, en cuanto tal, producto de un acto legislativo es algo unánimemente reconocido. Si el Ejecutivo Federal o los ejecutivos locales tuvieran posibilidades de rectificar el sentido de las normas que integran el régimen de propiedad, el orden constitucional estaría autorizando la reunión de funciones de dos poderes en uno solo de manera constante, ya que de hecho el Ejecutivo estaría legislando.

En cambio, hablar del carácter permanente que la modalidad implica según la Corte, si nos parece llevar las cosas al extremo de negar el carácter relativo que, en cuanto fenómeno social, la ley mantiene para

¹⁰² Véase Tesis: 3957/76, vol. 139-144, 1980, p. 224.

¹⁰³ Mendieta y Núñez, Lucio, *El sistema agrario constitucional*, México, Porrúa, 1966, p. 62.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, nota 102.

conservarse en condiciones aceptables de efectividad. Como cambia o se restringe la propiedad a través de la modalidad, así también esta puede variar por los requerimientos del ejercicio del derecho de propiedad, considerado en la perspectiva del desarrollo nacional, tal como se hace en el artículo 27 de nuestra Constitución.

El interés general que justifica la imposición de modalidades, sólo puede ser interpretado y deducido por los legisladores, en su calidad de representantes de la sociedad. Para imponer una modalidad los legisladores deben atender a la satisfacción de un requerimiento general de la población y contrastar siempre la restricción o limitación que se pretende imponer con el modelo ideal que el concepto moderno de propiedad entraña. Esto porque consideramos que la versión racionalista de este derecho es la que funge finalmente como su matriz ideológica y como su definición. En realidad un concepto de propiedad que se yergue como un valor universal más allá de los hechos históricos no existe; por lo tanto, si alguna es la “esencia” de este derecho, debe buscarse en el concepto que perfilaron los pensadores de la Ilustración.

Una medida que signifique supresión absoluta de las facultades de goce y disposición nunca podrá recibir el nombre de modalidad.

Cabe aclarar que aun cuando el artículo 27 sólo habla de modalidades refiriéndose a la propiedad, la proposición debe entenderse en forma extensiva respecto de los demás derechos patrimoniales; una interpretación diferente volvería absurda la disposición constitucional, que se aventura a la afectación del más pleno de los derechos reales reconocidos.

Podemos adelantar un concepto en torno a las modalidades, que entendemos como *la atribución permanente que hizo el Constituyente al Estado para definir el sentido del ejercicio del derecho de propiedad y subordinado a las necesidades emergentes del proceso de desarrollo*. Se trata de una amplia facultad interpretativa para disponer la forma del disfrute privado sobre los bienes. Este modo de caracterizar la modalidad denota muchas discusiones, estériles en su mayoría, en torno a las similitudes o diferencias entre la modalidad y limitación al derecho de propiedad. Asimismo, a favor de este concepto se puede argumentar que es congruente con la fórmula de la *propiedad originaria*, que incluso desarrolla y proyecta sus efectos al ámbito privado, porque precisamente, en virtud de su titularidad primigenia, la nación se reserva el derecho de otorgar pautas sobre la forma en que la propiedad debe ejercitarse. Esto nos lleva a reconocer que la propiedad entre nosotros no alude en realidad a un conjunto fijo de facultades sobre las cosas. El contenido de este derecho está expuesto, mientras

no se supriman completamente sus atributos de goce y disposición a una redefinición continua de su contenido.

Tratándose de modalidades no puede dejarse de plantear la cuestión de atribuciones que deriva de la forma en que el párrafo tercero del artículo 27, de nuestra Constitución, se encuentra redactado. La atribución de imponer modalidades corresponde textualmente a la nación; sin embargo, ésta, como entidad ideal debe concretarse y, en tal virtud, el jurista debe precisar cuál es formalmente el órgano habilitado para dictar las modalidades de referencia. Hasta aquí hemos admitido plenamente que se trata de un acto legislativo, pero resta determinar, a la vista de nuestro sistema federal, si se trata de una atribución del Congreso de la Unión o de las legislaturas locales. En respuesta al problema se han planteado dos interpretaciones fundamentales:

- a) La primera, avalada por jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que “esta facultad ha de entenderse en el sentido de que *toca exclusivamente al Congreso de la Unión, expedir leyes que reglamenten el citado párrafo tercero; por tanto, las leyes que dicten las legislaturas de los estados, imponiendo modalidades a la propiedad privada, están en contravención con el artículo 27 de la Constitución*”.¹⁰⁵

La jurisprudencia anterior se complementa con otra en la que se afirma “que la nación no puede ser confundida con una entidad federativa... pues es única y está representada por sus órganos federales, de acuerdo con el artículo 41 de la ley suprema”.¹⁰⁶ “A la postre la nación quedaría excluida del derecho que le concede expresamente la Constitución... en todos los estados se legislaría de modo diferente y la acción de los poderes federales quedaría reducida al distrito y territorios lo cual es inadmisibles dentro del terreno constitucional”.¹⁰⁷

En este orden de ideas la proposición: nación es a poderes federales, resulta impecable; con ella, podría sellarse de modo congruente el capítulo del centralismo mexicano. Así, los estados podrían dictar normas civiles para establecer el régimen de la propiedad, pero correspondería a la nación —es decir a la Federación— definir, momento a momento, el sentido, la finalidad y la forma de ejercicio de este derecho. Estamos así, dentro de esta tesis,

¹⁰⁵ Tesis 832, *Semanario Judicial de la Federación 1917-1954*, p. 1517.

¹⁰⁶ Tesis 6656/36, t. LII, pp. 772 y 773.

¹⁰⁷ *Idem*.

en una paradoja sin salida.¹⁰⁸ Aunque quizá esta tensión entre autoridades centrales y locales nuestra Constitución, efectivamente, la haya resuelto menoscabando a las segundas y comprometiendo la integridad del federalismo declarado.¹⁰⁹

- b) La tesis contraria consiste precisamente en afirmar la competencia local para imponer modalidades a la propiedad. Este enfoque, más respetuoso del sistema federal, tiene que salvar el escollo de explicar cómo una entidad federativa puede fungir precisamente como la nación; dado que ésta es la que recibe de manera directa la habilitación constitucional para imponer las referidas modalidades.

Si nación alude a la totalidad del pueblo asentado en el territorio mexicano —y no a Estado como otros pretenden— es posible, dando un pequeño rodeo, justificar la tesis planteada, veamos:

El pueblo como voluntad deliberante se expresa a través de sus asambleas legislativas, las locales y federales, según corresponda a la materia que se esté tratando. En este caso, la materia de propiedad es tradicionalmente una atribución local, por tanto, el pueblo puede reivindicar a través de la instancia legislativa local, el derecho de imponer modalidades a la propiedad. Así, la nación se concreta en las instancias representativas competentes y puede salvarse el absurdo mecanismo de control centralista, que pretende otorgar, por una parte, las posibilidades de regular sobre el régimen de propiedad a las legislaturas locales, mientras por la otra concede a los órganos centrales la posibilidad de revisar el sentido del ejercicio de este derecho y aún, modificarlo.

Existen algunas ejecutorias perdidas donde la Suprema Corte —contra su propia jurisprudencia— ha resuelto en apoyo de esta tesis. A continuación se transcriben algunos de estos criterios:

... Como la regulación del derecho de propiedad está contenida en los Códigos Civiles Federales y Locales, es claro que de acuerdo con el texto constitucional, son los legisladores, ya federal, o ya locales, los que pueden imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, pues no puede decirse que el precepto constitucional a comentario establezca jurisdicción federal para legislar en materia de propiedad privada en todo el territorio nacional, aun dentro del sujeto a la jurisdicción local. Pues las *legislaturas locales pueden en principio, establecer modalidades a la pro-*

108 *Idem.*

109 Tesis 934/48, t. CXI, marzo de 1952, p. 1918.

propiedad privada dentro de sus esferas de competencia, con la sola limitación de no violar ninguna disposición constitucional, ni federal cuando haya concurrencia de competencias. Por lo demás, el sujetar la propiedad privada a limitaciones en cuanto al destino de las construcciones que pueden hacerse en ella, en relación con la distribución de zonas habitacionales, industriales, forestales, etcétera, son claramente modalidades que en principio pueden imponerse a la propiedad, aunque en cada caso concreto se necesite justificar la necesidad de las modalidades impuestas, que no deberán ser caprichosas ni arbitrarias. En conclusión, el legislador del Distrito Federal si pudo imponer a la propiedad privada, en la Ley de Planificación, modalidades dictadas por el interés público.

Vol. 35, sexta parte, p. 58, primer circuito, primero administrativo, Amparo de revisión RA-2781-71, Francisco Mateos Carrasco y coagraviados, 24 de noviembre de 1971, unanimidad de votos.

En los códigos civiles de los estados generalmente se incluyen disposiciones sobre condominios, servidumbres y limitaciones al abuso del derecho. En otros, como es el caso del Código Civil de Tlaxcala, expresamente se faculta “al Estado” para imponer a la propiedad las modalidades que dicte el interés público. Si nos atenemos al criterio centralizador donde nación es a poderes federales, todas estas disposiciones y las no enunciadas resultarían inconstitucionales. Sería preferible esclarecer este asunto y autorizar a las entidades federativas a imponer modalidades, sin contravenir el orden constitucional; sólo así, podría nuestro federalismo obtener un mínimo de congruencia en esta materia.

Un caso digno de mención en éste tema, alude a las leyes de desarrollo urbano, que en forma unánime delegan en el Plan de Desarrollo Urbano la imposición concreta de modalidades; es decir, en el Ejecutivo. Estas disposiciones están expuestas de una manera franca al juicio de inconstitucionalidad; sin embargo, su análisis requiere de una revisión pormenorizada que no puede otorgarse dentro de los límites del presente ensayo.

5. La expropiación como herramienta constitucional

La Constitución de 1917 incluye esta forma de adquirir la propiedad por el Estado, que en el derecho ha conseguido un reconocimiento unánime; sin embargo, sobre los requisitos del procedimiento y el sentido general del acto, todavía las discusiones se siguen planteando.

Como la propiedad, la expropiación tiene una forma relativa e histórica de producirse. Las concepciones sobre los actos expropiatorios han cambiado; en un esquema de características liberales, estos actos se constreñían a

verdaderas excepciones y, para llevarse a cabo, las autoridades expropiantes debían someterse a una serie de requisitos de procedimiento y controles judiciales que, necesariamente, obraban en beneficio de los propietarios particulares. Entre nosotros pueden consultarse las magníficas *Lecciones de derecho administrativo*, dictadas por don Teodosio Lares durante el siglo pasado para encontrar un paradigma de la expropiación desde la perspectiva del liberalismo clásico.¹¹⁰ Pero nuestra realidad ha cambiado y con ella el modelo constitucional y la concepción teórica de la expropiación. Un Estado “intervencionista” como el emanado del modelo de la carta de Querétaro necesariamente transita entre límites más laxos, que se transforman en facultades discrecionales amplias y en disminución considerable de previsibilidad de los particulares sobre la disposición de sus bienes.

A pesar de que la proposición de Germán Fernández del Castillo —“La razón de ser de la expropiación es la utilidad pública”—¹¹¹ sigue siendo válida; también, es cierto que las formas de valorar esa utilidad se han transformado, según el papel que cada sociedad atribuye al poder público en su desarrollo. Nuestra Constitución, por ejemplo, autorizó la expropiación de particulares para beneficiar a particulares, lo que se desprende de las normas que regulan los procedimientos agrarios y aún de una lectura atenta del párrafo tercero del artículo 27 constitucional.

En parámetros como los vigentes en el siglo XIX esto hubiera sido impensable; en cambio, en la perspectiva de un Estado surgido de un movimiento revolucionario, al que se le atribuye el carácter de agente principal del desarrollo integral de la sociedad, estas expropiaciones permiten efectuar malabarismos al valorar las causas de utilidad pública y hacer coincidir el interés de una determinada clase social con el interés general de la colectividad.¹¹²

Quizá un razonamiento como el expuesto nos coloque lejos del “deber ser” que se desprende del “Telos” constitucional de occidente; sin embargo, esa es nuestra realidad normativa, la expropiación, como se encuentra regulada en el orden jurídico mexicano, nos expone a una verdad autoritaria, que sólo puede variar a través de la maduración social y la exigencia civil. Hasta ahora nuestro Estado se ha construido y consolidado a través de expropiaciones. Su poder se ha acrecentado cada vez que desmiembra la base material de sustentación —es decir, la propiedad— de algún grupo que cuestiona sus decisiones o hegemonía, como ocurrió en 1982 con la banca privada. Aún ahora, la sociedad mexicana no ha encontrado la forma

¹¹⁰ Lares, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo*, México, UNAM, 1980.

¹¹¹ Fernández del Castillo, G., *op. cit.*, p. 74.

¹¹² Tesis 11658/32, t. XLII, octubre de 1934, p. 1629.

de desarrollarse al margen del Estado; mientras esto no suceda, el rango de la acción política continuará acotándose en límites flexibles y revolviéndose en decisiones autoritarias. Para que los intentos civiles maduren deben trascender la visión estrecha de los intereses materiales estrictamente grupales, de otra forma los proyectos alternativos corren el riesgo de no insertarse en el proceso real de construcción del Estado.

La expropiación es un acto consustancial a la propiedad, es como el antidoto necesario que la sociedad debe ingerir para conseguir la coexistencia y coordinación de derechos individuales. En ésta perspectiva la expropiación se liga con limitaciones y modalidades que se imponen a la propiedad; con estas figuras, conforma un sistema de restricciones al carácter absoluto de este derecho, que contribuye a su viabilidad social. Una perspectiva no negativa de la expropiación nos conduce a descubrir fácilmente su misión en el proceso constitucional de un Estado que tuvo la necesidad de armarse, a partir del rompimiento de una verdadera oligarquía terrateniente. Además de un acto jurídico de naturaleza administrativa, entre nosotros la expropiación ha sido un instrumento político en la construcción del Estado —entiéndase por Estado la forma institucional y condensada en que una sociedad expresa sus situaciones de dominio—.

El modo en que la expropiación está regulada en la Constitución ha planteado múltiples problemas de interpretación. Trataremos brevemente de referir algunos de ellos:

Primero: el término *mediante*, que se refiere al pago de indemnización, carece de connotación temporal. En tal virtud, al legislador secundario —federal o local— ha quedado la responsabilidad de regular la oportunidad del pago. En la ley federal, por ejemplo, el Congreso de la Unión señaló un plazo de diez años, que para muchos y entre ellos se encuentran algunos criterios de la Suprema Corte, es un plazo inconstitucional.

Segundo: la forma sucesiva y poco precisa en que se encuentran redactados el segundo y cuarto párrafos de la fracción VI del artículo 27 constitucional, permite incurrir en confusiones sobre la participación del Poder Judicial en los actos expropiatorios. Si nos atenemos al segundo párrafo, el Poder Judicial debiera constreñirse a intervenir cuando no existe acuerdo sobre el monto de la indemnización. En cambio, el párrafo cuarto, de la misma fracción menciona que “las acciones que corresponden a la nación por el presente artículo” deberán hacerse efectivas por el procedimiento judicial. Teóricamente la expropiación no es una “acción”; sin embargo, ninguno de los actos regulados en el artículo 27 podría definirse así, por lo mismo nada autoriza a desechar firmemente que la expropiación no es una de las acciones concedidas a la nación de las que habla el precepto.

La práctica constitucional y la costumbre han relegado este problema que se ha resuelto como si el citado párrafo cuarto fuera ajeno a la materia expropiatoria, incluso la Corte en numerosas ejecutorias ha establecido que la garantía de audiencia no prevalece en los casos de expropiación.¹¹³ Así, se origina uno más de los ámbitos de excepción a la efectividad de la parte dogmática del texto, que nos ayudan a deslindar nuestro modelo constitucional de la ortodoxia de las cartas, que se construyeron de manera estricta sobre el principio de atribuciones expresas de los poderes constituidos.

Tercero: la forma de colocación del párrafo segundo del artículo 27 ha llevado a afirmar a algunos juristas que nuestra carta sólo regula la expropiación de bienes inmuebles, dado que se encuentra, sin ninguna aclaración, inmediatamente abajo del párrafo relativo a la propiedad originaria de la nación sobre *tierras y aguas*. La Suprema Corte de Justicia, en ocasión del amparo presentado por El Águila S. A., y diversas compañías petroleras coagraviadas por el decreto expropiatorio del 18 de marzo de 1938, estableció que la materia expropiatoria comprende toda clase de bienes, incluso derechos evaluables pecuniariamente.¹¹⁴

Existen muchos otros problemas vinculados a la práctica expropiatoria pero son del ámbito de la legislación secundaria y, por lo tanto, no los traemos a colación en el presente trabajo.

Vale la pena destacar, que en materia expropiatoria el texto constitucional dejó esclarecido que las autoridades locales legislativas son competentes para determinar las causas de utilidad pública, aplicándose para ello el criterio de distribución de competencias que prevé el artículo 124 de la carta constitucional. Las expropiaciones vinculadas a materias atribuidas a los poderes federales quedarán reguladas por leyes federales, las demás, corresponden a la jurisdicción de los estados. Esta situación contrasta con el caso de las modalidades, en el que la Constitución dejó a la nación como beneficiaria directa para imponerlas y, consecuentemente, interpretar el “interés general”.

Tratando de vincular la expropiación al sentido general del artículo 27 y a la fórmula de la propiedad originaria, hay estudiosos que han cedido a la tentación de caracterizar a nuestros actos expropiatorios como reversiones en el sentido colonial,¹¹⁵ es decir, han querido ver una vuelta al dominio originario de ciertos bienes que habían abandonado para constituir la propiedad privada. En esta perspectiva la expropiación se asemeja a un designio de razón de Estado y no a un acto jurídico en el sentido moderno.

¹¹³ Tesis 2805/62, vol. XCVI, junio de 1965, p. 77.

¹¹⁴ *Op. cit.*, nota 92.

¹¹⁵ Córdova, Arnaldo, *op. cit.*

VI. LAS ANDANZAS NEOCORPORATIVAS DEL MODELO CONSTITUCIONAL

El 3 de febrero de 1983 entraron en vigor reformas de contenido económico a la Constitución, entre otras cosas, se introdujo: el principio de rectoría económica del Estado —ya no de la nación—; las bases del sistema nacional de planeación; la definición del sistema de economía mixta, que la presente administración pretende; la fundamentación constitucional expresa de la administración pública federal paraestatal y, en general, la regulación de las llamadas “atribuciones del Ejecutivo en materia económica”. Las reformas conforman un paquete muy interesante pero aquí, sólo trataremos algunos aspectos vinculados con el problema constitucional de las relaciones sociales de propiedad.

1. *¿Economía mixta o neocorporativismo?*

La “economía mixta” es un concepto con pretensiones eclécticas, dirigido a explicar la situación de un medio económico al que concurren de manera significativa elementos públicos y privados para lograr la reproducción material ampliada del sistema, en el que el mercado conserva sólo una importancia marginal. Institucionalmente se trata de armonizar un sistema jurídico de “libertades” con fuertes dosis de dirigismo del proceso económico por parte del Estado.

En la iniciativa del Ejecutivo que contenía el paquete de reformas antes citado, el presidente expuso:

En lo que concierne a la economía mixta mexicana se establece la concurrencia del sector público, del sector social y del privado a los propósitos generales del desarrollo nacional, incorporando a todas aquellas formas de actividad económica que contribuyen al desarrollo de la nación.¹¹⁶

La intención fue diseñar un modelo económico triangular —en el discurso quizá hasta equilátero— que sirviera de marco institucional a una situación de colaboración económica y funciones definidas de cada uno de los *sectores*. La iniciativa presidencial se ofreció como tregua al sector privado después de la nacionalización de la banca; con la reforma se pretendía fijar y estabilizar la distribución de los espacios sociales, a través

¹¹⁶ Cámara de Diputados. *Proceso legislativo de la iniciativa presidencial de reformas y adiciones a los artículos 16, 25, 26, 27, fracciones XIX Y XX, 28, 73, fracciones XXIX-D, XXIX-E, XXIX-F, de la Constitución*, pp. 14 y 15.

de una promesa implícita de no ampliar el “sector público” a costa del privado.

En la iniciativa se otorgaban garantías para constreñir la actividad del Estado y se dejaba a la definición constitucional la decisión de nuevas áreas nacionalizadas. La intención no se cumplió totalmente, porque los diputados decidieron conferir al Congreso de la Unión la posibilidad de recomponer las relaciones de propiedad y distribución de espacios sociales. Para ello agregaron al párrafo cuarto del artículo 28 constitucional —en el que se establecen las áreas estratégicas, es decir, nacionalizadas— una facultad abierta para incorporar mediante simples leyes nuevas actividades.¹¹⁷ Así la nacionalización dejó de ser un acto constitucional para convertirse en una atribución del legislador federal.¹¹⁸

Sin embargo, bajo estas proposiciones subyace una mezcla no muy ordenada de agentes económicos, de elementos para la organización social de la propiedad y de intereses. A falta de composición orgánica, el Estado se ofrece como elemento de aglutinación, y en esa propuesta los elementos neocorporativos son claros.

Para una mejor comprensión del asunto dejemos claro que el Estado corporativo fue el que se produjo en Italia y Alemania durante la existencia del fascismo y del nazismo respectivamente. En el plano económico el Estado corporativo fue dirigista. Sus características esenciales se definen por la intención final de neutralización de elementos conflictivos y por la subordinación de los intereses sectoriales particulares al objetivo general del desarrollo económico. La analogía con nuestro sistema de “economía mixta” es sorprendente; sin embargo, en caso de que nuestro corporativismo exista, éste aparece oculto, invisible. Para referirse a los efectos de ésta clase de corporativismo vergonzante, Ludovico dijo: “Se deriva directamente del corporativismo dirigista de los años treinta, acaba por resolverse en un corporativismo tecnocrático que reserva el derecho de decisión a restringidas élites de técnicos y de altos funcionarios públicos o privados...”¹¹⁹

No han sido pocas las veces en las que se encontraron similitudes estructurales entre los estados autoritarios del nacional-socialismo y los Estados “interventores” de los países dependientes. En ambos casos, el carácter económico-protagónico del Estado y el diseño social de espacios civiles encuadrados, son una constante.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 23, 35 y 36.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ Bobbio y Mateucci (comps.), *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 1981, vol. 1, pp. 436-438.

2. Existencia y rol de los “sectores”

En realidad los tres “sectores” que las reformas constitucionales proponen, tenían existencia jurídica anterior, aunque innominada. Los sectores de referencia son modos de agrupación que se definen a partir de la forma social de propiedad que detentan. El *sector privado* corresponde a los empresarios —industriales y agrícolas— que son titulares de medios de producción bajo el esquema de la propiedad privada en sentido moderno. El *sector social* tenía ya reconocimiento a partir de la regulación de la propiedad comunal y ejidal, además del proyecto cooperativo previsto en el artículo 28 del texto constitucional. El *sector público* se compone fundamentalmente de los recursos atribuidos a los poderes federales y que éstos explotan a través de la administración pública paraestatal. Así, la base de cada sector se encuentra definida por sendos tipos de propiedad, ya antes regulados en el texto constitucional. Para reafirmar la argumentación debe invocarse el comentario de Jorge Madrazo, que expuso: “El artículo 27 constitucional establece nuestro régimen de propiedad del cual dependen, en última instancia, el concreto modo de ser del sistema económico y la organización social”.

En efecto, los llamados sectores son formas de interpelación a los sujetos sociales en su carácter de agentes económicos y propietarios de medios de producción. También son modos de comunicación que finalmente corresponden al lenguaje de la política-económica en tanto se refieren al sujeto en forma multivalente.

Si bien, los “sectores” a los que aluden los nuevos artículos constitucionales no son sujetos jurídicos en el sentido clásico, es un hecho que se les atribuyen como tales un conjunto de prerrogativas y eventualmente, hasta obligaciones. Esta distribución sectorial es obra de la Constitución, no tienen que ver con la voluntad de los que, según el texto, integran los sectores redefinidos. En este diseño se deja entrever la intención política de dar bases constitucionales que sirvan de refuerzo y sostén a la estructura orgánica de la sociedad, tal como los autores, de los nuevos artículos constitucionales, la imaginan.

En el diseño pretendidamente equilátero hay una dificultad: el sector social no existe con la misma fuerza y nitidez que sí puede atribuirse a los sectores público y privado. El sector social, en el caso de la propiedad comunal agrícola, tiene una importancia definitivamente marginal en el contexto general de la economía mexicana, y el proyecto cooperativo, salvo quizá en el caso de algunas cooperativas pesqueras, puede calificarse como un cadáver económico. El sector social entraña la idea de propiedad social; sin embargo, la propiedad de medios productivos en manos de trabajadores

es la excepción y no la regla dentro de una economía capitalista como la nuestra, por más “mixta” que se pretenda.

La existencia formal del sector social es una pieza de equilibrio en el diseño; un espacio de atenuación que permite eliminar la colocación *vis a vis* de los sectores público y privado, que en el terreno fáctico, son los dos componentes económicos más importantes de la sociedad mexicana, cuyos intereses, coyunturalmente hablando, no son siempre coincidentes.

Toca referirnos a la competencia que la Constitución atribuye a cada uno de los sectores:

- a) Para el sector público se reservan de manera exclusiva las llamadas áreas estratégicas, las cuales se encuentran señaladas en el párrafo cuarto del nuevo artículo 28 constitucional, así como la función de banca y crédito. Estos aspectos constituyen el sector nacionalizado de la economía.
El artículo 25 se refiere a las áreas prioritarias del desarrollo, las cuales, podrán ser organizadas e impulsadas por el sector público actuando solo o con los sectores social y privado, siguiendo para esto los criterios que establezca la ley secundaria;
- b) El ámbito y la función del sector privado se define de manera excluyente respecto de las áreas que ocupa el sector público de manera exclusiva. En las actividades “prioritarias” participa de modo concurrente con los otros sectores y, de manera libre, en el resto de los giros económicos. Vale la pena recordar que en el caso de los bienes, el dominio directo y propiedad de la nación, los empresarios privados pueden realizar su explotación a través de títulos de concesión y sometiéndose al control final del Estado.
- c) Al sector social corresponde la explotación agrícola en sus formas comunales y un espacio similar al del sector privado cuando se lleven a cabo funciones empresariales a través de la opción cooperativa. Algunos sindicatos poderosos tienen inversiones en empresas financieras, comerciales y de diversos giros, a esta propiedad se le ha considerado también dentro del sector social.

La distribución de los espacios económicos que efectúa la Constitución presenta varios problemas dignos de mención, a saber:

Primero. Hasta antes de la reforma constitucional que nos ocupa, el texto de la carta fundamental había salvado y preservado el principio de legalidad y atribuciones expresas. Después de la redacción que se dio a la parte final de cuarto párrafo del artículo 28 este principio ha sido severamente relativizado: “No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de

manera exclusiva en las áreas estratégicas a las que se refiera este precepto... y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión”.

La última parte del precepto es un tipo abierto, que atribuye al Congreso una facultad pero no de carácter expreso sino general. Según esta disposición el Congreso de la Unión queda habilitado para nacionalizar cualquier actividad económica que llegue a juzgar de interés general. Una norma de este tipo es contraria a toda la tradición del constitucionalismo moderno; prácticamente equivale a darle un carácter constituyente al Congreso de la Unión, ya que la distribución de los espacios económicos entre los sectores público y privado, o entre el Estado y la sociedad civil si así se quiere ver, es un hecho que se refleja no sólo en lo que Lasalle llama Constitución de papel, sino que interfiere en la conformación material de la sociedad.

Dentro de la tradición jurídica romano-germánica, la certeza no es un valor más del sistema jurídico; la certeza es su propia esencia. Una norma jurídica como la que analizamos, merma de modo importante el principio de certeza jurídica, porque no existe una garantía constitucional de respeto al ámbito privado, ésta es una cuestión que se reserva a la valoración de uno de los poderes constituidos: el Legislativo.

Cabe aclarar que la iniciativa presidencial era mucho más conservadora y exigía, para incorporar nuevas actividades económicas al rubro de nacionalizaciones, un movimiento constitucional. Fue el Congreso el órgano que, quizá de un modo inconsciente, imprimió un nuevo giro al sistema constitucional mexicano. El proyecto del presidente de la República tenía otras intenciones; precisamente las de definir de modo preciso el espacio económico de los sectores de acuerdo al principio de atribuciones expresas. Tratando con ello de ofrecer institucionalidad y certeza a la actividad del sector privado. La modificación del Legislativo alteró la intención presidencial y de paso, el modelo constitucional.

La disposición que venimos analizando, por su trascendencia, ha reubicado la discusión conduciendo el problema del espacio estrictamente económico al terreno estrictamente constitucional; lo que ahora se plantea es si realmente el órgano revisor de la Constitución a que se refiere su artículo 135 tiene una facultad ilimitada para modificar el texto de la carta magna o, si bien, su labor debe mantener incólumes ciertos principios fundamentales de la organización política y jurídica a la que la Constitución se refiere, entre los que se encuentran el régimen de atribuciones expresas que caracteriza a todo Estado de derecho que se respete.¹²⁰

¹²⁰ Cfr. Sánchez Meda, R., “Las reformas demolitarias de la Constitución”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, 1984, núm. 8, pp. 589- 591.

Es aquí donde encontramos una situación límite en la contradicción de los estratos normativos que integran nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, existe una reforma constitucional de contenido económico, cuyos alcances han sido tales que ha habilitado al Congreso para nacionalizar actividades económicas a través de leyes ordinarias, del otro, tenemos un estrato jurídico de raigambre liberal que no resiste un empalme como éste porque definitivamente significa reprochar uno de sus aspectos esenciales. La realidad resuelve a favor de un Estado que produce el orden jurídico y lo acomoda a la conveniencia de su ejercicio.

Segundo. No es suficientemente claro el manejo y referencia que los preceptos 25 y 28 constitucionales efectúan de las llamadas áreas prioritarias.

No queda bien establecido si en ellas los sectores social y privado pueden participar solamente cuando el sector público concurre también. Aún no existe una ley secundaria que defina estas áreas; sin embargo, si como parece de la lectura del artículo 25 constitucional es indispensable en ellas la participación estatal, se trataría entonces de sectores económicos parcialmente nacionalizados.

Cabe destacar que la función que se atribuye al Congreso para definir las áreas prioritarias es importante, porque el sector público —al menos esa es la intención— solamente tiene injerencia en esos rubros y en los considerandos estratégicos. Con esta facultad, la única de corte no presidencialista que contienen las reformas, se da oportunidad al Congreso de orientar en términos generales la participación empresarial del Estado. Se trata de eliminar con esta disposición la intervención estatal en áreas poco relevantes desde el punto de vista de la conducción del desarrollo. No obstante, existen muchos casos en que el Estado participa para evitar la quiebra o cierre de empresas ineficientes; la idea es que, sus recursos no se dirijan más a éste tipo de función subsidiaria; sin embargo, habrá que esperar para ver qué tipo de respuesta se ofrece para atender el desempleo de las empresas que, por ineficientes, desaparezcan.

3. El repliegue del modelo original

Con la reforma introducida a la carta fundamental el 3 de febrero de 1983, se alcanza el más alto grado de ambigüedad y extrapolación respecto del sentido jurídico que albergan los estratos normativos que integran la Constitución. Este movimiento de preceptos constitucionales acarrea un intento de mesura en la contradicción: “sistema de libertades” y “rectoría económica del Estado”. Propone como posible la reconciliación del

trasfondo liberal de la carta con un ejercicio subordinado de la función económica de los particulares. Se llega incluso a proyectar el concepto de “modalidades” que el artículo 27 contiene desde 1917, a la acción empresarial de los sectores social y privado (véase párrafo sexto del artículo 25 constitucional). Con esta pretensión se habilita al Estado para definir el sentido del ejercicio de la actividad productiva, al mismo tiempo que se intentan definir los encuadres de acción “autónoma” de los sectores.

Si no hubiera sido por el “accidente” cameral que sufrió la iniciativa presidencial a manos de los diputados, en el caso del artículo 28 ya reseñado, el modelo constitucional propendería a limitar la expansión del sector público sobre la sociedad, una vez que se dejara bien afianzado su papel hegemónico.

De hecho, la política de la administración actual, siguiendo quizá designios financieros del exterior ha enfocado su acción al adelgazamiento del sector público y la renuncia paulatina del esquema constitucional que produjo al Estado propietario. Globalmente puede afirmarse que las reformas de 1983, por la forma de nulificación interna que contienen y por el inmovilismo que la ambigüedad produce, en realidad han tenido poca fortuna en cuanto a su función social de articulación social se refiere. La “rectoría económica” del Estado se proclama en el momento en que las condiciones exteriores vuelven más improbable su causa. Internamente la política del régimen actual tampoco se decide a darle un auge decisivo.

Con la reforma, las relaciones de propiedad se inmovilizan en cuanto a sus cauces normales de expresión, no se producen expropiaciones importantes, ni nacionalizaciones. El flujo de recursos ocurre más bien por las vías de la especulación financiera, con poco control por parte del Estado.

El modelo constitucional del Estado propietario y empresario ha comenzado a recular. La ineficiencia del sistema en cuanto a resultados democráticos se refiere, merma drásticamente la legitimidad de la acción pública en el terreno económico. Por otra parte la aventura nacionalista no ha sido considerada en estos momentos como un ejercicio viable; las presiones internacionales para orientar la privatización de la economía se han utilizado para justificar la imposibilidad de desarrollar una política económica orientada por los objetivos del llamado “nacionalismo revolucionario”.

Indudablemente las tendencias privatizadoras presionan sobre el sistema constitucional, obligándolo bien a su reblandecimiento o bien, a su radicalidad. Los próximos años serán claves en el sentido de los ajustes de nuestro proceso constitucional.

4. *Apunte final*

La fórmula de la propiedad originaria, pieza clave del régimen de propiedad previsto en la Constitución, se insertó en su texto para orientar normativamente una sociedad fundamentalmente agraria; sin embargo, durante el curso del presente siglo nuestro país se transformó en un medio económico de características industriales. Ello trajo como consecuencia el auge de las formas jurídicas el régimen de sociedades y la comparecencia cada vez más importante del capital especulativo y de los mercados de valores. El artículo 27 no regula estos nuevos sectores de actividad y sin embargo de una manera no sistemática, los responsables en turno del gobierno han tratado de proyectar su sentido hacia estos ámbitos novedosos. Quizá el elemento más firme que hasta ahora se ha desplantado en esta materia, es la reforma constitucional de febrero de 1983, donde se extiende el concepto de modalidades a la actividad empresarial y se finca el principio de “rectoría económica del Estado”, que de alguna manera se ofrece como un equivalente, en el área industrial y financiera, de la fórmula de la propiedad originaria respecto del contexto agrícola para el que finalmente se produce.

Con el ensayo se ha pretendido esbozar un panorama general de las vinculaciones entre el proceso constitucional y las relaciones de propiedad, que intenta la revisión de un aspecto de nuestra realidad jurídica desde una perspectiva contemporánea. Distinta a las propuestas del racionalismo en cuanto se desdeña todo enfoque reduccionista al aspecto normativo del derecho. Ojalá el objetivo se haya cumplido en algún grado.

ESBOZO PARA EL ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS LEYES DE EXPROPIACIÓN DE MÉXICO, ESPAÑA Y ARGENTINA*

SUMARIO: I. *La expropiación contemporánea*. II. *Las soluciones positivas*. III. *La extensión del objeto expropiable*. IV. *Los sujetos de la relación expropiatoria*. V. *La expropiación de cara a la división de poderes*. VI. *El pago de la indemnización*. VII. *La tendencia irregular de las expropiaciones*.

I. LA EXPROPIACIÓN CONTEMPORÁNEA

El presente siglo surgió envuelto en convicciones de signos preponderantemente positivistas; desde sus primeras décadas se produjo el relegamiento paulatino de los principios liberales que sirvieron de aliento y estructura al Estado de derecho en sentido clásico. Las crisis económicas y los movimientos bélicos catalizaron el descrédito de los derechos absolutos y del mercado como codificador exclusivo de las relaciones sociales. Al ascenso político y a la reverencia social de los principios “universales” del racionalismo —típicos de los siglos XVIII y XIX— siguió el reconocimiento pragmático de su relatividad. El individualismo intransigente de la época de las Revoluciones burguesas poco a poco ha declinado en su persuasividad, al grado que en el mundo occidental se ha permitido —primero en forma vergonzante y después con plena aceptación— una revalorización del Estado, concomitante con un fortalecimiento de su papel y de sus funciones, que para cualquier liberalismo hubiera de resultar intolerable.

La voluntad autónoma exterior, cuyo despliegue y ejercicio fueron considerados durante el racionalismo como el eje fundamental de las relaciones privadas, quedó hoy confinada a espacios restringidos sobre los que actúa con ventaja el influjo de una razón —política y económica— de orden superior; se trata de una fuerza ordenatriz no individual que responde a expresiones de índole corporativa. Esta nueva forma de manifestación de las relaciones sociales tiene que ver con el carácter monopólico de la

* Agradezco la colaboración de José Escobar Neri en la recopilación y síntesis del material documental. Publicado en: *Alegatos 7*, Órgano de Difusión del Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco, México, septiembre-diciembre de 1987.

sociedad contemporánea, y en buena medida desdice cualquier intento de organización horizontal y democrática del ejercicio político en los Estados de hoy.

Durante el tiempo de la elaboración de los códigos modernos, la propiedad privada, como derecho individual por excelencia, dio el sentido fundamental al ejercicio de la libertad. Por obvia conclusión, cualquier acto encaminado a restringirla era interpretado como un atentado que comprometía el centro mismo del sistema axiológico individualista: negar la propiedad significaba conculcar la libertad; devenía deposición del individuo considerado como valor, frente al poder irracional del Estado.

Socialismo aparte, corresponde al positivismo el primer cuestionamiento serio del individualismo. Comte somete a una dura crítica el carácter metafísico de los derechos subjetivos, pone en entredicho su carácter absoluto y vuelve su atención sobre valores comunitarios, como la cohesión y la solidaridad. La propiedad es también expuesta al desdoro de su condición relativa y confrontada, desfavorablemente, por cierto, con los intereses generales del grupo social.

De este proceso rectificador procede la tesis de la función social de la propiedad, acogida hoy por las Constituciones europeas contemporáneas y por varias cartas fundamentales latinoamericanas.¹

En México, la precarización del derecho de propiedad ocurre, aunque por vía distinta, a partir de la promulgación de la Constitución de Querétaro. En nuestro país, la mengua del carácter absoluto de la propiedad se realiza a partir de la reposición parcial del “dominio eminente” y de las concepciones patrimonialistas del derecho castellano, instituciones que se funden y se refuncionalizan con los criterios modernos del contractualismo.²

La Constitución de 1917 restringe de modo importante el concepto moderno de propiedad y otorga a los poderes constituidos un rango muy amplio de discrecionalidad para controlar los recursos susceptibles de apropiación. A diferencia de las tesis de la función social, donde la propiedad se restringe con el único objeto de garantizar su destino productivo, en el régimen constitucional mexicano, las funciones del Estado como agente económico se potencian a partir de sus posibilidades de control sobre la composición de las relaciones sociales de propiedad.

¹ Duguít, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. de Posada, Madrid, Librería Española y Extranjera F. Beltrán, pp. 29, 30, 178 y 179.

² Díaz y Díaz, Martín, “Relaciones de propiedad y proceso constitucional. Notas para el análisis del caso mexicano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, núm. 11, 1987.

Así se puede afirmar que en la medida en que los dos siglos anteriores sirvieron como escenario temporal al afianzamiento y a la definición del sentido moderno de la propiedad, en el presente se ha insistido en su relatividad y en la necesidad del desarrollo de mecanismos de coordinación de los intereses privados entre sí y de éstos con los públicos. En este sentido, la expropiación ha tomado un nuevo giro, e incluso se le ha llegado a caracterizar como una condición para el ejercicio de la propiedad en su dimensión social. Rudolf von Ihering en el fin del derecho expuso:

La significación de la expropiación es desconocida completamente si se ve en ella una anomalía, un ataque contra el derecho de propiedad... La expropiación contiene la solución de la tarea de combinar los intereses de la sociedad con los del individuo, hace de la propiedad una institución prácticamente viable; sin ella se convertiría en una maldición para la sociedad.³

Vista la expropiación en su perfil constructivo, deja de ser el accidente no deseado de la propiedad para convertirse en un factor de armonización de condición para el ejercicio de los derechos individuales en el plano social. En esta perspectiva es también entendida como un mecanismo constitucional del propio Estado, y tiende a una proximidad mayor con el sentido general de la nacionalización. La expropiación no es en sí la decisión política de reservar actividades económicas en forma exclusiva al ejercicio estatal; sin embargo, se ofrece como el vehículo más eficiente para realizarla. Como acto traslativo de dominio no contractual, la expropiación asume el carácter de un instrumento jurídico fundamental en la distribución social de los bienes apropiables; particularmente cuando se le entiende más allá de sus finalidades clásicas, las cuales se ciñen al concepto restringido de utilidad pública, que se definió entre los límites de las nociones de servicio, obra y necesidad pública.

Podemos afirmar que la expropiación contemporánea ha trascendido los niveles estrictos de la necesidad colectiva, y su uso se extiende hasta los límites de una práctica política que ve en ella un instrumento de realización de los fines constitucionales (económicos y políticos) del Estado. Paulatinamente, la expropiación se ha alejado de los cauces del principio de legalidad para situarse en un ámbito discrecional, del que los poderes constituidos disponen con una libertad que, en el concepto estrecho de Estado gendarme, hubiera resultado a todas luces un desaguizado.

³ Ihering, Rudolf von, *El fin del derecho*, trad. de Abad de Santillán, México, Cajica, 1961, pp. 374 y 375.

II. LAS SOLUCIONES POSITIVAS

Hoy ha debido reconocerse la naturaleza constitucional de las normas jurídicas que regulan el derecho de propiedad. Antes que el tratamiento privado que le otorgan los códigos racionalistas clásicos, el problema fundamental de la definición del sentido del ejercicio de este derecho, mantiene un *status* constitucional. La rectificación de las cartas fundamentales en el siglo XX, efectuada para acoger la tesis de la función social de la propiedad, es el marco normativo en que la expropiación contemporánea es regulada. En general, cabe destacar la dilatación que las concepciones sobre utilidad pública han acusado; la incorporación del concepto de “interés social” e incluso de “interés indirecto del Estado”, en algunos casos, señala el derrotero de un instituto jurídico que se pone a tono con los requerimientos de un Estado intervencionista y de un medio político que, sin negar su sentido final, ha optado por matizar y subordinar la lógica de los derechos individuales a las necesidades de su propia gestoría política.

Si bien en casi todos los países occidentales la expropiación es motivo de leyes especiales, también es cierto que sus directrices originales continúan perfiladas en los respectivos capítulos de los códigos civiles; asimismo, debe mencionarse que la legislación administrativa en general contiene normas relativas a la materia expropiatoria, cuyo carácter específico ha vuelto nugatorios los esfuerzos de sistematización y síntesis, para reducir las disposiciones de esta materia a un cuerpo unitario de normas.

Para el estudio comparativo que se desarrolla se han seleccionado las leyes sobre expropiación de México, España y Argentina, refiriéndolas en orden de promulgación. Estos casos nos permiten, por la vía del contraste, una visión panorámica de soluciones distintas a las que han llegado las respectivas legislaciones secundarias, atendiendo a las peculiaridades históricas y constitucionales de las prácticas políticas de su correspondiente Estado.

En todos los casos, los ejes que se ofrecen para el desarrollo normativo de la institución expropiatoria se proyectan a partir de: a) la facultad de expropiar o potestad expropiatoria del agente, y b) los mecanismos de defensa para garantizar el menor daño a los intereses del expropiado. En torno de estos dos pilares estructurales se desarrollan las líneas procedimentales y el sistema de atribuciones expresas a los poderes constituidos para acotar su ejercicio y conseguir su control. De la forma en que cada ley de expropiación combina la supremacía de algunos de estos ejes, se obtienen los rasgos sustanciales de régimen expropiatorio en cuestión.

Por ejemplo, la ley mexicana, publicada el 25 de noviembre de 1936, en plena administración cardenista, mantiene en su articulado un sistema

de calificación general de las causas de utilidad pública que se orienta a conferir un alto rango de actuación discrecional a la actividad administrativa que realiza el acto. En esta ley, la potestad expropiatoria se enfatiza, y los mecanismos procesales de defensa del expropiado se contraen a meros instrumentos de eficacia secundaria.

La ley mexicana resulta muy avanzada en el sentido de la subordinación del interés particular al interés social, pero deviene francamente adolescente al desarrollo técnico de los mecanismos de defensa a que se refiere. Nuestra ley revela en su diseño la innegable tradición presidencialista de nuestras prácticas políticas y del modelo constitucional que asumimos: su sentido es autoritario y su vocación finalmente estatista. Estos rasgos hacen de la ley un mecanismo muy eficiente para consumir las expropiaciones declaradas, a pesar de que su articulado se compone apenas de 21 preceptos.

En el caso español, la simetría entre los ejes de la institución expropiatoria pretenden otorgarse en un nivel de equilibrio mayor. En esta ley, cuya publicación data del 16 de diciembre de 1954, es decir, en plena gestión franquista, predomina la visión técnica de la expropiación; su articulado revela un gran esfuerzo sistematizador y un desarrollo muy avanzado de los conceptos referentes a los sujetos que protagonizan el acto y al objeto al que se dirige; sin embargo, este código no ha demostrado funcionalidad, y las prácticas expropiatorias constantemente se producen al margen de su espíritu. Sin que pueda ser calificada como una ley de expropiación individualista en sentido estricto, la española reúne un carácter ambivalente que la hace extremar tanto las disposiciones relativas a la facultad expropiatoria como las que se refieren a la defensa del expropiado. La no prevalescencia de uno de los ejes acarrea la impracticabilidad de una buena parte de sus 128 artículos.

La ley argentina (núm. 21, 499) es la más reciente de las analizadas; su publicación se efectuó el 21 de enero de 1977 bajo el predominio de los gobiernos militares. Su estructura revela, más que en los otros casos que se comentan, la sobrevivencia de elementos procesales civiles asociados a una función importante del Poder Judicial en el desarrollo de las expropiaciones. En términos generales, la argentina puede calificarse como una ley de sentido conservador que exterioriza una tradición jurídica en la que la expropiación no se ha utilizado como un mecanismo político en la composición del propio Estado; por ello, su estructura procedimental no se elaboró pensando en la efectividad y la inmediatez de las expropiaciones en sentido contemporáneo.

Si la ley mexicana destaca por la fuerza que confiere a la potestad expropiatoria y la española por el rigor técnico de sus conceptos, cabe señalar para la ley argentina el carácter conservador, aunque de ninguna manera arcaico.

III. LA EXTENSIÓN DEL OBJETO EXPROPIABLE

La expropiación decimonónica, dominada por el modelo francés, se entendía como un acto de afectación dirigido exclusivamente a los bienes inmuebles. En sus versiones contemporáneas, los actos expropiatorios se dirigen sobre un objeto más amplio; hoy abarcan por regla general tanto bienes muebles como incluso derechos y bienes incorporeales.

La ley mexicana no contiene ninguna referencia expresa al tipo de bienes que pueden resultar objeto de un acto expropiatorio; sin embargo, el artículo décimo, al establecer la forma para calcular el valor que servirá de base para el pago de la indemnización, alude, además de la referencia al valor catastral en el caso de inmuebles, a la necesidad de un dictamen pericial para el caso de *objetos* no registrados en las oficinas rentísticas. De este precepto, la Suprema Corte ha partido para interpretar que nuestro régimen expropiatorio autoriza la afectación de cualquier tipo de bienes e incluso de derechos. Al respecto, pueden consultarse dos ejecutorias: T. L., p. 2568, Amparo administrativo en revisión 605/32, Castellanos Vda. de Zapata, 8 de diciembre de 1936 y T. LXII, p. 3021, Amparo administrativo en revisión 2902/39, Cía. Mexicana de Petróleo “El águila” S. A. y coagraviados, 2 de diciembre de 1939. Estas resoluciones,⁴ que por cierto son de las pocas que contienen criterios interpretativos sobre aspectos de fondo en materia expropiatoria, hasta la fecha no han sido contraídas, y por lo tanto, constituyen la base para afirmar la extensión amplia del objeto expropiatorio en nuestro derecho.

La ley española es muy superior técnicamente a este respecto; en su artículo primero dispone:

Es objeto de la presente ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo treinta y dos del Fuero de los Españoles, *en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos*, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que

⁴ Tomados de Guerrero y Guadarrama (comp.), *La interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, 4 vols., México, UNAM, 1986, t. I, pp. 755-874.

pertenezcan, *acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.*

Quedan fuera del ámbito de esta Ley las ventas forzosas reguladas por la legislación especial sobre abastecimientos, comercio exterior y divisas.⁵

Esta fórmula, con los matices que prevé, precisa prácticamente todas las formas posibles del objeto al que la expropiación puede dirigirse. Como bien observa Eduardo García de Enterría, en el artículo transcrito sólo quedan excluidos algunos derechos personales y familiares, pero en realidad “la ley anuncia una amplísima potestad de sacrificio a favor de la Administración: toda situación jurídica patrimonial, de cualquier naturaleza (real, de crédito, pública, privada) puede ser en principio sacrificada por la Administración; todas son ‘claudicantes’ frente a la potestad expropiatoria”.⁶

La categoría de “intereses patrimoniales legítimos” a la vez que extiende inusitadamente el objeto expropiable, prepara el terreno a la defensa del interés de los sujetos expropiados que no tienen titularidad de la propiedad o de alguno de los derechos reales que la integran. He aquí la gran ventaja de este sistema desde el punto de vista de la equidad que dispone, dado que, cualquiera que por un acto expropiatorio reciba un menoscabo patrimonial, puede eventualmente transformarse en un beneficiario de la indemnización y de esta forma recibir la compensación correspondiente al grado de afectación que hubiere resentido.

Otra ventaja que ofrece el artículo de la ley española es el concepto de expropiación que propone: “privación singular de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos... acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio”. Esta forma de procesar la expropiación a partir del núcleo “privación” permite evitar las interpretaciones erróneas que remiten a este tipo de actos a figuras del origen civil (venta forzosa, cesión impuesta, permuta necesaria), que tan frecuentemente aparecen implicados por la doctrina administrativa en nuestro país, quizá con un afán inexplicablemente eufemístico.

El concepto de “privación” se liga al “sacrificio individual” desarrollado por la doctrina francesa y alemana; su fuerza explicativa data del modo en que excede el sentido de los actos traslativos de dominio, al tiempo que

⁵ Ley del 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (en especial también el párrafo I de la exposición de motivos).

⁶ García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 51.

se encuentra proyección hacia cualquier afectación o menoscabo patrimonial.⁷

El concepto de expropiación que al definir el objeto perfila la ley española, no tiene equivalente en las leyes de México y Argentina. El vacío conceptual que esto origina ocasiona, como se expuso, el extravío interpretativo y las fugas doctrinales a partir de las leyes que la omiten.

En el caso de la ley argentina, hay también definición expresa del objeto expropiable, a saber:

Artículo 4.- Pueden ser objeto de expropiación todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la utilidad pública, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no.⁸

Como en las leyes analizadas con anterioridad, la Argentina opta por una definición amplia del objeto expropiable, excediendo con ello la barrera clásica, que constreñía estos actos a los inmuebles. La particularidad de esta ley consiste en el énfasis que otorga a la vinculación de bienes o derechos afectados con la satisfacción de la “utilidad pública”. Llega incluso a reconocerse (artículo 7) que la declaración de utilidad pública “podrá comprender no solamente los bienes que sean necesarios para lograr tal finalidad, sino también aquellos cuya razonable utilización... convenga materialmente a ese efecto”.⁹

Otra peculiaridad de esta ley estriba en la facultad que confiere al expropiado para el caso de expropiaciones parciales, cuando el remanente del bien no quede en posibilidad de aprovecharse de modo racional, el pedir una ampliación del acto y obtener que le sea expropiada la parte no afectada.

Tanto la ley española como la Argentina prevén la posibilidad de que la expropiación recaiga sobre grupos de bienes; en el primer caso, requiere que el Congreso de Ministros acuerde así la aplicación del procedimiento y que los bienes expropiados sean susceptibles de “consideración de conjunto” (artículo 59). Por su parte, la ley Argentina dispone que la expropiación “también podrá referirse genéricamente a los bienes que sean necesarios para la construcción de una obra o la ejecución de un plan o

⁷ García de Enterría, Eduardo, *Curso de derecho administrativo*, 2 vols., Madrid, Civitas, 1986, t. II, p. 219.

⁸ Laquis, Manuel, *Derechos reales*, 6 vols., Buenos Aires, Depalma, 1983, t. III, pp. 455 y 85.

⁹ *Idem*.

proyecto...” (artículo 5o.). En México, a pesar de que nuestra ley es omisa a este respecto, se han practicado expropiaciones sobre un objeto genérico, como fue el caso, por ejemplo, de la llamada “nacionalización de la banca”, cuyo decreto dispuso la expropiación de distintos tipos de bienes (instalaciones, edificios, activos, fijos, etcétera), sin que haya sido declarada inconstitucional por este motivo, si bien en el amparo que el decreto produjo se argumentó esto como un criterio de violación en perjuicio de los quejosos. Algo análogo había ocurrido antes en la resolución al amparo contra el decreto de expropiación de los bienes de las compañías petroleras; tampoco entonces se declaró inconstitucional el acto.¹⁰

IV. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN EXPROPIATORIA

La ley de expropiación mexicana, que funge como ley federal y como ordenamiento local para el Distrito Federal, sólo hace referencia concreta a dos sujetos en la relación expropiatoria: a) “la autoridad expropiante”, que es el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo de la materia relacionada con el acto, y b) “el expropiado”, a quien la ley siempre interpela como “el propietario afectado”. En un nivel secundario la ley se refiere a “los interesados”, que son a quienes debe notificarse la declaratoria de expropiación, y que podría entenderse que no corresponden necesariamente a la denominación “propietario afectado”, sino también a otras personas con intereses patrimoniales sobre la cosa; sin embargo, en ninguna parte de la ley se establecen previsiones para indemnizar a un sujeto distinto del “propietario afectado”. Ésta es quizá una de las mayores lagunas de la legislación mexicana. En otra parte, la ley alude de manera indirecta a un posible beneficiario distinto del Estado (artículo 19); en esta ocasión la referencia se dirige a la persona cuyo patrimonio se beneficia con el acto expropiatorio; a este sujeto le corresponde cubrir el monto de la indemnización en dichos casos.

Al revisar las leyes locales de expropiación, se encontró que las mismas atribuyen a la facultad de hacer la declaratoria y de fungir como autoridad expropiante al Ejecutivo estatal, y no se refieren en parte alguna a los municipios o a los ayuntamientos, por lo que debe inferirse que estas autoridades carecen de potestad expropiatoria.

La Ley de Expropiación Forzosa española es más prolija en la definición de los sujetos de la relación expropiatoria, y su esquema acusa en general una tendencia menor al centralismo. Este código interpela como sujetos

¹⁰ Véase *supra*, nota 4.

activos del proceso expropiatorio al Estado, a la provincia y a los municipios; como expropiado, a cualquier titular de derechos e intereses patrimoniales legítimos, y como beneficiarios a “las entidades y concesionarios que ostenten legalmente esta condición”, así como “cualquier persona natural o jurídica” a la que la ley especial le otorgue este carácter.

Para Eduardo García de Enterría, “la distinción entre las figuras de expropiante y el beneficiario, es una notable novedad de (aquella) ley, que por cierto no es formulada con el mismo alcance sistemático por ningún otro derecho positivo”.¹¹ La distinción de referencia parte del reconocimiento que la expropiación puede favorecer de manera inmediata a un sujeto distinto que el Estado, la provincia, o el municipio, es decir, a un grupo o clase social determinada. Esta proposición está ya perfilada en la legislación mexicana, aunque ciertamente no con el mismo grado de precisión que tiene el ordenamiento español.

En la ley argentina, el sujeto expropiante puede ser el Estado nacional, la municipalidad de Buenos Aires, las entidades autárquicas, nacionales y las empresas del Estado nacional, si están facultadas para ello en sus respectivas leyes orgánicas (véase artículo 2). Confrontada esta situación con la que genera la legislación mexicana, resulta obvia la diferencia, porque en nuestro derecho ninguna entidad paraestatal está facultada para realizar por sí misma las expropiaciones.

Así también, en el caso de la legislación española, los denominados por la doctrina de aquel país como “entes territoriales” se encuentran marginados de la potestad expropiatoria. Para García de Enterría, “la atribución única de la potestad de expropiar a las entidades administrativas territoriales no puede estar más justificada. Sólo ellos representan los fines generales y abstractos de la Administración”.¹²

Otra novedad escandalosa dentro de la ley argentina se concreta en la facultad que dicho ordenamiento otorga a los particulares *para actuar como sujetos expropiantes* “cuando estuvieren autorizados por la ley o por acto administrativo fundado en la ley” (véase artículo 2). Esta disposición se aparta del plano de la tradición expropiatoria tanto mexicana como española, y posiblemente se debe más a una confusión de roles del sujeto expropiante y del beneficiario, que a una verdadera intención política de autorizar la expropiación entre particulares; porque en el caso planteado, éstos resultarían revestidos de una función que hasta ahora la lógica del derecho administrativo ha reservado exclusivamente a las autoridades.

¹¹ García de Enterría, Eduardo, *Los principios...*, cit., pp. 46-48.

¹² *Ibidem*, p. 47.

V. LA EXPROPIACIÓN DE CARA A LA DIVISIÓN DE PODERES

Para redondear las ideas en torno al aspecto subjetivo de la relación jurídica expropiatoria, cabe tener presente que los énfasis competenciales matizan en cada caso la intervención del sujeto expropiante: en México, por ejemplo, la autoridad que lleva a cabo el acto desarrolla su función en un ámbito que sólo se acota para las determinaciones genéricas del Poder Legislativo —local o federal— que establece tipos paradigmáticos de las causas de utilidad pública. En nuestro país, al no existir la institución de las “leyes expropiatorias especiales”, corresponde al Ejecutivo —central o local— declarar la utilidad pública a partir de un juicio de atipicidad que demuestre la coincidencia entre una determinada situación de hecho y la previsión genérica del Legislativo que define hipotéticamente la utilidad pública. Nuestro Ejecutivo entonces es quien realiza la interpretación y la valoración de las situaciones que deben hacer operar el dispositivo expropiatorio; la ley es un mero referente general delineado por tipos prácticamente abiertos.¹³

El Poder Judicial participa precariamente en la expropiación; sólo en los casos de inconformidad por el monto de la indemnización o por ausencia del registro catastral del objeto expropiable. La capacidad de revisar constitucionalmente los actos expropiatorios se ha ejercido con mucha parquedad por parte del Poder Judicial, el cual, generalmente se ha negado a revisar tanto la facultad legislativa de fijar genéricamente los tipos que definen la utilidad pública como la pertinencia de las declaratorias del Ejecutivo, lo que implicaría —en ambos casos— revalorar las situaciones y rectificar los actos ejecutados por otros poderes, siguiendo un mandato constitucional. La gran mayoría de las ejecutorias de la Suprema Corte se dirigen a establecer criterios sobre requisitos formales del proceso expropiatorio, o bien, a señalar en bloque la necesidad de que concurren los requisitos que la Constitución establece para expropiar, es decir, que exista una causa de utilidad pública que motive y una indemnización que compense; lo que no se hace es juzgar si en tal caso la causa de utilidad pública invocada tuvo o no justificación. Asimismo, tampoco se encuentran ejecutorias que pretendan cuestionar o revisar el nexo causal entre la necesidad colectiva que se produce y la idoneidad de los bienes expropiados para satisfacerla. En México, dicho sintéticamente, la expropiación sobre todo es un acto político que lleva a cabo el Ejecutivo actuando dentro de un margen muy amplio de discrecionalidad.

¹³ Fernández del Castillo, Germán, *La propiedad y la expropiación*, México, Escuela Libre de Derecho, 1987, Redd. Conm., pp. 83 y ss., en esp. parágrafo 60.

En España, los énfasis competenciales son distintos. La autoridad administrativa acuerda la expropiación autónomamente sólo en algunos casos. Por ejemplo, la causa de utilidad pública se entiende implícita en relación con bienes inmuebles en los planes de obras y servicios del Estado, provincia o municipios. En los supuestos previstos de manera genérica en las leyes como causas de utilidad pública, la expropiación requiere hacerse por acuerdo del Consejo de Ministros. En casos de expropiaciones de inmuebles que no son objeto de una declaración genérica ni se realizan en ejecución de alguno de los planes o servicios apuntados, se requiere “ley especial” para poder llevar a cabo el acto por parte del Ejecutivo. Lo mismo sucede con los actos que se dirijan contra bienes muebles, salvo que las expropiaciones se autoricen para una categoría o clase especial de bienes, en cuyo caso basta con el acuerdo del Consejo de Ministros (véase artículos 10-12).

Declarada la utilidad pública o el interés social por los métodos antes señalados, la autoridad administrativa debe acordar sobre la necesidad concreta de ocupar el bien o adquirir los derechos que sean indispensables para lograr el fin de la expropiación. A pesar de que el Poder Judicial no interviene de manera inmediata en la revisión del acto que fija el monto de la indemnización, las inconformidades se canalizan a jurados *ad hoc*, que reciben el nombre de “jurados provinciales de expropiación”. La integración de estos órganos es plural y admite tanto representantes de las dependencias administrativas (3), como otros representantes sociales (sindicatos y colegios de notarios). Además, todas las resoluciones del proceso pueden ser impugnadas por la vía contencioso-administrativa.

En Argentina, la expropiación siempre se realiza por ley especial que declara la utilidad pública en el caso que se pretende llevar a cabo. Al sujeto expropiante le corresponde invariablemente, por ejercicio de acción judicial, demandar la ocupación del bien o el ejercicio del derecho de que se trate. La tramitación se hace en juicio sumario, y las partes tienen la facultad de interponer todos los recursos que admite el Código Procesal Civil. La expropiación es perfecta sólo cuando “se ha operado la transferencia del dominio al expropiante mediando sentencia firme, toma de posesión y pago de la indemnización” (artículo 29). Es en este sistema en el que se encuentran límites mayores a la función del Poder Ejecutivo y, en cambio, en el que los poderes Legislativo y Judicial ven su competencia acrecentada.

Confrontar el proceso expropiatorio con la lógica de la teoría de la división de poderes nos permite esclarecer que en México la fuerza de expropiación se vincula de manera simbiótica con la fuerza del Ejecutivo;

ello nos remite a las peculiaridades de un modelo constitucional en el que la “propiedad originaria” de la nación sobre los bienes apropiables del territorio es el principio medular que coloca al Estado, y dentro del Estado, al Ejecutivo como un verdadero árbitro de la propiedad.

La ley española, en cambio, revela la idea de un Ejecutivo menos pleno en su rango discrecional, que, sin embargo, en la práctica ha desbordado los límites que el código expropiatorio le impone, practicando cada vez con más frecuencia actos de afectación patrimonial al amparo de la institución de la “ocupación urgente”. Así, lo que la ley española previno como excepción, en realidad ha terminado por convertirse en la regla.

Por lo que toca al caso argentino, las expropiaciones con un sentido nacionalizador son prácticamente inexistentes, por lo que los actos que realizan generalmente se constriñen al sentido de la obra y del servicio público, la ausencia de un carácter político de la expropiación en aquel medio sugiere por qué estos actos acontecen con una mecánica de carácter conservador.

VI. EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

Una idea consustancial al sacrificio de intereses individuales afectados por la expropiación es la de compensar al afectado por el menoscabo patrimonial que recibe. A pesar de que la institución expropiatoria ha variado su sentido con el tiempo, la exigencia de indemnizar se mantiene como una exigencia constitucional en todos los países occidentales. Expropiación e indemnización son dos conceptos cuya mancuerna se estrecha con el surgimiento del Estado de derecho y se proyectan como una necesidad permanente de equidad en los actos de afectación forzosa que realizan los sujetos expropiantes. La indemnización es una garantía reconocida a los titulares de un patrimonio que los asegura contra la eventualidad expropiatoria; su necesidad proviene de compensar el sacrificio. La *ratio legis* de la indemnización consiste en perpetuar el interés patrimonial más allá del objeto concreto sobre el que recaen las facultades del titular; se finca en la idea de preservar el derecho de propiedad o los intereses legítimos sobre una cosa o un derecho, aún cuando el objeto expropiable cambie su destino en virtud de una determinada necesidad o decisión colectiva. La compensación pecuniaria rehabilita en la medida de la utilidad económica del dinero. La ley de expropiación mexicana contiene en realidad pocas garantías para el pago de la indemnización a los afectados. Por principio de cuentas, no prevé la posibilidad de indemnizar sujetos distintos del “propietario afectado”, como ya hemos referido. La base para calcular el monto

de la compensación es, en el caso de los inmuebles, el valor del registro catastral, que de ninguna manera refleja las condiciones reales del valor comercial y, por lo mismo, no es un principio muy confiable para sostener la equidad en los actos expropiatorios. En el caso de muebles y de mejoras efectuadas a los inmuebles después del registro, la determinación de la indemnización deberá quedar a criterio de la autoridad judicial, que está obligada a recibir opiniones de peritos: uno por cada parte y un tercero en los casos de discrepancia. Lo mismo prevalece para los casos de ocupación temporal (véase artículos 18 y 19).

Una cuestión particular del régimen expropiatorio mexicano, que data de nuestro anecdotario constitucional, y particularmente de la rectificación de la carta fundamental de 1857, es la utilización del término *mediante* para referirse al pago de la indemnización que consigna el segundo párrafo del artículo 27 constitucional. El término “mediante” carece de connotación temporal directa; sin embargo, al haber sustituido el “previa” de la carta anterior sugiere la intención de no limitar el pago de la indemnización de las expropiaciones al momento anterior a la realización del acto. El Congreso de la Unión así interpretó este asunto, y la ley de expropiación vigente dispuso que “el importe de la indemnización será cubierto por el Estado, cuando la cosa expropiada pase a su patrimonio”; y más adelante, que “la autoridad expropiante fijará la forma y los plazos en que la indemnización deberá pagarse, las que no abarcarán nunca un período mayor de diez años” (véase artículos 19 y 20). Estos preceptos son demasiado generales para conservar la razón de equidad que mueve a la indemnización; la ley no sólo permite el pago diferido, sino que omite cualquier tipo de referencia a justificar dicho diferimiento por parte de la autoridad expropiante. Entre las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia no faltan las que han pronunciado la inconstitucional aplicación de la ley por este concepto.¹⁴ En los últimos años, el caso más citado es el de la llamada “nacionalización bancaria”; en este asunto el decreto expropiatorio previó la situación de pago diferido en forma general y vaga. Por acuerdo posterior (*Diario Oficial de la Federación*, 4 de julio de 1983), el Ejecutivo Federal dispuso, creando un procedimiento especial para el pago de la indemnización más favorable al que la ley concede, que: a) la indemnización la fijaría un “Comité Técnico de Valuación”; b) que se autorizaba emisión de bonos para el pago de la indemnización; c) que dichos títulos deberían cubrir también intereses calculados de acuerdo con los promedios de los rendimientos máximos bancarios, generados por depósitos en moneda nacional a plazo

¹⁴ *Op. cit.*, nota 4.

de 90 días. En este acuerdo —que da origen a un régimen paralegal en la materia— se perfila la intención política de resarcir al grupo social que resultó expropiado, y se evidencia también la necesidad de actualizar al sistema de pagos regulado en la Ley de Expropiación, otorgando al mismo parámetro objetivos precisos e identificables.

La ley española es más enfática en las garantías al expropiado; exige, salvo el caso de expropiaciones vigentes, que la indemnización se pague a más tardar a los seis meses fijado el precio justo, para cuya determinación esta ley otorga criterios muy precisos, e incluso concede competencia al “jurado provincial de expropiación” que opera como órgano tasador. Hasta que la indemnización no se pague es imposible verificar la ocupación del bien o el ejercicio del derecho de que se trate. Este procedimiento tan certero, ha resultado sin embargo de muy dudosa funcionalidad, lo que ha provocado la trasgresión frecuente de las autoridades expropiantes, e incluso su elusión a través de las formas de expropiación forzosa.

De la ley hispana conviene destacar la participación que se otorga al afectado para efectuar un aprecio propio del valor de los bienes o derechos afectados; éste es un dato del que carece la legislación mexicana, que sólo concede al afectado inconforme la posibilidad de tasar a partir del juicio del perito que proponga.

En el ordenamiento argentino, la indemnización siempre debe cubrirse de modo previo a la ocupación del bien. Su monto incluye además del “valor objetivo” de bien, “los daños que sean consecuencia directa inmediata de la expropiación”; asimismo, en el importe se tendrá que considerar la depreciación de la moneda y los intereses que genere (artículo 10). En caso de inconformidad de las partes, el valor lo fija el juez que conoce la causa, quien requerirá, además de los elementos probatorios que se le aporten, un dictamen del Tribunal de Tasaciones de la Nación. Tratándose de inmuebles, el expropiante recibirá la posesión del juez en cuanto deposite el monto de la valuación que al efecto practique el Tribunal de Tasación de la Nación (véase artículo 22). En el caso de muebles, se debe consignar, para poder ocuparlos, el valor que determinen las oficinas técnicas designadas *ad hoc* (artículo 25 en relación con el 13).

VII. LA TENDENCIA IRREGULAR DE LAS EXPROPIACIONES

Las tres leyes analizadas prevén un tipo de expropiación abreviado para casos de urgencia especialmente calificados: la ley mexicana los regula como situaciones en que se autoriza la ocupación inmediata del bien (véase artículo 1o., fracciones V, VI y X, y la referencia en el artículo 8o.);

la ley española conoce la figura de “la urgente ocupación de los bienes afectados”, que también autoriza la ocupación inmediata; por su parte, el ordenamiento argentino hace referencia a las expropiaciones irregulares, a través de las cuales se lleva a cabo la ocupación de bienes sin haber sorteado el procedimiento judicial; en estos casos, el expropiante se exceptúa de la necesidad de la reclamación administrativa previa.

Como en casi todas las materias expuestas, la ley mexicana es la que ofrece menor posibilidad de defensa al afectado ante estas ocupaciones inmediatas; las leyes de España y Argentina conservan en estas situaciones, mecanismos parciales de defensa, que permiten a los expropiados, al menos ajustar con equidad el monto de las indemnizaciones.

Tanto en México como en España, éstas, que parecen vías excepcionales e irregulares, son las que siempre se eligen para consumir las expropiaciones importantes. Las autoridades que fungen como sujetos activos buscan acogerse a los beneficios de la discrecionalidad y la omisión de trámites que estas causas calificadas ameritan. Muchas veces la realidad se violenta para hacer aparecer determinados hechos como típicos de las expropiaciones de urgencia. Obviamente, la eficacia de estos actos es mayor desde el punto de vista que persiguen las autoridades expropiantes; sin embargo, no debe dejarse de reconocer que la generalización, a veces falsa de estos actos, desvirtúa el espíritu de las leyes expropiatorias y colabora, cada vez con mayor claridad, a alejar los actos expropiatorios de las zonas competenciales restringidas que caracterizan al Estado de derecho en sus manifestaciones clásicas.

Quedan muchos aspectos dignos de cotejo y de análisis comparativo a las leyes que se seleccionaron; no obstante, su desarrollo excede los propósitos elementales y sintéticos de este trabajo; por lo tanto, han de reservarse para una ocasión más adecuada.

EL DERECHO ECONÓMICO: UN NUEVO ESPACIO METODOLÓGICO PARA LA REFLEXIÓN JURÍDICA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho económico: ¿derecho de la crisis?* III. *Las categorías “mercado” y “monopolio” como límites que acotan el espacio, la función y los problemas del derecho económico*. IV. *El derecho económico y las áreas de conflicto*. V. *La dialéctica del fondo y de la forma ¿define la relación entre política económica y derecho económico?* VI. *Los primeros elementos de la nueva “razón económica del Estado”*. VII. *Constitución política y Constitución económica*. VIII. *Apunte final*.

I. INTRODUCCIÓN

Los fenómenos sociales reúnen invariablemente un carácter complejo y no siempre sus manifestaciones externas revelan a primera vista el sentido de sus relaciones internas.¹ Por ello, lo particular sólo puede fungir en el análisis como un momento y un recurso, pero nunca como propósito final. El sentido de lo específico proviene de la totalidad, de la forma en que lo especial acciona sobre ésta y del modo en que todos los elementos particulares se encuentran presentes en cada uno de los otros componentes del conjunto.

Al asumir la premisa anterior, la tarea científica deberá plantearse como objetivo fundamental, resolver la falta de coincidencia directa que existe entre la manifestación fenoménica de un sector de la realidad —que el sujeto aprehende en el pensamiento ordinario como representación exclusiva de los hechos— y su comprensión integral, que necesariamente se

* Publicado en: Witker V., Jorge, *Lineamientos metodológicos y técnicos para el aprendizaje del derecho*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, pp. 49-90.

¹ Kosik, Karel, *Dialéctica de lo concreto*, pról. de A. Sánchez Vázquez, México, Grijalbo, 1976, p. 37.

vincula al intento metodológico de trascender la apariencia y de evidenciar lo esencial recomponiendo para ello la complejidad del objeto.²

De lo expuesto resulta que cualquier análisis de lo normativo deba realizarse con la intención invariable de conceder prelación al contenido social que dichas normas se propongan regular, de tal modo que el producto del análisis sea conocimiento jurídico en lo inmediato y conocimiento social en lo mediato.

Al seguir una orientación contraria a la anterior, los pensadores modernos, como es el caso del kantismo, enfatizaban y practicaban obsesivamente la especialización.³ Por citar dos casos, tanto la escuela neoclásica en el espacio de la reflexión económica como la teoría pura del derecho en el ámbito jurídico, son ejemplos indubitables de enfoques que se deslizan por las vertientes del particularismo y de la simplificación. En ambos modelos la “depuración”, es decir, el proceso de aislamiento disciplinario de sus respectivos objetos, constituye el aspecto principal de sus tareas; para los dos paradigmas el sujeto social se reduce a sus manifestaciones voluntarias: el “consumidor” de la escuela neoclásica y el “sujeto jurídico” de la teoría pura se encuentran y se corresponden en el mutuo carácter abstracto, situación inmaterial que los sitúa al margen de toda posible determinación y que los enlaza con su antecedente común: el salvaje del Estado natural de Locke y de Rousseau.⁴

Las consecuencias epistemológicas de los modelos “especializadores” admiten una evaluación en un doble sentido, porque si por una parte se consideran motivo de gran desarrollo técnico en los campos del conocimiento donde se han probado, por otra significan el sacrificio del carácter integral y de la especificidad que son consustanciales a los procesos históricos.

² Marx, Karl, *El capital*, trad. de W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, t. III, p. 757

³ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, trad. de M. Nilve, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1970, en esp. la introducción.

⁴ “Para comprender bien en qué consiste el poder político y para remontarnos a su verdadera fuente, será forzoso que consideremos cuál es el estado en que se encuentran naturalmente los hombres... un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural...” (Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Lázaro Ros, Madrid, Aguilar, 1969, cap. II, p. 5), “Esta libertad común es consecuencia de la naturaleza humana. Su principal ley es velar por su propia conservación, sus primeros cuidados son los que deben a su persona. Llegado a la edad de la razón, siendo el único juez de los medios adecuados para conservarse, conviértase por consecuencia en dueño de sí mismo” (Rousseau, J. J., *El contrato social*, intr. de Raúl Cardiel, México, UNAM, 1978, p. 7).

Dentro de la ciencia jurídica, por ejemplo, son innegables los procesos técnicos que los procedimientos exegeticos han llegado a reportar. ¿Quién estaría en situación de cuestionar sus aportaciones a la sistematización del derecho privado, a la teoría constitucional o a las técnicas legislativas y procesales? Pero si éstos han sido los aciertos otras son también las omisiones.

Resulta obvio que el derecho no acontece aislado en el curso histórico de la sociedad. Sus progresos, su forma, pero sobre todo su sentido, obedecen también a la relatividad de la circunstancia en la que lo normativo existe; dejar de atender en la parte sustancial del análisis de las variables políticas, económicas y sociales que en el derecho influyen, es renunciar de entrada a comprender y a explicar la razón histórica de los fenómenos jurídicos.

Si la sociedad no cambiara, o si la organización política fuera inmutable, el camino de los modelos científicos “especializadores” sería necesariamente correcto. En esta perspectiva, el jurista —como científico del derecho— daría plena satisfacción a sus tareas, dedicándose a pulir hasta la exquisitez los instrumentos técnicos de lo normativo.

Sin embargo, la realidad social cambia y la dinámica de la historia alcanza necesariamente al derecho. Los fundamentos jurídicos se forman y se transforman conforme la sociedad se modifica. Si se observa el criterio de los “especialistas”, este proceso —que da cuenta de la relación entre el derecho y la sociedad— quedaría completamente al margen de la ciencia jurídica; para ellos, la única tarea consiste en fijar la positividad del objetivo, desestima su génesis y su dinámica. Con esta actitud se corre el riesgo de teorizar para un derecho que no existe.

La eliminación metódica de las variables “ajenas” al derecho, acarrea un vacío teórico que deja al conocimiento jurídico a un paso de la ingenuidad política y de la incompreensión económica, que coloca al jurista muy cerca del cinismo en el plano de la ética.

Del mismo modo en que se consideró conveniente apartarse de las soluciones formalistas a los problemas jurídicos contemporáneos, es también recomendable prevenirse contra las perspectivas analíticas que obedecen a determinismos lineales; porque así como el derecho no es sólo su expresión positiva, tampoco es una proyección inmediata de la moral, de la economía o de la política, por sólo apuntar el curso de los enfoques reduccionistas más frecuentes. Un sociologismo mecánico como el que propone Ihering en el *Fin del derecho*, no resuelve el problema de aprehensión correcta del objeto jurídico; toda vez que la sociedad rígida que este autor presenta, movida por el empuje de las “palancas sociales”, es sólo una caricatura de inspiración newtoniana, que de ninguna manera respeta el carácter

histórico de los procesos sociales.⁵ Conocer al derecho en su vinculación social implica confrontar los fenómenos normativos con el curso de procesos históricos determinados y genuinos, no con una simplificación ingenua, pero mal lograda de éstos.

Los enfoques formalistas y todos aquellos que puedan calificarse de “reduccionistas” adolecen de un defecto común: omiten la consideración de elementos que a la postre resultarán necesarios para la explicación cabal del fenómeno jurídico.

Al ser el fenómeno social en su conjunto un complejo sistema de sistemas —donde lo jurídico se incluye—, toda abstracción de elementos interactuantes resulta aventurada.

La refutación más contundente de los modelos cognoscitivos de enfoque parcial nos la proporciona la misma realidad, sobre todo los acontecimientos acaecidos en el curso de los últimos cien años, en los que se adoptaron transformaciones estructurales importantes en la conformación sustancial de las sociedades occidentales.

El advenimiento paulatino del monopolio como fenómeno dominante en la constitución estructural contemporánea y la cada vez más acentuada transnacionalización de las relaciones sociales en general, desencadenan, además de numerosos ajustes geopolíticos; un proceso de crisis que afecta las instituciones culturales y compromete el carácter referencial de los principios liberales sobre los que se construyó el mundo moderno.⁶

Uno de los datos que de manera más evidente testimonia las transformaciones contemporáneas, es la función económica que el Estado desempeña, sobre todo en las formaciones nacionales de carácter dependiente. Este nuevo ejercicio estatal rectifica de manera importante la imagen de la sociedad moderna, cuyo espacio por excelencia se consideraba el del intercambio privado.

Vinculada a los fenómenos anteriores, la crisis económica actual ha difundido sus efectos en el espacio social, catalizando los ajustes institucionales y el incremento *no voluntario* de los aparatos y las funciones estatales.⁷

Con esto, el derecho no permanece ajeno a la grave transición que la sociedad contemporánea verifica. Los órdenes jurídicos cimentados sobre

⁵ Ihering, Rudolf, *El fin del derecho*, trad. de Diego A. de Santillán, México, Cajica, 1961, en esp. párrafo 13.

⁶ Baran y Sweezy, *El capital monopolista*, trad. de Arminda Chávez, México, Siglo XXI, 1979, en esp. caps. VII y X.

⁷ Cerroni, Humberto, *La teoría de las crisis sociales en Marx*, trad. de Mariano Arias, Madrid, Comunicación, 1971, en esp. párrafo 13.

las bases del racionalismo y del liberalismo clásico, han resentido el surgimiento de numerosas leyes y disposiciones cuya naturaleza no tipifica en los cánones de la sociedad moderna. Los tres pilares fundamentales de los sistemas jurídicos de inspiración dieciochesca son: la propiedad, la libertad y la igualdad, se encuentran drásticamente relativizados en los actuales sistemas de derecho positivo. El eje mismo del derecho moderno —la voluntad autónoma— ha perdido paso a paso su significado. La voluntad individual fue desentronizada por la legislación de orden público; desplazada por la imposición monopólica y en muchos casos sustituida por la voluntad estatal, expresada fundamentalmente a través de la planeación como una especie de razón económica de Estado.

El mito liberal que se erigió bajo la consigna de la igualdad ante la ley, paulatinamente se dejó de utilizar por el ritmo de la presión social, la cual se expresa en un amplio proceso de *lege ferenda*, mediante el cual, el principio de la desigualdad material de los sujetos sociales se incorporó a la estructura formal de los sistemas jurídicos contemporáneos. Hoy el derecho laboral, el derecho de protección al consumidor o el que regula a nivel internacional la transferencia de tecnología, asumen como presupuesto el de la desigualdad de los sujetos actuantes.

Al restringirse cada vez más la esfera privada, donde sólo la voluntad individual campeaba, la nueva normatividad social conforme con las normas que regulan la “intervención” del Estado en la economía, un nuevo sustrato jurídico, cuya coexistencia con el viejo sustrato liberal, resulta evidentemente problemático para sostener el carácter sistemático que a los órdenes jurídicos se les atribuye, por lo menos desde la época del racionalismo.

Es indiscutible que el reconocimiento constitucional al derecho de nacionalización apareja ambigüedad cuando se le contrasta con la garantía de libertad ocupacional o de libre empresa como también se le conoce, ni cabe duda de que la misma envoltura liberal que el orden jurídico moderno proporciona a las formaciones nacionales contemporáneas es, en buena medida, incongruente con la realidad monopólica que a éstas corresponde. Precisamente en el área de atenuación de la contradicción apuntada el derecho económico se produce y deviene un sustrato jurídico de transición, cuyo tiempo coincide contradictoriamente tanto con el sustrato normativo liberal como con la nueva realidad intervencionista, donde se admite que los ajustes de la sociedad civil —léase del proceso de acumulación de capital— se verifiquen a partir del ejercicio político del Estado.

Como es fácil colegir, la complejidad del proceso expuesto supera por mucho las posibilidades analíticas de un procedimiento exegético, y ante

esta situación, los juristas tenemos una disyuntiva clara: seguimos practicando los regodeos formales, que son tan caros al ingenuísimo disciplinario del derecho, o bien se aprovecha la situación para replantear el objeto de la ciencia jurídica y so pretexto del análisis de la nueva legislación de contenido económico, aventuramos una reformulación completa de los enfoques de la reflexión jurídica, convirtiéndola de paso en una aportación funcional para la resolución de los problemas contemporáneos.

Para ser congruentes con lo expuesto hasta aquí, el estudio del derecho económico debe plantearse reconstruyendo el proceso material que lo motiva, sin insistir demasiado en los problemas “taxonómicos” de la ciencia jurídica tradicional. No se trata pues de probar que la nueva normatividad de contenido económico es una *rama* autónoma del derecho, sino de subrayar su función y su sentido dentro de la novedad de los procesos materiales que regula.

II. DERECHO ECONÓMICO: ¿DERECHO DE LA CRISIS?

El Estado moderno existe fundamentalmente como Estado político, como instancia que al especializarse en la función de gobierno se escinde de la sociedad civil, la cual en esta perspectiva, resulta el espacio donde los intereses materiales de los sujetos privados se realizan.⁸

En el esquema teórico del liberalismo, al Estado se reserva *de manera exclusiva* la función política, mientras que a la sociedad civil corresponde —a través de los sujetos sociales individualmente considerados— la gestión económica. En esta misma línea, el Estado significa la aglutinación final de los sujetos sociales, la instancia de unidad que identifica nacionalmente a los particulares, al tiempo que la sociedad civil es el ámbito de los diversos, donde el aislamiento de los sujetos garantiza el libre despliegue de su voluntad autónoma, de este modo, queda situada más allá de todo condicionamiento gremialista o corporativo.

Individuo y Estado aparecen como los dos polos fundamentales de la relación política en el planteamiento liberal, así “se supera” cualquier enfoque que pretendía subrayar el carácter conflictivo de las relaciones políticas, como por ejemplo, el análisis que enfatiza la división de la sociedad en clases y el carácter contradictorio de esta vinculación. Como instancia homogénea el Estado reivindica la esencia de lo individual, los derechos fundamentales del hombre abstracto.

⁸ De Giovanni, Biagio, “Marx y el Estado”, *Teorías marxistas de la política*, México, Cuadernos Pasado y Presente, num. 89, 1981, en esp. parágrafo 4, pp. 45 y ss.

Los principios liberales constituyen el trasfondo ideológico principal del derecho moderno. El constitucionalismo occidental recoge como base de estructuración la división de la sociedad en un espacio público y otro privado. A la sociedad civil le corresponden las normas que regulan la actividad individual, y al Estado aquellos principios de organización que constriñen su ejercicio —en tanto Estado de derecho— al ámbito competencial que las mismas normas le demarcan, siguiendo el principio de legalidad o atribuciones expresas, el cual funge como parteaguas jurídico en la división de los espacios sociales.

Todo ceñimiento del ejercicio estatal tiene como razón de fondo preservar el espacio civil sin injerencias políticas; para ello, el orden jurídico proporciona un mecanismo correlativo al principio de legalidad, que se contiene en los capítulos dogmáticos de los textos constitucionales y que, como conjunto de derechos públicos subjetivos, componen una esfera de protección para cada individuo donde el poder público no debe perpetrar.⁹

Cuando Adam Smith caracterizó la función del Estado en la *Riqueza de las naciones* mencionó:

Según el sistema de libertad natural, el soberano únicamente tiene tres deberes que cumplir, los tres muy importantes, pero claros e inteligibles al intelecto humano: el primero, defender a la sociedad contra la violencia e invasión de otras sociedades independientes; el segundo, proteger en lo posible a cada uno de los miembros de la sociedad de la violencia y de la opresión de que pudiera ser víctima de parte de otros individuos de esa misma sociedad, estableciendo una recta administración de justicia; y el tercero, la de exigir y mantener ciertas obras y establecimientos públicos cuya erección y sostenimiento no pueden interesar a un individuo o a un grupo pequeño de ellos, porque las utilidades no compensan los gastos que pudiera haber hecho una persona o grupo de estas, aun cuando sean frecuentemente muy remuneradoras para el gran cuerpo social.¹⁰

Los entrelaces entre los espacios sociales sólo deben ocurrir en los aspectos políticos y en los de seguridad. El sufragio y la gestión administrativa son las dos formas de intersección admitidas: el poder público puede injerir en la esfera privada para proteger tanto la integridad nacional como la individual; los sujetos privados accionan en la esfera pública sólo de un

⁹ Cfr. Sánchez Medel, Ramón, “Las reformas demolitarias de la Constitución”, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, núm. 8, 1984, pp. 589-591.

¹⁰ Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, trad. de E. Canon, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 612-613.

modo mediato, cuando su voluntad, a partir del sufragio, se despliega a través de los procesos electorales y de la creación de la ley.

El sujeto privado, según los principios del constitucionalismo moderno, se encuentra desgravado de realizar las tareas de aseguramiento personal y las de gestión política. La facultad de hacerse representar le confiere —como lo menciona Cerroni— la autonomía necesaria para dedicarse íntegramente a las transacciones económicas.¹¹ Dicho sujeto es fundamentalmente un *homo economicus*, como lo describió Smith, y sólo de manera indirecta, un gestor de los intereses políticos de su medio social.

Esta visión compartimentada de la sociedad y de la acción de los sujetos que la componen implica un reconocimiento principal del que los autores liberales parten: es del espacio del mercado —que muy bien podemos hacer coincidir con el de la sociedad civil— de donde proviene la fuerza interna que espontáneamente impulsa a la sociedad al equilibrio. La sociedad civil se autorregula a través del intercambio privado, que siempre obedece al movimiento egoísta de los sujetos, cuyo afán de lucro —*leit motiv* general del sistema— ocasiona, por efecto natural, el beneficio de todos.

El Estado no es el equilibrador social como lo quieren algunas interpretaciones contemporáneas; es simplemente un aparato coactivo cuya función se subordina al proceso espontáneo del mercado y cuyo manejo no corresponde a los criterios de rentabilidad que orientan los espacios civiles.

Cabe aclarar que cuando se utiliza el término “mercado”, la referencia se hace no sólo al espacio físico del intercambio de bienes y servicios, sino que alude al conjunto de relaciones sociales que se codifican a partir del intercambio. Mercado, en el sentido que aquí se utiliza, corresponde a la explicación del conjunto social a partir de la esfera de la circulación de mercancías y a la idea de sociedad civil como ámbito de relación de los intereses materiales privados.

Mientras la regulación normativa de la vida privada es simplemente la institucionalización convencional de los procesos mercantiles, la regulación de la actividad estatal es el modo jurídico de acotar la acción —posiblemente arbitraria— de un aparato artificial, para que su ejercicio no comprometa el orden espontáneo del mercado, que resulta también el orden jurídico de la actividad privada.

En el derecho moderno coincide así el sentido del proceso “natural” de la sociedad con el actuar de los sujetos sociales que las normas garantizan; el efecto mercantil —a través del mecanismo congressista de creación de

¹¹ Cerroni, Humberto, *La libertad de los modernos*, trad. de R. de la Iglesia, Madrid, Martínez Roca, 1972, pp. 91 y ss.

leyes— se transforma también en el querer individual de los sujetos. Lo normativo deviene mecanismo institucionalizador que coacciona conductas individuales para hacerlas coincidir con el curso del proceso “natural” de la sociedad.

La relación mercantil es una vinculación competitiva, que en cuanto tal supone autonomía de los sujetos y una igualdad potencial que la conserve.

El ajuste privado de intereses, para fungir sobre bases seguras, se lleva a cabo a través de mecanismos jurídicos de contratación. El contrato —igual que la competencia— supone el desplazamiento voluntario de los sujetos sociales, y su igualdad ante la ley. La igualdad jurídica implica asimilación en la categoría mutua de propietario y en la capacidad libre del ejercicio voluntario.¹²

La esfera donde se produce la circulación mercantil y el derecho racionalista de los códigos modernos deja de ver el total de los elementos sociales que influyen en el campo de las relaciones económicas. Concretamente, la igualdad potencial y legal de los agentes —necesaria para explicar un medio social sin relaciones de dependencia como el feudal— desorienta sobre la verdadera condición material de los sujetos sociales. Tan es así, que el sistema mercantil a cuyo modelo se hace referencia en este numeral, no se encuentra en forma pura en ninguna de las formaciones nacionales que se conocen. La falsa igualdad tarde o temprano conlleva a su desmitificación, al análisis de la desigualdad real, cuyo dato más palpable es la consolidación del monopolio como forma de agregación económica dominante en el mundo contemporáneo.

Un trato político neutral siempre es el modo de favorecer a los capitales más aptos que existen en un determinado medio social. Resulta la manera de ahondar las desproporciones que a la postre e indefectiblemente eliminan los efectos benéficos que los autores atribuyen a la competencia.

Desde el último cuarto del siglo pasado, la realidad de las economías occidentales comenzó drásticamente a dejar de coincidir con el modelo del libre cambio. Cada vez más los desequilibrios generados por un mercado desvirtuado por el influjo de la concentración y la centralización de capitales fueron requiriendo de una participación mayor —y sobre todo más evidente— del Estado en la generación de condiciones para la reproducción material de las respectivas sociedades.¹³

¹² *Ibidem*, pp. 69 y ss.

¹³ Altvater, Elmar, “Notas sobre algunos problemas del intervencionismo de Estado”, *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, México, Siglo XXI, 1976, pp. 88-133.

En particular en la primera mitad del siglo que transcurre, la realidad de la *crisis* hizo patente un número considerable de reflexiones sobre el ocaso del mercado como principal codificador de las relaciones sociales contemporáneas. Crisis es un concepto que alude a deficiencias funcionales dentro de un sistema, que revela las dificultades estructurales que las generan y que indica el curso de la transición que dichas insuficiencias necesariamente ocasionan.¹⁴

En este caso, la crisis a la que se hace referencia es la del mercado, mecanismo que perdió el carácter regulador de la vida social que en algún momento y en algunas formaciones nacionales le pudo ser atribuido.

Las causas estructurales de la crisis escapan a los alcances del presente trabajo, sin embargo, su evidencia sí puede ser tratada como concluyente. El predominio del monopolio, cuya noción no restringe a su sentido jurídico, sino que abarca toda fuerza económica concentrada, que por su situación de predominio o de exclusividad puede fijar arbitrariamente las condiciones de comercialización o de producción de determinadas mercancías o servicios sin sujetarse a los mecanismos competenciales del mercado, es ya innegable, a tal grado que hoy los estudiosos del fenómeno refieren que dicho predominio puede ser considerado como una etapa distinta en el desarrollo histórico del capitalismo.¹⁵

La fase o etapa monopólica que vive la sociedad occidental se caracteriza por el reconocimiento de la necesidad de rectificar —a partir de la función estatal— los desequilibrios mercantiles. De esta forma el Estado moderno deja el calificativo de la gendarmería y se inicia de lleno en la gestión económica de la sociedad, unas veces en forma discreta e indirecta, otras de manera franca y abierta.

La gran crisis del capitalismo ocurrida de 1929 a 1933, es el hecho a partir del cual la reflexión sobre las insuficiencias del mercado libre comienza a ser admitida, e incluso adopta en las prácticas de política económica que los Estados contemporáneos llevan a cabo.

Las medidas del *New Deal* marcan nuevos derroteros que para la representación de sí mismos ofrecen los Estados occidentales. La adopción por parte del gobierno norteamericano de normas programáticas para la actividad económica —en defecto de la ordenación natural del mercado— señalan el surgimiento de la denominada “razón económica de Estado”, que jurídicamente no significa otra cosa que la suplantación paulatina pero firme

¹⁴ Cfr. Amin, Samir *et al.*, *Dinámica de la crisis global*, México, Siglo XXI, 1983, en esp. pp. 61 y ss.

¹⁵ Baran y Sweezy, *op. cit.*, caps. VII y X.

del principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y el advenimiento de una regulación programática, que amén de contener directrices económicas, parte del reconocimiento de la desigualdad material de los sujetos sociales, y en muchos casos, se estructura con un criterio realista que necesariamente lleva a concluir que estas normas corresponden a un nivel de abstracción diferente a las que componen el derecho moderno.

Así como la regulación de los códigos mantiene una íntima relación con los presupuestos teóricos de la teoría económica neoclásica, de la misma manera podemos aproximar a la normatividad programática de contenido económico con el keynesianismo, porque es Keynes el que con mayor rigor puso en evidencia la necesidad de que el Estado asumiera un papel económico activo. Desde luego, para Keynes, las tendencias recesivas del capitalismo no entrañan necesariamente su catástrofe —como sí lo propone por ejemplo el marxismo clásico—. Los periodos de crisis en el pensamiento keynesiano juegan un papel terapéutico y restablecedor para el proceso de acumulación de capital, pero al mismo tiempo delatan el carácter insuficiente del mercado para definir el conjunto equilibrado y dinámico de la actividad económica en una sociedad determinada.¹⁶

Todavía podemos establecer una razón y una proporción más: el derecho moderno es al mercado como las normas programáticas y compensatorias son a su crisis. A este nivel se puede ya nominar a éstas últimas como derecho económico, que no es otra cosa que el conjunto de normas las cuales regulan los efectos de la crisis mercantil y los procesos económicos que se producen al margen del mercado. El derecho económico contiene normas que son rectificadoras del curso “natural” de los procesos mercantiles, compensatorios de los desequilibrios que existen entre los agentes económicos y sancionadores de las tendencias al desequilibrio imputables a los sujetos económicos referidos.

El derecho económico es, asimismo, espacio de la articulación política de los impulsos económicos aislados; instituto jurídico para la planeación y, en el último término, regulador del proceso de participación del Estado en la economía, particularmente agudizada en las situaciones de crisis, pero presente ya de modo permanente en la composición estructural de las formaciones nacionales contemporáneas.

Desde un punto de vista más amplio, la normatividad económica contemporánea no refleja los procesos de crisis mercantil, porque las crisis económicas, dado el carácter complejo de la historia, vienen a constituir —dice Cerroni— solamente un aspecto de la *crisis social*, que incluye

¹⁶ Mattick, Paul, *Marx y Keynes*, trad. de Ana Palos, México, Era, 1978, en esp. cap. I: “La revolución keynesiana”, pp. 11 y ss.

igualmente elementos de desarreglo del sistema político, jurídico y moral, específicamente, por tanto, elementos de conciencia crítica subjetiva.¹⁷

En ese entendido, el derecho económico se encuadra en un movimiento estructural de dimensiones amplias, al que de modo breve se podría caracterizar como un proceso contradictorio, que se entabla entre el alto grado de concentración y de centralización de la actividad económica contemporánea, y un sistema institucional (superestructura en términos marxistas) de fundamento liberal, que se ha perpetuado en la explicación y en la imagen pretendida de una sociedad, que como la actual, poco tienen que ver con su representación discursiva, que alude a un contexto de características libreconcurrentiales.

Al interior del orden jurídico este proceso se manifiesta con singular claridad: junto a las normas del derecho moderno, que incluyen las fundamentales de las partes dogmática y orgánica de las Constituciones occidentales que siguen el modelo franco americano, el derecho privado y algunos elementos del derecho penal, existen otras como las normas del llamado derecho “social” (agrario, laboral, cooperativo) y las del derecho económico, que se estructuran bajo principios distintos. Mientras el derecho moderno entroniza la igualdad y la espontaneidad del mercado como parámetros de su construcción, el sustrato jurídico contemporáneo se edifica sobre el reconocimiento de la desigualdad material de los sujetos sociales —que ahora son también jurídicos— y del “intervencionismo” de Estado en las relaciones económicas.

III. LAS CATEGORÍAS “MERCADO” Y “MONOPOLIO” COMO LÍMITES QUE ACOTAN EL ESPACIO, LA FUNCIÓN Y LOS PROBLEMAS DEL DERECHO ECONÓMICO

Desde el punto de vista formal, las normas que integran el derecho económico se encuentran diseminadas en varios sectores del orden jurídico. Están las que tienen rango constitucional, como las que se contienen por ejemplo en los artículos 25, 26, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; pero también se les ubica en leyes secundarias —casi siempre de carácter federal—, como sucede con las leyes sobre protección al consumidor y con las que regulan la inversión extranjera, por sólo mencionar dos casos. Sin embargo, no es el criterio de su ubicación sistemática —como se expone— el que puede resolver el problema de

¹⁷ Cerroni, Umberto, *La teoría de las crisis...*, cit.

la delimitación material del objeto del derecho económico, sino las características esenciales de los procesos que regula.

Para efectuar un análisis del tipo propuesto, es necesario acotar el espacio social del derecho económico entre el mercado, como fenómeno social típico por una parte, y el proceso de monopolización como realidad histórica que redefine los procesos mercantiles, por otra, mercado y monopolio son así dos momentos históricos y dos momentos lógicos del análisis.

Mientras el mercado —como tipo social— es la referencia fija a partir de la cual el derecho económico existe, el proceso de monopolización —crisis en sí mismo de la realidad mercantil y de su discurso— es su límite móvil, indefinido. El derecho económico acompaña el curso de la concentración económica, la hace posible al aminorar el efecto caótico de su impacto sobre el mercado. La regulación económica institucionaliza y hasta cierto punto controla la distorsión del mecanismo mercantil. Si mercado y monopolio acotan su espacio, cabe decir que la crisis es propiamente su vehículo, porque el derecho económico no es un conjunto de normas definido y “perpetuo” como el de la codificación racionalista; su esencia es dinámica y su definición constante. Se trata de un derecho flexible, cuya génesis aún no se interrumpe. Mientras la crisis del marco referencial del mercado continúe, el derecho económico seguirá fungiendo como derecho de la crisis, y su contenido continuará refiriéndose a las necesidades de ajuste entre proceso económico de carácter concentrado y las superestructuras liberales que aún sobreviven en las sociedades contemporáneas, cumpliendo un papel importante en la construcción de la imagen política de las formaciones nacionales contemporáneas.

Como categoría de análisis, al mercado debe dársele una dimensión amplia y entenderlo como un tipo o modelo de relaciones sociales determinadas. La matriz de las relaciones mercantiles se construye a partir de dos principios: el de sus efectos naturalmente reguladores, que funcionan a través de los mecanismos competenciales y el de la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, que participan en una situación de simetría, dada la condición de igualdad potencial en la que se encuentran.

La situación mercantil presupone a su vez dos condiciones: integración regional de un espacio para el intercambio y abstención por parte de la fuerza política estatal de injerir en el curso de los procesos económicos “espontáneos”.

El mercado —en cuanto genera un sistema referencial— es también ideología del mercado; esto quiere decir que produce una imagen global, a partir de la cual los sectores sociales interesados en mantener el modelo

mercantil presentan las relaciones de intercambio como si fueran las únicas relaciones sociales posibles, como si todos los mecanismos de vinculación fueran voluntarios y en ningún caso existieran condicionamientos y situaciones necesarias en la conducta de los sujetos.¹⁸

Al sistema referencial del mercado corresponde la parte fundamental del derecho racionalista —la normatividad sobre propiedad y los contratos—. Asimismo, forma parte de este conjunto de significados la presentación escindida del medio social en una esfera pública —cuyo único agente es el Estado— y otra esfera privada, que coincide con el espacio de la sociedad civil.

La falta de control exógeno y la falsa premisa de la igualdad potencial de los sujetos que concurren al proceso de competencia son gérmenes destructivos del modelo mercantil y de su correlativo marco referencial. Mercado, en tal virtud, siempre deviene monopolio, y monopolio, en este orden de ideas, siempre significa distorsión del mercado.

La representación institucional del mercado igualdad, libertad ocupacional, propiedad privada absoluta, principio de legalidad, autonomía de la voluntad, sistema de división de poderes, bipartición del espacio social, etcétera, necesariamente se relativiza con el curso de la monopolización económica. Los legislativos pierden influencia política frente a los ejecutivos y la democracia en general se tecnocratiza, porque a la concentración económica corresponde también un cierto grado de centralización política.

Ocurre que con el fenómeno de monopolización, el Estado se amplía y sus funciones desbordan los límites tradicionalmente atribuidos al espacio público. Correlativamente, la competencia se transforma en un mecanismo marginal, y las instancias políticas median entonces una buena parte de las relaciones en las que antes intervenían exclusivamente los sujetos privados. Con esta “invasión” estatal de los espacios privados —so pretexto de su propia restauración— los límites entre lo público y lo privado se diluyen; la regulación privada se desfaza de su espacio a otro mucho más restringido (al que también se encuentra confinada la circulación libre de mercancías) y las zonas donde la intersección ocurre, comienzan a regularse con normas de derecho económico, haciendo eco del curso que convierte a la política-política en política-económica. Desde esta perspectiva, el derecho económico significa el abatimiento parcial de la dimensión entre un espacio público y otro privado; es un derecho que reconstruye el vínculo entre la sociedad civil y el Estado, pero no desde la perspecti-

¹⁸ Lenk, Kurt, *El concepto de ideología*, trad. de José Luis Etcheverry, Buenos Aires, Amorrotu, 1971, en esp. cap. de la introd.

va de la independencia de los intereses privados, sino desde la posibilidad de una razón económica superior que autoriza a injerir, a planear el curso del desarrollo económico sin atenerse a los mecanismos institucionales típicos del capitalismo libreconcurrencial.

No se puede dejar de advertir que la coexistencia en el orden jurídico de un sustrato normativo de inspiración liberal con otro, en cuyo fondo se reconoce la necesidad de la participación económica estatal y la desigualdad material de los sujetos sociales, provoca ambigüedad y conflicto al interior del sistema.

La aparición del derecho económico no significa la abrogación del sustrato normativo de inspiración liberal, si acaso su desplazamiento parcial cuyo ritmo de avance es además impredecible. No se trata de un proceso de sustitución normativa lineal del orden moderno por el contemporáneo, porque la sobrevivencia de los significados jurídicos liberales funciona —a nivel de las valoraciones políticas— como un temperamento al proceso de “estatalización” que la práctica de la política económica amerita. Lo que sí puede afirmarse es que en el plano de los significados ideológicos, la propiedad, la libertad y la igualdad, han sufrido una merma, porque en ese mismo nivel los órganos parlamentarios han reconocido y emitido disposiciones jurídicas que los relativizan.

Para ejemplificar, el análisis jurídico de la propiedad —forma más elemental que asume la intersección de los fenómenos económicos con los normativos—,¹⁹ deberá plantearse como análisis del proceso (lógico-histórico) que transcurre entre el concepto liberal de la propiedad (extraído de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y del Código de Napoleón) que funge como modelo conceptual y límite fijo del trayecto que sigue el derecho de propiedad, y el sentido que este último adquiere a la luz de la práctica monopólica.

La tarea explicativa debe consignar las alteraciones de sentido que se producen —porque la ideología del mercado supone una sociedad de pequeños propietarios como requisito para mantener el equilibrio de la competencia (igualdad potencial)— y un medio monopólico amerita un cierto retorno a la idea del privilegio, combinado con un escrúpulo menos eficaz que el del Estado gendarme, para restringir en determinadas circunstancias el ejercicio individual de la propiedad.

En el nivel estrictamente aparente de los significados, la idea que subyace en la concepción liberal de propiedad rechaza el sentido de la concen-

¹⁹ Weber, Marx, *Economía y sociedad*, trad. de J. Medina Echavarría *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, pp. 532 y ss

tración monopólica; sin embargo, en un plano histórico, dicha manera de entender y de regular la propiedad adopta la situación monopólica. En el carácter “absoluto” que los documentos legislativos franceses atribuyeron a la facultad del propietario, se encuentra el germen de la concentración monopólica; el elemento desequilibrador de la igualdad potencial, que es el requisito social necesario para mantener la proporcionalidad “natural” del mercado.

Las ideas en torno a la función social de la propiedad o las “modalidades” deben evaluarse como mediaciones estatales que restringen las facultades absolutas de los sujetos propietarios; aún más, estas proposiciones legislativas permiten a los Estados cuyas Constituciones la sostienen, definir el sentido del ejercicio del derecho de propiedad, lo cual, en el esquema liberal, era atributo exclusivo de los sujetos privados.

Los códigos civiles, al regular la propiedad, lo hacen generalmente desde la perspectiva individualista, pero sus alcances aplicativos son cada vez menores, porque la legislación urbana, la agraria, la de propiedad intelectual —que antes formaban parte del cuerpo normativo codificado—, son ahora materia de leyes especiales cuya *ratio legis* se conforma con criterios distintos. El tratamiento tradicional se confina pero no se abroga; las normas del “derecho de iguales”²⁰ se desplazan en el espacio social al sitio marginal al que la competencia queda reservado. Desde el punto de vista de su función, las normas liberales sobre propiedad también se alteran; de ser articulación efectiva de los procesos de intercambio pasan a ser referencia ideológica del sistema; su carácter estrictamente normativo asume cada vez más la naturaleza de un significado político, que los Estados contemporáneos conservan para encubrir la concentración económica y la centralización política.

El conflicto que se suscita entre los dos sustratos normativos que integran el orden jurídico contemporáneo se resuelve en el fondo a favor del sustrato “intervencionista”, en atención a dos razones fundamentales: la primera tiene que ver con la mayor adecuación que este conjunto de normas presenta respecto a la realidad contemporánea, y la segunda, con la voluntad política de los Estados contemporáneos que se deja traslucir al fondo valorativo de la legislación “intervencionista”.

Técnicamente, las normas de derecho económico depositan la garantía de su prevaencia en el carácter de *orden público* que generalmente las reviste. Bajo ese signo la normatividad económica avanza sobre los

²⁰ Cerroni, Umberto, *Marx y el derecho moderno*, trad. de Arnaldo Córdova, México, Grijalbo, 1975, pp. 96-106.

ámbitos de aplicación que antes correspondieron al derecho privado o a la parte dogmática de las Constituciones. Pero para que el proceso de estatalización no abata por completo los espacios privados, algunos principios constitucionales del derecho moderno se conservan y de esta forma se puede afirmar que el derecho privado y el derecho económico subsisten en el ámbito de la crisis, que su existencia obedece a un traslape doblemente funcional: mientras el derecho privado encubre el carácter autoritario de los procesos de planeación y monopolización, el derecho económico reconstruye las posibilidades de vigencia del Estado de derecho y del orden jurídico, ante fenómenos que escapan a las potencialidades regulatorias de un sistema normativo que surgió vinculado a un mercado, del que se esperaba el equilibrio natural de la sociedad y que corresponde históricamente al de la sociedad europea occidental de los siglos XVIII y XIX.

Esta explicación no elimina, desde luego, los problemas prácticos de inconstitucionalidad —e incluso de contravención intraconstitucional— que el traslape descrito ocasiona; simplemente se intenta con ello contribuir al esclarecimiento de las causas de la imbricación señalada y a establecer posibilidades tendenciales del desarrollo del problema para prevenir sus efectos, porque la elasticidad semántica de los principios constitucionales tiene ya poco margen antes de su descrédito.

En el orden jurídico contemporáneo, cuya flexibilidad se extiende más allá de los límites que generalmente se le reconocen, se realiza el *acto mágico* en virtud del cual se destruye el principio de identidad de la lógica tradicional; porque dicho orden puede al mismo tiempo ser y dejar de ser un conjunto de normas de inspiración liberal. Esta ambigüedad es el precio que los Estados modernos pagan por encubrir su carácter autoritario y su concomitancia con los procesos de centralización y concentración de capitales.

Después de lo expuesto, como corolario, puede expresarse: crisis como su medio, mercado como límite fijo y monopolio como referencia indefinida, constituyen los marcos que acotan el espacio social del derecho económico.

A diferencia de otros sectores de la realidad jurídica, el derecho económico mantiene un carácter unitario en el plano nacional y en el contexto internacional. La naturaleza del proceso que regula —proceso de acumulación de capital— proporciona al derecho económico la unidad apuntada. A escala nacional el derecho económico es una emisión estatal, como el resto de la legislación interna, pero a nivel internacional es el medio normativo que institucionaliza la planeación económica de alcances regionales; regula el quehacer económico de los Estados y de los agentes económicos priva-

dos en ámbitos espaciales integrados que trasciende los límites territoriales de los Estados-nación.

El derecho económico concurre al proceso de transnacionalización que los capitales verifican y en el plano internacional reconoce, en muchas ocasiones, carácter integrador a la práctica comercial y financiera de los agentes privados. En todo caso, el derecho económico internacional es el elemento jurídico de rectificación de los mecanismos normativos del libre cambio, y constituye un proceso jurídico que rehace las relaciones comerciales a partir del reconocimiento de la desigualdad material de los sujetos internacionales y del reconocimiento de las imposibilidades autorregulativas del mercado internacional.

Cabe destacar que a pesar del carácter unitario atribuido al derecho económico, existe una diferencia en cuanto a sus efectos, según el plano en que la normatividad económica opera. Al interior de los Estados-nación su despliegue se observa como un reforzamiento de la gestión estatal frente a los sectores privados; sin embargo, en el plano internacional acontece como un elemento que relativiza la soberanía estatal, pues el reconocimiento de la planeación regional, a partir de acuerdos internacionales sobre integración, necesariamente sustrae decisiones de las esferas estatales y somete la soberanía “irrestringida” a los requerimientos de los procesos regionales. En este orden de ideas, el derecho económico es un factor que testimonia el proceso de “disolución del poder” nacional, así nominado por Silviu Brucan en la obra clásica del mismo nombre.²¹

IV. EL DERECHO ECONÓMICO Y LAS ÁREAS DE CONFLICTO

La transnacionalización de los procesos económicos, o internacionalización del capital como también se le conoce, plantea un gran problema de fondo que puede enunciarse de la siguiente manera: el capital en su dinámica reproductiva se despliega a dos escalas: la nacional, que corresponde al circuito que se verifica al interior de cada formación nacional y la internacional que involucra todo proceso reproductivo que por su dimensión trasciende los límites territoriales de una determinada formación, nacional. Este es un fenómeno relativamente reciente, pues data del último cuarto del siglo pasado.²²

²¹ Brucan, Silviu, *La disolución del poder*, trad. de Francisco González, México, Siglo XXI, 1974, pp. 278 y ss.

²² Briones, Álvaro *et al.*, *Empresas transnacionales y Estado nacional en América Latina: zonas de conflicto y áreas de negociación*.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, con el redespigüe industrial, el proceso de reproducción de capital a escala internacional se constituyó en circuito dominante y en condición última de los circuitos de alcance nacional (los que en ocasiones no resultan sino una expresión condensada de aquél). Los efectos de este hecho suscitan contradicciones importantes, a saber:

- a) Por una parte, el conflicto objetivo que entraña la dimensión del espacio mercantil en el cual el capital internacional se realiza, confrontada con la estrechez fronteriza dentro de la cual existen las formaciones nacionales contemporáneas.
- b) Por otra parte, dado que los agentes fundamentales del proceso de internacionalización son las empresas transnacionales, y que al interior de los Estados nacionales son principalmente los Estados (sobre todo los dependientes) quienes resguardan los circuitos nacionales, no puede evitarse un choque político entre dichas partes, ya que no siempre lo aconsejable para los requerimientos nacionales, deviene lo conveniente para los capitales que se reproducen en el circuito de la dimensión internacional.

Las diferencias estructurales —producto del desarrollo desigual y combinado del sistema capitalista— que caracterizan a las formaciones nacionales contemporáneas, provocan que los efectos de la transnacionalización del proceso económico se resientan de manera distinta en los países industrializados que en los llamados dependientes.

La internacionalización del capital conlleva a una división internacional del trabajo que ahonda las disfunciones estructurales de la economía mundial y favorece un intercambio desigual entre los países industrializados y los dependientes.²³

Políticamente los choques entre los Estados desarrollados y las empresas transnacionales no son tan contundentes como los que se producen entre éstos y los Estados dependientes, cuya situación condicionada los lleva a vincularse con los circuitos nacionales de reproducción de capital, porque es en éstos donde la función nacional adquiere mayor sentido.

Las posibilidades hegemónicas²⁴ de los Estados nacionales dependientes se relacionan con su facultad de poder conservar las decisiones impor-

²³ Fioravanti, Eduardo, *El capital monopolista internacional*, Madrid, Península, 1976, en esp. Caps. III y IV.

²⁴ Briones, *op. cit.*

tantes sobre el curso de su “desarrollo” económico en el interior. Cuando el sentido económico del proceso se origina en el exterior, la soberanía se compromete; la situación política del Estado no puede sobreponerse ni a las fuerzas internas. Por esta razón muchas veces estos se nacionalizan, controlan áreas económicas estratégicas que les permitan un parapeto mínimo para su gestión independiente.

- c) En el plano internacional, los Estados dependientes buscan paliar sus desventajas implementando coaliciones con Estados de intereses análogos, en busca de que las normas internacionales reconozcan las diferencias estructurales que guardan con los Estados desarrollados. Este es el caso de las normas sobre transferencia de tecnología o de los convenios internacionales sobre materias primas. Aquí el derecho económico reaparece y regula sectores de conflicto en situaciones que la lógica del libre cambio se vuelve impracticable.

Regular con eficacia los procesos transnacionales requiere de acuerdos estatales a ese nivel. Poco logran los Estados dependientes en sus esfuerzos individuales. Por ejemplo, las respuestas jurídicas a la inversión extranjera requieren de una actitud coordinada de los Estados en general que culmine con el establecimiento de un instrumento normativo internacional de conducta. Las regulaciones internas sólo inciden sobre partes no determinantes del proceso, dado el principio de territorialidad de la ley. Un agente económico transnacional, para ser aprehendido por normas reguladoras, amerita un derecho de alcances transnacionales, que sólo puede ser establecido a través de la coordinación internacional de los Estados.²⁵

En el plano internacional quizás sea el proteccionismo la forma más antigua de injerencia estatal y, por ende, de manifestación del derecho económico en ese plano. La protección de los circuitos nacionales de acumulación frente a los requerimientos del capital internacional es de manera mediata, una forma en virtud de la cual los Estados nacionales luchan por su propia sobrevivencia política, porque su ejercicio gubernativo presupone un espacio territorial integrado y autónomo, un mercado interno donde los capitales nacionales se realicen.

Del conjunto de los problemas indicados, todos ellos campo fértil para la existencia del derecho económico, se ha seleccionado la nacionalización para ejemplificar con su análisis algunos aspectos del método propuesto.

²⁵ Estevez, Jaime, *Crisis del orden internacional y tercer mundo*, México, Nueva Imagen, 1983, en esp. cap. III, pp. 93 y ss.

La nacionalización es un acto cuya complejidad descarta de entrada los enfoques exegéticos, en realidad su proceso es típico del derecho económico ya que involucra en un mismo proceso la combinación de variables políticas, económicas y jurídicas. Ello exige una actitud metódica abierta, que en lugar de aislar los elementos normativos, los presente en su funcionalidad recíproca con el resto de los elementos sociales. En este sentido, el derecho económico reivindica para lo jurídico el carácter de conocimiento social.

Los actos nacionalizadores son, antes que otra cosa, decisiones políticas de los Estados que consisten en *reservar de manera exclusiva* para el ejercicio público cierto sector de la actividad económica. Los Estados deciden las nacionalizaciones y las arraigan a su práctica política para preservar o conseguir el control y las posibilidades del proceso de acumulación a escala nacional, frente a los requerimientos del capital internacional. En los Estados dependientes el carácter defensivo de las nacionalizaciones se acentúa, y a través de ellas se quiere procurar, desde la esfera política, un espacio de autonomía y decisión sobre el sentido del desarrollo nacional.

Jurídicamente la nacionalización implica una restricción del espacio privado; reducción del ámbito de aplicación de la garantía de libre empresa, puesto que al quedar atribuida determinada actividad económica al ejercicio estatal en forma exclusiva, el rango de la garantía citada se comprime a las actividades económicas que no fueron afectadas por la nacionalización. Ya no hay la libertad de elegir ocupación en todo el espacio de la actividad económica, que en el liberalismo fue también el dominio de la actividad civil; ahora la elección sólo se puede verificar entre las actividades económicas no alcanzadas por el influjo “nacionalizador”.

Además de la antinomia apuntada, relativa al conflicto que en ocasiones llega a suscitarse entre los intereses del circuito nacional de acumulación y los capitales vinculados a él, frente a los requerimientos del capital internacional, la nacionalización supone otras realidades:

- a) Una evolución del sistema referencial del mercado y de las valoraciones jurídicas, consistente en el reconocimiento de que la propiedad privada es un derecho susceptible de evolución, y que el carácter absoluto que los documentos legislativos liberales le atribuyeron puede ser enmendado a partir de una decisión política estatal. La propiedad, según esta visión, no es un derecho “natural” del individuo sino un medio jurídico para realizar los objetivos nacionales.
- b) La aceptación de que la propiedad —y los objetos que son susceptibles de apropiación— no tiene como único destino el ejercicio privado.

Toda nacionalización presupone el reconocimiento político del abatimiento de la división del espacio social y se asienta en el hecho de que el Estado se encuentra legalmente habilitado para actuar como agente económico *sui generis* y, por lo tanto, como propietario de ciertos medios de producción.

- c) La admisión de una práctica económica que por fuerza ocurre fuera del mercado y de la lógica mercantil inmediata. La gestión económica estatal sobre las áreas nacionalizadas se debe verificar con un criterio orientador distinto al de la ganancia.
- d) El reconocimiento de que los principios constitucionales del liberalismo clásico admiten una reorientación política, que en aras de su permanencia obligadamente los relativiza. La redefinición de los contenidos liberales de la Constitución implica una “pérdida de fe” en el mercado como codificador de las relaciones sociales.

La nacionalización surge a la realidad apenas concluida la Primera Guerra Mundial.²⁶ En sus orígenes resulta una institución atípica respecto del orden jurídico de inspiración liberal, ya que los presupuestos políticos de los que parte desdichan en buena medida las convicciones que alientan la constitución del Estado de derecho. Un Estado que nacionaliza rompe la simetría de los esquemas mercantiles y no por el hecho mismo de afectar la propiedad privada —lo que en el caso de la expropiación siempre fue admitido— sino por el carácter político que dicha afectación adquiere. El nacionalizar significa casi siempre el intento de hegemonizar el curso del proceso de desarrollo; determinar desde la esfera pública su sentido.

A diferencia de la expropiación, instituto que por sus alcances tradicionales no compromete el modelo constitucional liberal, la nacionalización involucra la reforma de las cartas fundamentales, porque sólo a éstas debe corresponder la repartición de los espacios sociales. Para restringir el ámbito civil —y toda la esfera que los derechos públicos subjetivos le construyen— es necesario hacerlo desde la constitución; consagrar los sectores económicos nacionalizados como un ámbito de excepción a la parte dogmática del texto, a partir de su propio articulado. De otra forma, el principio de atribuciones expresas resultaría completamente nugatorio, ya que los poderes constituidos desbordarían con su ejercicio en las áreas nacionalizadas el espacio competencial al que los artículos del texto constitucional los constriñen.

²⁶ Katzarov, Konstantin, *Teoría de la nacionalización*, trad. de Héctor Cuadra, México, UNAM, 1963, pp. 52 y ss.

La nacionalización sólo se justifica jurídicamente en las Constituciones, pero al reconocerse en éstas se pierde la *ratio* unitaria que debiera alentar cada carta fundamental, porque reconocido como legítimo el intervencionismo de Estado, la plenitud del capítulo dogmático se resquebraja.

Cuando se expropia es necesario invocar una causa de utilidad pública previamente establecida en la legislación, en cambio, cuando se nacionaliza lo que la sociedad invoca —a través de sus representantes políticos— es la necesidad de modificar los principios estructurales del Estado y en lugar de la utilidad pública, la valoración del acto obedece a una “razón económica de Estado”.

Las nacionalizaciones se pueden expresar en el mismo acto constituyente o a través de reformas constitucionales. Ya en cuanto el modo procedimental de llevarlas a cabo, éstas se pueden efectuar mediante apropiaciones o compraventas; pero en todo caso estos actos jurídicos son únicamente el instrumento operativo, no la nacionalización en sí misma, cuya esencia estriba en la imposibilidad sucesiva de los particulares para optar por el ejercicio de la actividad nacionalizada.

La nacionalización admite graduaciones en cuanto a sus efectos, las hay que excluyen de manera absoluta la participación privada en las actividades económicas sobre las que recae el acto; también se dan casos en que los recursos nacionalizados admiten el aprovechamiento privado a través de concesiones.²⁷ En este último supuesto lo que el Estado conserva es una especie de control final sobre el destino de los recursos. Convencionalmente, a la actividad cuyo ejercicio queda a cargo de manera exclusiva para el Estado, podríamos denominarla “nacionalizada en sentido propio” y a la que permite cierto grado de ejercicio privado, “cuasi nacionalizada”.

No se pierda de vista que los contrasentidos al sustrato jurídico de inspiración liberal que los Estados contemporáneos legitiman —casi siempre a través de reformas constitucionales—, en última instancia, son el requisito histórico para que frente al proceso de transnacionalización económica, la esfera privada sobre la que gobierna un determinado Estado mantenga su carácter nacional.

La nacionalización es una forma de recomponer las relaciones sociales de propiedad en una formación nacional determinada, que necesariamente apareja una reestructuración del juego político de fuerzas en el contexto donde se efectúa. Dada la vinculación que existe entre las relaciones de

²⁷ Véase artículo 27 constitucional, párrafos cuarto y quinto.

propiedad y la Constitución efectiva de un Estado,²⁸ una modificación de las primeras, se traduce en la certificación de la estructura constitucional de dicho Estado. Tendencialmente y de modo ejemplificativo se podría afirmar que las nacionalizaciones —según la orientación general de la política económica en cada caso— pueden marcar el tránsito de la economía de mercado a la economía “mixta” (intervencionista); de la economía “mixta” a la socialista; del Estado de derecho al Estado “programador” o al Estado “empresario”; pero en todo caso nacionalización significa proceso constitucional y transición social.

La parsimonia de la que se ha llamado “razón económica de Estado” no siempre coincide con el orden de prelación procesal al que el derecho obliga. En ocasiones la decisión política de nacionalizar se asume sin que la sociedad —a través de los mecanismos de la democracia formal— haya expresado su convicción por medio de una reforma constitucional; en estos casos la nacionalización es ilegal y su prevalencia queda sujeta a las posibilidades reales del Estado para mantener a flote su propia arbitrariedad. Los actos nacionalizadores precipitados obedecen a la necesidad de evitar la presión política que las fuerzas sociales a la postre resentirán el acto empeñan en su resistencia. De ninguna manera la justificación política que en un momento pueda existir en estos casos, se transforma linealmente en legitimación jurídica; la ausencia de esta última seguirá siendo el talón de Aquiles de las nacionalizaciones precipitadas. La única forma legal que autoriza la nacionalización, es el mandato constitucional.

Otra área de conflicto donde el derecho económico media, es la que se produce entre los agentes económicos monopólicos que actúan en una determinada formación nacional y los agentes que actúan a través de capitales pequeños y medianos, cuyo grado de menor integración los sitúa en desventaja respecto de los monopolios financieros.

La tendencia lógica del proceso de concentración y centralización económica conlleva a la sobrevivencia exclusiva de los grandes capitales. La competencia monopólica es mucho más cruenta que la competencia mercantil, y es un proceso donde el resultado puede ser anticipado porque siempre se resolverá de manera favorable al capital monopólico.

A los Estados nacionales corresponde —como condición para mantener su propio espacio político— el preservar la existencia de los capitales pequeños y medianos. Con ese objeto los Estados emiten normas restrictivas

²⁸ Novoa Monreal, Eduardo, “La evolución del derecho de propiedad ante los textos constitucionales latinoamericanos”, *Estudios de derecho económico I*, México, UNAM, 1977, pp. 41 y ss.

a la ofensiva de los monopolios; ofensiva que de llevarse a cabo hasta sus últimas consecuencias, eliminaría las ventajas que a los grandes capitales les ofrece la llamada renta monopólica.

Para coadyuvar a la sobrevivencia económica de los capitales menos integrados, los Estados ponen en práctica medidas “equilibradoras”, como estímulos fiscales, subsidios, protecciones arancelarias, normas de comercialización favorables a sus productos y crédito en algunos casos. Como andamiaje jurídico de este proceso regulatorio debe señalarse una vez más al derecho económico, que en este espacio actúa con un tono más conservador que en otras versiones de sus despliegues.

Cabe señalar que el grado de vinculación y de protección que los Estados ejercen sobre los capitales pequeños y medianos de sus respectivos contextos es en todo caso coyuntural; que depende del juego de fuerzas existentes en cada formación nacional y de la autonomía relativa que el Estado reúna respecto de los grandes capitales monopólicos. Lo occidental de estas medidas provoca que las normas que regulan este proceso se encuentren expuestas a un alto grado de variabilidad.

V. LA DIALÉCTICA DEL FONDO Y DE LA FORMA

¿DEFINE LA RELACIÓN ENTRE POLÍTICA ECONÓMICA Y DERECHO ECONÓMICO?

Como punto de partida es necesario plantear una proposición que en el curso de nuestra reflexión intentaremos justificar: el contenido fundamental del derecho siempre son las relaciones sociales; el contenido fundamental del derecho económico es la política económica, que no es, sino un determinado sector de las relaciones sociales que el derecho vigente necesariamente contiene. Esto, si reconocemos que el derecho es un fenómeno formal, y en cuanto tal, es necesario localizar su remisión a lo otro, es decir a aquello de lo cual es fenómeno.²⁹

En un primer nivel se puede establecer que la política económica es: el nombre genérico que recibe la participación del Estado en la reproducción económica o material de la sociedad. Los mecanismos concretos de participación son muy variados: emisión de moneda y ejercicio de la función de banca —central y especial—, manejo directo de áreas estratégicas, construcción de infraestructura técnica e incluso científica, prestación de servicios como salud, educación, comunicaciones, control del comercio exterior, otorgamiento de estímulos y subsidios a las actividades económicas

²⁹ Luporini, C., “Dialéctica marxista e historicismo”, *El concepto de formación económica social*, México, Cuadernos Pasado y Presente, núm. 39, 1982, p. 39.

prioritarias o ineficientes, control de precios, distribución social del ingreso mediante asignaciones presupuestarias, ejercicio empresarial directo en aquellas áreas económicas que no resultan atractivas para los capitales privados; contratación de empréstitos con el exterior, y sobre todo, planeación general de la actividad económica y regulación de la crisis a partir del ejercicio combinatorio de los factores enunciados.

Continuando con las aproximaciones para su caracterización, se puede afirmar que la política económica es zona de intersección entre determinados instrumentos para el ejercicio político y una problemática económica dada, a la que dichos instrumentos se vinculan como intentos de solución.³⁰

Se pueden fijar como propósitos generales de esta práctica política: el atenuar los efectos de la problemática económica a la que se dirige —la cual puede tener una amplia perspectiva material y temporal (como el proceso de desarrollo por ejemplo)— y el salvaguardar, dentro de un marco de condiciones dado, la cohesión política de la estructura que los emite.³¹ Desde este punto de vista, constituye un ejercicio de efectos reflexivos que puede descomponerse así: una tal problemática de carácter económico representa a la vez un elemento de disgregación que afecta la coherencia de las instancias políticas. Los efectos de su atenuación —una vez que ésta se convierte en un propósito y en práctica política—, aminoran también el efecto político negativo de los problemas sobre los que se actúa.

La crisis del mercado —entendida como tendencia permanente del capitalismo a la crisis estructural— provoca que la intervención económica del Estado asuma un matiz de *mesianismo*. El Estado interventor es desde esta perspectiva Estado restaurador; fuente del equilibrio material de la sociedad en detrimento del mercado. No fue fácil al mundo occidental llegar a este reconocimiento y desatanizar la gestión económica estatal. Keynes fue el autor que se aproximó, con enormes precauciones, a admitir los efectos benéficos de la política económica, aunque todavía subordinó ésta a los periodos recesivos y le confirió el carácter de mecanismo auxiliar exógeno del proceso mercantil. En el planteamiento de su crítica a la teoría neoclásica, Keynes insistió en presentar los problemas del sistema como situaciones de demanda insuficiente; en su pensamiento, la intervención estatal no se propuso para paliar un proceso de crisis estructural del capitalismo, sino sólo para desvanecer un desajuste temporal, el cual sería convenientemente purgado por el efecto terapéutico de la crisis.³²

³⁰ Lichtensztejn, Samuel, “Enfoque y categorías de la política económica”, *Lecturas de política económica*, México, UNAM, Ediciones de Cultura Popular, 1985, pp. 15-52.

³¹ *Idem*.

³² Mattick, Paul, *op. cit.*, cap. I.

La política económica es sólo un sector de la política en general y, en cuanto participa de este género, se caracteriza también por su carácter complejo, que proviene de las peculiaridades de su fuente, la cual no es otra, que la permanente confrontación de las fuerzas sociales en una formación nacional determinada. Entonces, la política económica no se explica exclusivamente como el conjunto de mecanismos materiales de participación económica estatal, sino también y esencialmente, como conjunto de concepciones de una formación nacional sobre su propio desarrollo, expresadas contradictoria y políticamente en el discurso estatal.

La política económica, por lo tanto, se integra de elementos materiales y discursivos, tanto de los órganos de gobierno, como de las reivindicaciones de condensación política que lleva a cabo el Estado. Por citar un caso, en México la política financiera que practicó el gobierno, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los años anteriores a la nacionalización de la banca, respondía en todo a los intereses particulares de los grupos financieros cuyos enclaves en el propio gobierno les proveyeron de las medidas políticas de apoyo para la consolidación de su situación de predominio sobre el resto de la economía.

Teniendo en cuenta su carácter político, la política económica resulta una forma determinada que asumen las relaciones de poder, y en cuanto emisión estatal, es un tipo de relación entre el Estado y los súbditos que lo conforman. La política económica, sin embargo, a diferencia de las relaciones políticas tradicionales del Estado liberal, se plantea como intersección del espacio económico.

En un Estado liberal puro, la actividad estatal debe siempre prescindir de toda injerencia en la esfera privada, espacio por excelencia para la práctica económica. En el contexto de un Estado intervencionista el carácter tangencial de la actividad pública se sustituye por el reconocimiento de su calidad de agente —incluso fundamental— del proceso de desarrollo nacional.

Hace tiempo, cuando el Estado por razón de su gestión administrativa requería comparecer al espacio del tráfico privado, lo hacía despojando de su situación autoritaria; asumiendo la forma de un sujeto de derecho privado. Aquél Estado sólo ordenaba en el plano político. En cambio, el Estado intervencionista concurre al espacio privado en una situación asimétrica, adviene con fuerza ordenadora e incluso rectificando los principios a que dicho tráfico se sujeta. Así, el Estado resulta por fuerza ordenador de lo económico, aflora como *estado* de lo político y como estado de lo económico.

La política económica implica un grado de abstracción menor que el de la política-política; sus manifestaciones formales permiten entrever sus

contenidos sociales con mucha mayor facilidad. El derecho que regula un derecho más flexible y que traduce con menos ropaje de abstracción sus contenidos sociales.

El derecho económico —a diferencia de las codificaciones racionalista en las que se contiene principalmente el derecho moderno— no tiene a la ley como fuente única de producción, ya que llega incluso a bordear los mecanismos políticos del sufragio, ya al expresarse algunas de sus disposiciones en los “planes de gobierno”, evita la discusión en los foros legislativos. Este dato permite afirmar que la nueva normatividad económica —especialmente la contenida en los planes de gobierno— refleja el proceso de tecnocratización que sustituye las discusiones en los foros políticos por una razón “científica” vinculada a la especialidad técnica del plan. No resulta extraño que muchas de las normas del derecho económico sean formuladas por el Poder Ejecutivo y que su expedición desdiga la envoltura democrática que tradicionalmente arropó al “Estado de derecho”.

VI. LOS PRIMEROS ELEMENTOS DE LA NUEVA “RAZÓN ECONÓMICA DEL ESTADO”

Dentro de la política económica la planeación resulta la expresión más acabada; constituye el mayor intento de racionalización para dar coherencia a los mecanismos concretos de participación estatal en la reproducción material del sistema. Y por otra parte, la planeación, como acertadamente lo expresó John Kenneth Galbraith en *El Nuevo Estado industrial*, “existe porque ese proceso (el de la autorregulación del mercado) ha dejado de ser digno de confianza”.

Para el autor citado la planeación consiste: “En sustituir los precios y el mercado, *en cuanto determinantes* de los que se va producir, por una determinación autoritaria del estado de lo que se va a producir y consumir y de los precios”.³³

Sin embargo, la planeación estatal no es la única que existe, los grandes monopolios alteran de forma provisoria los mecanismos del mercado con objeto de controlarlo, no de eliminarlo. De esta forma, existe también cierta “planeación privada”, la cual puede coincidir o no con la planeación pública, pero en todo caso responde a una dispersión del ejercicio del poder que sobrepasa el ámbito exclusivo de los órganos gubernativos. De cualquier forma, tanto el Estado capitalista como los monopolios privados, considera-

³³ Galbraith, J. K., *El nuevo Estado industrial*, trad. de M. Sacristán, Madrid, Ariel, 1974, p. 76.

dos en su práctica económica, muestran que el mercado es exclusivamente un espacio marginal de los procesos económicos contemporáneos.

Desde luego la planeación pública para ser efectiva, requiere que el órgano que la realiza cuente con un control real sobre ciertas actividades económicas que pueden ser calificadas de neurálgicas respecto al resto del sistema. La planeación amerita como presupuesto un control suficiente sobre los recursos financieros del sistema; supone también una posibilidad amplia del ejercicio presupuestal y a su vez, implica solvencia de recursos; asimismo, se hace necesario el manejo de los recursos naturales y energéticos más importantes; una burocracia eficiente y un grado elevado de consenso por parte de los agentes privados para con el proyecto de política económica que el plan encierra.

La planeación requiere de una estructura centralizada desde el punto de vista del ejercicio del poder; la *razón* unitaria que el plan proclama es tanto más viable cuanto mayor sea la unidad del propósito que la alienta y la cohesión de la estructura que la ejerce.

Políticamente, planear, equivale a tecnificar el ejercicio del poder; la planeación no se expresa fácilmente a través de los mecanismos democráticos del Estado representativo; la elaboración del plan frecuentemente ocurre al margen de los procedimientos del sufragio; es el producto de estudios y predicciones de especialistas, cuya tarea se verifica en las dependencias de los poderes ejecutivos en atención a razonamientos de índole generalmente econométrica.

Los procesos de participación ciudadana que la planeación admite devienen paralelos a la toma de decisiones que tradicionalmente se verificaban por la vía representativa. Las fuerzas sociales pueden injerir de un modo que es a la vez más directo, pero con un menor grado de certeza del que generalmente reúnen los cauces de los viejos Estados de derecho. Los objetivos y propósitos del plan pueden ser más fácilmente arbitrados y definidos por los órganos administrativos encargados de su elaboración. Existe en esta tarea un margen de arbitrariedad mayor que en el proceso parlamentario de elaboración de leyes; en primer lugar porque el plan no tiene el mismo grado de obligatoriedad que la ley, y en segundo, porque la mayoría, en los parlamentos, es un principio de decisión que todos los participantes en el proceso legislativo conocen de antemano. El plan, en cambio, no indica de manera específica en qué forma se definen las decisiones finales que se ostentan como propósitos; la “participación de los sectores interesados” no es finalmente vinculante para la autoridad que tiene a su cargo la interpretación de la voluntad de los participantes. En todo caso, los foros *ad hoc* que la planeación genera, no significan lo mismo des-

de el punto de vista político que los mecanismos tradicionales del Estado representativo; el carácter del plan es y será fundamentalmente autoritario mientras la participación social no se garantice mediante mecanismos efectivos, donde el principio de decisión mayoritaria se considere la pauta fundamental del procedimiento. Tal como están las cosas, la planeación aparece sólo como un principio de transición y una posible alternativa a las vías representativas para la toma de decisiones, pero no como un sistema maduro con criterios definidos que sea ya una alternativa genuinamente democrática para el rejuergo político en los Estados occidentales.³⁴

Hechas las salvedades anteriores, cabe mencionar que pese a su carácter autoritario la planeación implica una importante rectificación a las referencias de las sociedades, cuya imagen de sí mismas ha sido fundamentalmente la que obtienen a partir de los tipos de las relaciones de intercambio de mercancías. La planeación tiene como fundamento la conciencia política de una sociedad cuyas relaciones remiten a un contexto más amplio que el mercantil; supone, aunque sea en la intención, una sociedad que protagoniza sus procesos y que no es, consecuentemente, sólo el producto natural —metasocial— de su actividad comercial. El plan, de hecho, es la primera forma institucional que articula los espacios de intersección —de lo público y de lo privado— que la política económica entraña.

Probablemente —dice Cerroni— el terreno en que se decidirá la batalla entre las fuerzas del individualismo y las de la socialización, que son al mismo tiempo fuerzas, respectivamente, del conformismo y de la autodeterminación es el de la planificación.

... La planificación es, en efecto, el nuevo terreno sobre el que el Estado contemporáneo está apoyando el mayor peso de su construcción política y social. Tras aceptar el principio de la planificación y rechazar las reservas teóricas y técnicas neoliberales, los Estados modernos admiten el problema de la llamada integración social de las actividades individuales. Sin embargo, se hallan ante una doble alternativa: incidir sobre la propiedad privada para obtener una auténtica socialización y una vasta posibilidad de programación o bien mantener la intervención estatal en el marco de finalidades (indicativas) que salvan la propiedad más que las libertades individuales.³⁵

Los objetivos del plan siempre se resuelven finalísticamente en el desarrollo nacional, por lo tanto, lo específico de los documentos debe buscarse

³⁴ Cfr. Oules, Firmin, *Democracia y planificación económica*, trad. de Sauz Ferrer y Jiménez Blanco, Madrid, Mensajero, 1971, pp. 461 y ss.

³⁵ Cerroni, Umberto, *La libertad...*, cit. p. 216.

en el nivel de estrategia, en la manera de realización y en las prioridades que éstos proponen. Los límites políticos del plan son, en lo interno, las fuerzas cuyas demandas se encuentran desplazadas de las áreas prioritarias, y en lo externo, el grado de dependencia o de autonomía que el Estado en cuestión tenga, de acuerdo con su situación internacional.

Para evitar las situaciones de bloqueo social a los objetivos del plan, algunos, como Firmin Oules, han propuesto aislar los procesos de planeación de los mecanismos de la política representativa:

... si los países occidentales quieren obtener una planificación realmente eficiente de su economía, deben crear nuevas instituciones independientes que asuman con eficacia las funciones económicas, mientras que las instituciones tradicionales deberán limitarse a las funciones puramente políticas para las que, por otra parte fueron primitivamente creadas.³⁶

No deja de reconocerse paradójico que siendo la planeación un mecanismo de integración de propósitos y de tratamiento unitario de los problemas reales, haya quienes, como el autor citado, propongan todavía una solución que se funda en el principio de la diferencia de naturaleza de los problemas políticos respecto de los económicos; que aún se piensa que las soluciones pueden ser fragmentarias y mantener en la fachada de los Estados occidentales los procesos representativos, mientras en lo interno, en lo fundamental, son susceptibles de ocurrir tomas de decisión orientadas solamente por un “espíritu técnico”, cuyo grado de elaboración resulta desde todo punto de vista inaccesible para las “masas impreparadas”.

Mientras continúe sin resolverse el carácter elitista de la planeación, poco se podrá conseguir desde el punto de vista del mejoramiento estructural de los Estados occidentales. Una sociedad madura no está en condición de admitir una respuesta al sentido de su desarrollo que se adopta y que se impone al margen de sus propias expresiones políticas. Para ser reales los objetivos del plan deben obedecer a una razón democrática; fuera de este requisito político la planeación no tiene un sentido constructivo, queda reducida a una técnica de arbitraje económico del proceso de monopolización contemporáneo.

Jurídicamente, el plan es un producto perfectamente diferenciable de la ley; sin embargo, en cuanto el ejercicio estatal adquiere carácter “técnico” cuando planifica, esta tarea se aproxima a un grado de formalización parecido al que las normas jurídicas reúnen.³⁷ El plan no puede prescindir por

³⁶ Oules, Firmin, *op. cit.*

³⁷ *Cfr.* Cerroni, Umberto, *La libertad...*, *cit.* p. 232.

completo de una presentación jurídica, requiere insertarse en el sistema legal que convalida la función política del Estado de derecho. El plan debe, como dice Cerroni: “Hacer valer sus estructuras técnicas en el marco de las estructuras jurídicas”.³⁸

La ley y el plan convergen en su mutua situación de expresión estatal, ambos materializan partes importantes del lenguaje político de los Estados contemporáneos. Tanto la ley como el plan son también elementos fundamentales en el proceso de legitimación política del Estado. La ley, aportando las bases institucionales de la legalidad; el plan, aproximando las soluciones a los problemas sociales, en una perspectiva, que la gestión estatal deviene imprescindible en el curso de su realización.

El plan se legitima a sí mismo, cuando quienes lo producen lo otorgan como un factor que ordena el equilibrio material de la sociedad y su progreso;³⁹ la ley, en cambio, se justifica, cuando por el influjo ideológico de inspiración liberal se presenta como producto de la “voluntad general” recopilada y dirimida a través de las asambleas parlamentarias representativas.

Aunque en ocasiones el plan asume la forma de una ley, éste se distingue de las normas jurídicas tradicionales por la coercibilidad atenuada que sus disposiciones contienen.

Los planes de gobierno o de desarrollo no son, en los Estados occidentales, estrictamente vinculatorios para el conjunto social como sucede con las normas jurídicas típicas. Las disposiciones del plan son proposiciones programáticas de obligatoriedad variable.

En nuestro país, por ejemplo, la Ley de Planeación prevé distintas “vertientes”, de acuerdo con el grado de coerción de las normas del plan. La vertiente *obligatoria* —única con carácter estrictamente vinculatorio— de *coordinación* es el cauce para conseguir el concurso de las entidades federativas en la ejecución del plan, resulta la forma de “salvar” la organización federal del Estado mexicano sin menoscabar los requerimientos centralistas del proceso de planeación; las vertientes de *concertación* e *inducción* se refieren ambas a la participación de los sectores “social y privado” en la realización del plan, la *concertación* se lleva a cabo mediante acuerdos de voluntad con los interesados; en este sentido los lineamientos del plan funcionan como fuente de normas jurídicas vinculatorias para las partes. La *inducción* es la vertiente del plan que entraña la conjugación de diversos factores de política económica, los que de algún modo constituyen —por

³⁸ *Idem.*

³⁹ Ley de Planeación, artículo 2o.

la situación de privilegio que provocan— situaciones atractivas para los agentes “sociales” o “privados” que someten a su acción a los lineamientos del plan.⁴⁰

Tanto las normas jurídicas como las proposiciones indicativas del plan contienen pautas conductuales para los sujetos de una determinada sociedad; pero la planeación descansa sobre el principio del ejercicio voluntario de los destinatarios, mientras la norma jurídica mantiene a la coacción como elemento fundamental de su carácter. Cabe prever que la normatividad que regula los procesos económicos admite, con relativa frecuencia, disposiciones flexibles con un tipo de coacción atenuada y no siempre a cargo de los órganos represores del poder público.

En los tiempos del “Estado gendarme” la voluntad de los sujetos privados se condensaba principalmente en los contratos, envoltura formal por excelencia de las relaciones de intercambio, y la voluntad política del Estado tenía en la ley su forma fundamental de expresión. Desde cierto punto de vista dicha ley es también un producto mediato de las voluntades privadas, a través del sufragio, es el producto de la deliberación representativa de la sociedad civil que sucede cuando sus miembros adquieren el carácter de *ciudadanos*.

En la época de la planeación el plan existe entre el contrato y la ley cuando ocupa el espacio de ambos sin suprimirlos; deviene “cuasi-ley” (derecho flexible) y en mecanismo de concertación voluntaria. En el plan se funden las formas públicas y las formas privadas de manifestación voluntaria. Pero desde otro punto de vista, el plan implica también un cierto desplazamiento de la voluntad por la razón, de la política por la “técnica”. Como “razón económica del Estado” el plan limita y circunscribe el espacio de la ley y el del contrato. A diferencia de la ley tradicional, donde el Congreso es el órgano emisor por antonomasia, los planes son solamente sancionados por las asambleas legislativas, lo cual desvirtúa necesariamente los principios de un régimen liberal y las consecuencias democráticas de cualquier otro.

El intento racionalizador, alternativo al “caos” de las leyes espontáneas del mercado, que desde el Estado —o más concretamente desde el Ejecutivo— se lleva a cabo, es una nueva forma del ejercicio político, que pasó a ser incluso fundamental en el marco de los Estados contemporáneos. Del arbitraje de la realidad económica depende ahora el éxito o fracaso de la gestión política. Así como en los albores de la época moderna surgieron teóricos del ejercicio político, ahora proliferan los teóricos del ejercicio

⁴⁰ *Ibidem*, caps. 5o y 6o.

económico como instrumento político; es esto lo que sugirió el término de “razón económica de Estado” para calificar la práctica “planeadora” de los Estados contemporáneos, y a buscar, dentro de ellas, las nuevas especificidades que lo jurídico asume en el momento que nos ha tocado vivir.

VII. CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Perfilada la perspectiva de análisis que se sugiere para orientar la reflexión sobre el derecho económico, y una vez realizada la acotación del proceso social en el que acontece, se hace menester ofrecer algunos lineamientos que pueden resultar útiles para la aprehensión de sus manifestaciones positivas.

Las normas jurídicas de contenido económico, por mucho tiempo, no han tenido nombre propio, como lo manifiesta Héctor Cuadra:

Un derecho innominado, sin codificación propia, porque sólo estaba prevista la regulación casuística de fenómenos económicos al interior de una sociedad... faltaba la visión globalizadora que percibiera las interrelaciones de los fenómenos económicos ordenadores de un modelo económico global y por lo tanto la normación de una serie de circunstancias, instituciones y relaciones no consideradas por las ramas tradicionales del derecho.⁴¹

El derecho económico unifica las disposiciones aisladas en un solo cuerpo de reflexión, cuyo enfoque los vincula a partir de los procesos materiales que regulan. Fundamentalmente, a partir del fenómeno de acumulación de capital.

Los juristas de formación tradicional reciben con recelo al derecho económico; lo tratan como un advenedizo en el espacio de la reflexión jurídica. Su desconfianza procede fundamentalmente del “sociologismo” exagerado que aquéllos imputan a los especialistas en derecho económico, cuando éstos asumen la tarea de revisar el derecho a partir de sus reflexiones sobre la conformación material de la sociedad.

Para dar un tratamiento unitario a las normas de contenido económico, conviene partir del análisis constitucional, en cuanto la carta fundamental entraña también un modelo económico de organización. Adelantando una premisa, se puede afirmar al respecto que en los textos constitucionales de Occidente se contiene, además de un modelo de organización política y ju-

⁴¹ Cuadra, Héctor, “El concepto de derecho económico o las limitaciones del perspectivismo”, *Anales de la Revista de la UAM Atzacotalco*, México, vol. VI, núm. 14, enero-abril, 1985, pp. 116-117.

rídica, un diseño —también modélico— para la estructuración económica de una determinada formación nacional.

La legislación secundaria tiene como función desarrollar hasta sus aspectos más concretos el modelo de organización constitucional. Pero sin lugar a dudas es en el texto de la carta fundamental donde se inscriben los criterios políticos y sistemáticos que proporcionan coherencia al orden jurídico y al Estado;⁴² en tal virtud, es explicable que las directrices generales del proyecto de organización económica se encuentren también formando parte de su articulado. En este entendido, la dispersión relativa del derecho económico puede resolverse cuando se precisan los rasgos generales de conformación que la Constitución propone. Las orientaciones sobre el ejercicio del derecho de propiedad; la flexibilidad que adopten principios como el de atribuciones expresas o el de la división de poderes; el reconocimiento de la gestión económica de los órganos públicos, de la desigualdad material de los agentes económicos; la teleología de las normas laborales o la regulación de la planeación, son algunos de los contenidos constitucionales que, agrupados lógicamente, proporcionan referencias al intérprete sobre el diseño económico que la Constitución pretende.

Tratar las normas constitucionales tomando en cuenta la dualidad que su diseño implica, facilita la identificación de las relaciones y de las correspondencias que se entablan entre los principios de organización política, por una parte, y los fundamentos de la estructuración económica por la otra. Por ejemplo, los principios de la igualdad y de la libertad de tránsito de los sujetos sociales —consagrados en la parte dogmática de las Constituciones— aparecen lógicamente vinculados a la idea de la competencia perfecta como elemento principal del proceso de ordenación material de la sociedad. La igualdad y la libertad —aunque sean como formas jurídicas— son los fundamentos históricos del libre cambio.

A su vez, la competencia, como proceso de relación de los sujetos en el intercambio privado se completa, y en cierto modo se supera, en la instancia política que proporciona a la sociedad elementos de unidad y síntesis, bajo el argumento de la *integración nacional*.

El despliegue libre de la voluntad, necesario como principio en un medio social orientado institucionalmente al intercambio, opera como eje fundamental de las relaciones mercantiles y de su mediación política. Las voluntades autónomas se interceptan en composiciones contractuales; acuerdos privados cuya obligatoriedad se garantiza a través del poder coactivo del

⁴² Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Fco. Ayala, México, Editora Nacional, 1981, en esp. parágrafo 1, pp. 3-13.

Estado. La misma voluntad se proyecta en el espacio público y por la vía de los procesos representativos se decide por “una forma de asociación —como expresa Rousseau— que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino *a sí mismo* y permanezca tan libre como antes”.⁴³ De este modo, la “voluntad general” deviene fuente de la Constitución de la sociedad moderna, y el derecho no deja nunca de tutelar los intereses privados, aun cuando éstos se despliegan de un modo abstracto y general en las instancias políticas. La voluntad, siguiendo el curso de los procesos representativos que las Constituciones occidentales disponen, representa el elemento de articulación que finalmente vincula a la sociedad civil con el Estado; que hace coincidir el curso “espontáneo” de la estructuración material de la sociedad con el querer definitivo que se expresa en el “pacto social” y se plasma en los textos de las cartas fundamentales, o “Constituciones” de papel como las denominó Lasalle en su conocida conferencia.⁴⁴ Así, el contrato social es la continuación política de los acuerdos privados; el ciudadano despliega su voluntad —libre de condicionamientos— y concreta una fórmula para el control social, la cual se pretende —primordialmente— *no arbitraria*.

También pueden inferirse justas correspondencias entre la idea del equilibrio “natural” del mercado —entendido como mecánica necesaria de las voluntades individuales— y la teoría de la división de poderes, toda vez que en el fundamento de ésta subyace la convicción de que el manejo arbitrario de la razón de Estado puede medirse con un *mecanismo* de contrapesos (léase composición física de aparatos). Aquí se ubica la idea constitucional de que lo arbitrario encuentra los límites políticos de su manifestación, cuando a la voluntad de los gobernantes se les sobrepone —como norma constitucional— un sistema institucional —codificado— de equilibrios. Hay una confianza desmedida en la inercia de las cosas en pos de su natural ordenamiento; a esta confianza se somete el ejercicio libre de la función estatal.⁴⁵

La democracia —fórmula política— es también un componente fundamental del sistema de referencias mercantil; su curso es la demostración fehaciente de que la libertad, como valor, funge también como requisito histórico del intercambio; como realización mediata de la función in-

⁴³ Rousseau, J. J., *op. cit.*, pp. 20-21.

⁴⁴ Lasalle, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, pról. de Fray M. Hering, trad. de W. Roces, Buenos Aires, Siglo XX, 1975, pp. 35-42.

⁴⁵ *Cfr.* Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego, Madrid, Ariel, 1979, en esp. cap. V.

dividual, Democracia y Estado moderno son principios políticos que se entrelazan en las revoluciones burguesas; en los movimientos de ascenso sobre el antiguo régimen. Son conquistas políticas de una sociedad que ha abatido las relaciones sociales de dependencia, al menos en el discurso.

La nítida división entre el espacio público y el privado, que caracteriza la representación de la sociedad desde la perspectiva liberal, obnubila la identificación del modelo económico que asumieron los primeros textos constitucionales de Occidente. Sin embargo, en dichas cartas, de manera implícita, se pueden reconocer rasgos de la organización mercantil que delinearon. La abstención —casi absoluta— de injerencia económica que se impone a los poderes constituidos, conjugada con la identificación y la regulación de los principios de igualdad ante la ley, libertad de tránsito y libertad de empresa —consagrados en la parte dogmática— como parte de la esfera individual de los sujetos, remiten a un ambiente económico de “libre cambio”. Este enfoque del modelo constitucional se encuentra reforzado con la previsión de disposiciones antimonopólicas; evidencia que implica una alusión lineal al objetivo final de la competencia perfecta.

En las cartas liberales, la propiedad y la circulación devienen asuntos privados por excelencia; su espacio se proyecta incluso sobre las relaciones de producción y las encubre de un halo donde la voluntad exteriorizada es el único elemento constitutivo de su existencia institucional. Las Constituciones de referencia no reconocen en su articulado el carácter conflictivo de las relaciones de producción ni la desigualdad material de los sujetos que las realizan.

El principio de atribuciones expresas sujeta la competencia estatal a los límites de la legalidad. Incluso, la fuente principal de la legitimidad estatal resulta entonces la legalidad; el apego a la norma en el ejercicio estatal.

Los sujetos privados, plenamente protegidos por los derechos públicos subjetivos, pueden desplegar su libre impulso y conseguir a través de las bondades de la espontaneidad mercantil, el equilibrio material de la sociedad. En este esquema se verifica la despolitización absoluta de las relaciones privadas y la correlativa “domesticación” de la función estatal, a partir de la completa jurisdicción de su ejercicio político (la política, aquí, no es juego de fuerzas ni conflicto, es solamente composición de intereses a través de los cauces institucionales del derecho).

Pero sucede que la sociedad mercantil, con su conjunto de propietarios potencialmente iguales y libres de toda determinación, no existe históricamente, sino como referencia ideal del pensamiento moderno. De la misma forma que en el interior de la circulación mercantil existen relaciones de producción, cuya lógica no se compadece con las relaciones libres de

intercambio, así también más allá del modelo económico que las cartas liberales encierran, se sitúa otro espacio donde la objetividad presenta los desequilibrios materiales de los agentes privados y lo voluntario resulta evidentemente lo necesario. Las Constituciones liberales no daban cuenta en su diseño social, sino de las relaciones económicas superficiales; de hecho las presentaron como las únicas posibles, porque eran directamente congruentes con el fondo ideológico de sus disposiciones, encaminadas todas a conseguir el objetivo del equilibrio mercantil.

La extrapolación de las diferencias materiales de los sujetos privados —la situación monopólica— resulta el punto flaco del modelo liberal. La escasa posibilidad de contener el proceso de concentración y centralización de capitales culmina convirtiéndose en causa del desplazamiento relativo del modelo constitucional ilustrado; es el origen real de su rectificación y del surgimiento del derecho económico en los documentos constitucionales.

El replanteamiento del trasfondo liberal en las cartas contemporáneas supone:

- a) La relativización de la división del espacio social en un ámbito público y otro privado, y por ende la regulación de las zonas de “intersección”, cuyo espacio es precisamente el ámbito de la política económica.
- b) La flexibilización del principio de atribuciones expresas y el desequilibrio legitimado de los poderes constituidos, a favor del Ejecutivo: principal agente de la gestión económica estatal.
- c) El reconocimiento de la exclusividad estatal sobre ciertos recursos naturales estratégicos y sobre ciertas actividades económicas a las que en conjunto podríamos denominar *áreas nacionalizadas*.
- d) La estructuración de un bloque de normas que se construyen bajo el principio del reconocimiento de la desigualdad material de los sujetos sociales.
- e) La convicción de que la fuente principal del equilibrio social se ubica en la práctica política del Estado y no en los procesos “naturales” del mercado.
- f) La reorientación del individualismo a ultranza que se sustituye de manera parcial por una especie de neocorporativismo colaboracionista, en torno al proceso nacional de desarrollo.
- g) La rectificación de la concepción absoluta del derecho a la propiedad privada y la sobreposición a éste de las tesis de la función social de la propiedad y en algunos casos, del instauramiento del Estado como verdadero árbitro de las relaciones de propiedad.

- h) La inclusión de normas encaminadas a regular el proceso de planeación, cuyo fondo entraña un conjunto de decisiones que se asumen al margen de los procedimientos legislativos contemporáneos.

Todos estos aspectos conjugados constituyen la evolución del modelo constitucional liberal a otro de corte “intervencionista”; los elementos apuntados son el fundamento normativo de la adecuación del orden jurídico a la dinámica social contemporánea.

La rectificación de las líneas organizativas de las Constituciones no significa la abrogación absoluta de los elementos liberales, pero sí se traduce —como se ha apuntado— en la relativización de sus principios y en la ambigüedad de sus significados.

Los cambios constitucionales afectan definiciones sustanciales, que en cuanto se hacen posibles, confieren al órgano revisor de las cartas un verdadero carácter de constituyente permanente. En el fondo, tiene que reconocerse que las Constituciones ya no son obra exclusiva de los constituyentes originales, porque el ritmo de la vida contemporánea ha provocado que en muchos casos sean los órganos revisores los encargados de reorientar las convicciones liberales de los textos en aras de su funcionalidad actual. Ello conlleva una buena dosis de conflicto y graves dificultades en ensamblaje normativo, cuya atenuación se intenta, sobre todo, a partir de la función que realizan los órganos que tienen a su cargo el control constitucional. Sin embargo, no es fácil dirimir una controversia cuando la Constitución debe interpretarse contra sí misma; cuando dos normas reúnen a la vez la calidad de fundamentales. En estos casos, la interpretación se efectúa echando mano de criterios exógenos, consideraciones políticas que casi siempre culminan con el desplazamiento de algún precepto de inspiración liberal.

El conflicto —o traslape— de dos bloques normativos distintos dentro de la Constitución se resuelve de una manera accesoria cuando se esclarece en el fondo una cuestión principal: ¿es la Constitución una norma de acción real para los poderes constituidos?, o por el contrario ¿resulta la carta fundamental un mero vehículo de su voluntad política?

Desde el punto de vista de las formaciones nacionales dependientes, el modelo económico constitucional puede nominarse sin dificultad Proyecto Nacional de Desarrollo, porque en su diseño normativo se concentran los perfiles de una política económica, cuyo fin primordial resulta ser el desarrollo capitalista de dichas sociedades. Ello no quiere decir que aquí se asuma que el desarrollo sea un resultado posible para los Estados dependientes, a estas alturas de su proceso histórico; pero no cabe duda que sus textos constitucionales albergan una intención fundamentalmente pro-

gramática. Dichas cartas no pretenden sólo el recubrimiento formal de un determinado estado de cosas, sino que su contenido aventura y anticipa —como lo hacen los planes— ciertas situaciones que se proponen como metas políticas. A diferencia de los documentos liberales, las cartas contemporáneas —particularmente las de los Estados dependientes— intentan regular “el desarrollo”, es decir, la génesis social. Los textos liberales se propusieron más bien con un criterio estático, por eso, el modo constitucional que tradujo la elevación de la circunstancia mercantil, a imperativo categórico de la organización social.

Pero la “regulación del movimiento” no la dejan al azar las cartas fundamentales contemporáneas, porque se trata sólo del movimiento económico. Políticamente, las Constituciones asumen la situación de hegemonía existente como una plataforma fija; como base segura a partir de la cual debe verificarse el proyecto nacional.

En el paso paulatino de los modelos económicos *implícitos*, característicos de las cartas liberales, a los “proyectos nacionales de desarrollo” o modelos *explícitos*, el derecho económico juega el papel de objeto de análisis fundamental. La unidad del proceso al que responde es también el principio para su identificación objetiva. A partir de esta tarea, resultará mucho más fácil el análisis de las normas que dispersas en la legislación secundaria, puedan ser calificadas como normas del derecho económico.

En nuestra Constitución, desde 1917 se inició un proceso tendente a hacer explícito en su articulado el modelo económico. Desde el principio, y a ello responden las fórmulas de la “propiedad originaria” y del “dominio directo” de la nación, el Constituyente previó que el desarrollo nacional sería conducido por el Estado, ya que a éste se atribuyó el control de importantes recursos materiales, así como el papel de árbitro supremo de las relaciones sociales de propiedad.

La desconfianza del Constituyente de Querétaro a la espontaneidad del mercado y al equilibrio natural que éste debería provocar, se justifica por el rotundo fracaso de la Constitución liberal de 1857, la que a todas luces devino un documento extralógico que definitivamente no logró hacer contacto con la realidad de la sociedad mexicana de la segunda mitad del siglo XIX.

El fortalecimiento estatal que la Constitución de 1917 previno es, en cierto modo, correlativo a la debilidad orgánica de la sociedad civil mexicana. El juicio que subyace al liderazgo económico del Estado corresponde al reconocimiento de que no existe un impulso privado suficiente para llevar a cabo por sí mismo, el desarrollo económico nacional.

Cabe destacar que al tratar de resolver el problema de la adecuación constitucional a la sociedad mexicana, el Constituyente de 1856-1857 no pudo solventar, y el de 1917 recogió el reto que Ponciano Arriaga había lanzado ya en su famoso voto particular e hizo de la Constitución de Querétaro una carta, verdadera carta de la tierra, es decir, asumió que el problema agrario, principal entonces, debía plantearse y resolverse en el mismo texto constitucional. Así fue como el artículo 27 recogió todo un programa de reforma agraria, que si bien no obtuvo resultados productivos muy eficientes, sí permitió al Estado posrevolucionario llevar a cabo un proyecto de desarrollo para el país distinto al proyecto latifundista del Porfiriato.

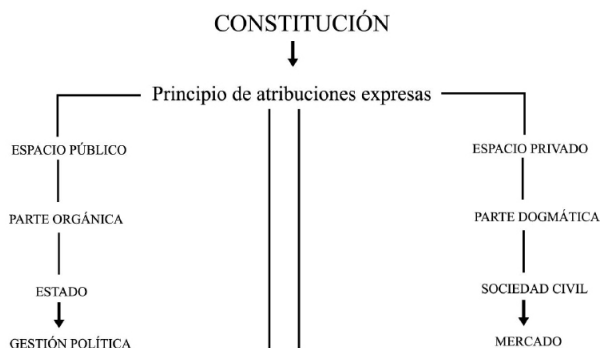
El proyecto constitucional original ha sido modificado y redefinido en numerosas ocasiones desde 1917 a la fecha. Entre estas reformas, la de mayor relevancia, desde el punto de vista del diseño normativo de contenido económico, se llevó a cabo en diciembre de 1982. Este movimiento legislativo introdujo principios tan importantes como el de la rectoría económica del Estado, la planeación, la tripartición de la sociedad mexicana en tres sectores sociales (definidos a partir de las formas sociales de propiedad), la reglamentación constitucional de los sistemas de fomento y, en general, la constitucionalización de las llamadas “atribuciones del Ejecutivo en materia económica”. Este conjunto de medidas que en realidad implica un capítulo económico en la Constitución, amerita, para su explicación cabal, la resolución previa de varios problemas, a saber:

- a) Debe explicarse el sentido y la efectividad del traslape, que al interior del sistema jurídico se produce, por la sobreposición de un bloque normativo de inspiración “intervencionista” sobre otro bloque de fondo liberal, que sirvió de referencia fundamental al constitucionalismo occidental.
- b) Debe precisarse hasta qué punto el nuevo capítulo económico de la Constitución entraña una redefinición del modelo económico constitucional en su versión original, o bien, hasta qué grado es un desarrollo de dicho modelo, sobre todo, a partir de la fórmula de la “propiedad originaria” que el Constituyente introdujo en el artículo 27 de la carta de Querétaro.
- c) Debe realizarse un esfuerzo para contrastar el modelo económico constitucional con las características fundamentales del modelo de acumulación en la formación nacional mexicana para establecer:
 - I. La congruencia o incongruencia entre fenómeno normativo y realidad social.

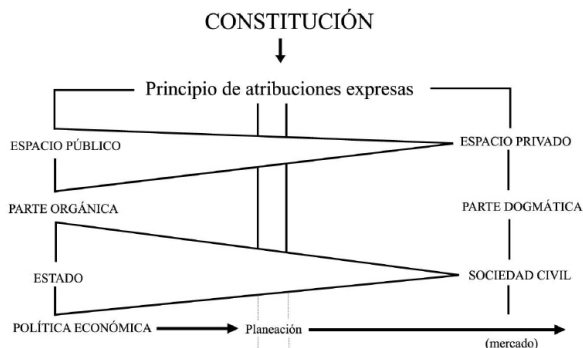
- II. En caso de existir distorsión entre modelo normativo y modelo de acumulación, precisar el sentido de la distorsión.
- III. Explicar el papel general del derecho en el proceso de acumulación de capital.

A continuación se proponen los lineamientos esquemáticos para simplificar el análisis constitucional desde la perspectiva del derecho económico:

Modelo liberal



Modelo intervencionista



Los esquemas propuestos son auxiliares útiles para ayudar a orientar la reflexión sobre la normatividad constitucional desde la perspectiva del derecho económico. No sólo abarcan la normatividad de contenido propiamente económico, sino que pretenden una explicación integral del modelo constitucional desde el punto de vista de su diseño integral. Norma y función de la norma son entendidas en una misma relación de continuidad. Así, los principios abstractos del constitucionalismo occidental se colocan en ejes de correspondencias, cuyas aproximaciones sucesivas terminan precisamente en la función económica de las normas analizadas.

El esquema del modelo liberal presenta bien diferenciados los espacios sociales —público y privado— a partir del principio de atribuciones expresas; al espacio privado corresponde la regulación de la parte dogmática del texto constitucional y al ámbito público la parte orgánica. A los agentes privados se les reserva la acción económica, y al Estado la actividad política.

El esquema del modelo intervencionista es en realidad la distorsión de la configuración liberal. El tránsito de uno a otro se produce por los desajustes que el proceso de monopolización provoca. En sí, la distorsión del modelo liberal no tiene una fuente endógena, su quiebre y su crisis obedecen a su falta de adecuación a la realidad social, es decir, el desajuste tiene un motivo exógeno a la misma composición formal de sus elementos.

En el segundo esquema se acusan los efectos de la crisis del mercado. Se provocó el borramiento parcial de la distinción entre el eje de lo público y el de lo privado, dando lugar a profundas intersecciones provenientes de la gestión estatal. En el plano estrictamente formal, las partes orgánica y dogmática del texto conservan su independencia y, en cierto modo, la del diseño; sin embargo, el espacio se encuentra drásticamente reducido y el mercado desfasado por la planeación a una zona completamente marginal.

En realidad no puede hablarse estrictamente de la sustitución de un modelo por otro, sino que se trata de una paulatina sobreposición o traslape, graduado en todo caso por las coyunturas políticas y la situación peculiar de cada formación nacional.

He aquí un esquema que en lo sucesivo será una herramienta útil para profundizar en el análisis económico constitucional, y a partir de ahí, en la regulación secundaria, cuyo fin principal sea, precisamente, la rectificación “artificial” de los procesos “naturales” del mercado, a través de la política económica y de la legislación y disposiciones jurídicas que finalmente le den forma.

VIII. APUNTE FINAL

Con lo expuesto se propone una forma alternativa que colabore a devolver a la ciencia jurídica su carácter creativo, que permita al jurista desarrollar un instrumento teórico para responder a los problemas contemporáneos del orden jurídico y le facilite, su labor crítica respecto a procesos sobre los que paulatinamente los especialistas del derecho con el tiempo pierden el control.

La novedad de los procesos que genera la regulación económica de la crisis surge ahora como una especialidad innegable, pero también como una forma de evaluar el conjunto de los modelos dominantes en la ciencia jurídica contemporánea.

ARBITRAJE Y TRANSFORMACIÓN DE LAS RELACIONES DE PROPIEDAD

EL CASO DEL FIDEICOMISO BAHÍA DE ZIHUATANEJO*

SUMARIO: I. *Vindicación de la “tópica”*. II. *Diversidad y arbitraje de las relaciones de propiedad en México*. III. *El caso del Fideicomiso Bahía de Zihuatanejo*. IV. *El Fideicomiso Bahía de Zihuatanejo frente a los poseedores irregulares*. V. *Evaluación*.

I. VINDICACIÓN DE LA “TÓPICA”

El análisis de las relaciones de propiedad cada vez extralimita con mayor frecuencia los contornos axiomáticos a los que lo ciñó el enfoque racionalista de los códigos modernos. El espíritu de la homogeneidad es depuesto en pro de la fidelidad al carácter diverso de la realidad. Así, de la propiedad moderna, definida como forma de apropiación por excelencia durante el siglo pasado, sólo permanecen referencias generales; matrices de conceptos sobre los que se fincan y desarrollan multitud de vertientes casuísticas.

Jean Carbonnier, uno de los ingenios jurídicos contemporáneos más agudos, manifiesta: “Para la sociología es ya un error el hecho de estudiar el derecho de propiedad en general. *Sociológicamente, la propiedad no existe*. Existen propiedades diferentes, tantas como categorías de cosas y de personas...”¹

Las nuevas formas normativas que expresan las relaciones de propiedad surgen en franca contravención con el esfuerzo uniformador de los juristas dogmáticos. Significan también la deposición de la ley como universo cerrado donde el mundo jurídico se mantiene. Hoy, las relaciones de propiedad, en numerosas ocasiones se definen desde las prácticas administrativas que se perfilan a partir de las disposiciones urbanísticas.²

* Publicado en: *Alegatos*, México, núm. 8, enero-abril de 1988.

¹ Carbonnier, Jean, *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho*, trad. de Díez- Picazo, Madrid, Tecnós, 1974, p. 229.

² Azuela, Antonio, *La ciudad, la propiedad privada y el derecho*, mimeo, p. 44.

Cada vez con mayor énfasis se suscita la mediación pública en las relaciones de propiedad, antaño reservada de manera estricta a la esfera de la actividad privada. La proyección de la función administrativa sobre la propiedad apareja una revisión continua de su sentido, que se resuelve de manera heterogénea en formas de apropiación relativas, planteadas en respuesta de las demandas diversas que orillan las necesidades cotidianas de la ordenación de conductas.

Lo prolijo de las formas en las que se manifiestan las relaciones de propiedad es la referencia más directa de la crisis de la codificación como proceso omnicompreensivo. La crisis general de la legislación como fuente formal exclusiva es el horizonte que alienta la rectificación del trabajo jurídico y lo avoca a exceder las perspectivas de las tareas dogmáticas, para replantear los contenidos a través del análisis casuístico.

La “tópica” o aproximación al objeto jurídico por lugares o regiones, se ofrece como esfuerzo técnico alternativo a la insuficiencia de los códigos. Implica la elaboración de principios jurídicos que se extraen de una generalización laboriosa del trabajo sobre problemas concretos. La singularidad del enfoque sobre cada situación es en realidad la primera condición del pensamiento tópico.³

El trabajo casuístico fue el modo habitual de proceder para los juristas romanos de la época clásica; fue, asimismo, la forma de expresión de los conciliadores durante la vigencia en Europa del *Mos italicus* y estuvo también presente en el desarrollo de la etapa del derecho alemán, conocida como el *Usus Modernus Pandectarum*. No se trata pues de una propuesta reciente. El conocimiento del derecho a partir de regiones casuísticas y problemáticas data de algunos de los momentos más fértiles de nuestra tradición jurídica.

La situación diversa de las relaciones de propiedad favorece el enfoque desde el pensamiento “tópico”. Los abordos singulares ayudan a trascender los prejuicios de las construcciones axiomáticas y decisivamente motivan la valoración directa de las variables sociales en el análisis de las instancias normativas.

Desde el punto de vista de las reflexiones sobre las relaciones de propiedad, un gran avance se suscita cuando el tratamiento se desplaza de la propiedad a sus agentes.⁴ El sentido social de los espacios patrimoniales

³ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, España, Civitas, 1984, p. 58.

⁴ Constantino, M., “Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes”, en Lipari, N. (comp.), *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980, pp. 217 y ss.

se reorienta y de ser la definición de las facultades del propietario, el eje fundamental del discurso, se desvía hacia el problema de la distribución social de los recursos apropiables. En este sentido la propiedad deja de ser un derecho de disfrute absoluto de los bienes, para convertirse en una política de asignación de los recursos apropiables. El problema de la definición de los atributos de propietario es un ejercicio estático desde el punto de vista normativo; la cuestión de la distribución social de los recursos es un cambio, un elemento dinámico, un factor continuo de construcción de la realidad social y de los perfiles políticos del Estado.

Los frecuentes traslapes entre las formas reales en que las relaciones de propiedad acontecen, ameritan una revisión especial y casuística, que paulatinamente permita la ubicación “regional” de problemas. El desdén por este tipo de procedimientos ha provocado un alejamiento de la doctrina mexicana de las áreas problemáticas más significativas de nuestra realidad. Tanto civilistas como ius-publicistas ofrecen sus aportes de un modo tangencial que rara vez toca los aspectos nodales de las cuestiones de propiedad.

II. DIVERSIDAD Y ARBITRAJE DE LAS RELACIONES DE PROPIEDAD EN MÉXICO

En nuestro país, por las peculiaridades del modelo constitucional que rige, en realidad existe un reconocimiento formal de la heterogeneidad de las relaciones de propiedad.⁵ La Constitución recibió en el artículo 27, diversas vertientes normativas para regular este derecho. Contrariamente a la forma en que la Constitución de 1857 dispuso el régimen de la propiedad, asumiendo sus derroteros modernos, la Constitución de Querétaro reconoció formas de apropiación impregnadas del cuño regalista que estuvo vigente en la Colonia. A la propiedad privada se refirió, sí, pero en un sentido precario y relativo, que la hizo coexistir con otras formas de apropiación y que la subordinó a los intereses generales de la “nación”.

La Constitución de 1917, positivizó el patrimonialismo castellano, aunque de cara a una dimensión novedosa en el alcance de sus efectos; hizo persistir el control político sobre los recursos naturales de importancia estratégica, restringiendo así las posibilidades de libre aprovechamiento de estos bienes por parte de los particulares.

⁵ Díaz y Díaz, Martín, “Proceso constitucional y relaciones reales de propiedad. Notas para el análisis del caso mexicano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, núm. 11, 1987.

En los párrafos 4o. y 5o. del artículo 27 constitucional radica la verdadera potencia del Estado mexicano, su confirmación centralista y vertical. El sector de los recursos estratégicos, atribuidos en control y en aprovechamiento a los poderes federales, cifra concluyentemente su carácter hegemónico.

Por otra parte, la propiedad privada se entifica dentro de la Constitución como un derecho móvil, al grado que deviene objeto continuo de redefinición y ajuste, a través de la vía de las modalidades que el texto autoriza imponer a la nación.

Así, una esfera privada de apropiación precaria subsiste con un sector fuerte de atribución pública, e incluso con sistemas de propiedad de corte absolutamente tradicional como son los casos de las llamadas propiedad comunal y ejidal, respectivamente. Todas las vertientes de las relaciones de propiedad giran en torno de la *propiedad originaria* de la “nación”. Esta fórmula es el vértice de un sistema de mediaciones políticas relativas al ejercicio del derecho de propiedad, que establece un eje de atribuciones donde predomina el poder público sobre las instancias civiles. Prevé el ejercicio de un Estado fuerte que desdibujó los parámetros clásicos del Estado gendarme, precisamente a partir del arbitraje de las relaciones de propiedad.

El régimen constitucional mexicano en materia de propiedad, de entrada sugiere sucesos de traslape entre los distintos derroteros que orientan y norman las relaciones de apropiación.

Estos traslapes o intersecciones se producen, ordenan y resuelven a partir de la esfera de competencia de los poderes públicos federales y con mayor frecuencia desde el Ejecutivo. Existe un verdadero arbitraje de la propiedad por parte del Estado, particularmente a través de la figura presidencial. El tránsito de bienes y el sentido político de las asignaciones a los sujetos sociales interesados en su uso se dispone con criterios distintos a los de la productividad o el rendimiento económico. La distribución es desde el principio asumida como un problema constitucional y como un despliegue de voluntad política que persigue ordenar de forma determinante la base material de sustentación del Estado.

Los problemas más frecuentes suscitados por intersecciones de los distintos órdenes de propiedad, se refieren al surgimiento de diversas formas urbanas de apropiación en medios reservados formalmente a la propiedad comunitaria o a la ejidal; no son tampoco extraños los traslapes debidos a zonas de ambigüedad entre ámbitos reservados al ejercicio público y aquellos en los que puede producirse la propiedad privada. La delimitación estricta de un régimen de propiedad casi siempre se perturba por hechos

de posesión y el remedio más socorrido para los actos de “regularización”, suelen ser las expropiaciones. Entre las soluciones espontáneamente negociadas y la expropiación, surgen sin embargo, zonas intermedias de ajuste entre los sectores interesados en el uso social de los bienes. En todo caso, el alcance de la expropiación es restringido porque llega hasta donde las posibilidades políticas justifican los desalojos violentos de poseedores o avocados en sitios avocados a fines diversos a los de la habitación.

Quede claro que las recomposiciones en el reparto de los bienes siempre se ponen en marcha desde el Estado, obedecen en suma, a su arbitraje de las relaciones de propiedad.

En materia de ajuste a las expresiones formales de las relaciones de propiedad, nuestro país se ofrece como un medio privilegiado, precisamente por el no reconocimiento unívoco de la propiedad moderna como la forma universal de apropiación. La admisión de esta pluralidad evita resistencias ideológicas que generalmente surgen porque los ajustes y reacomodos provocan restricciones a la esfera de propietarios privados o, en todo caso, restricción de intereses para los propietarios comunitarios o ejidales que padecen las afectaciones.

III. EL CASO DEL FIDEICOMISO BAHÍA DE ZIHUATANEJO

1. *Planteamiento de la cuestión*

Mediante cuatro decretos expropiatorios producidos en febrero de 1973, fueron expropiadas ciertas superficies de los ejidos: Agua de Correa, Zihuatanejo y El Rincón, en el municipio de San José Azueta, en Guerrero.⁶ Los decretos fueron suscritos por el presidente de la República en turno y en sus partes sustantivas invocaban de manera idéntica, como causa de utilidad pública la “urbanización y el desarrollo turístico” de la zona. Como fundamento de los decretos se señalaron los artículos constitucionales 27 y 80; 112, fracción VI; 117; 122 fracción II; 123, 125, 126 y 343 de la Ley Federal de la Reforma Agraria (LFRA), es decir, tipificaron la expropiación como un caso de “fundación, mejoramiento, conservación y crecimiento de los centros de población...” (artículo 112, fracción VII de la LFRA). Este último artículo es el que propone también como fundamento para consumir llamados procedimientos de “regularización de la tenencia de la tierra”. Estos mecanismos corresponden a la expedición de títulos de propiedad a los poseedores de predios urbanos irregulares, cuyo asentamiento se verifica sobre terrenos ejidales o comunales.

⁶ *Diario Oficial de la Federación* del 1o. y 2 de febrero de 1973.

En los considerandos de los decretos expropiatorios se argumentó que por solicitud del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos en lo sucesivo Banobras, el entonces Departamento de Asuntos Agrarios y Colonización, procedió a estudiar el planteamiento de la solicitud de expropiación y encontró que ésta era procedente contra fondos de los ejidos antes citados, por cumplirse en este caso, los fines de regularización urbana y mejoramiento que el centro de población ameritaba. Como forma del pago de la indemnización se previno que cada ejidatario recibiría dos lotes tipo urbanizados más la parte proporcional del 20% de las utilidades netas producidas por la venta de lotes fraccionados, que sería pagada, según lo establece el artículo 123 de la LFRA, al Fondo Nacional de Fomento Ejidal para que este aplique las cantidades como la propia ley señala.

Una de las peculiaridades más notables de los decretos fue la de colocar como beneficiario del acto expropiatorio a Banobras. Asimismo, se impuso la obligación a esa institución de crédito de constituir un fideicomiso traslativo de dominio para el cumplimiento de los fines que motivaron los actos expropiatorios.

Atendiendo a la situación fáctica que los decretos pretendieron resolver, cabe decir que el móvil genuino apuntaba a la urbanización y comercialización del suelo urbano con fines preponderantemente turísticos. La idea de integrar Zihuatanejo al complejo que simultáneamente se desarrollaba en Ixtapa, fue en realidad la que orientó las expropiaciones. El poblado de Zihuatanejo había crecido anárquicamente entorno a sus playas, proyectando su crecimiento sobre terrenos de los ejidos de Zihuatanejo, Agua de Correa, y El Rincón. El grupo de población se encontraba por tanto irregularmente asentado en el anfiteatro de las playas, poseyendo solo en virtud de convenios de cesión de derechos, inválidamente expedidos por los comisariados ejidales. Con esto se quiere esclarecer la situación urbana de los predios y dejar sentado que la dinámica propiamente ejidal estaba interrumpida desde hacia varios años por la vocación turística del lugar.

Cabe señalar que en el caso de Zihuatanejo el proceso de urbanización —entendido como mejoramiento de un centro de población según la ley— se presentó, de inicio, subordinado a fines de aprovechamiento turístico del lugar.

Así las cosas, los intereses confrontados fueron: de los pobladores, cuyos derechos posesorios los habilitaron para fincar casas habitación e incluso pequeños negocios de giro turístico y del Estado federal, que había prohijado un proyecto de desarrollo turístico en la zona. A otro nivel aparecieron los intereses de los ejidatarios, cristalizados alrededor de la indemnización, más que en torno a la reclamación por predios agrícolas que

en gran medida ya habían cedido previamente, así fuera de modo parcial. Secundariamente, se ubican los intereses municipales y estatales, que con las expropiaciones ven alejarse toda posibilidad real de control sobre un territorio antaño de jurisdicción netamente local.

2. *El operativo expropiatorio*

Desde el punto de vista de las relaciones de propiedad, la expropiación se propone como un acto de transformación que pretende hacer funcionar el uso del suelo perteneciente a un núcleo de población ejidal con un criterio de especulación y rentabilidad turística. Se trata, en síntesis, de privatizar el espacio ejidal transformando su naturaleza social en zona de apropiación particular. Todo a través de la mediación y el arbitraje público.

La expropiación opera como instrumento “regularizador”, es decir, como proceso a través del cual el tránsito de una forma de propiedad a otra se realiza, lo cual permite en todo este curso un estrecho control por parte del Poder Ejecutivo Federal.

A través del acto expropiatorio se produce la negación de las prerrogativas de los poseedores y vecindados sobre los predios ejidales.⁷ Se restablece artificialmente la propiedad del núcleo de población titular del ejido, pero sólo de manera transitoria y accidental; los ejidatarios aparecen ya no como tales, sino más bien como beneficiarios emergentes de la indemnización. Los efectos de la expropiación van más allá, se extienden hasta permitir el acceso de los prestadores privados de servicios turísticos y el uso del suelo a un mercado de sujetos con poder de compra, en cuya expectativa de recreo se encuentran los predios urbanizados.

La expropiación materializa la decisión política de avocar una zona determinada al desarrollo turístico, así constituye al estado en un sitio de mediación en cuyo seno las posesiones irregulares se diluyen y un nuevo orden privado se establece. Se trata pues, de un proceso de redistribución social de los recursos apropiables.

Técnicamente, los decretos adolecen de una motivación insuficiente; la causa de utilidad pública invocada sólo se tipifica en lo referente a mejorar las condiciones de urbanización del centro de población, pero deja sin fundamento lo relativo al establecimiento de un centro de desarrollo turístico, hipótesis que la Ley Federal de la Reforma Agraria definitivamente no cubre. Políticamente hay una subordinación de intereses que se silen-

⁷ Azuela, Antonio, *op. cit.*, cap. 4.

cia, es decir, la que se refiere a la valoración de los “intereses turísticos” del Estado como elemento preponderante sobre los intereses patrimoniales del núcleo de población ejidal. Esta fundamentación deficiente y la ausencia completa de motivación, tácitamente se justifica por el “valor entendido” de un doble mentís, a saber: ni se expropia a un verdadero y actuante núcleo de población ejidal sino a los poseedores de un asentamiento urbano irregular cuya actividad no es nada compatible con la agricultura; ni tampoco es plenamente cierto que los intereses de los poseedores se diluyan de manera absoluta con el acto expropiatorio, como más adelante se intentará demostrar.

La atribución a Banobras del carácter de beneficiario de la expropiación no puede tampoco pasar desapercibida; en todo caso se trata de un beneficio *sui generis* cuya función es solamente accidental, su rol se extingue cuando la urbanización se efectúa. Se trata entonces de un derechohabiente en tránsito, cuya habitación legal para jugar ese papel es sospechosa, porque la institución de crédito citada no se encuentra entre los posibles beneficiarios de expropiaciones a los que se refiere el artículo 117 de la LFRA.

3. *La constitución del Fideicomiso Bahía de Zihuatanejo*

Con el fideicomiso en general arribamos a un espacio de flexibilidad excesiva e incluso de ambigüedad; con el fideicomiso público a una zona francamente de incertidumbre. Se trata de un negocio jurídico que se entifica y al que la ley reconoce personalidad jurídica.

Podemos en cierto modo afirmar lo contrario, es decir, que estamos en presencia de un auténtico órgano con funciones técnicas y de financiamiento al que la legislación entifica sólo parcialmente. Cualquiera de las dos vertientes planteadas deja un rango de falta de certeza y seguridad.

El punto declarativo tercero de los cuatro decretos expropiatorios a los que se refiere este trabajo, señala que para la realización de sus fines —la urbanización y el desarrollo turístico— Banobras deberá crear un fideicomiso traslativo de dominio. Este se constituyó el 8 de agosto de 1974, y tuvo el siguiente soporte subjetivo: Banobras, fideicomitente; Nafinsa, fiduciario con la participación entonces de la Secretaría de Hacienda y la de Patrimonio Nacional; como fideicomisarios se consignó a los ejidatarios que debían ser indemnizados y al Fondo Nacional de Fomento Ejidal, beneficiario del 80% de las utilidades netas de las tareas de fraccionamiento y urbanización.

El fideicomiso tuvo por objeto central transmitir a Nafinsa la propiedad fiduciaria de los predios ejidales expropiados a favor de Banobras, para que la primera institución crediticia realizara la urbanización, lotificación y fraccionamiento de los terrenos en cuestión; llevara a cabo las operaciones financieras necesarias con esos fines; enajenara los lotes, formara empresas turísticas y pagara las indemnizaciones correspondientes; todo a través del Fideicomiso Bahía de Zihuatanejo.

El patrimonio del fideicomiso apuntado se integra con los lotes expropiados, los créditos que obtenga, los ingresos por venta de terrenos y las donaciones o bienes en destino que reciba.

Atrae, la omisión de una de las tareas centrales del fideicomiso; nunca se menciona que corresponde a este ente ejecutar propiamente los decretos expropiatorios, en cuanto al tema de posesión de los inmuebles se refiere.

Debemos recordar que la mayor parte de las superficies expropiadas se encontraban previamente ocupadas por poseedores amparados por títulos insuficientes, otorgados en su mayor parte por los comisariados ejidales. Desechada la idea de un desalojo violento de los avecindados la tarea central del fideicomiso pasó a ser la de gestión política y la de negociación con los poseedores; sin ese requisito, sólo podría ejecutar sus funciones de urbanización sobre los predios desocupados, como efectivamente sucedió.

En otros términos, el Fibazi, con todo y su contextura competencial dudosa, quedó transformado en un auténtico órgano de regularización de la tenencia de la tierra. Políticamente un ente de esta naturaleza, si se le puede llamar así, es funcional, porque en sus reductos técnico-financieros diluye buena parte de la presión social y de la resistencia que oponen los poseedores irregulares. Sin embargo, la falta de ejecutividad de sus medidas es también un obstáculo que postergó por varios años la toma de posesión de los predios expropiados.

IV. EL FIDEICOMISO BAHÍA DE ZIHUATANEJO FRENTE A LOS POSEEDORES IRREGULARES

1. *Vicisitudes litigiosas*

Los decretos expropiatorios surten efecto desde febrero de 1973, sin embargo, hasta la fecha muchos poseedores continúan sin abandonar los predios sobre los que se encuentran asentados. Esta situación motivó que el 25 de enero de 1983, con el fin —según se manejó internamente— de evitar la prescripción, Nafinsa en calidad de fideicomitente, ejercitaría ac-

ción reivindicatoria contra una gran cantidad de poseedores identificados en el escrito de demanda, así como contra todas las personas “que estén poseyendo o se ostenten con derecho a poseer” fracciones de terreno en las zonas expropiadas. La prescripción que se quería evitar con ese inusitado escrito se cumpliría al mes siguiente en el cual se completaba un plazo de 10 años, desde la fecha de la expropiación.⁸ Los temores eran fundados, el acto expropiatorio ocurrió todavía bajo la vigencia temporal de la Ley General de Bienes Nacionales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de enero de 1969. Aquella ley no regulaba, como la actual, un carácter imprescriptible para los bienes del dominio privado de la federación. Sin embargo, el artículo 38 de la ley remitía, para efectos de la prescripción de inmuebles del dominio privado de la federación, al Código Civil para el Distrito Federal, pero duplicando los términos necesarios para usucapir.⁹

Con esos antecedentes el razonamiento se armó así: *a)* los predios como propiedad ejidal eran imprescriptibles; *b)* en razón del acto expropiatorio a favor de Banobras ingresaron al dominio privado de la federación; *c)* allí continuaron cuando esta institución transmitió la “propiedad fiduciaria” a Nafinsa; *d)* por lo tanto, los predios quedaban en posibilidad de ser adquiridos como objeto de prescripción de mala fe, según las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal. La demanda reivindicatoria interrumpiría entonces la prescripción. Sin embargo, todavía tendrían que sortearse muchos obstáculos para lograr este propósito: primero, casi todos los poseedores apersonados en juicio reconvinieron la prescripción; segundo, los predios no estaban debidamente identificados e individualizados en la demanda; tercero, muchos de los poseedores tampoco se encontraban identificados de una manera que hiciera posible el emplazamiento. De hecho este último extremo motivó la paralización del impulso procesal hasta la fecha.

Los argumentos esgrimidos por las partes litigiosas pueden condensarse así: actor reivindicatorio: 1) Nafinsa afirma ser propietaria de los predios, ofrece títulos que acreditan la propiedad y pide que se le restituya como poseedora de los bienes a los que se refiere la demanda. Demandados que se apersonaron a contestar el escrito inicial: 2) argumentan ser poseedores de buena fe y en algunos casos incluso propietarios por estar asentados sobre el fundo legal; 3) tener tiempo suficiente transcurrido a su favor para

⁸ Escrito de demanda presentado por Nafinsa ante el juez de distrito en turno en Acaapulco, Guerrero.

⁹ Remisión a la Ley General de Bienes Nacionales abrogada por la actual.

ser considerados propietarios. En la reconvencción, los demandados por la acción reivindicatoria, ejercitan acción de prescripción a su favor, argumentando que el título de su posesión es de buena fe.

Evaluando los argumentos anteriores puede concluirse que: *a)* la prescripción sólo puede aprovechar a los poseedores de los predios ubicados dentro de los fundos legales. A los demás poseedores sólo podría beneficiarles si sus títulos se consideran de buena fe, lo cual es bastante remoto, toda vez que fueron adquiridos de los comisariados ejidales directamente.¹⁰ *b)* podría prosperar la prescripción en los casos de predios no individualizados correctamente en la demanda; como en aquellas situaciones en que los demandados no fueran identificados; *c)* de prosperar la acción reivindicatoria, subsistiría el problema social respecto de los avecindados que son poseedores de predios irregulares.

2. *Sobrevivencia de la posesión*

Ante las imposibilidades de una respuesta formal al problema en los términos de la legislación vigente, el Fibazi creó nuevos cauces de composición a través de vías conciliatorias que poco a poco terminan por reconocer los derechos de los poseedores sin título. Este, dicho sea de paso, es un caso en el que la posesión “*en sí*” prueba que existe y demuestra que su función social última se ordena precisamente en razón de su carácter irreductible.¹¹

Fibazi diseñó diversos tipos de “convenios” para armonizar posiciones con los poseedores, veamos:

Primera opción: “Contrato de arrendamiento con opción a compra”. En este caso se trata más bien de una compraventa con reserva de dominio; porque el arrendador (Fibazi) se obliga a reconocer las cantidades pagadas como aporte al precio en el caso en que el arrendatario haga efectiva la “opción de compra”. Este procedimiento se usa para *regularizar* los predios aledaños a la playa de la Ropa.¹²

Segunda opción: “Compra-venta con reserva de dominio”. Aquí el comprador se obliga a no vender a terceros y a sujetarse a las disposiciones de uso dictadas por Fibazi, que a su vez otorga un plazo de 84 meses para el

¹⁰ *Cfr.* Tesis jurisprudencial 273, Tercera Sala, Cuarta Parte, t. II, p. 818.

¹¹ Hernández Gil, Antonio, *La función social de la posesión*, España, Alianza, 1969, pp. 171-173.

¹² Documento tipo elaborado por Fibazi para regular la negociación con poseedores irregulares.

pago del predio. Este modo de hacer es el que se usa para regularizar los predios de la playa conocida como “La Madera”.¹³

Tercera opción: “Compra-venta sujeta a condición suspensiva”. En estos casos el perfeccionamiento del contrato se condiciona a la conclusión de la urbanización y al pago del precio. Se establece la posibilidad a favor de Fibazi de canjear el lote en el caso de que las necesidades de plan de urbanización así lo demanden.¹⁴

Cuarta opción: “Convenios a través del cual Fibazi reconoce derechos de posesión y a cambio el poseedor se compromete a adquirir la propiedad del predio”. Este supuesto obliga también al poseedor a aceptar otro predio similar en caso de que las necesidades del proyecto de urbanización obliguen a destinar el que ocupa a fines distintos”.¹⁵

V. EVALUACIÓN

Fue evidente que el tránsito de un régimen de propiedad ejidal a otro de naturaleza privada, no se produce llanamente; el trayecto está plagado de vicisitudes que obligan a instituciones jurídicas de corte drástico, por ejemplo a la expropiación, es decir a llegar al fondo de su efectividad e incluso, a la evidencia de su insuficiencia. Las variables de la resistencia social y las de carácter político confieren una parsimonia especial a los procedimientos jurídicos; los pueden llegar a retardar y también a volver infuncionales. Ello motiva el ensayo de nuevas fórmulas —en este caso, los contratos y convenios ideados por Fibazi— que pretenden, aunque sea por vías no ortodoxas, llegar al estado de normalidad de las relaciones de apropiación que pueda estabilizar el cambio de régimen de la propiedad con relativa eficacia.

En el caso que se analizó el factor de resistencia contra la expropiación fue la posesión, ejercicio precario y con título insuficiente que a fin de cuentas tuvo que recibir cierta investidura y llegó a convertirse en un interés importante a ponderar patrimonialmente, dentro del proceso de regularización.

Llama la atención que el cambio de régimen que el caso planteado nos presenta, acentúa la presencia federal en la solución del conflicto en detrimento de la influencia de los poderes locales. Fibazi actúa como un auténtico enclave de los poderes federales, que a través de una institución

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

de crédito como Nafinsa, ejecutan un proceso de “regularización” de la tenencia de la tierra en la jurisdicción de una entidad federativa, con lo cual cambia el sentido del ejercicio del derecho de propiedad y reordena la atribución de los recursos apropiables al atribuirlos a sujetos diversos desde el punto de vista de su posición social.

Algunos poseedores se mantienen detentando sus predios y es la posesión el derecho que sirve de puente a sus pretensiones; sin embargo, su permanencia queda ceñida, e incluso subordinada a una nueva modalidad de ejercicio: la lógica de Fibazi, que no es otra, sino la de permitir la especulación comercial con predios de valor turístico. La urbanización fuente principal de legitimación de los decretos expropiatorios es sólo la condición de orden necesaria para la explotación turística.

Para los ejidatarios, la expropiación es el simple reconocimiento postero a la desaparición del ejido como unidad de producción agrícola que se había inicialmente producido. Los ejidatarios reciben el saldo del derecho que previamente habían enajenado sus comisariados, por la vía de la indemnización. Su permanencia en la propiedad de los predios urbanizados que reciben como pago indemnizatorio es dudosa, lo más probable es que pronto se verifiquen enajenaciones y los ejidatarios se reubiquen en zonas periféricas del centro de población.

Este breve recorrido a través de un proceso de ajuste en las relaciones de propiedad es apenas una aproximación a los resultados que puede producir en esta materia un análisis tópico cotidianamente puesto en práctica.

LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS EN MÉXICO APROXIMACIONES A UN PROCESO SIN TEORÍA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aproximaciones al sentido contemporáneo de la expropiación en México*. III. *Las expropiaciones con fines de ordenación urbana*. IV. *Análisis del decreto expropiatorio que motivaron los sismos de septiembre de 1985*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Plan y criterios*

Con este ensayo se busca aportar elementos para la documentación y el análisis de los sucesos expropiatorios que se producen con fines de ordenación urbana, particularmente en el Distrito Federal.

Sin ningún prurito que oriente a evitar los rodeos, el punto de partida del trabajo señaló en la reflexión general sobre el sentido contemporáneo de los actos expropiatorios en nuestro país. Aquí, la institución fincó sus reales, en transgresión completa de los límites que en otros países se imponen a la expropiación. Se trata de una figura normativa muy importante en la historia de la legislación pública mexicana. Incluso de un elemento político de alcances insoslayables. La segunda parte de este escrito contiene un ejercicio de orientación técnica, por el andamiaje normativo que acompaña a las expropiaciones con fines urbanísticos en el Distrito Federal.

En el tercer apartado se plantea un estudio de caso. Se trata del Decreto expropiatorio que provocaron los sismos de septiembre de 1985. En este documento normativo, confluyen con claridad las circunstancias que motiva la falta de asimilación de las grandes experiencias expropiatorias. Nuestra historia está frecuentemente marcada por actos de esta naturaleza y, sin embargo, no se observan progresos técnicos en su desarrollo.

Es tiempo de evaluar la institución expropiatoria y de confrontarla con los alcances de los recursos más sutiles del urbanismo europeo, que en buena medida nuestras leyes están ávidas de recibir.

* Publicado en: Serrano Migallón, Fernando (ed.), *Derecho urbano y derecho*, México, Plaza y Valdés-Departamento del Distrito Federal-UNAM, 1988.

La emergencia que provocaron los sismos desenmascaró el escaso nivel de efectividad que las disposiciones urbanísticas alcanzan en nuestro medio.¹ Así, el programa de reordenación urbana más importante de nuestro tiempo se verificó por los cauces siempre recurrentes de la expropiación. En la crudeza de estos actos, se encontró un ambiente más propicio para ordenar procesos que, a ojos de las instituciones urbanísticas más avanzadas, estarían permanentemente marcados por el sello de la distorsión.

II. APROXIMACIONES AL SENTIDO CONTEMPORÁNEO DE LA EXPROPIACIÓN EN MÉXICO

1. De la “institución límite” del racionalismo a la perspectiva contemporánea

Entre el derecho de propiedad y la expropiación existe una relación de consustancialidad, cuya evidencia no se expone siempre de manera palpable. A la expropiación suele tratarsele como un elemento destructor del derecho de propiedad o, en el mejor de los casos, como a una “institución límite”, que acota los alcances de los sujetos privados sobre los bienes que tienen atribuidos en titularidad.

El enfoque peyorativo de la expropiación se propuso y se afianzó en la época de las grandes codificaciones racionalistas, cuyos influjos liberales condujeron a considerar el derecho de propiedad como el cauce de realización de la libertad individual. Cualquier acto restrictivo de este derecho se interpretó como un atentado que corrompía el sistema axiológico individualista; suprimir la propiedad significaba conculcar la libertad y, por ende, desproteger al individuo —considerado como valor central— frente al poder irracional del Estado.

Cuando las concepciones sobre el derecho de propiedad se transformaron, la expropiación cobró también nuevo sentido. El efecto que ejerció el positivismo en toda la teoría social y la propia crisis del capitalismo, colaboraron para desmitificar el derecho de propiedad en el presente siglo.² La

¹ Véase el estudio del Doyen, Núñez Castañeda J. 15.

² Los fundamentos para considerar los actos expropiatorios en su dimensión natural; es decir, la que se refiere a entenderla como mecanismo de coordinación de intereses para el ejercicio social del derecho de propiedad, parten del reconocimiento que hace Rudolf von Ihering en *El fin del derecho*, (Puebla, Cajica, 1961, pp. 374 y 375 del vol. I): “La significación de la expropiación es desconocida... si se ve en ella una anomalía, un ataque contra el derecho de propiedad... La expropiación contiene la solución de la tarea de cambiar los intereses de la sociedad con los del individuo, hace de la propiedad una institución prác-

visión relativa sobre las relaciones de apropiación hizo recobrar el aspecto histórico de este derecho. Se depuso al fin su carácter intangible y se atendió a los mecanismos normativos que permiten el ejercicio coordinado de las relaciones patrimoniales.

En su versión racionalista, la propiedad surge y se define, como un complejo de facultades a favor del sujeto titular y, salvo las escasas disposiciones que limitan su ejercicio abusivo, no se atiende a la fase de coordinación que la dimensión social de este derecho demanda. El ejercicio simultáneo de la propiedad requiere de mecanismos normativos de composición, que orienten las facultades individualmente conferidas a los sujetos propietarios. Y no sólo importa armonizar la conjugación de diversos intereses privados: es también necesario prever cauces para procesar los conflictos entre el interés individual y el colectivo. La posibilidad de realización social del derecho de propiedad se liga, precisamente, a la contundencia de los procedimientos normativos que deponen su inviolabilidad.

Esta visión de las cosas, impone tratar el concepto de propiedad que se arraiga en los códigos racionalistas, más como un símbolo ideológico que como una institución normativa efectivamente vigente.³ Hoy, la propiedad admite el carácter heterogéneo de las relaciones sociales en la composición de sus perfiles técnicos. La perspectiva contemporánea ve en este derecho una instancia, relativa y no unitaria, de organización material de la sociedad. La relación de los sujetos sociales, con los bienes apropiables, se encuentra siempre subordinada a una lógica superior, que puede ser la del desarrollo nacional, los intereses generales del grupo o, incluso, la que se determina por las necesidades políticas de la gestión de gobierno.

2. Rangos de restricción: endógena y exógena

Actualmente existe una gran producción doctrinal que se propuso explicar los distintos rangos de restricción que el derecho de propiedad ad-

ticamente viable". Otro parámetro importante de nuestra tradición jurídica, para avanzar en la desmistificación del derecho de propiedad, lo constituye la obra de León Duguit, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Madrid, Librería Española y Extranjera F. Beltrán, pp. 29-30 y 178-179, en la que el autor francés expone su tesis de la "función social de la propiedad", aprovechando los argumentos de Augusto Comte sobre las concepciones idealistas del derecho subjetivo.

³ Véase Carbonnier, Jean, *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho*, trad. de Díez-Picazo, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 216-230.

mite. A partir del argumento de la tesis de León Duguit sobre la “función social” de la propiedad, es posible enfocar unitariamente tanto las limitaciones al ejercicio del propietario y otros actos que, por su sentido, producen efectos análogos de desposesión o de impedimento individual al ejercicio de los derechos patrimoniales.⁴

Endógenamente, las limitaciones y modalidades que pueden imponerse a la propiedad a través de la mediación pública, constituyen elementos de contención que consisten en degradaciones parciales de las facultades del propietario, aplicadas con el objeto de preservar valores comunitarios de índole superior al mero ejercicio privado del derecho de propiedad. Desde una perspectiva exógena, la expropiación se yergue como el límite de la propiedad frente a las necesidades públicas, abate por completo el derecho de propiedad, restringe individualmente sus alcances e incluso se extiende como un acto de sacrificio hacia otros derechos patrimoniales de índole privada. La expropiación significa privación singular de los derechos patrimoniales que se encauza procedimentalmente en un aparato de verificación jurídica, su finalidad remonta al criterio restrictivo de la utilidad pública y alcanza la dimensión de instrumento político, para la redistribución social de los recursos apropiables; este último nivel de la expropiación, es el que vincula al intervencionismo estatal y el que la aleja de los moldes clásicos del liberalismo centro-europeo.

3. Relaciones de propiedad y proceso constitucional

En México, la expropiación sigue derroteros inusitados; las peculiaridades del régimen constitucional que rige, abrió posibilidades para potenciar este acto hasta convertirlo en una herramienta auténtica del proceso constitucional.

Aproximar el problema de las relaciones de propiedad, de las cuales la expropiación es un momento jurídico, al análisis del proceso constitucional, implica reconocer que la afirmación constante del Estado se vincula de manera directa con las formas específicas a partir de las cuales las relaciones sociales de propiedad se estabilizan. En el caso mexicano, los nexos entre los asuntos de la propiedad y el proceso constitucional son particularmente estrechos. La historia política de nuestro país se encuentra vertebrada por hechos de recomposición, en la distribución social

⁴ Véase el artículo 1o. de la Ley de Expropiación Forzosa española, como ejemplo de una visión precisa sobre el objeto integral de los actos expropiatorios.

de los recursos apropiables. Desde la época colonial, donde las fórmulas patrimoniales aseguraron el control a distancia de los territorios conquistados, hasta los momentos actuales, en los que el corporativismo encontró cauces contemporáneos en la sociedad mexicana, las relaciones de propiedad constituyen un factor determinante en el modo específico de organización y distribución del poder.⁵

En el régimen constitucional mexicano, la propiedad privada no funge como el eje toral y exclusivo de las relaciones de apropiación. Contra lo que acontece en las construcciones normativas modernas, la propiedad privada se presenta en nuestro país como un derecho derivado, precario y en coexistencia con formas de propiedad diferentes. Tanto la propiedad pública de los recursos naturales como la propiedad ejidal y comunal que se admiten en el contexto agrario, constituyen zonas de restricción muy importantes al derecho que nos ocupa, porque excluyen recursos de gran significación estratégica del ámbito de la apropiación individual. Por otra parte, la posibilidad que inviste a la nación para imponer modalidades a la propiedad privada —derivada de su carácter de titular primigenia—, repercute en una presencia pública permanente que relativiza, quiérase o no, el sentido del ejercicio absoluto del derecho de propiedad.⁶

4. *Propiedad relativa y expropiación poderosa*

A una propiedad relativa y precaria, nuestra Constitución sobrepone una institución expropiatoria poderosa y solvente. La expropiación se perfila como elemento constructivo de la realidad social, cuyos alcances se fincan en la ingente discrecionalidad con la que el acto puede ejercerse. Se trata de una expropiación sumamente politizada en sus propósitos, a través de la cual los poderes constituidos, y particularmente el Ejecutivo

⁵ Díaz y Díaz, Martín, “Proceso constitucional y relaciones de propiedad. Notas para el análisis del caso mexicano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 11, 1978, pp. 189 y ss.

⁶ Desde recién promulgada la Constitución de 1917 se produjeron juicios condenatorios al sentido del Artículo 27 constitucional por parte de los grupos empresariales. Puede consultarse por ejemplo el Dictamen de la Comisión nombrada por el primer Congreso Nacional de Industriales para evaluar el precepto. En el mismo sentido se manifestaron las reacciones en contra de la Ley de Expropiación a finales de 1936; pueden revisarse los puntos de vista expuestos en Recopilación de escritos y declaraciones de las agrupaciones patronales y otros, con motivo del proyecto de Ley de expropiación. De nueva cuenta los argumentos resurgen con motivo de la llamada “nacionalización” de la banca privada en 1982. El amparo contra el decreto Ejecutivo del 1o. de septiembre de 1982, constituye un buen ejemplo de estos puntos de vista.

Federal, ejercen un arbitraje efectivo de los recursos apropiables y de las relaciones sociales de propiedad. Sobre los tipos de propiedad se alzan los sectores sociales, a partir de allí, se verifica una suerte de encuadre corporativo de los agentes sociales al régimen político. A través de la expropiación, el Estado mexicano conforma la realidad y se construye; el instituto expropiatorio adquiere rasgos de elemento dinámico para el diseño político y a través de él, se cohesionan y se desmembran. Al Estado lo fortalece y al régimen jurídico de la propiedad lo satisface, en la medida en que se otorga como vehículo para el tránsito de bienes que transcurren de un tipo de propiedad a otro. Su curso permite privatizar recursos de propiedad social, nacionalizar actividades económicas, o bien, desmembrar la propiedad fundaria para restablecer comunidades o conformar ejidos.

5. Encuadre corporativo y expresión democrática

En la medida en que la expropiación disuelve las formas tradicionales de apropiación —el ejido y la comunidad de bienes— en beneficio de la propiedad privada, cataliza el proceso de modernización social, sin embargo, en el grado que el Estado conserva el bastión de su arbitraje autoritario y vertical para recomponer las relaciones de propiedad, a partir de sus facultades de control sobre los recursos estratégicos, refuerza el encuadre corporativo de los agentes sociales e inhibe su expresión democrática. El Estado tutor afianza el curso nacionalista de la sociedad mexicana pero no necesariamente resuelve su aspiración de madurez política. La transición democrática de la sociedad mexicana no podrá prescindir, sin embargo, de una presencia estatal sólida; esa es hasta ahora la forma de nuestra tradición y es difícil soslayar su inercia.

La propiedad privada en su sentido moderno no se encuentra ausente del medio nacional, de hecho, actúa como interlocución del régimen constitucional mexicano. Su sentido, es la referencia ideológica de los grupos empresariales cada vez que sospechan la embestida estatal sobre algún sector de las relaciones de propiedad. En la medida en que el concepto de propiedad acciona como elemento defensivo contra la dinámica pública, se exige también un coto preciso para la institución expropiatoria, por parte de los sectores más conservadores de nuestra sociedad. Los empresarios mexicanos no acostumbran el trato natural con la expropiación; detrás de sus discursos permanecen los argumentos que sirven para formar el anatema de la institución.

6. *Precaria participación de los poderes Legislativo y Judicial*

La excesiva potenciación del acto expropiatorio proviene de la precaria participación que el régimen otorga a la intervención de los poderes Legislativo y Judicial. El primero encuentra, constreñida su función a fijar de manera general las causas de utilidad pública y a establecer lineamientos legales para la tramitación del acto. Al Poder Judicial sólo corresponde una participación subsidiaria, en caso de que el sujeto afectado se inconforme con el monto de la indemnización que se fija por la referencia catastral del bien, del mismo modo, este poder toma parte cuando el bien o derecho expropiatorio carece de registro catastral. En nuestro país no se conoce en materia expropiatoria la técnica de la “*lex specialis*”, que en contextos como el español o el argentino, facilitan la participación parlamentaria en las expropiaciones más significativas. Tampoco existe autonomización entre el acto de ocupación y la declaratoria en sí; ambas fases del procedimiento las protagoniza el Ejecutivo, sin control revisor de otro poder.⁷ En términos generales sucede lo mismo con el pago de la indemnización; no hay cauces firmes para obtener una valuación equitativa por los derechos afectados, ni participación suficiente de los sujetos que resienten los efectos del acto para poder influir con eficacia en la valoración de la compensación.⁸

En México, la potestad expropiatoria es casi una zona de inmunidad para el Poder Ejecutivo; su ejercicio sólo enfrenta factores raquíuticos de resistencia, que protegen las garantías de los sujetos expropiados. Este hecho posibilita que la potestad expropiatoria fuera utilizada en sucesos trascendentes para llevar a cabo nacionalizaciones y transferencias de propiedad, cuyas implicaciones políticas resultan evidentes. La expropiación es un elemento constructor del llamado régimen de la Revolución; se ejerce con tono político, en la medida que sus efectos representan la consolidación de un Estado fuerte que se propone a sí mismo como el factor determinante en el proceso de desarrollo nacional.

El ejercicio expropiatorio del régimen revolucionario fue pieza fundamental en el dismantelamiento de la estructura oligárquica que se afianzó en el Porfiriato. Es una rama que reiteradamente es blandida contra los sectores conservadores; de allí la imposibilidad de estos de reconocerla

⁷ Díaz y Díaz, Martín, “Esbozo para el análisis comparativo de las leyes de expropiación en España, Argentina y México”, *Alegatos*, UAM-Azcapotzalco, núm. 7, 1987, pp. 7-15.

⁸ *Idem*.

como un elemento natural y lógico en los procesos de armonización de las relaciones de propiedad.

7. Neoliberalismo y desencanto expropiatorios

Los repliegues neoliberales que campean en las directrices financieras internacionales y al interior de los países occidentales significan, a no dudarlo, la rectificación de la tradición expropiatoria del Estado mexicano. El demérito de la expropiación confluye con el redimensionamiento de los espacios públicos y con el uso intensivo de la concertación como factor de definición de los espacios sociales. En general, puede afirmarse que hoy se vive una especie de desencanto expropiatorio en el mundo. El proceso de juridización occidental, cada vez, obliga más, a reducir las zonas de inmunidad para las administraciones contemporáneas; la expropiación deviene en un acto demasiado tosco en las prácticas políticas actuales. Su carácter conformador padece entonces un sofocamiento, que en México es imprescindible en cuanto a su duración. Sin embargo, aunque el sentido político de la expropiación se ajuste, mientras la propiedad subsista, aquella institución continuará otorgándose como uno de los cauces para dirimir los intereses excluyentes de los propietarios entre sí, y de éstos con la colectividad.

8. Paradoja mexicana: enfoque progresista y enanismo técnico

La historia de la expropiación en México se encuentra atravesada por una gran paradoja: en este país se preludivió los enfoques más progresistas de la institución, porque aquí, a la luz del artículo 27 constitucional, fue posible desembarazar a ese acto de las rémoras de la mitología liberal. Incluso la Ley de Expropiación, que se expide en 1936, anticipa aspectos muy importantes sobre la ampliación de las causas de utilidad pública, que llegan a remontarse por encima de los criterios clásicos que la uncieron a los casos de realización de la obra pública y de la emergencia social. Sin embargo, en este país, también la expropiación experimentó una especie de enanismo técnico; sus cauces normativos no han estado a la altura de los propósitos de la legislación base. La misma doctrina muestra un desdén inexplicable por los vericuetos técnicos de la expropiación. Así, la falta de desarrollo técnico y la ausencia de una interlocución doctrinal inteligente, generan un vacío en torno a esta institución que ejerció su potestad expropiatoria con una laxitud inusual para otros contextos nacionales. Las

expropiaciones son la misma causa de eficientes procesos redistributivos con beneficios sociales incuestionables, que instrumento para el despliegue práctico de la razón de Estado.

III. LAS EXPROPIACIONES CON FINES DE ORDENACIÓN URBANA

1. *Desarrollo capitalista y concentración demográfica*

El desarrollo de las ciudades es siempre, desde el punto de vista que nos ocupa, un proceso de ajuste de las relaciones sociales de propiedad. La composición del espacio urbano demanda una adecuación continua de las formas de tenencia de los bienes inmuebles, que debe realizarse con arreglo a una razón externa al proceso espontáneo de conformación y distribución territorial que realizan los agentes sociales privados a través del mercado. La disposición racional de elementos y el control sobre los procesos de crecimiento son necesidades a partir de las cuales desarrollaron los instrumentos normativos y plantación urbanística que integran el régimen jurídico de las ciudades.

En México, el proceso de desarrollo capitalista se lleva, principalmente, a costa del sector agrario. La industrialización del país se catalizó entre 1930 y 1970, dándose curso en ese periodo a la convergencia de la centralización de capitales y a la concentración espacial de la actividad económica en la Ciudad de México, Monterrey y Guadalajara fungen como subcentros en el norte y en el poniente reproducen sus respectivos contextos una situación de desequilibrio regional agudo que, de forma general, se produce en el país.⁹ Para una mejor ilustración de este fenómeno basta decir que, aproximadamente, el 50% de la producción industrial nacional se localiza en el área metropolitana de la Ciudad de México. En 1980, la megalópolis generó 32.5% del Producto Interno Bruto (PIB) del país.¹⁰

La concentración demográfica en las grandes ciudades mexicanas, aun en las que se consideran de tamaño medio, obedece a un ritmo de crecimiento superior al de cualquier ciudad de los países con alto rendimiento industrial. Los procesos migratorios mantuvieron incrementos constantes, sin embargo, las condiciones de urbanización no se compadecen con la

⁹ Garza, Gustavo, *El proceso de industrialización en la ciudad de México 1821-1970*, Colmex, 1985, pp. 157 y ss.

¹⁰ Camacho, Carlos, *La economía de la Ciudad de México en la economía nacional*, Colmex, 1987, pp. 96 y 97.

celeridad de las tasas de crecimiento de las ciudades mexicanas. Estas crecieron de modo anárquico y sin previsiones racionales para la distribución del espacio urbano. Si bien la planeación en nuestro país tiene algunos antecedentes formales anteriores, en realidad arranca a mediados de la década de los setenta,¹¹ y desde entonces, su eficacia no es suficiente para controlar verdaderamente el proceso de desarrollo de las ciudades. La pauperización de los asentamientos, su irregularidad y la deprecación del ambiente, aunadas a la falta de infraestructura adecuada son algunos de los conflictos constantes en el desarrollo de las ciudades mexicanas.

A. Planeación urbana y regularización de la tenencia

La planeación urbana, en este contexto, se transforma en un proceso de reordenación y de apuntalamiento; sólo en un segundo momento puede pretender el efecto anticipatorio que el diseño de los asentamientos humanos amerita.

La mayor parte de las ciudades en México debieron expandirse a costa de terrenos dedicados con antelación a la actividad agraria. La falta de previsión de los procesos y su misma intensidad motivan las formas de propiedad en el campo y que las de carácter civil o público continuamente se traslapen, dándose origen a esta situación: tenencias irregulares y tráfico subjurídico de los inmuebles, sobre los que se proyectan los asentamientos llamados espontáneos. En muy pocos casos las ciudades ostentaron espacios favorables para su desarrollo y las reservas territoriales fueron, hasta décadas recientes, una institución desconocida.

La regularización de la tenencia de la tierra en las ciudades es, para los que viven en ella, una forma pública de acción constante; incluso, en las dependencias administrativas competentes existen órganos permanentes encargados de realizar estas tareas.

La política urbanística es, antes que otra cosa, un programa de regularización de la situación jurídica de los inmuebles sobre los cuales se desarrolla la ciudad. Esta situación motiva una concurrencia compleja de facultades y la necesidad de compatibilizar la legislación procesal agraria con las disposiciones urbanísticas, las cuales establecen los perfiles

¹¹ Para una visión crítica sobre la historia de la planeación en México puede consultarse el trabajo de Antonio Azuela, “Algunos comentarios sobre la institucionalización de la planeación urbana en México”, *Estudios de Derecho Económico*, núm. V, coord. por Marcos Kaplan, UNAM, 1986, pp. 101-124.

de los planes. Los problemas de tenencia de la tierra y el reconocimiento formal de las titularidades son, en síntesis, una condición normal en el crecimiento relativamente anárquico de las ciudades. Las formas múltiples, en que los asentamientos irregulares se gestan, tienen como fondo común, las pretensiones al reconocimiento jurídico de los colonos. En este contexto, la posesión se redimensiona; funge como una expectativa de regularidad y reconocimiento, aunque no exista ningún dato externo de su ejercicio pacífico. Fraccionamientos clandestinos o invasiones son los mecanismos bajo los cuales suele desarrollarse este proceso. Los asentamientos pueden generarse sobre predios privados, sobre terrenos comunales o sujetos a la propiedad ejidal; en este segundo caso, se consume el traslape de dos vertientes distintas del derecho de propiedad reconocidas por la Constitución. El vehículo más eficiente que se utiliza para “regularizar” es la expropiación.¹²

B. Expropiación y procesos urbanísticos

Aunque la expropiación no es una institución típica del derecho urbanístico, ni siquiera su recurso predilecto, tradicionalmente es un instrumento del poder público, para conseguir la ejecución forzosa de las decisiones vinculadas con el crecimiento o mejoramiento de las ciudades.

Los actos expropiatorios se vinculan a las disposiciones urbanísticas, otorgando a éstas un efecto coactivo de alcances extremos. Entre los países de nuestra tradición jurídica, quizás sea en España donde se teoriza con mayor detenimiento sobre el papel de la expropiación en los procesos urbanísticos.

Para Eduardo García de Enterría, los actos expropiatorios pueden clasificarse así:

- a) Los que se ejercen como sistema general de ejecución de los planes y como técnica para la recuperación política de las plusvalías urbanísticas.
- b) Las expropiaciones que sirven como instrumento para la ejecución de operaciones urbanísticas aisladas.
- c) Las expropiaciones que se proponen como fórmula para la constitución de patrimonios públicos del suelo.

¹² Azuela, Antonio, *La Ciudad, la propiedad privada y el derecho*, mimeo de un libro en preparación, en especial el capítulo 4, puede consultarse en el Centro de Estudios Demográficos y Urbanísticos de El Colegio de México.

- d) Los actos expropiatorios que fungen como sanción por el incumplimiento de las obligaciones y cargos que pesan sobre los propietarios del suelo.¹³

La anterior topología es un intento bien logrado para sistematizar las disposiciones que contiene la Ley del Suelo española. Pese a su localización nacional, el ejercicio de García de Enterría es útil para entender la función expropiatoria con fines urbanísticos prácticamente de forma general, sin embargo, cabe destacar que, en México, los mecanismos normativos para la ejecución de los planes urbanísticos distan mucho de ser precisos; las disposiciones relativas a los actos expropiatorios se encuentran perfiladas en términos generales y con escasos lineamientos técnicos para llevar a cabo su ejecución. La fase de regulación más explícita se encuentra en la Ley Federal de la Reforma Agraria, en los capítulos en que ésta toca lo concerniente a las expropiaciones de ejidos o de terrenos de las comunidades agrarias.

A pesar de que la expropiación se liga tan íntimamente con la historia política de México, no es un recurso de uso intensivo para cumplir propósitos de ordenación urbana. Su ejercicio más frecuente se localiza en los procesos de regularización. En realidad, en pocas ocasiones aparecen los artículos que norman la expropiación, dentro de las leyes urbanísticas otorgando un fundamento a expropiaciones trascendentes. Por lo general, la ejecución de los planes de desarrollo urbano o los programas para la realización de obras de infraestructura importantes, descansan en vías de negociación no siempre transparentes.

2. *El régimen de los actos expropiatorios urbanísticos*

No obstante el sentido de las afirmaciones anteriores, trataremos de reconstruir el régimen que en el Distrito Federal regula los actos expropiatorios vinculados a los asuntos urbanísticos. Cabe tener presente que las disposiciones sobre esta materia se dispersan en múltiples ordenamientos: la Ley Federal de la Reforma Agraria, la Ley de Expropiación, el Código Civil, la Ley que establece el Régimen de Propiedad en Condominio, la Ley General de Asentamientos Humanos, la Ley de Desarrollo Urbano para el Distrito Federal, la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, su Reglamento y la Ley Federal de Vivienda. Todas estas dis-

¹³ García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 309-318.

posiciones descansan en la parte dogmática del texto constitucional, la mayoría de ellas en el artículo 27.

A continuación se presentará sistemáticamente estas disposiciones en torno a núcleos problemáticos, a saber:

A. Procesos de regularización de la tenencia de la tierra a través de la institución expropiatoria

Este procedimiento se usa prominentemente cuando el asentamiento irregular se produce sobre terrenos de ejidos o de comunidades agrarias. Se encuentra regulado en la Ley Federal de la Reforma Agraria y sus aspectos relevantes pueden sintetizarse así:

Causa expropiando. “La fundación, mejoramiento, conservación y crecimiento de los centros de población cuya ordenación y regulación se prevea en los planes de desarrollo urbano y vivienda tanto nacionales, como estatales y municipales” (Véase artículo 122, fracción VI de la Ley Federal de la Reforma Agraria). Se exige en todo caso que la causa de utilidad pública sea superior “con toda evidencia” a la utilidad social del ejido o de las comunidades. Cabe aclarar que en la mayor parte de los casos, cuando se decide la regularización por la vía expropiatoria, es porque el ejido o la comunidad hacía tiempo habían cesado su actividad primordial desde el punto de vista productivo; casi siempre se trata de predios ya construidos y destinados, fundamentalmente, a la vivienda urbana.

Sujeto expropiado. Resulta el núcleo de población ejidal o la comunidad, según el tipo de propiedad de que se trate.

Autoridad expropiante. Debe ser el Ejecutivo Federal; siempre se requiere decreto presidencial, para llevar a cabo estas expropiaciones (véase artículo 121 de la Ley Federal de la Reforma Agraria). Es también requisito que participe la Secretaría de la Reforma Agraria en todos los procedimientos (artículo 113 de la Ley Federal de la Reforma Agraria). Ante esta última dependencia deben formularse las solicitudes de quienes promueven la expropiación. Los promotores pueden ser órganos públicos, o todo aquel sujeto que sostenga un interés lícito para promoverlos (véase artículo 343 de la Ley Federal de la Reforma Agraria).

Beneficiario. De modo inmediato, la expropiación debe hacerse a favor de la Comisión para la Regularización de la Tenencia de la Tierra; quien a su vez provee para su venta a los poseedores que se reconocen en el proceso de regularización. En todo caso corresponde a un órgano público

el fraccionamiento, la urbanización y la enajenación final de los predios (véase artículo 117 de la Ley Federal de la Reforma Agraria).

Pago y forma de la indemnización. Los integrantes del núcleo de población resultan los derechohabientes de la indemnización. Ésta se paga en efectivo, y de inmediato, por lo que toca a los bienes distintos a la tierra. Sin embargo, por los predios, los sujetos expropiados reciben un pago en especie, consistente en dos lotes tipo urbanizados; un pago en efectivo por el valor agrícola de sus tierras y, también, por el 20 % de las utilidades netas del fraccionamiento si las hay (véase artículo 122 de la Ley Federal de la Reforma Agraria).

Si las expropiaciones se efectuaran con el objeto de regularizar la tenencia de la tierra y no de fundar, mejorar o conservar un centro de población, la indemnización deberá cubrir dos veces el valor comercial agrícola de los fundos y el 20 % de las utilidades que resulten del proceso de venta, pero la cantidad indemnizatoria sólo se cubre cuando se recauden las cantidades respectivas a través de la comercialización de los predios (artículo 122, fracción II).

En todo caso, la Ley de la Reforma Agraria restringe el destino de las cantidades que se pagan como indemnización por la tierra. Los núcleos de población, salvo acuerdo de Asamblea con mayoría calificada de dos tercios, deben adquirir nuevas tierras para reconstituirse como unidad de producción agraria (artículo 122). Si no se opta por la compra de terreno, la Secretaría de la Reforma Agraria deberá aprobar un plan de inversiones en actividades que incluso pueden no estar vinculadas con la agricultura. Francamente estas disposiciones de la ley, demeritan mucho la capacidad de autogestión de los núcleos agrarios de población, a los que se les otorga una tutela excesiva y, eventualmente, en franca contravención de intereses legítimamente autónomos que pudieran desarrollar.

En términos generales, los ejidatarios o comuneros se encuentran ya inmersos en la lógica de la vida urbana, cuando sobreviene un procedimiento de regularización. No es posible abstractamente imponer a los beneficiarios de la indemnización la condición de adquirir tierras, cuando la misma regularización es un indicativo fuerte de que el medio de los sujetos afectados, se encuentra en franco estado de desruralización.

B. Incipiente compatibilidad de procesos regularizadores con disposiciones urbanísticas

En la Ley General de Asentamientos Humanos, como último precepto de su articulado, existe uno que trata precisamente sobre la regulariza-

ción de la tenencia de la tierra (véase artículo 59). En dicha norma se establece, en términos genéricos, la necesidad de ceñir los procesos de regularización a las disposiciones contenidas en los planes y programas urbanísticos. Como se encuentra redactado el precepto, parece imponerse como condición para el ejercicio regularizador, que su desarrollo se encuentre previsto en plan o programa previo. A la fecha, en nuestro país, la compatibilidad de los procesos regularizadores con las disposiciones urbanísticas es todavía incipiente; generalmente, los procesos de regularización obedecen a presiones sociales de carácter emergente y no a una razón planeadora que trascienda la inmediatez.

La ley que se comentó, impone restricciones para adquirir más de un lote urbanizado por parte de quien recibe la titularidad de un predio. Asimismo, se establece el reconocimiento al beneficio de la regularización, exclusivamente al poseedor que no sea propietario de otro inmueble. Esta última disposición lleva implícita la convalidación de la posesión “irregular” como medio para ser reconocido como beneficiario en un proceso de regularización. La posesión funge —en palabras de Antonio Hernández Gil— “como un modo de preconstituir efectos jurídicos al margen de las iniciativas personales”.¹⁴

Como resultado del proceso de regularización, el vecindado compra del órgano público que se beneficia de manera directa del acto expropiatorio, pero es su carácter de poseedor, donde proviene su derecho a ser considerado como adquirente del predio que ocupaba de forma irregular.

Los procesos de regularización tuvieron un cauce distinto al de la expropiación; esta segunda opción fue muy usada durante los años cincuenta y consiste en extender reconocimientos ficticios a los vecindados sobre los predios ejidales o comunales, como si se tratara de miembros del núcleo de población, asentados en la llamada zona de urbanización. Por ser éste un procedimiento ajeno al objeto de este trabajo y prácticamente en desuso, se deja sólo consignada su existencia.

C. La expropiación como acto previo al establecimiento o a la fundación de centros de población

También, poco frecuentes resultan las expropiaciones tendientes a facilitar la fundación de centros de población. No se trata aquí de convalidar un asentamiento ya existente, sino de fijar la posibilidad de generar

¹⁴ Hernández Gil, Antonio, *La función social de la posesión*, Madrid, Alianza, 1969, p. 103.

condiciones para el establecimiento —artificial— de un asentamiento nuevo.

Si el centro de población va a fincarse en tierras ejidales o comunales, deberá darse curso a la aplicación de las normas reguladas en la Ley Federal de la Reforma Agraria al efecto (véase artículos 112, fracción VI; 117, 121 y 122, principalmente). En cambio, si la creación acontece en terrenos sujetos al régimen de propiedad privada, deberá optarse por regular el acto por el procedimiento normal de la Ley de Expropiación. El supuesto en cuestión se encuentra expresamente normado, en la fracción XI del artículo primero de la ley invocada.

La fundación artificial no tiene arraigo en la tradición mexicana para el establecimiento de ciudades; no obstante, las previsiones jurídicas analizadas en este inciso, quedan como posibilidades remotas de un acto excepcional de fundación.

D. La expropiación como medio de ejecución de los planes urbanísticos

El derecho urbanístico se vincula de inicio con la idea del plan.¹⁵ Por plan, se puede entender: una proyección ideal sobre el curso de un sector de la realidad cuyo diseño ocurre de manera exógena y en condiciones de previsibilidad sobre sus resultados. Jurídicamente, el plan apareja los mecanismos de ejecutoriedad que las normas de derecho en su estructura tradicional no albergan. Ángel Sustaeta dice: “El Plan, cualquiera que sea su clase, lleva en sí una necesaria eficacia, una imperativa ejecutoriedad, una actuación o puesta en marcha de su contenido”.¹⁶ Políticamente, el plan representa la ordenación de los procesos sociales que se ejerce desde la perspectiva de una razón económica de Estado,¹⁷ al derecho interesa de manera sustancial sólo la que acontece en el plano público o en la áreas de concertación, que en un contexto determinado se definan.

E. Planeación urbana y propiedad moderna

Dentro del ámbito urbanístico la idea de la planeación constituye la antípoda del sentido del derecho de propiedad, en su versión moderna. Se

¹⁵ Sustaeta Alustiza, Ángel, *Propiedad y urbanismo*, prol. de Gritma González, Madrid, Montecorvo, 1978, pp. 213 y ss.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Díaz y Díaz, Martín, *Proceso constitucional y relaciones...*, cit.

opone a la determinación individual sobre el uso de los bienes inmuebles de manera irrestricta. El plan, disciplina el uso y define el sentido del ejercicio del derecho de propiedad; atiende a criterios de orden público y no al interés individual, consagrado como principio y como fin de la vida social.

F. La aportación española: legislación y doctrina

La ejecución de los planes urbanísticos admite varios cauces. En la legislación española, por ejemplo estos se encuentran explícitos; se les llama “sistemas de ejecución” y se admiten: el de compensación, el de cooperación y el de expropiación. En los casos de los primeros sistemas se elimina la verticalidad absoluta con la que actúa el poder público en el sistema de expropiación. Se da la injerencia a los afectados por los programas de urbanización para participar en su desarrollo, lo que provoca la norma, en ambos casos, es que se conviertan en auténticos coadyuvantes del proceso ejecutor.

Cabe destacar que en el régimen urbanístico español se distingue perfectamente, por la Escuela de García de Enterría, entre las expropiaciones que persiguen alguna satisfacción de la necesidad pública de forma aislada, y aquéllas que sustentan la parte ejecutiva de un plan urbanístico en forma integral.¹⁸

G. Subordinación mexicana de la propiedad a la planeación

En nuestro sistema jurídico, no existe la misma precisión; sin embargo, sí consignan nuestras leyes el papel de la expropiación como instrumento ejecutor del plan. La Ley General de Asentamiento Humanos, en la parte conducente dispone:

Artículo 28. “Para cumplir con los fines señalados en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional en materia de fundación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población, el ejercicio del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles ubicados en dichos centros se sujetará a las normas contenidas en los planes o programas de desarrollo urbano correspondiente y, en su caso, en las declaratorias, de usos, reservas, provisiones y destinos.

Asimismo, en este sentido es pertinente invocar los artículos 7o., 8o., 9o. y 31 de la Ley de Desarrollo del Distrito Federal que, en términos ge-

¹⁸ García de Enterría, Eduardo y Parejo-Alfonso, Luciano, *Lecciones de derecho urbanístico*, 1981, pp. 561 y ss.

nerales, disponen la subordinación del ejercicio del derecho de propiedad en los centros de población urbanos, a las directrices de los instrumentos de planeación que la ley regula. Este es el caso del plan director, del plan general, de los planes parciales y de las declaratorias sobre destinos, usos y reservas del territorio”.

La expropiación como mecanismo ejecutor parece reservarse a una condición subsidiaria. El artículo 43 de la Ley General de Asentamientos Humanos previene que, para proceder el acto expropiatorio, “debe ser necesario o de mayor beneficio social”. Ese mayor beneficio tiene que referirse a otras medidas de ejecución de los planes, a las que por cierto el legislador no alude de manera especial.

La Ley General de Asentamientos Humanos, no contiene disposiciones relativas a momentos procesales de la expropiación, se concreta a remitir a las “leyes aplicables”. Como en las leyes urbanísticas, no se previenen lineamientos procesales para la expropiación, deberán seguirse las directrices de la Ley de Expropiación.

La Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal no se refiere expresamente a la expropiación como mecanismo de ejecución de los planes urbanísticos; sin embargo, en su artículo segundo, se declara de utilidad pública e interés social las acciones tendientes a planear y ordenar los usos, destinos y reservas del territorio del Distrito Federal. En este precepto se encuentra implícito el reconocimiento de la posibilidad de expropiar para dar efectividad a los planes.

Debe esclarecerse que la expropiación es el último recurso coactivo para conseguir el efecto que el plan persigue. Los mecanismos técnicos, ausentes de las leyes urbanísticas, provocan un vacío de convicción en el uso de estos actos para asegurar la ordenación urbana; pocas son las ocasiones en que algún decreto expropiatorio se apoya en estas disposiciones.

H. La expropiación como instrumento de mejoramiento, conservación y regeneración de centros de población

Se trata en este inciso de revisar la función expropiatoria en procesos de rehabilitación de zonas urbanas y en la conservación preventiva de las mismas. El mejoramiento de centros de población y las acciones de conservación tienen sustento constitucional expreso en el párrafo 3o. del artículo 27 de la carta. La regeneración, en cambio, parte de una ley secundaria; justamente de la que establece el Régimen de Propiedad en Condominio para el Distrito Federal (véase artículo 9o. de la ley citada). A continuación

se analizará estas circunstancias, destacando el papel de la expropiación en cada una de ellas:

Conservación. El artículo 27 constitucional expuso siempre, entre sus propósitos, la conservación de la riqueza pública. A partir de 1975, al precepto constitucional invocado se le adicionaron los lineamientos básicos para orientar la legislación tendente a la ordenación de los asentamientos humanos.

En este agregado, de manera especial, se consignó la base para que las leyes secundarias desarrollaran normativamente los parámetros de las acciones de conservación, referidas a los centros de población.

La Ley General de Asentamientos Humanos otorga un concepto de las acciones de conservación; las caracteriza como aquellas tendentes a: conseguir el equilibrio ecológico, mantener el buen estado de las obras materiales y del patrimonio monumental (véase artículo 31 de la Ley citada). Por su parte, la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal despliega el régimen de las zonas de conservación y especifica cuáles espacios deben considerarse abocados a cumplir con el sostenimiento del equilibrio ecológico. A las zonas indicadas en la ley se les otorga el tratamiento de reservas territoriales y, en casos previamente regulados en el plan, puede llegarse a autorizar la urbanización sobre estos espacios (véase artículos 51 y 52).

Cabe aclarar que la legislación urbanística no señala cargas específicas a los propietarios para reparar la propiedad inmueble que mantienen bajo su titularidad. En el caso del patrimonio monumental, tanto la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal como la Ley Federal sobre Zonas y Monumentos Arqueológicos, Históricos y Artísticos establecen previsiones que obligan a los propietarios a la restauración, o bien autorizan la intervención de los institutos competentes, para realizarla en forma forzosa y con cargo al patrimonio de los propietarios.

La expropiación juega un papel de elemento coactivo extremo en las acciones de conservación. Las leyes urbanísticas no otorgan referencias concretas para su desarrollo en estas circunstancias. Sin embargo, las expropiaciones con este objeto podrían sustentarse en las disposiciones relativas a reservas territoriales que sí las autorizan expresamente. También las fracciones VII y X del artículo 1o. de la Ley de Expropiación, pueden sustentar actos de afectación para conseguir la protección de las zonas de conservación.

En el caso de protección del patrimonio monumental, la Ley de Expropiación tiene asimismo previsión al respecto (véase artículo 1o., fracción IV). En este caso, la expropiación queda también como recurso extremo,

cuando se fracasa en los intentos de preservación que siguen los mecanismos espontáneos o de restauración forzosa prevista en la ley de la materia (véase artículo 1o.).

Para fundar una expropiación dirigida contra particulares que se niegan a ejecutar actos de conservación sobre su propiedad, en el caso de que ésta no esté considerada como patrimonio monumental, debe efectuarse una interpretación coordinada entre el sentido del artículo 30 de la Ley General de Asentamientos Humanos, que señala como parte del contenido de los planes y programas urbanísticos a las acciones de conservación, y el artículo 43 de la misma ley, que autoriza las expropiaciones para conseguir la ejecución de las previsiones de los instrumentos de planeación. En circunstancias especiales, también la Ley de Expropiación, de modo colateral, puede reforzar el fundamento de una expropiación como la que se analizó. En la fracción X del artículo 1o., la ley citada regula como causa de utilidad pública el evitar los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad. Asimismo, para conseguir la ejecución de las acciones de conservación, puede llegarse a accionar la facultad de derribo que concede el artículo 836 del Código Civil.

Mejoramiento. En el caso de las acciones de mejoramiento ocurre que, para normarlas, convergen diversas disposiciones y éstas se colocan en situación de conflicto. Primero hay que precisar las normas que concurren y cuál es su sentido, para ello se hará una presentación cronológica:

- La Constitución se refiere a las acciones de mejoramiento de manera expresa en el párrafo tercero del artículo 27.
- La Ley de Expropiación consigna como causa de utilidad pública, que habilita el ejercicio de la potestad expropiatoria, al mejoramiento de los centros de población (véase artículo 1o., fracción XI).
- La Ley Federal de la Reforma Agraria asienta también como causa de utilidad pública, para dar cauce a las expropiaciones de ejidos y tierras comunales, al mejoramiento (véase artículo 112, fracción VI).
- La Ley General de Asentamientos Humanos (artículo 33) aventura un concepto de mejoramiento, al que entiende como “la acción tendente a *reordenar o renovar* las zonas de incipiente desarrollo o deterioradas, física o funcionalmente, de un centro de población”.
- La Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal desarrolla el concepto de la Ley General de Asentamientos Humanos e impone nuevas fases procedimentales para llevar a cabo las acciones de mejoramiento (véase artículo 79). Esta ley exige la emisión de una declaratoria pre-

via de la autoridad ejecutora, que debe indicar cuáles son los espacios destinados a beneficiarse con las acciones de mejoramiento. Alude también a los “programas de mejoramiento”, a los cuales, dice la ley, deberá tratárseles en forma equivalente a los planes parciales.

A continuación, la ley que se comenta, se refiere a la posibilidad que tienen los propietarios y poseedores, de predios sujetos a un programa de mejoramiento, para suscribir acuerdos para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del propio programa (véase artículo 81).

La expropiación procede en el caso que los propietarios o poseedores no cumplan con las obligaciones que les imponen los planes o los convenios suscritos; según se hayan acogido o no a este beneficio (véase artículo 81, segundo párrafo).

Expuesto de manera general, el espectro de desposesiones jurídicas que inciden en el tema del mejoramiento, se puede proceder al análisis siguiente, poniendo en relieve las consecuencias que se originan respecto al ejercicio expropiatorio:

Primero. El concepto de *mejoramiento* que expone la Ley General de Asentamientos Humanos ofrece varias dificultades: primero, se refiere a *zonas* —debemos entender por éstas, espacios o regiones de características comunes, acotados convencional o legalmente dentro de un centro de población— y no a los centros de población en sí mismos; segundo, como núcleos de las acciones de mejoramiento se presentan dos verbos alternativos, *reordenar* y *renovar*. Ambos aluden a situaciones de restablecimiento —o del orden urbano o de un estado funcional adecuado y, por último, como receptoras de acciones de mejoramiento se identifican dos tipos de *zonas*—, las de incipiente desarrollo y las deterioradas.

De entrada podemos constatar que el concepto de *mejoramiento*, definido por la Ley General de Asentamientos Humanos resulta restrictivo respecto al alcance general que al término puede tener en su acepción gramatical. La realidad urbana es siempre perfectible, no necesariamente deben concurrir extremos de “falta de desarrollo” o de “deterioro”, para que un centro de población implemente acciones de mejoramiento.

Segundo. La restricción del concepto aludida en el párrafo anterior, contradice la acepción abierta que usa la Ley de Expropiación.

Tercero. El conflicto entre ambos órdenes —el de la Ley de Expropiación y el de la Ley General de Asentamientos Humanos— obliga a optar por la aplicación de uno de los dos. Para ello pueden perfilarse los siguientes criterios: la Ley General de Asentamientos Humanos opera una

derogación tácita de la Ley de Expropiación por su fecha posterior y por su especialidad; por lo tanto, el afectado por las acciones de mejoramiento siempre podrá oponer a su favor el beneficio de convenir con la autoridad planeadora los efectos ejecutivos del programa en cuestión. Asimismo, podrá oponerse a una interpretación abierta del término mejoramiento, porque éste se encuentra restrictivamente definido en la legislación urbanística. Por último, para la ejecución de las acciones de mejoramiento, la autoridad requerirá obligatoriamente de previa declaratoria y de la existencia de un programa *ad-hoc*. Sin estos requisitos, el acto expropiatorio podrá anularse, porque su ejercicio no se verificó con aplicación de las normas previstas para su realización.

Las acciones de *mejoramiento* que se realicen como actos posteriores a una expropiación de ejidos o de tierras comunales, no participan del conflicto arriba planteado. La especificidad con la que se regulan los asuntos de la propiedad agraria, evitan cualquier entroncamiento con disposiciones federales de otra materia; incluso la expropiación agraria tiene bien definido su estatuto de autonomía.

I. *Regeneración urbana*

En la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, se prevé la figura normativa denominada *regeneración urbana*. El concepto no se desarrolla en el articulado de la ley; sin embargo, se establece que “se declara de utilidad pública la constitución del régimen de propiedad en condominio, así como la regeneración urbana en el Distrito Federal” (véase artículo 9o.).

Más adelante, la ley que analizamos hace referencia a la *declaratoria de regeneración urbana*, y le atribuye, como efecto implícito, la pérdida de la propiedad para los titulares de los inmuebles afectados y la terminación de los contratos de arrendamiento que hubiesen estado vigentes a la fecha de la *declaratoria*. En síntesis, el acto tiene efectos expropiatorios.

Como dato peculiar, debe consignarse que, es el único precepto en el régimen jurídico mexicano que obliga a considerar a titulares de derechos sobre el bien, distintos al propietario. Incluso, el artículo noveno citado, dispone el deber, para la autoridad que realiza la expropiación, de pagar indemnizaciones a los arrendatarios del bien sobre el que recae la declaratoria.

Cabe comparar esta extensión inusitada del deber indemnizatorio con la forma en que, por ejemplo, la ley española de Expropiación Forzosa define

el objeto de las afectaciones. Dicho código desborda no sólo la frontera de la propiedad, sino también la del resto de los derechos eventuales de la indemnización a quienes acrediten haber tenido “intereses legítimos” sobre la cosa.¹⁹

La expectativa de indemnización que se confiere a los arrendatarios en la Ley que establece el Régimen de Propiedad en Condominio, quizá fue la causa por la que hasta ahora cualquier acción pública expropiatoria con fines urbanísticos no se hubiera encauzado a través de esta vía.

La figura normativa de la *regeneración urbana* se concibió seguramente para resolver el problema de las vecindades del centro de la Ciudad de México. La mayor parte de estos inmuebles se encontraban sujetos a los decretos de congelación de rentas expedidos por el presidente Manuel Ávila Camacho, con motivo de prevenir los efectos de la Segunda Guerra Mundial. Las cantidades de las rentas dejaron de pesar como atractivo para los arrendatarios, quienes abandonaron la conservación de los inmuebles hace ya varias décadas. Por otra parte, los decretos de congelación generan la imposibilidad práctica para el tráfico comercial de los inmuebles sobre los que recayeron sus efectos, por lo que, desde esta perspectiva, perdieron significado para los dueños. Desde hace años, los propietarios esperan la redención de sus bienes; vender a los inquilinos o desalojarlos a través de mecanismos aleatorios, fueron las únicas opciones que aparecieron como viables.

Para el Gobierno del Distrito Federal la redención de las vecindades significaba también una aspiración. Sólo después de realizada esta condición, fue posible practicar, cabalmente, la revaloración del centro histórico. De otro modo, la infraestructura urbana del centro de la ciudad estaba abocada a perderse en la depauperización sin límites.

Los inquilinos, por su parte, desarrollaron expectativas patrimoniales sobre los inmuebles. Se acogieron al carácter insignificante de las rentas, sin invertir en la conservación de los bienes. La situación común respecto a la vivienda condujo a los vecinos a identificarse como un grupo de presión que se consolidó con gran fuerza, sobre todo a partir de los sismos de 1985.²⁰

¹⁹ Ley de Expropiación Forzosa, artículo primero (España); al respecto Eduardo García de Enterría en el *Curso de derecho Administrativo* (véase nota 13) manifiesta: “La expresión legal quiere abarcar, como resulta claro, todos los derechos de naturaleza patrimonial, sean de Derecho privado o de Derecho público. Negativamente, para perfilar el contorno completo: la única excepción a la expropiabilidad de los derechos todos es la de los derechos de naturaleza no patrimonial (derechos de la personalidad y familiares), t. II, pp. 208 y 209.

²⁰ Véase nota 12. Azuela, Antonio, *op. cit.*

La *regeneración urbana* fue, entonces, el mecanismo ideado para la re-dención de los inmuebles sujetos a los decretos de rentas congeladas, quiso ser también una fórmula de asignación de viviendas a los inquilinos que ocupaban las vecindades. Hasta la fecha, es un procedimiento inusual. Para facilitar el establecimiento del régimen de propiedad en condominio, a raíz de los sismos de 1985, se adicionó la ley de la materia para incorporar el llamado régimen de condominio vecinal. A través de esta institución se amplió la facultad discrecional del Departamento del Distrito Federal, para expedir las autorizaciones a la constitución del condominio y se pretendió facilitar en todos aspectos a los interesados el trámite.²¹

J. Crecimiento y creación de reservas, otro uso posible de la institución expropiatoria

Uno de los elementos constantes en el proceso de urbanización es el ritmo de crecimiento acelerado de las ciudades mexicanas. A pesar de algunos esfuerzos que se realizan para controlar el crecimiento de los centros urbanos de población, este fenómeno mantiene un ritmo anárquico y ofreciéndose como un reto de indispensable solución, sobre todo en las grandes ciudades del país.

Legalmente el problema ha querido atacarse a través de la previsión de pautas normativas, que favorezcan el control del proceso de crecimiento. En este sentido opera la institución de las reservas. La ley las define como las “áreas de un centro de población que serán utilizadas para su futuro crecimiento” (artículo 37, fracción III, de la Ley General de Asentamientos Humanos). Las reservas para constituirse, requieren de una disposición previa en el plan urbano y, además, de una declaratoria específica sobre los espacios determinados que habrán de utilizarse para el crecimiento de la ciudad en cuestión. En el establecimiento de reservas juegan los municipios un papel muy importante; participan tanto en su determinación como de manera principal en la fase ejecutiva de la declaratoria y de la adquisición de predios con ese fin (véase artículos 32; 34, fracción III; 35 y 41 de la Ley General de Asentamientos Humanos).

²¹ La Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles, para el Distrito Federal fue adicionada con un capítulo; del artículo 46 al 51, en los que se consignan facultades para el Departamento del Distrito Federal. La forma en que el capítulo se presenta deja, a los destinatarios, un rango muy extenso para definir la organización del régimen de cada condominio.

La reserva en sí no afecta el derecho de propiedad en su integridad, la declaratoria produce efectos restrictivos, que se refieren a la obligación de los titulares de utilizar su propiedad de forma que no se comprometa al aprovechamiento futuro, que para el fundo prevé la declaratoria (artículo 40). La ley trata de evitar que las reservas comprometan tierras comunales o ejidos y, exige que ante circunstancias equivalentes las declaratorias se dirijan a predios bajo un régimen de propiedad distinto. En caso de que no sea posible evitar la afectación de los predios agrícolas ejidales o comunales, las acciones concretas para verificar la expansión de la ciudad sobre su espacio deberán ceñirse al procedimiento para expropiación previsto en el capítulo VIII de la Ley Federal de la Reforma Agraria.

Las reservas anticipan los usos y destinos, inmovilizan cualquier determinación incompatible con una lógica de crecimiento, previamente definida en los planes. La expropiación funge sólo como recurso último y, en caso de producirse, deberá apoyarse en el artículo 43 de la Ley General de Asentamientos Humanos, que funda los actos expropiatorios que se realicen en ejecución de planes y programas urbanísticos. También el artículo 49, del ordenamiento citado, legitima la ocupación de los espacios destinados a reservas por la vía expropiatoria, al definir como de utilidad pública la adquisición de tierra con ese propósito.

La determinación de las reservas debe armonizarse con las declaratorias de zonas de conservación, para conseguir mejores efectos de anticipación, para evitar el crecimiento incontrolado de las ciudades y la depredación del entorno natural. Es lógico destacar que, la institución de las reservas puede ensayarse con gran eficacia en medios urbanos que aún no alcanzan los niveles de gigantismo que se presentan en las grandes ciudades mexicanas.

Como en otros rubros, nuestra legislación urbanística es imprecisa y poco desarrollada en lo que se refiere a las medidas concretas de ejecución de sus instituciones sustantivas. En la legislación española se logró avanzar en la caracterización normativa de la adquisición de tierra por parte del poder público para llevar directamente a cabo obras de urbanización, a través de la figura de los *patrimonios públicos de suelo*.²² Esta institución obedece a la necesidad que en ocasiones se presenta de que el poder público, por sí mismo, ejerza la función urbanizadora. En los modos de adquirir la propiedad de tierras con el objeto citado, la Ley del Suelo española autoriza desde luego la expropiación.

²² Véase Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; en especial los artículos 89 y 90.

3. *Las zonas de crecimiento*

Vinculada íntimamente con la institución de las reservas, se ofrece la institución normativa del *crecimiento* de las ciudades. Esta figura tiene fundamento constitucional expreso en el tercer párrafo del artículo 27 de la carta. Encuentra también reconocimiento en la Ley Federal de la Reforma Agraria (artículo 112, fracción VI), como causa de utilidad pública para apoyar las expropiaciones de tierras comunales o de ejidos. Por su parte, la Ley General de Asentamientos Humanos prevé señalamientos de las áreas que las legislaciones locales deberán tomar en cuenta para regular el crecimiento de los centros de población (artículo 32). Entre los aspectos indicados destacan: asignación de usos y destinos compatibles; formulación de instrumentos planeadores; adquisición de espacios por parte de la administración pública; regulación de la participación ciudadana en las acciones concernientes y las acciones de regularización necesarias, pues es preciso que la tierra para la expansión se encuentre sujeta a un régimen que permita su eventual circulación mercantil; en esta perspectiva, debe tratarse o de predios bajo el régimen de propiedad privada o de bienes pertenecientes al dominio privado de la federación, de una entidad federativa o de un municipio.

Adicionalmente, la Ley General de Asentamientos Humanos, en su artículo 34, prevé que, para demarcar las zonas de crecimiento, las leyes locales propondrán lineamientos, que indiquen la determinación de las áreas de expansión futura. Para regular las condiciones de participación de los municipios, se autoriza por mandato constitucional en el artículo 115, la ley les faculta, como agentes principales a ejecutar acciones para favorecer el crecimiento de los centros de población. Se prevé también la adquisición —aunque no se especifica la vía— por parte del Estado y de los municipios, los predios demarcados en las zonas de crecimiento. En este caso, la expropiación es un cauce posible con apoyo en el artículo 43 de la ley que comentamos.

4. *La expropiación como medio posibilitante para la realización de obras urbanísticas*

De todos los usos expropiatorios, éste es, sin duda, el de mayor tradición, incluso en contextos no intervencionistas se reconoce, como causa de utilidad pública, la realización de obras de beneficio colectivo. La Ley de Expropiación en las fracciones II y III del artículo 1o., se refiere a situaciones vinculadas con la ejecución de las obras, definiéndolas preci-

samente como causas de utilidad pública que habilitan los actos expropiatorios. La Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal también se refiere a la ejecución de obras, en su sección quinta. Primero, la ley ciñe las obras al sentido de los planes; segundo, fija la competencia del Departamento del Distrito Federal como órgano ejecutor y, por último, se refiere a las acciones públicas para posibilitarlas. La ley alude a la expropiación (artículo 39), aunque la consigna como medida extrema en una escala de gradación de las afectaciones que se ordena así: compraventa, limitación de dominio, ocupación parcial o temporal y expropiación. Como medidas complementarias la ley fija normas para la demolición de construcciones que, si se realizaron sin licencia, dan origen a responsabilidad por el costo de los trabajos a cargo de sus propietarios (véase artículo 39). Así también se confiere, a la autoridad administrativa, la facultad de ordenar la desocupación de construcciones que deben demolerse para la ejecución de obras públicas.

Con relación a las expropiaciones enunciadas en este rubro, debe insistirse en la necesidad de que las declaratorias, en sus considerandos, motiven de manera precisa el nexo entre los bienes afectados y la causa de utilidad pública. La idoneidad de un bien determinado para la satisfacción de una necesidad colectiva, es el criterio rector en esta clase de expropiaciones.

5. Expropiaciones que se ejercen como medidas coactivas y como sanciones

En el orden de los procesos disciplinarios del derecho urbanístico, la expropiación mantiene una importancia singular. Se trata de la garantía final que otorga efectividad a las normas establecidas en leyes, reglamentos, planes, programas y declaratorias. En general, podemos expresar que, además de las responsabilidades individuales que se sancionan en orden a tipos de naturaleza penal, otras medidas como la suspensión de obras, el derribo o la misma expropiación, constituyen el lado ejecutivo fuerte para impedir la consolidación de situaciones materiales contrarias al sentido de la normatividad urbanística. Lo mismo, estos actos guardan un poder de restitución de la realidad física que impide la concreción de disfunciones o desvirtuaciones de la disposición espacial de los centros de población.²³

El sistema autoriza expropiaciones disciplinarias, en los siguientes supuestos:

²³ Cfr: García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 313.

Incumplimiento de las reglas normativas relativas a fusiones, subdivisiones, relotificaciones y fraccionamientos (véase artículo 72, fracción II, de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal). En este caso, la administración del fraccionamiento pasa a la autoridad administrativa. La indemnización resultante debe pagarla el beneficiario del acto, es decir, quien efectivamente reciba los lotes legalmente urbanizados, si es que se consuma su venta. En tal caso, la indemnización se pagará en la medida en que la comercialización de los predios lo permita. Con esta última aseveración y en su tono drástico radica el carácter sancionador que se atribuye a la expropiación.

Incumplimiento de los planes de mejoramiento y de obligaciones contraídas en convenios por parte de poseedores o propietarios de los predios (véase *acciones de mejoramiento*).

Aparte de los casos específicos de expropiación-sanción antes anotados, el artículo 43 de la Ley General de Asentamientos Humanos, fija una posibilidad general de utilizar la expropiación, como mecanismo sancionador y rectificador de acciones, ejecutadas en contravención del orden normativo urbanístico.

6. *Expropiaciones para el establecimiento de vivienda de interés social y para la constitución del patrimonio de familia*

El derecho a la vivienda es una de las aspiraciones sociales más reiteradas. Los criterios mercantiles, que dirigen gran parte del tráfico inmobiliario, no resultan eficaces para garantizar la actualización de este derecho social.

Ante esta situación, la legislación mexicana estableció algunos mecanismos alternativos para la asignación de vivienda. Las acciones de este género se atienden por vía directa a través de la oferta pública, o bien, a través de sistemas de apoyo financiero para propiciar su adquisición.

En el artículo 19 de la Ley Federal de Vivienda, se regula, como causa de utilidad pública, la adquisición de tierra para la construcción de vivienda de interés social y para la construcción de reservas destinadas a fines habitacionales. Se trata, en este caso, de la legitimación de expropiaciones para beneficio de una clase o grupo social determinado. Estos actos encajan en el concepto contemporáneo de utilidad pública, que autoriza la acción pública de redistribución de los recursos apropiables entre los distintos sectores de la sociedad. Políticamente, salvo casos excepcionales motivados por la necesidad, al llevar acciones de dotación de vivienda por

parte del poder público, se evita la confrontación de intereses sociales, dejando en un último nivel de elegibilidad, los recursos expropiatorios.

Por último, toca analizar el artículo 832 del Código Civil, que debe leerse en concordancia con el inciso g de la fracción XVII del párrafo 9o. del artículo 27 constitucional. Este precepto autoriza expropiaciones con objeto de que pueda constituirse, sobre los bienes afectados, el patrimonio de familia o para que se constituyan viviendas de renta de bajo costo. No es un precepto de aplicación habitual, toda vez que el patrimonio de familia sólo llega a constituirse por excepción en nuestra realidad. Por otro lado, la vivienda de alquiler pasó a la historia. Hoy todas las acciones habitacionales se dirigen a establecer el régimen de propiedad o una condición patrimonial análoga para los beneficiarios, como sucede por ejemplo con los certificados de participación inmobiliaria.

IV. ANÁLISIS DEL DECRETO EXPROPIATORIO QUE MOTIVARON LOS SISMOS DE SEPTIEMBRE DE 1985

1. *La recomposición de las relaciones sociales de propiedad*

Por medio de un decreto que fue sucesivamente publicado en el *Diario Oficial de la Federación* los días 11, 21, 22 y 23 de octubre de 1985, el presidente de la República, como autoridad ejecutora, llevo a cabo la expropiación de más de 4000 predios urbanos en el Distrito Federal, la mayoría de ellos edificados. A pesar de que el acto expropiatorio tuvo como causa inmediata los sismos ocurridos en septiembre de 1985 y de que, por esa razón, la medida tuvo dimensiones excepcionales, se trata de una expropiación con innumerables rasgos típicos para la realidad mexicana. Sus propósitos la ubican, como una expropiación urbanística y, por ser la más importantes de los últimos años se le confiere este espacio analítico especial.

Ante la situación de apremio, el Estado mexicano intentó apoyarse en el más noble de sus sostenes políticos: el expediente de la recomposición de las relaciones sociales de propiedad. En aquel acto, pudo observarse una especie de reproducción sintética del proceso constitucional mexicano. El Estado nuevamente hizo fincar el orden y el control, a partir de su reconocimiento como propietario fundamental. Más allá de la acción y de la resistencia civil, se pensó que el control político de la situación podía derivarse del manejo de un gran número de inmuebles en el centro de la ciudad. Reconstruir y terminar con el problema inquilinario de las ve-

ciudades del centro, parecieron a la autoridad expropiante dos propósitos compatibles y realizables a través de un mismo acto expropiatorio. Sin embargo, esta ambigüedad de propósitos y la técnica fallida del documento que contuvo la declaratoria, dieron al traste con la efectividad del acto. A continuación se fijarán los parámetros trascendentes del decreto para facilitar su revisión integral.

2. *La fundamentación*

Como normas habilitantes para el acto expropiatorio, el presidente invocó las siguientes:

- a) Constitución Política: artículo 89, fracción I; 4o.; 27, párrafo segundo, y 73 fracción VI, base 1a.

De estos preceptos sólo el 27 se refiere expresamente a la expropiación. El párrafo segundo fija la facultad general de expropiar y la fracción VI establece la competencia y los lineamientos generales del procesos expropiatorio.

El artículo 4o., es pertinente en la parte que consagra el derecho de las familias a disfrutar de vivienda digna y decorosa.

- b) Ley de Expropiación: artículo 1o., fracciones I, II, V, X, XI Y XII; 2o., 3o., 4o., 8o, 10, 19, 20 y 21.

El artículo primero de la ley fija las causas de utilidad pública que motiven la expropiación. Las fracciones invocadas se refieren: (I) al establecimiento, explotación o conservación de un servicio público; (III) a la realización de obras de beneficio colectivo; (V) a la satisfacción de necesidades colectivas en casos de trastornos interiores, al abasto de las ciudades de artículos de consumo necesarios y a los procedimientos para impedir la propagación de calamidades públicas; (X), a las medidas necesarias para evitar la destrucción de elementos naturales en perjuicio de la colectividad; (XI) a la creación y mejoramiento de los centros de población y, (XII) a otros casos previstos en leyes especiales.

Cabe tener presente que las fracciones V y X del artículo 1o., de la Ley de Expropiación, según lo dispone el artículo 8o., de la misma ley, autorizan la ocupación inmediata de los bienes expropiados, sin que la tramitación del recurso de revocación mantenga efectos suspensivos sobre el acto.

El resto de los artículos invocados se refieren a los aspectos procesales de la expropiación y al mecanismo para el pago de la indemnización.

- c) Código Civil, artículo 836, que autoriza a la autoridad administrativa a ocupar, restringir y destruir la propiedad privada, para prevenir calamidades públicas.
- d) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Artículos 1o., 5o., 32, 37 y 44. Ninguno de estos preceptos sirve para fundar la acción expropiatoria en sí. Se refieren a las facultades del Departamento del Distrito Federal para actuar en su circunscripción territorial y a la habilitación de sus autoridades.
- e) Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal: artículos 1o.; 18, fracción XII, y 20, fracciones VII y XIV.

Entre estos artículos resultan relevantes sólo los dos últimos; el 18, fracción XII se refiere, con muy mala técnica, a la participación del Departamento del Distrito Federal en los actos expropiatorios. El artículo 20, fracciones VII y XIV, hace alusión a los programas de vivienda y a los de regeneración de colonias populares.

- f) Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal: artículos 1o., 2o., 5o., 6o. y 79.

El artículo 2o., califica como causas de utilidad pública las medidas tendientes a ordenar los usos y reservas del territorio del Distrito Federal; el artículo 5o., se refiere a la competencia del Departamento para llevar a efecto la ejecución de las normas urbanísticas; el 79 se refiere a la determinación de espacios dedicados al mejoramiento por deterioro físico funcional.

3. *Motivación del acto*

En los considerandos del decreto expropiatorio pueden identificarse dos líneas de motivación fundamentales:

Primero. Se trata de justificar el acto expropiatorio, como una medida para evitar calamidades públicas que pudieran suscitarse por los trastornos inferidos por los sismos. Entre los efectos de los terremotos, se ubica “el daño que sufrieron las viviendas ocupadas por familias de escasos recur-

sos” en las zonas céntricas de la ciudad y, también, la afectación de la infraestructura básica de servicios.

Segundo. Como línea distinta de motivación, aunque no bien autonomizada en el decreto, se puede destacar la que se refiere a satisfacer problemas urbanos del centro de la ciudad, suscitados con antelación a los sismos de 1985. Así deben entenderse las afirmaciones como la siguiente: “... y solucionar al mismo tiempo problemas sociales, en las condiciones de vida de las personas que resultan afectadas por el siniestro”. Paralelo al programa de reconstrucción se quiso justificar la acción expropiatoria para conseguir efectos de regeneración y reordenación en el centro de la ciudad. Fue obvia la intención de tratar de terminar con el problema de las vecindades y el propósito de convertir a los inquilinos en propietarios. Esta intención la prueba la misma lista de predios expropiados, en la que se incluyen algunos terrenos sin construcción y edificaciones que albergan vecindades que no fueron dañadas por los movimientos telúricos.

Como línea de justificación complementaria se expuso el argumento del arraigo de los habitantes del centro. Esta circunstancia motivó que la reconstrucción se iniciara justamente en los espacios que resultarían dañados.

4. *El enlace de la fundamentación y la motivación*

Cualquier expropiación implica un juicio de tipicidad a través del cual se ligan como correlatos de una misma relación, las fórmulas legales que prevén de manera general, las causas de utilidad pública y los hechos concretos que motivan las expropiaciones. La *causa expropriandi* debe entenderse siempre con este sentido dialéctico; es decir, como un proceso de remisión mutua del tipo legal a la situación fáctica y viceversa.

Depurando la abundante fundamentación del decreto expropiatorio, se encuentra, que los considerandos expuestos se vinculan a unos cuantos preceptos referentes al establecimiento de causas habilitantes para ejercer la potestad expropiatoria, a saber: el artículo 2o. de la Ley de Expropiación, fracciones I, II, V y XI; el artículo 19 de la Ley Federal de Vivienda, el artículo 2o. de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal y el artículo 836 del Código Civil.

La línea de motivación que se orienta a la reparación de los daños que sufrió la vivienda y la infraestructura urbana, a la que convencionalmente se denominará eje de restablecimiento, se liga también a la idea de la prevención de calamidades colectivas que pudieran generarse por la situación de afectación generalizada que vivía el centro de la ciudad.

Para fundar lo que se denominó *eje de restablecimiento*, operaron los siguientes principios:

a) El artículo 1o., de la Ley de Expropiación, en especial:

- La fracción V de la Ley de Expropiación, para atender la situación emergente motivada por los trastornos interiores y para evitar las calamidades públicas que pudieren surgir.
- La fracción I, para restablecer la infraestructura de los servicios públicos que resultó dañada.
- La fracción X, para evitar los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad.

b) El artículo 836 del Código Civil, en lo que se refiere a la prevención de calamidades públicas.

c) El artículo 19 de la Ley Federal de Vivienda, para fundar la adquisición de predios para la construcción de vivienda de interés social.

De los fundamentos y relaciones expuestos, resulta interesante desarrollar las inferencias que pueden suscitarse de la relación entre la fracción V del artículo 1o. de la Ley de Expropiación y el hecho que motiva su actualización. Esta fracción se refiere a casos excepcionales, precisamente a situaciones de guerra o desastre. La gravedad de las necesidades sociales que pueden generarse por estos motivos, condujo al legislativo a privilegiar esta causal, desde el punto de vista de la ocupación inmediata de los bienes y, la interposición del recurso de revocación, por parte del afectado, no suspende la ejecución del acto, como acontece en las expropiaciones de trámite ordinario.

Esta causal de expropiación fue esgrimida como fundamento tanto en el decreto cardenista de 1938, por medio del cual se consumó la Expropiación Petrolera, como en el que se llamó Decreto que establece la Nacionalización de la Banca Privada, publicado el 1o. de septiembre de 1982. En ninguna de estas situaciones se suscitaron propiamente catástrofes o trastornos que ameritara la ocupación inmediata de la propiedad; sin embargo, ésta se autorizó en ambas situaciones forzando el sentido del tipo legal en cuestión. En el caso del decreto cardenista, la vinculación con la causal se perfiló a partir de la situación de desabasto que originó la ruptura de las relaciones laborales de las empresas petroleras por falta de acatamiento de éstas al laudo de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, que las condenaba a mejorar las condiciones laborales a sus trabajadores.

En el caso del Decreto de 1985, mucho más que en los otros, la alusión a la causal relativa a trastornos interiores se justificó; sin embargo, nunca el Decreto explicó, cómo los inmuebles expropiados y cuáles de éstos en concreto, deberían satisfacer la situación de desastre o evitar las calamidades colectivas que también se mantuvieron indefinidas.

La necesidad colectiva, según puede inferirse de los considerandos del Decreto, se motivó por la pérdida de la vivienda por parte de ciertos grupos de la población. La necesidad que se suscitó fue la de restablecer el equipo habitacional y urbano para reubicar en los mismos barrios y colonias a la población afectada.

Lo dicho para la anterior causal cabe también para las fracciones I y III del artículo primero de la Ley de Expropiación. En la medida en la que los sismos dañaron la infraestructura de servicios, se justifican las expropiaciones tendentes a restablecerla. Ello no quiere decir, sin embargo, que la técnica empleada en el Decreto expropiatorio haya sido suficiente para ligar, adecuadamente y de manera concreta, determinados predios a la satisfacción de necesidades colectivas también definidas.

Para expropiar, con el objeto de impedir daños a la propiedad en perjuicio de la colectividad (véase artículo 1o. de la Ley de Expropiación, fracción X), se requerían dictámenes que fincaran criterios técnicos acerca de la peligrosidad de ciertas construcciones dañadas que comprometían la existencia o la seguridad de otras. Esto mismo se aplica a los casos en que hubiera sido necesario llevar a efecto acciones de demolición, con fundamento en el artículo 836 del Código Civil.

Ahora bien, al referirse al otro argumento de motivación que se desprende de los considerandos del Decreto, al que se llamó *eje de reordenación*, cabe caracterizar las expropiaciones que orienta como un caso típico de ejecución de medidas de mejoramiento. En este caso, la necesidad colectiva se ocasionó en el deterioro físico y funcional de los espacios urbanos del centro de la ciudad, que debido a los Decretos de congelación de rentas de la década de los cuarenta se mantuvieron en buena medida vinculados al uso para vivienda de grupos populares.

Los predios expropiados y las viviendas construidas en ellos satisfacían el estado de necesidad reconocido como causa de pública utilidad, en el caso de que la expropiación se realizara para construir en ellos el régimen de propiedad en condominio. En esta línea de ideas, funcionaría como fundamento el artículo 1o. de la Ley de Expropiación en su fracción IX. Con la misma técnica, quedarían encaminadas las fracciones I y III del precepto legal antes invocado.

5. *Disfunciones en la parte declarativa del Decreto*

El acto expropiatorio adolece de un vicio evidente en la motivación, toda vez que no establece ningún criterio de correlación, entre el tipo de necesidad pública que la expropiación está encaminada a satisfacer y los bienes concretamente identificados. El decreto expropiatorio es completamente inflexible en la disposición de sus partes; su rigidez cancela la posibilidad de establecer matices según los tipos de bienes y las causas de utilidad pública invocadas, que cada clase acotada debe satisfacer. Unos bienes se expropian para reconstruirlos, otros más para cambiar su régimen de propiedad, algunos en cambio para restablecer o mejorar la plataforma de servicios; sin embargo, en el decreto nunca establece, ni cuáles son concretamente las necesidades a satisfacer ni mucho menos los bienes abocados para cumplir cada fin.

En el caso de la expropiación analizada, hubiera funcionado adecuadamente la técnica de la *lex specialis* que rige en otros países. Por un lado el decreto-ley hubiera otorgado el marco general de acción y, por otro, las declaratorias de ocupación brindarían la conexión necesaria entre un bien y la causa de utilidad pública, que ese inmueble en concreto debe paliar.

En ningún caso los motivos de Decreto aluden a estudios, dictámenes técnicos o algún otro medio de constatación, que pudiera aportar una base objetiva a la necesidad de afectación de determinados bienes, a una causa de utilidad pública que se produce. En cambio, el Decreto evidencia una autoridad administrativa que se mueve con inmunidad tal, que controla de una manera discrecional la calificación completa de la oportunidad de expropiar.

Existen omisiones inexplicables en el fundamento y en el curso del Decreto. Jamás se alude al artículo 82 de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, que es el precepto específico que regula las expropiaciones para ejecutar los programas de mejoramiento en los centros de población. Tampoco se consideró adecuado fundar las acciones *regeneración* urbana, tendentes a construir el régimen de condominio en las antiguas vecindades, en el artículo 9o. de la Ley de esa materia. Por mejor intención que se conserve, no se puede evitar el pensar que los preactos citados fueran soslayados por los beneficios procesales y pecuniarios que respectivamente otorgan a los afectados. En el primer caso, existe el beneficio de las instancias conciliatorias, en el segundo, la obligación de indemnizar a los inquilinos.

El Decreto pudo tener un puente lógico si se hubiera identificado, en sus considerandos, la secuencia entre la causa de utilidad pública que consiste

en la adquisición de espacios para la creación de la vivienda de interés social, la expropiación, y la constitución del régimen de propiedad en condominio, en la sobras de nueva construcción. No obstante, este enlace de elementos no se atendió al no haberse explicitado en el decreto, qué predios estaban siendo adquiridos para dar paso a la construcción de vivienda de interés social.

6. La parte dispositiva

En primer término, en el Decreto se insiste en procesar la declaratoria de utilidad pública para fundar la expropiación. Además, aclara que también el acto se considera “de orden público e interés social”. Esta extensión resulta reiterativa porque, en nuestro medio jurídico, la sola invocación de utilidad pública, si es justificada, legítima por completo el acto expropiatorio. El orden público es una categoría de difícil definición en el orden jurídico mexicano, porque no tiene ninguna referencia constitucional que los sustente. El interés general no es, por su parte, un criterio de motivación distinto a la propia causa de utilidad pública que origina la expropiación.

El enlace de elementos que contiene el artículo 1o. del Decreto acusa las mismas deficiencias y falta de congruencia, que mantienen los argumentos vertidos en los considerandos. Todo se presenta como resultado de la afectación colectiva que motivaron los sismos sin fundarse nunca con propiedad los efectos que se encaminaron a reordenar el centro de la ciudad y que no tienen relación directa con los movimientos telúricos que se produjeron. Tal es el caso de las acciones para provocar el cambio de régimen de los inmuebles, orientados a fundar el condominio de inmuebles a vecindades que no resultaron dañados.

Para la identificación de los predios se ofrecieron como datos, el número oficial, la calle, la superficie, la región, la manzana catastral y el número predial. Nunca se les individualizó, ni fueron caracterizados con referencias mínimas, como la que indicaría si se trataba de predios construidos en lotes baldíos. Tampoco se hizo referencia expresa a los propietarios.

En su parte habilitante, el Decreto confirió al Departamento del Distrito Federal, facultades para: a) ocupar de inmediato predios; b) “llevar a cabo acciones de vivienda —debe entenderse de construcción de vivienda—, de regeneración y mejoramiento urbano en los inmuebles expropiados” y, c) enajenar las viviendas construidas fuera de subasta. No se necesita mucha agudeza para descubrir el manejo difícil de los elementos técnicos de la legislación urbanística, que los autores del Decreto acusan. Al respecto pueden ofrecerse algunas reflexiones.

Primera. En muchos de los casos la ocupación de los predios sería virtual, porque en ellas continuarían habitando los inquilinos previamente asentados. Precisamente este carácter, el de arrendatarios, daría a la postre a los que se encontraban en esa circunstancia, una suerte de situación puente a partir de la cual se les reconoció como beneficiarios de créditos hipotecarios para adquirir las viviendas en términos muy favorables. Los créditos habitacionales fueron de condiciones blandas y muy flexibles, debido a la gran presión que ejercieron los grupos de damnificados sobre el Gobierno de la Ciudad de México.²⁴

Segunda. La *regeneración* no es un término vacío de contenido normativo en nuestro sistema jurídico. Se encuentra definido expresamente como institución en la Legislación que establece el régimen de propiedad de condominio en el Distrito Federal y las disposiciones de ese ordenamiento nunca fueron invocadas como fundamento.

Tercera. Las acciones de mejoramiento requieren de una declaratoria especial, que demarca los espacios sobre los que deberían ejercerse. La Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, cuando se refiere a las acciones de mejoramiento, acota el ámbito de acción sobre *zonas*; en cambio, el Decreto se refiere indebidamente a las acciones de mejoramiento sobre inmuebles. En el manejo del acto expropiatorio se suscita la alusión del sentido de los procedimientos urbanísticos, que enmarcan las acciones de mejoramiento. Este despropósito, aunado a las deficiencias dispersas en todo el Decreto, colaboran a otorgar de él, una imagen demasiado tosca. Se trata entonces de un acto expropiatorio justificado desde el punto de vista político y racional, pero de muy torpe factura en su ejecución jurídica.

Sobre el pago de la indemnización, el Decreto estableció una condición inadmisibles: que se efectuara de acuerdo a las posibilidades del Erario, en un plazo no mayor a 10 años. Más que como un precepto normativo serio, esta disposición vino a fungir como un argumento de negociación con los propietarios afectados. Su deficiencia y falta de precisión quiso ser enmendada por el: “Acuerdo por el que se establecen las reglas para el pago de la indemnización por la expropiación de los predios ordenada mediante Decreto, así como las características de la emisión de los “bonos de renovación urbana” del Distrito Federal (Bores) y este procedimiento para efectuar el pago”. La publicación de este acuerdo complementario se realizó en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de diciembre de 1985.

²⁴ Connolly, Priscilla, “La política habitacional después de los sismos”, *Ciudad de México: Estudios demográficos y urbanos* 4, vol. 2, núm. 1, enero-abril, 1987, pp. 101-120.

En el mismo, se estableció que el monto de las indemnizaciones lo debía fijar el Departamento del Distrito Federal, en coordinación con la Comisión Nacional de Avalúos de Bienes Nacionales. Esto quiere decir, que el mecanismo de pago iba apartarse de las disposiciones generales que remiten el valor catastral de los inmuebles, como lo establece el párrafo tercero de la fracción VI del artículo 27 constitucional.

La existencia de los Bores no tiene sustento legal; sin embargo, los bonos ofrecieron un plazo máximo de amortización de 3 años, que a todas luces resultaba a los afectados más conveniente que un plazo incierto de hasta 10 años, sujeto a la eventualidad de la disposición de recursos presupuestales en el Erario.

7. La suerte judicial del decreto

De las disfunciones y deficiencias del decreto se valieron un número muy significativo de afectados que a través del juicio de amparo intentaron la anulación de los efectos del acto expropiatorio. Sin que a la fecha existan cifras precisas, es muy probable que los promoventes hayan superado el millar. A su vez, cerca de 1300 afectados, promovieron el recurso de revocación ante la Coordinación General Jurídica del Departamento del Distrito Federal, muchos de ellos con éxito para sus pretensiones.

Resultó de gran interés observar la forma en que un Poder Judicial anquilosado y carente de vigor tuvo que hacer frente a la lluvia de amparos contra el decreto expropiatorio. Los juicios se iniciaron, como corresponde a su competencia, en los Juzgados de Distrito en materia administrativa, habiendo concluido la mayor parte en los Tribunales Colegiados que conocieron de las revisiones interpuestas.

Más que en otras ocasiones,²⁵ el Poder Judicial fue proclive a revisar el fondo de los asuntos. Incluso llegó a otorgar un buen número de amparos; la cifra es muy probable que supere las quinientas resoluciones favorables a los quejosos. La inusual reacción judicial despierta la motivación para analizar el sustento de algunas sentencias,²⁶ que, por cierto, mantienen un paralelismo y una homogeneidad realmente asombrosa.

²⁵ En el caso de la expropiación de los bienes de las instituciones de banca privada en 1982, tampoco se demostró la existencia de la tramitación del expediente. Sin embargo, como el amparo fue resuelto por la vía del sobreseimiento, no brindó la ocasión de que el Juez de Distrito se pronunciara sobre este asunto.

²⁶ Sentencias a las que se hace referencia: 335-20-5/85 Ofelia Maldonado Yañez, 23 de enero de 1986, Juzgado 3o. de Distrito en materia administrativa en el Distrito Federal. RA- 523/ 85 Leila Viola Sala Pastrana, 19 de agosto de 1986, Tercer Tribunal Colegiado de

Las sentencias, de manera uniforme, desdeñan los conceptos de violación orientados a cuestionar la constitucionalidad de la Ley de Expropiación. Sin embargo, los jueces se mostraron sensibles a revisar dos asuntos centrales que comprometen la legalidad de la motivación del Decreto:

Primero. Se acusa la falta de un requisito previsto en la Ley de Expropiación que es la tramitación del expediente del acto. En efecto, el artículo 3o. de la Ley citada dispone:

El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo correspondiente, *tramitará el expediente de expropiación*, de ocupación temporal o de limitación de dominio, y en su caso hará la declaratoria respectiva.

A pesar de que en la integración del expediente el afectado no tiene ninguna intervención, su existencia es un requisito *previo* al acto expropiatorio, que operativamente se inicia con la declaratoria. La Ley no proporciona más referencias sobre el asunto; sin embargo, no es muy difícil colegir que la intención de regular sobre el expediente que tuvieron los autores de la ley, se orienta a exigir una base objetiva para apoyar la decisión de expropiar. Así, el expediente debe contener los estudios, criterios técnicos y dictámenes que sustenten la necesidad de afectar un bien determinado cuando se identifica una causa de utilidad pública a la que se debe atender.

Con acierto, los jueces de distrito inclinaron su criterio a aceptar como causa de violación la inexistencia de expediente en las expropiaciones que se analizó; incluso, se dejó a salvo el contra-argumento que pudieran motivar las llamadas expropiaciones urgentes (véase artículo 8o. de la Ley de Expropiación). Sobre este particular, en las sentencias consultadas se manifiesta que la Ley no distingue los casos emergentes, ni exenta a la autoridad expropiante de tramitar el expediente de expropiación en dichas situaciones. En el caso R. A. 523/86 que se tramitó ante el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Administrativa se expone al respecto un criterio muy importante: a pesar de que no se cuestiona la facultad del Poder Ejecutivo para calificar la existencia de una causa de utilidad pública ante determinada situación de hecho, se exige a la autoridad que lleva a cabo el acto, *acreditar* la causa de utilidad pública en cuestión,

Primer Circuito en Materia Administrativa en el Distrito Federal. RA-906/86 Miguel Icaza Contreras, 17 de septiembre de 1986, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del 1er. Circuito en el Distrito Federal.

precisamente a partir de los documentos que componen el expediente de expropiación. A continuación se reproduce la parte conducente:

... la falta de expediente produce la ilegitimidad del acto expropiatorio, por ausencia de motivos y fundamentos, puesto que *al no estar demostrada* la necesidad de ocupar por esta vía la propiedad privada, en modo alguno puede decirse que exista una causa de utilidad pública.²⁷

Con esta perspectiva, las posibilidades de inmunidad absoluta de la administración se relativizan en cierto grado, porque de alguna manera el expediente transparenta el sentido del acto y permite revisar su justificación y congruencia. De otra forma, la motivación del acto resultaría inexpugnable para la autoridad judicial que evalúa la constitucionalidad de la expropiación.

Un expediente integrado con deficiencia traduce faltas muy probables en la motivación del acto. Con este indicio, el Poder Judicial puede penetrar el fondo de la expropiación; de otra suerte quedaría relegada su función a la revisión de la exterioridad del acto.

Segundo. Las sentencias revisadas señalan como concepto de violación de garantías, en perjuicio de los quejosos, la ausencia de una argumentación precisa en el Decreto o en el expediente expropiatorio que justifica a la privación o la afectación de la propiedad en forma específica; veamos un ejemplo:

La autoridad responsable... no acreditó con estudios técnicos, planes o proyectos que el inmueble expropiado a la quejosa es indispensable para la realización de las acciones a que se refieren las fracciones I, III, V, X, XI y XII del artículo 1º de la Ley de Expropiación, resulta claro que no ha quedado demostrada la existencia de la utilidad pública.²⁸

No basta con aludir a un hecho notorio, como fueron los sismos de septiembre de 1985, para justificar cabalmente un acto expropiatorio; es necesario accionar los mecanismos técnicos de la institución, para considerar motivado el acto. De otra forma la expropiación cobra rasgos confiscatorios.

Sin expediente, no hay una base objetiva para realizar la advocación del bien a la satisfacción de una causa de utilidad pública. En el decreto expropiatorio hubiera podido ensayarse una clasificación, para sustentar

²⁷ Sentencia pronunciada RA-523/86

²⁸ Cfr. 6, numerales 45-47 (Pérez-García).

determinados grupos de bienes en relación con el destino concreto que iban a cumplir en tanto satisfactores de la utilidad pública.

La anulación de los efectos del decreto, por la vía del amparo en algunos casos, no inhibió el efecto político general de la expropiación. El Programa de Renovación Habitacional en la Ciudad de México cumplió en términos generales su cometido y las movilizaciones de damnificados fueron encauzadas a través de los mecanismos que dicho programa ofreció a sus destinatarios. El acto expropiatorio fue clave para que el Estado sostuviera su capacidad de conducir el proceso de reconstrucción; sin embargo, lo que el acto expropiatorio no pudo evitar fue la identificación de los sujetos urbanos como agentes de sus propios intereses. Los resultados electorales en el Distrito Federal demuestran que el sistema de control político del Estado mexicano, la expropiación inclusive, se encuentra vulnerada. Los sectores urbanos, más allá de sus reclamos sobre reivindicaciones materiales de la infraestructura habitacional o de servicios, reclaman también participación política alternativa.²⁹ Los programas que se suscitaron después de los sismos funcionaron operativamente, pero no generaron clientela política para el régimen. En expropiaciones anteriores, como la de las compañías petroleras en 1938 o la de la Banca en 1982, la capacidad de movilización y encuadre del Estado fue mayor.

Independientemente de las consideraciones políticas anteriores, el mayor efecto de reordenación del suelo urbano en el Distrito Federal lo produjeron los sismos. Los programas posteriores son hasta ahora la manifestación más contundente del Estado en el curso de los procesos urbanos. Jurídicamente la referencia de las acciones importantes del Estado continúan siendo las expropiaciones. Ojalá que este ensayo cumpla con su cometido y colabore, aunque sea en medida mínima, en el estudio de la expropiación en México.

V. BIBLIOGRAFÍA

AZUELA DE LA CUEVA, Antonio, “De inquilinos a propietarios. Derecho y política en el Programa de renovación habitacional popular”, *Estudios demográficos y urbanos* 4, Colmex, vol. 2, núm. 1, enero-abril, 1987, pp. 53-57.

²⁹ *Idem.*

- , “Algunos comentarios sobre la institucionalización de la planeación urbana en México”, en *Estudios de Derecho Económico*, Núm. V, coord. de Marcos Kaplan, UNAM, 1986.
- , *La Ciudad, la propiedad privada y el derecho*, Mimeo de un libro de preparación; puede consultarse en el Centro de Estudios Demográficos y Urbanísticos de El Colegio de México.
- y CRUZ RODRÍGUEZ, Ma. Soledad, *La Institucionalización de las Colonias Populares y la Política Urbana en la Ciudad de México, 1940-1946*, Ponencia presentada en el Segundo Simposium de Historia Contemporánea, Querétaro, febrero 1988.
- BERCAITZ, Miguel Ángel, *Problemas jurídicos del urbanismo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972.
- CARBONNIER, Jean, *Derecho flexible. Para una Sociología no Rigurosa del derecho*, trad. de Castellana de Diez- Picazo, Madrid, Tecnos, 1974.
- CAMACHO, Carlos, “La economía de la Ciudad de México en la Economía Nacional”, Colmex, 1987.
- CONNOLLY, Priscila, “La política habitacional depuse de los sismos”, *Estudios Demográficos y Urbanos 4*, Colmex, vol. 2, núm. 1, enero-abril 1987.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León, “Teoría general de los cometidos del Poder Público”, *Rev. de Administración Pública*, Madrid, núm. 11, diciembre de 1986, pp. 51-93.
- CUADRA, Héctor, “Las vicisitudes del Derecho Económico en México a partir de 1917”, en CUADRA, H. (coord.), *Estudios de derecho económico*, t. II, UNAM, 1977.
- DÍAZ Y DÍAZ, Martín, “Proceso constitucional y relaciones de propiedad: Notas para el análisis del caso mexicano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 11, año 11, 1987, pp. 189-251.
- , “Esbozo para el Análisis Comparativo de las Leyes de Expropiación de México, España y Argentina”, *Alegatos*, núm. 7, septiembrediciembre de 1987, Departamento de Derecho de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, pp. 7-15.

RABASA Y MOLINA ENRÍQUEZ: UN DIÁLOGO AUTORITARIO EN EL ORIGEN DE LA CONSTITUCIÓN*

SUMARIO: I. *El proceso constitucional mexicano o forja de una identidad ambigua.* II. *Rabasa y Molina Enríquez: una convergencia involuntaria.* III. *Perfiles de dos positivismos.* IV. *Sobre el sentido de la libertad.* V. *La población como dato heterogéneo del proceso electoral.* VI. *Los aspectos añejos de la propiedad.* VII. *Dos perfiles autoritarios en la construcción del Estado mexicano.* VIII. *El arribo del régimen a la Constitución.*

I. EL PROCESO CONSTITUCIONAL MEXICANO O FORJA DE UNA IDENTIDAD AMBIGUA

El proceso constitucional mexicano, reconocidos sus rasgos específicos, demanda para su análisis un ejercicio a la medida. Tratar nuestra Constitución sólo con la inercia doctrinal de la tradición de occidente, implica soslayar la presencia de elementos autóctonos, cuya existencia impregna de sentido e identidad al Estado y a sus experiencias jurídicas en este país.

La Constitución mexicana determina su contenido a partir de la incrustación problemática de dos estratos normativos de procedencia dispar. Por una parte, en el texto constitucional subsiste el trazo genérico que identifica a los modernos Estados de derecho. Sin embargo, junto a las disposiciones ortodoxas del constitucionalismo clásico, se percibe la concurrencia de elementos normativos que responden a las necesidades de un proceso de reforma social, cuyo centro de activación radica fundamentalmente en el Poder Ejecutivo.

El bloque normativo de características modernas no fue, como se admite, producto natural de nuestro desarrollo histórico.

Su implantación normativa siguió en proceso de recepción difícil, continuamente interferido por los cambios políticos y por las necesidades emergentes de la realidad. Las Constituciones modernas, en los pueblos del pasado colonial y desarrollo tardío —como sucede en nuestro caso—, se

* Publicado en: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 13, núm. 13, 1989.

transformaron en prescripciones tensas; su diseño contrastó continuamente con la sobrevivencia de elementos tradicionales que las convirtieron más en tierra prometida que en cauces efectivos de conducta.

La cimentación moderna que las Constituciones suponen —realidad mercantil articulada, gobierno democrático de corte representativo y ejercicio político subordinado al derecho— estuvo ausente durante todo el periodo en el que las instituciones de inspiración ilustrada se aclimataron en México. En realidad, brotaron como una envoltura fenoménica incongruente, que semejaba un disfraz de los movimientos autoritarios de ajuste y consolidación que se suscitan en el preludio de cualquier Estado.

Por otro lado, el estrato normativo¹ de raigambre reformista se ajusta mucho más a la vertiente histórica; traduce con fluidez las circunstancias del Estado reformador. Pero, con este énfasis en las instancias públicas, distorsiona las simetrías sobre las que se construye el constitucionalismo clásico. Al bloque normativo de las reformas sociales pertenecen elementos que bien se compadecen con el estilo político de los Estados del antiguo régimen. Justo en esta ambigüedad de formas —que se convierten también en una ambigüedad de tiempos— radica el enlace entre las circunstancias materiales de una sociedad de desarrollo tardío y los principios ordenadores que mantiene la lógica constitucional de los Estados modernos.

Nuestro proceso constitucional es, entonces, un entrevero complicado de fuentes que refleja la confrontación entre el modelo social y la realidad histórica: que coloca en una misma línea de acción los principios liberales y sus accidentes positivistas, usados como herramientas de ajuste a las situaciones mexicanas por los juristas que escribieron a finales del siglo pasado y en los inicios del presente.

En nuestro medio es necesario distinguir entre lo que significa la práctica de las disposiciones constitucionales, es decir, el real apego de la conducta social a su sentido, de lo que es propiamente el ritual, entendido como práctica de sus formas. En esta perspectiva, es posible descubrir una tendencia que apunta a consolidar el sustrato normativo de fuente reformista como práctica eficaz, y que relega las disposiciones que concretan la modernidad importada al rango de lo simbólico.

Entre el tiempo moderno de la parte ilustrada de nuestra carta y las circunstancias tradicionales que perviven en la sociedad mexicana, actúa el Estado como vehículo de transformación, al apoyar sus prácticas conformadoras, justo en el sentido final del bloque normativo inspirado

¹ Cuadra, Héctor, “El modelo normativo de la rectoría económica del Estado de 1917-1987”, *Alegatos*, núm. 10, Revolución Cuatrimestral del Departamento de Derecho de la UAM Atzacapotzalco, 1989, pp. 34-56.

en los perfiles reformistas. El tránsito de la sociedad en el tiempo a partir del impulso de las instancias públicas, es también un trayecto malogrado de nuestra realidad política a través de los modelos constitucionales europeos y norteamericano.

Cualquier enfoque que pretenda dar cuenta del proceso constitucional mexicano deberá partir de la ambigüedad y las tensiones que sus peculiaridades originan. Sólo por esta vía puede abrirse camino a la explicación del traslape de formas y prácticas políticas antiguas con los principios ordenadores de los modelos políticos modernos. Sólo así resulta explicable la relación del Estado fuerte con una sociedad civil en construcción permanente: la función constructora del mundo privado y la ausencia de mercado como circunstancia material que sustente la vigencia de las instituciones liberales.²

Si el bloque reformista que la Constitución contiene refleja los datos de fuentes históricas más próximas, su estudio debe anteceder en sentido y en función analítica al trabajo exegético sobre la parte moderna del texto constitucional. Las instituciones jurídicas que se incorporan a la carta de Querétaro como consecuencia de la Revolución, implica un ajuste de los modelos constitucionales clásicos a la realidad mexicana. En verdad, son estas normas las que definen el sentido final de la Constitución en su versión práctica y, las otras, las de inspiración moderna, significan la referencia conceptual, siempre bien diferida por la acción pública, en cuanto a la actualización de su sentido.

La disposición lineal que orienta el proceso constitucional mexicano se traduce también en un proceso de legitimación de prácticas políticas que ha debido construirse de manera oblicua. Su trayecto se ordena al contrastar la conformación autoritaria del Estado con sus fines reformistas, atemperados éstos por las sombras del control jurídico que la Constitución perfila, un remedo complicado de los modernos Estados de derecho.

II. RABASA Y MOLINA ENRÍQUEZ:

UNA CONVERGENCIA INVOLUNTARIA

Expuestos los rasgos generales de los dos sustratos normativos que componen nuestro texto constitucional, cabe advertir que para el estudio del

² Díaz y Díaz, Martín, “El derecho económico: un nuevo espacio metodológico para la reflexión jurídica”, *Lineamientos metodológicos y técnicos para el aprendizaje del derecho* Witker, Jorge (coord.), México, Porrúa, 1987, pp. 53-65.

sentido y la génesis de cada uno de ellos se escogió a dos autores de inicios del presente siglo: Rabasa, que aunque proscrita su obra de los reconocimientos oficiales, bien puede simbolizar el sentido técnico y moderno de la Constitución de Querétaro. Por otra parte, Molina Enríquez concreta el impulso reformador que en la Carta encontró condiciones para positivizarse. En estos dos autores se encuentra, además, sendas interpretaciones que la sociedad mexicana experimentó como disyuntiva durante el periodo de descomposición final del régimen porfirista. Rabasa sintetizó en sus obras el proyecto político de “los científicos”. Molina Enríquez, en cambio, expresó con precisión la visión histórica que sobre la sociedad del Porfiriato albergaron los “reyistas”.

“Científicos” y “reyistas” se confrontaron como núcleos antagónicos de la élite porfirista ante el problema que planteaba la sucesión inminente del dictador. Entre los miembros de ambas facciones campeaba la convicción de que sus respectivos grupos podrían encontrar, con el apoyo del presidente, una fórmula negociada que permitiera preparar el relevo a través de la institución vicepresidencial. La disputa concreta se dio entonces por este escalón político. Cerca del final de la primera década del siglo y abiertas las expectativas políticas por las declaraciones del general Díaz al periodista norteamericano Creelman, en la famosa entrevista de 1908, se preparó la séptima reelección del dictador. Aunque los “científicos” no obtuvieron una victoria integral al conducir a Limantour a la vicepresidencia como era su propósito, la designación de la fórmula Díaz-Corral los benefició en mayor grado que los “reyistas”, cuya derrota culminó con el exilio encubierto de su líder.³

Tanto Emilio Rabasa como Andrés Molina Enríquez escribieron, a pesar de sus diferencias ideológicas, bajo la convicción de las ventajas del Estado fuerte; en ambos analistas la democracia surge como un propósito matizado por los inconvenientes prácticos de la realidad. Rabasa y Molina Enríquez creyeron en los aciertos pacificadores que la dictadura del general Díaz consiguió con el sustento que le brindaba la fuerza del aparato autoritario del Estado. Ambos, sin embargo, se persuadieron de que ciertas transformaciones eran indispensables para revitalizar un régimen exhausto, cuyas condiciones de legitimidad eran cada vez más comprometedoras. Rabasa vio en el Estado fuerte un remanso a las convulsiones mexicanas del siglo XIX; lo justificó como una circunstancia transitoria, a cuya zaga debía producirse la modernización de la sociedad, arbitrada en sus alcances por

³ Guerra, Francois-Xavier, *México: del antiguo régimen a la revolución*, 2a. vol., México, Fondo de Cultura Económica, 1988, t. II, pp. 81-100.

la pequeña élite que componía el “pueblo consciente”. Para este autor estaba claro que el verdadero efecto civilizador no se registraría en el país, hasta que el aparato autoritario del régimen no consiguiera culminar el proceso de su propio repliegue.

En la obra de Molina, el régimen autoritario surge como la condición política sobre la que podría alzarse un auténtico Estado reformador, investido de poderes discrecionales ingentes, que le permitirían abatir los obstáculos surgidos en el curso de realización plena del proyecto revolucionario.

Las convicciones comunes y las diferencias de enfoque se enlazan muy bien al curso biográfico de cada autor. Rabasa fue un auténtico favorecido por el régimen porfirista. Su vida pública lo llevó a ocupar cargos como la Procuraduría del Distrito Federal, magistratura del Tribunal Superior de Justicia en esta misma ciudad, la presidencia del Senado y la gubernatura de Chiapas, su estado natal. En perspectiva política su vida se aproxima a la del grupo “científico”, tanto por los cimientos que construye en él la educación positivista, como por su concurso en las periferias del grupo que nunca terminó por definirse en cuanto a su investidura formal para la acción política. Si fuera válido utilizar el juicio de Molina Enríquez para catalogar su pertenencia a los factores raciales, podría afirmarse que se trata de un *criollo nuevo* y que su ascenso corresponde al periodo del Porfiriato en el que el dictador reemplaza la base mestiza del personal de gobierno, por esta nueva clase advenediza que vinculó sus intereses a los de las compañías extranjeras asentadas en el territorio nacional.⁴

Molina Enríquez, por su lado tuvo una existencia menos espectacular, su perfil fue el de un intelectual vinculado por su convicción a los cursos de las revoluciones sociales. Fue, aunque a su estilo, también un positivista. De sus cargos públicos tiene que hablarse con tono de modestia: escribano, juez de paz, profesor del Museo Nacional, miembro de la Comisión Nacional Agraria, funcionario de la Secretaría de Fomento, magistrado en el Estado de México, en fin, de ningún modo un personaje con los fulgores que acompañan la suerte política de Rabasa.⁵ Sus simpatías políticas estuvieron con el

⁴ Sobre la biografía de Emilio Rabasa pueden consultarse, entre otras obras, las siguientes: Glass, Elliot S., *México en las obras de Emilio Rabasa*, trad. de N. Pizarro, México, Diana, 1975; Serra Rojas, Andrés, *Antología de Emilio Rabasa*, México, Oasis, 1969, en esp. la reseña biográfica; Villegas, Gloria, *Emilio Rabasa en su pensamiento histórico-político y el Constituyente de 1916-1917*, México, Cámara de Diputados, 1984.

⁵ En relación con la biografía de Andrés Molina Enríquez, cuyos datos son realmente escasos, es posible consultar: Molina Enríquez, Álvaro, *Antología de Andrés Molina Enríquez*, México, Oasis, 1969, pp. 11-24; Cabrera, Luis, “In Memoriam. Andrés Molina Enríquez”, artículo periodístico recogido en *Obras Completas*, México, 1975, t. IV, pp. 405-410; Córdova, Arnaldo, “Prólogo”, *Los grandes problemas nacionales*, México, Era,

“reyismo” y, posteriormente, con la Revolución. Cuando Molina Enríquez tuvo que calificarse a sí mismo, no dudó en declararse agente y partidario de la causa de los mestizos para quienes reservó en su obra el carácter de elementos de raza dominante en el proceso de integración nacional.⁶

De las diferencias biográficas resultan explicables las asimetrías que presentan las obras de Rabasa y de Molina Enríquez. Para el primero, las revoluciones son hechos condenables que producen a contrapelo de la evolución pacífica de las sociedades, característica de las naciones civilizadas de occidente. Molina, en cambio, es parte del espíritu revolucionario; si su obra no es propiamente de agitación, en sus tesis se esgrimen continuamente proyectos de reformas y sugerencias que excitan la acción violenta del Estado revolucionario en contra de facciones enemigas. Molina incluso llegó a jugarse la vida como opositor al régimen huertista y pasó casi un año de cárcel por la promulgación del fallido Plan de Texcoco, un documento completamente de su autoría.⁷ Esta actitud contrasta con la de Rabasa, que por evitar el progreso de la situación revolucionaria, aceptó servir de emisario en las conferencias del Niágara por parte del gobierno huertista, a pesar de repudiar en su fuero interno la investidura del usurpador. La inconformidad de Rabasa con el Huertismo puede deducirse de su rechazo al rectorado de la universidad que previamente le había sido ofrecido por el mismo general Huerta.

III. PERFILES DE DOS POSITIVISMOS

1. *Los rasgos generales*

Ni en Emilio Rabasa ni en Molina Enríquez se evidencia un énfasis revisionista sobre la obra de Augusto Comte, al estilo que lo mantuvo, por ejemplo, los miembros de la Asociación Metodófila Mexicana Gabino Barrera.⁸ Sin embargo, en el pensamiento de ambos la huella positivista puede llamarse determinante. En el caso de Molina Enríquez se acentúa la influen-

1979, pp. 11-70; Labastida, Horacio, “Prólogo”, *La Revolución Agraria de México* (véase *infra cit.* núm. 6).

⁶ Molina Enríquez, Andrés, *Los grandes problemas nacionales*, México, Era, 1979, pp. 393 y ss., también en *Juárez y la Reforma*, México, Libro-mex, 1958 y *La revolución agraria en México, 1910-1920*, México, UNAM-M. A. Porrúa, 1986, t. III, pp. 109-136.

⁷ El *Plan de Texcoco* puede consultarse en la edición citada de *Los grandes problemas nacionales*, sección anexos, pp. 451-452.

⁸ Macedo, Miguel, “Ensayo sobre los deberes recíprocos de los superiores y de los inferiores”, *Anales de la Asociación Metodófila Gabino Barrera*, México, Imprenta del Comercio de Dublán y Chávez, 1877, pp. 218 y 219.

cia de Spencer y sus obras se proyectan como desarrollos analíticos del principio de la evolución universal, aplicados al caso mexicano. Sin embargo, en franca paradoja, Molina no culmina el sentido de sus observaciones en la convicción donde se sitúa Spencer;⁹ al contrario, avanza en el terreno político hacia la justificación de la existencia del Estado fuerte, que debería servir como palanca motriz de las reformas sociales.¹⁰ La evolución no se explica, en este orden de ideas, sin el impulso público.

Además de la fuente Spenceriana, Molina acude al pensamiento de Haeckerl;¹¹ en este naturalista alemán —al que muchos atribuyen el papel de vulgarizador del pensamiento de Darwin— encuentra una hipótesis que refuerzan el carácter específico de la evolución de cada pueblo y puede, así, conferir un sello mexicano a su darwinismo social.

En el análisis de Rabasa la teoría de la evolución está presente, pero se encuentra mucho menos procesada. No es raro que don Emilio —como lo conocieron sus discípulos— desvíe sus acentos explicativos a los vericuetos técnicos del mundo institucional, abandonado por los momentos, las referencias o situaciones materiales específicas. Por otro lado, el individualismo de Rabasa nunca se muestra declinante, al contrario, parece más bien que en sus últimas obras se acentúa, en perjuicio de la fidelidad absoluta al método positivo.¹² Cada vez con más fuerza operan en su obra la tesis de Stuart Mill y la presencia de los juristas estadounidenses, al tiempo que las tesis del darwinismo social retroceden y quedan sólo como base de un análisis histórico.¹³

Tanto en Rabasa como en Molina Enríquez la ciencia positiva vale en tanto herramienta para el análisis de la realidad mexicana; nunca la practican como interés autónomo. Ambos buscan en el positivismo un mecanismo desmitificador que sobreponga con claridad incontestable el carácter de los hechos a la explicación de los principios su análisis se propone ser objetivo y antirromántico. Sólo de este modo consideran posible producir

⁹ Consultar por ejemplo Spencer, Herbert, *El individuo contra el Estado*, Valencia, F. Sempere y cia., s. p. i., p. 155.

¹⁰ Véase numerales 7 y 8.

¹¹ Ruiz, Rosaura, *Positivismo y evolución: introducción del darwinismo en México*, México, UNAM, 1987, en esp. introducción, capítulo IV y numeral III de la sección de apéndices.

¹² Al respecto conviene consultar, por ejemplo, Rabasa, Emilio, “La libertad de trabajo”, conferencia recogida por el Instituto de Estudios y Reformas Sociales en el volumen de la serie *Conferencias preliminares*, organizadas por la Confederación de Cámaras industriales de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1922, pp. 61-102.

¹³ *Idem*.

un conocimiento útil, sobre el que pueda funcionar cabalmente un régimen político.

Nuestros dos autores abjuran del contractualismo y de la construcción metafísica de las obras políticas vinculadas con la Revolución francesa. Cualquiera de los dos confirma con su pensamiento las críticas de Justo Sierra sobre el liberalismo académico. Ninguno condena, sin embargo, lo que el liberalismo significa en México como proceso de laicización de la sociedad. A las ideas liberales se aproxima Rabasa por el camino de su individualismo; Molina Enríquez sólo las suscribe en la medida en que el partido liberal fue reducto de lucha, a través del cual los mestizos arribaron al gobierno de la sociedad mexicana.¹⁴

Mientras en Rabasa caben, por la índole de su obra, los calificativos de jurista, politólogo e historiador, a Molina Enríquez tendría que catalogársele como sociólogo, politólogo y jurista. El orden de estos perfiles indica también la prelación material de sus enfoques. Molina no reunió nunca la solidez técnica que como jurista siempre acompañó a Rabasa; en razón inversa, Rabasa nunca consiguió la profundidad que para el análisis social desarrolló Molina. Ambos fueron, en cambio, agudísimos analistas de los procesos políticos e historiadores con puntos de vista comprometidos con su respectiva posición política.

2. *El instrumental darwinista*

Al referirse en concreto al diseño metodológico de los autores analizados, se puede encontrar en ambos la intención de revisar empíricamente la sociedad mexicana, asumiéndola como dato principal. En este plano, Molina es mucho más explícito; sus afanes epistemológicos lo condujeron a ensayar —al estilo comtiano— una *Clasificación de las ciencias fundamentales*.¹⁵ En la parte inicial de esta obra, Molina deja claro su persuasión a favor de la emancipación del conocimiento científico respecto de la religión; declara también su confianza en los esfuerzos analíticos dirigidos sobre objeto específico y su animadversión a la especulación general. Sienta, además, una premisa fundamental en torno a la correlación causal entre el grado de desarrollo de las ciencias, respecto de la inteligencia que las hace progresar y de la sociedad en su proceso evolutivo.¹⁶ En Rabasa no se en-

¹⁴ Molina Enríquez, A., *La revolución...*, cit., t. III, pp. 109-136.

¹⁵ Molina Enríquez, A., *Clasificación de las ciencias fundamentales*, México, Museo Nacional de Arqueología, Historia y Etnología, 1935.

¹⁶ *Idem*.

cuentra interés equivalente hacia las expresiones metodológicas de carácter explícito: sin embargo, su obra supone las premisas de un darwinismo medianamente desarrollado como enfoque de la realidad social.¹⁷

El principio de la evolución cobra en Molina una formulación especial para él:

No existe la línea invariable de la trayectoria obligada, que se creía, para todos los pueblos, como no hay tampoco al fin de esa línea, el punto de llegada de ella, que se llama civilización... Cada grupo humano, de vida bien diferenciada, toma y sigue su trayectoria propia, en la dirección y con la velocidad resultante de sus actividades internas y de las fuerzas exteriores que con ellas se conjugan.¹⁸

Como puede contrastarse, en el párrafo existe una crítica implícita al evolucionismo lineal del lamarckismo y, al mismo tiempo, se sientan los presupuestos analíticos que, aplicados sobre la realidad mexicana, van a conferir sustento a la tesis del ritmo evolutivo heterogéneo de los distintos elementos de raza que componen la sociedad mexicana. El apego a esta tesis del desarrollo diferencial, llevará al autor a la afirmación de que México no tiene porqué dirimir los derroteros de su proceso histórico por las vías del progreso industrial, como sucedió con las naciones que frecuentemente nos habían servido de modelo.¹⁹

La tesis del proceso evolutivo diferencial puede ser también atribuida a Rabasa que, aunque no la formula con la misma generosidad explícita que Molina, la mantiene presente como premisa de sus obras.²⁰

Entre los dinámicos del curso evolutivo, el carácter principal corresponde al proceso de selección. Para los dos autores que se analizaron, las condiciones del territorio que sirve de asiento a los pueblos juegan un papel de primera magnitud en la diferenciación de la población. Ésta responde a cursos evolutivos distintos, según los requerimientos que le impone, a cada paso, la adaptación al entorno, físico en que se desarrolla. Para Molina, cada pueblo está enlazado en su suerte evolutiva con la naturaleza del terri-

¹⁷ Véase por ejemplo, Rabasa, Emilio, *La evolución histórica de México*, México, Porrúa, 1972, pp. 51 y 52; 145 y 146.

¹⁸ Molina Enríquez, A., *La revolución...*, cit., t. I, p. 74.

¹⁹ Molina Enríquez, A., "El problema del trabajo y la organización social", conferencia recogida en el vol. 1o. de la serie *Conferencias preliminares*, organizadas por la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1922, pp. 100-111 (Cfr: 12), y *La revolución...*, cit., t. V, pp. 57-61.

²⁰ Véase nota 17.

torio que ocupa.²¹ De las condiciones de su productividad agrícola depende el tipo de síntesis química que va a determinar las características de la *fuerza motriz interna* de los miembros de cada grupo social. Confrontados con el medio, los grupos transforman la naturaleza a través de su acción y, a su vez, resienten sus influencias. Estas últimas provocan el desarrollo de los mecanismos de *resistencia*.²² A Molina la experiencia le indica que las razas europeas han desarrollado especialmente las fuerzas de acción, mientras que las orientales —los indígenas se encuentran entre ella— se caracterizan por su gran fuerza de resistencia. De estas premisas partiría Molina Enríquez para explicar la superioridad racial de los mestizos sobre los criollos, a quienes considera un elemento de raza en proceso de degradación por el agotamiento que causa su energía de acción, mientras al mestizo se le atribuye una potencia ascendiente que procede de su fuerza de resistencia y de su mejor adaptación al ambiente mexicano.²³

Rabasa no llega a considerar al proceso de nutrición como a un elemento influyente en el curso de la selección natural; sin embargo, sí valoriza al territorio y, especialmente a “la potencia productiva del suelo”, como primer elemento que afecta la suerte del pueblo que lo habita: “Forma su carácter, dirige sus actividades, interviene en su desenvolvimiento y domina su historia”.²⁴

El proceso de selección tiene para Rabasa escasos matices. Se trata de un proceso de estabilización de elementos internos con elementos externos, que continuamente está sujeto a desbalances que surgen de la preponderancia transitoria de alguna de las fuerzas que se encuentra en tensión. Ante la pérdida de equilibrio, se abre un proceso de lucha del que sobreviven los elementos más aptos. Así, la estabilidad siempre contiene un juego subyacente de fuerzas antagónicas.²⁵ En este planteamiento hay una gran cercanía con las ideas de Spencer; sin embargo, Rabasa no se ciñe a ellas con la misma consistencia que Molina. En la obra de este último autor, el territorio está presente de modo permanente a través de las relaciones de propiedad, que constituyen uno de los datos principales de su trabajo analítico; el territorio es en realidad una variable constante del análisis social. Rabasa, en cambio, vuelve a considerar al territorio sólo de forma ocasional: su énfasis se desplaza mucho más hacia los aspectos

²¹ Molina Enríquez, A., *Los grandes...*, cit., pp. 73-77.

²² *Ibidem*, pp. 346-348, y *La revolución...*, cit., t. I, cap. I.

²³ Molina Enríquez, A., *Los grandes...*, cit., pp. 344 y ss.

²⁴ Rabasa, Emilio, *La evolución...*, pp. 262 y 263.

²⁵ Véase, por ejemplo, Rabasa, Emilio, *El juicio constitucional* (editado junto con el artículo 14), México, Porrúa, p. 140.

de la construcción del orden institucional del Estado mexicano.²⁶ Molina dota al territorio de una connotación política evidente; para él, la historia de la lucha por la *zona de los cereales* tiene un significado referido a la estrategia para la dominación política del país. Las posibilidades productivas de estas seis zonas que componen el territorio mexicano.²⁷ Así, quien controla la *zona fundamental de los cereales*, por ese hecho, tiene la garantía de proyectar su situación hegemónica a las otras zonas del país que le están geográficamente subordinas. En Molina, si se quiere expresarlo así, hay un rango mayor de perspectiva materialista, que deviene precisamente de la forma en que entiende la influencia del territorio en la evolución de los grupos humanos. Rabasa, al contrario, no sostiene el tono determinista de su premisa acerca del territorio ni concede a éste un valor político tan claro para el análisis de la sociedad mexicana.

3. *Las leyes sociológicas*

El positivismo significa la recuperación del proceso natural inexorable como principio que rige el movimiento de los grupos sociales. En esta posición se encuentra concentrada toda la decepción que en la sociedad europea produjo el voluntarismo, erguido en principio rector de la organización de los Estados modernos. Aquí se condensa también el miedo a las mayorías que irrumpen a la vida pública como voluntad concomitante, a través de los procesos de apertura democrática que las sociedades en la segunda mitad del siglo pasado empiezan a resentir como un fenómeno de conciencia social irreversible.

Una visión naturalista de los procesos sociales obliga a eliminar la dicotomía entre el orden legal y el natural; en realidad el primero debe perderse en el sentido necesario del segundo. La subordinación de las voluntades al sentido evolutivo de la historia es, asimismo, la reducción del sentido de la ley entendida como producto de la naturaleza jurídica, a la ley natural, conceptuada en el sentido de Montesquieu como las “relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas”.²⁸

²⁶ Esta es una constante en su obra que tiene particular desarrollo en el campo de la reflexión jurídica y, especialmente, en torno a los problemas del derecho constitucional. De sus obras publicadas, salvando las cinco novelas, sólo *La evolución histórica de México* se propone un objeto no específicamente jurídico.

²⁷ Molina Enríquez, A., *Los grandes...*, cit., pp. 74-82.

²⁸ Rabasa, Emilio, *El juicio constitucional...*, pp. 135-138; cfr. con Molina Enríquez, A., *La revolución...*, cit., t. III, p. 49.

En el buen naturalismo, decíamos, la dualidad no existe; la ley natural es también del orden jurídico; sus referentes no pueden ser otros que las propias normas constantes de la naturaleza. En una visión así, debe inscribirse la función infalible de liderazgo histórico que atribuye Molina a los mestizos mexicanos. Aquí también cabe su convicción de que la Constitución de Querétaro, en su artículo 27, incorpora como normas prescriptivas relaciones de sentido que derivan del desenvolvimiento material de la sociedad mexicana. También debe de tratarse en esta perspectiva la función que Molina implícitamente reconoce a la legislación en general, para él, la ley debe ser una referencia institucional del sentido evolutivo: un instrumento activo en el proceso de reforma social, cuyo curso se debe dirigir a través de su cauce natural, a riesgo de que se generen retrasos innecesario al progreso de los pueblos.²⁹

En la obra de Emilio Rabasa hay una clara oposición a entender el proceso social en su aspecto exclusivo natural; esa resistencia proviene del papel de la voluntad que, en su pensamiento no aparece cabalmente sofocada.³⁰ La voluntad se encuentra entorpecida por una expresión formal que traiciona su viabilidad, pero en realidad existe como fenómeno determinante en poder del pueblo consciente. Rabasa considera natural el origen de la desigualdad entre los diversos componentes de la sociedad mexicana; admite y, en cierto modo exige, la prevalencia de lo que él denomina el elemento consciente de la población.³¹ Sin embargo, ya situado en la perspectiva de la elite ilustrada, acepta mucho mejor el papel de la voluntad consciente, habría que agregar. Rabasa no propone, como Molina, la subordinación del sentido de la ley en cuestión jurídica a las condiciones naturales de la sociedad; niega que el reconocimiento de la desigualdad de los agentes sociales en las leyes positivas pueda utilizarse como mecanismo nivelador de los componentes heterogéneos de la sociedad. La desigualdad en el tratamiento jurídico debe conservarse para el sufragio y reservarlo sólo a los sujetos capaces, pero no para proteger la desigualdad de condiciones materiales o civiles. Se opone concretamente a que se respete la propiedad comunal, ya que su reconocimiento jurídico aparejaría su perpetuación y, con ella, la conservación de las desigualdades. Lo que Rabasa propone a cambio es que se otorguen condiciones para que el pueblo —aun los grupos raciales más atrasados— progrese en el sentido de la

²⁹ Molina Enríquez, A., Introducción al *Boletín de la Secretaría de Gobernación. El artículo 27 de la Constitución Federal*, México, 1922, pp. 1-10.

³⁰ Rabasa, Emilio, conferencia sobre “La libertad de trabajo”, véase 12.

³¹ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, pp. 127-131; también *La evolución...*, *cit.*, capítulos. XIII y XIV.

ley jurídica, que como institución ha sido probada por el curso histórico de las naciones civilizadas. Rabasa creyó mucho más que Molina en el *estado de civilización*, como un punto general de llegada en el desenvolvimiento histórico de los pueblos.

Rabasa buscó el sentido de progreso de la sociedad mexicana más en el cauce de las instituciones jurídicas que en las condiciones de su evolución natural, lo prueba el deslinde que ensaya para preservar la autonomía de la ley en su acepción jurídica respecto de la ley natural. Justo inicia *El juicio constitucional* con una crítica severa a quienes han querido conferir al concepto de Montesquieu una extensión que, según él, no debiera tener. La ley en sentido jurídico es mandamiento sujeto a la suerte que le depara la condición libre de sus destinatarios. En cambio, la ley natural es sólo el enunciado que describe la manifestación constante de un fenómeno.³² Para Rabasa, “cualquiera que sea la verdad en el problema irresoluto e irresoluble de la voluntad y de la libertad, lo cierto es que la determinación de la conducta humana se complica con factores que imposibilitan el fenómeno constante que permite reconocer una ley natural”.³³

La formación espontánea del orden jurídico de los pueblos termina con la expedición de la Constitución norteamericana; primera que toma en cuenta no sólo los datos históricos de la sociedad que la produce, sino también los resultados especulativos de la ciencia política.³⁴ En esta afirmación se esclarece de manera nítida cómo Rabasa entiende que el proceso evolutivo puede ser informado por las aportaciones del pensamiento, aunque éste se produzca en condiciones de relativa ajeneidad al proceso de confirmación material de una sociedad. Desde luego que la influencia del pensamiento especulativo tiene límites en las condiciones del pueblo al que se dirige, sin embargo, cuando los principios de la ciencia política se reciben con mesura y relativa congruencia con la historia del pueblo que los adopta, éstos pueden entreverarse correctamente con el sentido evolutivo y hasta llegar a alumbrarlo.³⁵

IV. SOBRE EL SENTIDO DE LA LIBERTAD

Rabasa testimonia en su obra, la dificultad que encierra el acoplar convicciones que marcan su fe liberal con los determinismos que proceden

³² Véase nota 28.

³³ *Ibidem*, p. 136.

³⁴ *Ibidem*, pp. 137 y 138.

³⁵ *Ibidem*, pp. 151-159.

de su formación positivista. En realidad, la tensión entre sus concepciones de la libertad, definida como prerrogativa del sujeto social que le permite ser “árbitro de sus destinos”, y de la libertad, entendida como derecho enmarcado por las circunstancias sociales, nunca se resuelve, de modo que el autor propiciara la preeminencia fundada de uno de los extremos sobre el otro.

Durante los años de la dictadura, Rabasa justifica el sacrificio de la libertad política a la condición indispensable de la seguridad.³⁶ El orden orgánico que atraviesa la historia de los pueblos exige el afianzamiento previo de las situaciones que posibilitan su conservación. Sin embargo, conseguidas las circunstancias mínimas de consolidación del cuya conquista debe efectuarse, precisamente, a partir del reconocimiento de la situación desigual en la que se encuentran los agentes sociales. La libertad se transforma en una condición arbitrada por la élite, a partir de cuya acción se espera su propagación como situación generalizada al resto de los elementos que componen la sociedad. La libertad está ligada en sus posibilidades a la verificación efectiva con las prácticas institucionales que imponen como derrotero ciertos principios de la organización política de las naciones civilizadas que, en este sentido, resultan paradigmáticos.³⁷

Cuando Rabasa tomó distancia de la dictadura porfirista dejó enfatizar la seguridad como un valor superior a la libertad. En una conferencia sobre la *libertad de trabajo* a la que fue invitado por la Confederación de Cámaras Industriales en 1923, esboza la función estatal como lo habría hecho cualquier liberal de estilo ortodoxo.³⁸ Aparte de oponerse a la acción de los sindicatos, que considera opresiva, se pronuncia en contra de cualquier injerencia pública que es limitativa de los derechos fundamentales del individuo. Sin embargo, a pesar de su relativa conversión liberal. Rabasa conserva la conciencia de su positivismo orientador, palpable en proposiciones como las siguientes: “Todos los seres obedecen a los imperativos en que descansa su propia existencia”, “la noción de la libertad absoluta; de la independencia de una voluntad respecto de sí misma, es una noción abstracta y metafísica, indigna e incapaz de servir en las investigaciones científicas”.³⁹

³⁶ Rabasa, Emilio, *La evolución...*, cit., pp. 143-145.

³⁷ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura...*, cit., p. 245, y la Conferencia sobre “La libertad de trabajo”.

³⁸ *Idem.* (dentro de la conferencia, la parte inicial; donde el autor perfila la relación entre función estatal y la libertad de trabajo).

³⁹ *Idem.*

El individualismo de Rabasa lo compele a afirmar que los derechos fundamentales del hombre no constituyen dádivas de la organización política, sino que son producto de su propia naturaleza. Deslinda su pensamiento con la metafísica cuando desdice el origen divino de los derechos fundamentales; pero en cambio, se aproxima al liberalismo clásico en la medida que considera la determinación social de estos derechos y, particularmente de la libertad, como una zona de la realidad social que se define al margen de los espacios públicos.⁴⁰

La libertad política supone la conciencia del agente; su realización tiene que ser una conquista paulatina de los pueblos que procede del sentido de su propia práctica. Por medio de los cauces de la civilización la libertad cobra un significado especial, como derecho de las mayorías conscientes a definir el curso de su destino político.⁴¹

En el planteamiento de Rabasa la libertad sólo es posible para un sector de la población que se constriñe al ámbito de los sujetos capaces de entender el significado de la acción política; sólo a través de la práctica institucional de este grupo se pueden producir los efectos de ampliación hacia otros sectores de la sociedad. La acción libre de la élite ilustrada debe propiciar la liberación paulatina de la sociedad en su conjunto, para que ésta pueda confiar en los resultados de la práctica decisoria que lleven a cabo las mayorías representadas. Pero esta secuencia debe ordenarse como un resultado histórico; sin precipitaciones que requiebren el ritmo de la sociedad a partir de la alteración del balance específico que debe guardarse la libertad y el orden.⁴²

En el pensamiento de Rabasa la libertad se mantiene en una vertiente práctica; se ofrece como resultado material del ejercicio del hombre en relación con un determinado estado social⁴³ y lleva como contenido la acción autónoma “para acopiar todos los bienes de que seamos capaces”, sin la influencia obstaculizante de alguna fuerza extraña.⁴⁴ Esta forma de definir la libertad se acerca mucho al sentido excluyente que le confirieron los clásicos de la economía política, particularmente Adam Smith; lo peculiar se encuentra en que Rabasa refiere la existencia de este derecho sólo a la

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Esta es una tesis que se desarrolla prácticamente en toda la obra de Rabasa. Incluso puede constatarse que con el tiempo su perspectiva sobre la vida democrática propende a ampliarse.

⁴² Las concepciones de Rabasa sobre las constituciones espontáneas son ejemplificativas de la tesis expuesta. En *El juicio constitucional* consultar el cap. II.

⁴³ Rabasa, Emilio, Conferencia sobre *La libertad de trabajo*, véase p. 12.

⁴⁴ *Idem.*

élite capaz de actuar consciente en el plano político. Esto es realmente lo que sitúa su concepto de libertad en las peculiares condiciones mexicanas de principios de siglo.

En Molina Enríquez hay un desdén profundo por la libertad entendida como práctica individual. La suerte de la sociedad mexicana se encuentra demasiado inmersa en la perspectiva del Estado fuerte, como para orientarse a demarcar límites concretos a la acción del poder público.⁴⁵ El interés del Estado reformador es para Molina equivalente, de manera perfecta, con el interés de la sociedad en su conjunto; en esa medida sus facultades discrecionales y su proyección sobre la esfera privada aparecen justificadas e incluso necesarias.⁴⁶

Molina Enríquez nunca adopta la militancia moderna en materia de libertad. Su pensamiento transcurre en forma tangencial a la noción de libertad civil, tal como quedó definida por los teóricos de la Ilustración. Molina busca un concepto de libertad de características netamente orgánicas que ayude a explicar la injerencia del poder constituido en la esfera privada de los gobernados.⁴⁷ Su visión del Estado, como aparato ejecutor de las reformas sociales, es antitética a las posibilidades de una noción de libertad de carácter excluyente. Para Molina, es primordial legitimar la acción constructora que ha de realizar el Estado para lograr la homologación evolutiva de los distintos elementos que componen la sociedad mexicana:

El sentimiento de la libertad —afirma—, tan caro a todos los hombres, no es como generalmente se cree, el deseo completamente subjetivo que cada individuo alienta, de retirar lo más lejos que sea posible, los límites que ponen a su voluntad y a su acción, la autoridad pública que representa las fuerzas sociales... la libertad individual, es mucho más que eso: nace del sentimiento de la medida de las fuerzas con que cada uno cuenta para adaptarse a las condiciones de vida...⁴⁸

Como se colige de la cita anterior, Molina no cree en los espacios civiles definidos como cotos privados. Incluso cuando habla de libertad individual, se refiere más a la condición de desvinculación relativa que atribuye a las

⁴⁵ El enfoque “orgánico” que Molina otorga al análisis de la libertad lo separa completamente de la perspectiva liberal. En ninguna parte de su obra otorgará prioridad a la determinación jurídica de este derecho.

⁴⁶ Molina Enríquez, A., “Filosofía de mis ideas reformadoras agrarias”, en la *Cuestión de la tierra* (ant. de Silva Herzog), Int. Méx. Inv. Ec., 1960, vol. 1, pp. 245-264.

⁴⁷ Molina Enríquez, A., *La Revolución...*, cit., t. III, p. 15.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

sociedades orientales⁴⁹ que a las prácticas subjetivas de carácter voluntario, característica del *homo economicus* del pensamiento liberal. La libertad de Molina es una condición orgánica que se define a partir de una negativa franca de connotación moderna; es una libertad sin liberalismo y sin confianza en la condición individual de los sujetos. Para él, la fuerza impulsora de los procesos sociales proviene del sentido evolutivo y de la forma en que el Estado lo condensa para proyectarlo en forma progresiva hacia las situaciones futuras.⁵⁰

En Rabasa radica la fuerza propagadora de la organización política moderna y del constitucionalismo que le corresponde en el hemisferio occidental del mundo. Su propuesta sigue la suerte de la libertad, que marcha, en su carácter de condición social, desde su negativa necesaria de la dictadura, hasta su afianzamiento como práctica natural en las sociedades civilizadas. Para Molina, en cambio, la libertad es una condición subordinada al sentido evolutivo de los pueblos, su propósito final que se alcanza después de una práctica pública de características niveladoras en el plano de la propiedad. En el pensamiento de Molina Enríquez la libertad es impensable sin el requisito de la igualdad material de los agentes sociales.⁵¹

Estas dos nociones de libertad se encuentran confusamente entretrejidas en el texto constitucional mexicano. La libertad individual, definida al estilo moderno, se yergue en el capítulo de garantías individuales al tenor de las Constituciones ortodoxas. Sin embargo, frente a ella, se encuentra otra libertad subordinada al sentido de la acción de los poderes públicos; una libertad permisiva que funciona más como una zona de atenuación a la injerencia pública que como región de exclusión absoluta de la función estatal.⁵² El juicio de amparo es la pieza que equilibra la potencia del gobierno y sostiene precariamente la imagen liberal de los aspectos privados. La medida del poder público, que tenuemente lo distingue del ejercicio de los Estados absolutos, se finca en el juicio constitucional. En esta perspectiva el amparo es el único cauce de viabilidad que conserva para actualizarse el derecho de la libertad en el sentido moderno. Sin embargo, el amparo no cubre todos los derroteros de una acción estatal potente, que se identifica como impulso fundamental del desarrollo social.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

⁵⁰ Molina Enríquez, A., *Boletín...*, *cit.*, pp. 9-11.

⁵¹ El criterio de la “nivelación” se logra con la idea del reparto necesario de los recursos fundarios y es lo que permitiría hablar de una perspectiva materialista en la obra de Molina Enríquez.

⁵² Molina Enríquez, A., *La Revolución...*, *cit.*, t. III, pp. 15-19.

V. LA POBLACIÓN COMO DATO HETEROGÉNEO DEL PROCESO ELECTORAL

1. *Los márgenes políticos de la desigualdad racial*

Es común a los dos autores que en este trabajo se confrontan, el señalamiento de la heterogeneidad racial y evolutiva de la población que compone a la formación nacional mexicana. La disparidad de elementos raciales es catalogada por ambos analistas como una condición de ingobernabilidad o, en su caso, como un obstáculo difícil de sortear en un proceso racional de ejercicio legítimo de la función de gobierno.⁵³

Tanto en Rabasa como en Molina Enríquez, la nación es un fenómeno inconcluso; México se encuentra en un proceso de composición que incluye dos vertientes fundamentales: la que se refiere a la integración de componentes raciales heterogéneos para constituir un pueblo de características uniformes, y la que consiste en la homologación del ritmo evolutivo del conjunto de grupos raciales que conforman la nación.⁵⁴

La primera vertiente constitucional, es decir, la integración racial, supone como premisa el reconocimiento de la desigualdad de los sujetos sociales. Una sociedad constituida por elementos de raza colocados en situación asimétrica, contradice el sentido de las instituciones modernas, que justamente se construyen sobre el supuesto de igualdad potencial de sus agentes. Este desfase entre las circunstancias históricas de la sociedad mexicana y el sentido de los elementos institucionales y normativos que provienen de las cartas constitucionales de inspiración liberal, es uno de los datos que explican la acogida del pensamiento positivista en el medio intelectual mexicano de finales de siglo. De esta constatación —ordenada por la realidad— procede la desconfianza de los pensadores nacionales hacia el contractualismo de corte rousseauiano. Cualquier proceso político de carácter deliberativo supone la igualdad potencial de las voluntades individuales que componen la voluntad general. En el medio mexicano, la idea de la igualdad resultaba insostenible como principio de organización para el régimen político, porque chocaba de frente con la refutación espon-

⁵³ Rabasa se refiere a este asunto cuando analiza el problema de las elecciones en *La Constitución y la dictadura*; cuando se refiere a la condición especial de los pueblos latinoamericanos en la *Evolución histórica de México* y, en esa misma obra, cuando trataba el problema del indio. Molina ahonda sobre este particular en los capítulos de *Los grandes problemas nacionales*, referentes a la población y al problema político.

⁵⁴ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, cit., pp. 298, 299, 412-415 y 434; Rabasa, Emilio, *El juicio constitucional...*, cit., pp. 143-145; *La evolución...*, cit., pp. 145-149.

tánea que ofrecía la desigualdad racial y la composición oligárquica de la sociedad.

De la igualación formal de los sujetos sociales a que llegó la Constitución de 1857, provienen las más profundas objeciones que sus críticos esgrimen en su contra. La falta de eficacia normativa del texto constitucional, manifiesta su inaplicación, es la prueba que los positivistas mexicanos ofrecieron para acreditar los desvaríos que ocasionó la recepción lineal de los principios liberales.⁵⁵ Rabasa se opone al trato político igualitario que conlleva al reconocimiento constitucional del sufragio universal. Considera incapaces de prácticas civiles a más de la mitad de los ciudadanos que, por su edad y por su sexo, se suponen habilitados por la Constitución para el ejercicio del voto; dichos sujetos no reúnen ni siquiera el requisito mínimo de alfabetización.

Molina no insiste, como Rabasa, en la necesidad de restringir el sufragio. Para él, la verdadera homologación de la población supone la absorción de los elementos de raza en el mestizo y la condición material de una propiedad debidamente repartida entre los agentes productivos de la sociedad. Molina confía más en el poder reformador —léase nivelador— del Estado que en el sufragio como práctica política.

2. *El protagonismo racial*

Rabasa, al seguir los resultados del censo oficial de 1910, calcula que la población mexicana se compone de 30% de mestizos y 40% de indios. En su concepto, la totalidad de los indios y buena parte de los mestizos constituyen una carga sobre la población blanca que, a su juicio, es la única que se encuentra en condiciones de impulsar la historia del país por derroteros modernos. En la perspectiva de Rabasa sólo la mitad de la población mexicana mantenía una situación de aptitud para conseguir un “estado de civilización, de comunicación y colaboración social que constituye la capacidad para la vida común”.⁵⁶

El estado inferior de los pobladores de raza indígena lo atribuye Rabasa a los “tres siglos de sumisión (que) dieron a la postre una generación que había perdido las tradiciones de su vida autónoma, el sentimiento de su

⁵⁵ Al respecto una síntesis excelente de los argumentos críticos sobre la Constitución de 1857 la constituye la obra de Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, México, 1980.

⁵⁶ Rabasa, Emilio, *La evolución...*, *cit.*, capítulo XIII.

personalidad y aun el instinto de la dirección propia...”.⁵⁷ Este bosquejo sombrío de la condición del indígena revela los rasgos antimodernos de este grupo racial, que Rabasa considera insalvables en el plano de lo político.

Las emergencias de la vida nacional se alzaron como impedimento contundente para que “la parte racional” de la población pudiera ocuparse específicamente del problema de la integración del indio al curso histórico nacional.⁵⁸ Como puede colegirse, Rabasa no concedió ni la más remota posibilidad de protagonismo autónomo a la población indígena. A su redención no concede otro camino que el del mejoramiento integral de las condiciones en que habitan los aborígenes. Es el contacto con la modernidad y con la civilización la única vía por la que el indio podrá reivindicar su participación en el espectro político del país. Rabasa afirma que el contacto reiterado con la población blanca puede llegar a ser un factor determinante de homologación paulatina. No niega, sin embargo, capacidad natural al indio para la vida civil; sólo que es necesario que la aprenda en el mismo curso de la interrelación social con los miembros de la raza blanca. “En todos los casos es la vida en medio de las castas superiores lo que transforma la mentalidad del indio”.⁵⁹

Para modernizar al indio la acción pública debe ser comedida y orientarse a la generación de condiciones que, por vía indirecta, obren el efecto civilizador, como es en el caso de las vías férreas y, en general todas las vías de comunicación. Rabasa se opone rotundamente a que las leyes civiles, penales y fiscales se conviertan en un medio de tratamiento especial a la población indígena. “La protección de los indios —nos dice— debe estar vedada a las leyes”, porque éstas, al otorgarles un régimen particular, estarían “dándoles, a título de fuero, una distinción despectiva, y so pretexto de protección a la sujeción de incapacitados”.⁶⁰ La visión de Rabasa sobre este aspecto corresponde a las propuestas que perfilaron los pensadores del liberalismo clásico. Nuestro autor se inclina por la homologación ideal de las condiciones de los sujetos sociales, por considerar que el indio “debe aprender a vivir... viviendo”; es decir, en la práctica mesurada de las instituciones civiles. El mismo Rabasa descubre coincidencias con lo que llama el jacobinismo, sin embargo, pretende distinguir su planteamiento en razón de los móviles. Manifiesta que él no llega al reconocimiento de la

⁵⁷ *Ibidem*, p. 192.

⁵⁸ *Ibidem*, cap. XIV sobre el problema del indio.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Idem*.

necesidad de la igualdad civil por el camino de la “ternura filosófica”, sino por el tratamiento de las causas históricas y sociológicas que favorecen el progreso de la civilización.⁶¹

No dejar de ser contradictorio que Rabasa exija la homologación de trato jurídico para la población indígena en todos los terrenos, menos el que se refiere al ejercicio de los derechos políticos. En este campo Rabasa quiere un trato diferencial, no especialmente para los indígenas, sino en general para todos los sujetos que, como ellos, carecen del requisito mínimo de la alfabetización. La congruencia del pensamiento de Rabasa sobre este asunto es dudosa, ya que, en el ámbito político, la condición de inferioridad conlleva la de incompreensión de los procesos del sufragio se considera un obstáculo para su ejercicio, en cambio, esa misma inferioridad, en los otros ámbitos jurídicos, no se pondera como impedimento para la homologación del indígena; incluso se propone que su práctica necesaria accione como factor didáctico de la vida civil.

La dialéctica que anima la relación entre inferiores y superiores no se finca, según Rabasa, en elemento étnico como tal, sino en la suerte histórica y en el estado evolutivo de cada grupo racial. Rabasa no califica al indio por sus rasgos estrictamente raciales: su inferioridad, como la de algunos mestizos que se les asimilan en condiciones, proviene de su incapacidad para establecer relaciones en sentido moderno, de la postración histórica en los que lo colocó la vida colonial.⁶²

Rabasa cree en la superioridad del modelo cultural de los países occidentales. Concede a la racionalidad del pensamiento moderno plena autoridad sobre cualquier otro paradigma alternativo. Raza blanca y superioridad racional son dos extremos que se asimilan; sin embargo, los miembros de otras razas pueden también educarse para cumplir con los derroteros de la vida civilizada y alcanzar los niveles superiores. La verdadera igualdad no tiene connotaciones materiales; es una igualdad de posibilidades de acceso, que se define con la supresión paulatina de las restricciones al sufragio. Éste es, sin embargo, un proceso lento que debe ser dirigido por una élite ilustrada, con exclusión de las masas incapaces.

Rabasa no tiene empacho en reconocer que el futuro de la nación mexicana será de características mestizas; incluso acepta a la raza indígena como portadora genética de uno de los troncos dominantes en la integración del mestizaje.⁶³ Con esto se confirma que su rechazo a los indígenas

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Idem.*

⁶³ *Ibidem*, en esp. p. 225.

y a los mestizo homologados a éstos, es más una condena social que una connotación estrictamente racial. Su exclusión de la vida política no debe partir de un criterio discriminatorio en el sentido étnico, sino de su ineptitud colectiva para entender y protagonizar los mecanismos de acción de una sociedad civilizada.

A pesar de que Rabasa evidencia la tensión que guardan las instituciones constitucionales modernas respecto a la realidad mexicana, y además sugiere la adecuación de las primeras para atenuar el contraste de la segundas, en realidad, en el fondo de su pensamiento, subsiste la idea de que es la sociedad mexicana la que debe transformarse para cumplir con el tipo jurídico de las naciones civilizadas y no a la inversa. En esta lógica, las adecuaciones constitucionales son vistas como meros accidentes y sus alcances señalados necesariamente como provisionales. Las restricciones del sufragio, por ejemplo, operan como un puente, en tanto los distintos elementos sociales se encuentran en aptitud de incorporarse al ejercicio pleno de los derechos políticos.

Para Molina Enríquez el asunto racial cumple una importancia mayor en el análisis de la realidad mexicana. Bajo el signo de la heterogeneidad étnica suele perderse el ideal patrio que, para el autor de *Los grandes problemas nacionales*, es el principal elemento de cohesión en el proceso de integración nacional.⁶⁴

Los problemas ocasionados por la diferenciación racial son destacados por Molina hasta situarlos en un primer plano, donde se imbrican con los problemas sociales y económicos a través del estudio de las formas de propiedad. Son estas últimas las que revelan el tipo de relación que cada elemento racial guarda con el territorio que ocupa; las que concretan un determinado grado de desarrollo evolutivo y, finalmente, las que se convierten en una organización específica para el ejercicio del poder.⁶⁵ La relación estrecha y funcional entre los asuntos étnicos y las formas de propiedad aproxima el análisis de Molina a la perspectiva materialista. Los elementos de raza cumplen, en su análisis, un papel parecido al que desarrollan las clases sociales dentro del marxismo. Constituyen categorías analíticas de características multivalentes. Son, a la vez, el reflejo fijo de una estratificación social determinada y, también, elementos dinámicos

⁶⁴ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, cit., pp. 358-394.

⁶⁵ Tanto en la obra *Juárez y la Reforma* como en *Los grandes problemas nacionales* se perfila este tipo de análisis integrado, cuyo referente jurídico más firme son precisamente las relaciones de propiedad.

que ayudan a identificar el sentido funcional de los grupos humanos en el terreno económico y en el político.⁶⁶

El problema racial, en síntesis, es un problema de integración en el que concursan impulsos de cohesión con factores de resistencia a la unidad. La fase estática del análisis de Molina se propone como explicación antropológica de cada elemento de raza, en cambio, su aspecto dinámico muestra la interacción de los distintos grupos raciales, la cual no revela características armónicas. Se trata, en cambio, de un proceso conflictivo y violento, que se expresa en la lucha por el predominio político de un elemento de raza sobre los otros y en una competencia, no siempre equilibrada, por los recursos apropiables del territorio, en especial por la tierra.⁶⁷

El espectro racial tiene como ejes o vertientes torales a los grupos indígenas y a los españoles. A pesar de la distancia entre los distintos pueblos indígenas su condición aparece homogénea, sobre todo si se les compara con la de los españoles que presentan un rango evolutivo de naturaleza diversa. A Molina le parece que no hay duda sobre el grado progresivo mayor de los españoles respecto al conjunto de los pueblos indígenas; sin embargo, para él, no es este alejamiento en sus ritmos orgánicos colectivos el factor determinante que obstaculiza su compenetración, ésta proviene principalmente “del distinto origen construccional de sus lenguas, de su distinta noción del principio fundamental de la organización y de su distinto concepto de la disposición de las cosas”.⁶⁸ La confrontación de indios y españoles tienen un significado cultural y antropológico. Significa el encaramiento de las que Molina identifica como las dos grandes culturas de la humanidad: la oriental —cuyo dato diferenciador es precisamente la *resistencia* y la occidental que finca su dinámica principal en la *acción*—. Para Molina, los pueblos de la cultura oriental evolucionaron a partir de principio de selección individual que se caracteriza por una disgregación mayor de sus componentes, que es correlativa a la necesidad de contar con un gobierno autoritario de naturaleza patriarcal que provea a su articulación. En cambio, la cultura occidental sigue en su evolución un principio

⁶⁶ A esta forma de reconocimiento del carácter activo de las razas lo hemos denominado protagonismo histórico de los elementos étnicos. Para Molina la historia de México tiene su núcleo en la lucha de los elementos raciales por él identificados. Cotejar con el concepto de *casta* al que Molina alude para expresar las consecuencias sociales y materiales de la lucha racial.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, el capítulo “El verdadero Juárez”, en *Juárez y la Reforma*, pp. 137-156.

⁶⁸ Molina Enríquez, A., *La revolución...*, cit., t. I, p. 75, además todo el capítulo I de la obra citada se encarga de desarrollar el asunto de las diferencias entre las dos grandes culturas de la humanidad.

de selección de naturaleza colectiva que se funda en la naturaleza guerrera de los pueblos que lo componen. Su cohesión grupal es mayor que la de los pueblos orientales y, por lo tanto, sus gobiernos pueden organizarse con un grado de mayor laxitud en sus prácticas opresivas.⁶⁹

El choque cultural entre los portadores del carácter oriental, es decir, las razas indígenas, y los portadores de los elementos occidentales, o sea los españoles, no produjo un acoplamiento fácil, sino más bien problemático. La confrontación resultó ser “una articulación mecánica, que dividió la población total en dos castas distintas”.⁷⁰ Esta bipartición dio origen a un sistema de dominación de los sujetos de raza blanca sobre los de raza indígena, fincando también las condiciones para el despojo territorial de que los indios fueron objeto.

El concepto *casta* se refiere a la connotación autoritaria que adquieren las diferencias raciales en el plano de lo político; alude a la situación de dominación del elemento blanco sobre la población indígena, apoyada en un acto de despojo, en su base material de sustentación, es decir, su territorio.⁷¹

A pesar de la repulsión mutua que impulsaba a las castas durante la época colonial a mantener su pureza ciertas circunstancias inevitables contribuyeron al surgimiento del mestizaje. Durante toda la época virreinal, el carácter ambiguo en el que los mestizos quedaron situados dificultó su integración en un grupo compacto de acción.⁷²

Sin embargo, el siglo XIX les brindó mejores condiciones históricas y fue posible verlos convertirse en un elemento ascendente que llegó hasta el predominio de los órganos de gobiernos. El Plan de Ayutla marca el principio de su elevación sobre todos los elementos raciales. También la Reforma es un hecho destacado de su ascenso porque, aun de forma marginal, les permite adquirir una base material de sustentación que se concreta en su arribo a la pequeña propiedad. Según Molina Enríquez, hay una línea de identidad uniforme entre los postulados del partido liberal, la pequeña propiedad agrícola y la suerte política de los mestizos.

Étnicamente, el mestizo corresponde a “la raza indígena de nuestro suelo, modificada por la sangre española”.⁷³ Su contacto todavía abierto y permanente con el elemento indígena le granjea una fuerza de resistencia

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 22-29.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 70 y 81.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 83 y 84.

⁷² *Ibidem*, pp. 113 y 124-126.

⁷³ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, *cit.*, pp. 344 y ss.

similar a la de los pueblos aborígenes que le permite condiciones de adaptación al territorio muy favorables. Por otra parte, el mestizo se benefició de la energía de acción de la raza blanca, pero a diferencia de ésta no queda expuesta a un desgaste prematuro, en virtud de la reserva energética que le proporciona una fuerza de resistencia que proviene de las cruces constantes con el elemento indígena.⁷⁴

La superioridad racial del mestizo debe transformarse en superioridad social y política dentro de la sociedad mexicana. Molina considera que el elemento mestizo terminará por diluir a los otros grupos raciales en la medida en que sus reivindicaciones básicas frente al latifundio y al capital extranjero se concreten. El proyecto de patria que los mestizos albergan, presenta mejores condiciones de sustentación uniforme que el de cualquier otro elemento de raza asentado en el territorio nacional. La cohesión del grupo mestizo surge de sus afinidades culturales, de su identificación histórica y de su afianzamiento como grupo dominante.

El optimismo mestizo de Molina se patentiza así:

Por ahora, la raza indígena se resiente de su atraso evolutivo, y la mestiza lucha entre el atraso evolutivo de los indígenas y la acción contraria de los criollos y de los extranjeros. Por algún tiempo todavía, existirá la línea de separación que aparta a los indígenas de los mestizos, y éstos, oprimidos por los criollos y los extranjeros, tardarán en desarrollarse plenamente, pero... los mestizos consumarán la absorción de los indígenas y harán la completa fusión de los criollos y los extranjeros..., y a consecuencia de ello, la raza mestiza se desenvolverá con libertad, Una vez que así sea, no sólo resistirá la inevitable choche con la raza americana, sino que en ese choque vencerá.⁷⁵

Molina vivió para desengañarse del entusiasmo sin límites que le provoca el asunto del mestizo. En 1932, en el tomo I de *La revolución agraria de México*, reconoce que "... por diversas circunstancias, y en especial por la acción de los factores externos (el elemento mestizo) no pudo romper formidable articulación de las dos castas, que prolongará... —decía entonces— no sabemos hasta cuándo, la organización colonial".⁷⁶

Otro problema no resuelto en la obra de Molina Enríquez se refiere al hecho contradictorio que resulta afirmar, por una parte, que el gobierno del general Díaz se inició con una base mestiza bien definida y, por otra, reconocer que esa administración no fue capaz de arbitrar políticamen-

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 346 y ss.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 352.

⁷⁶ Molina Enríquez, A., *La revolución...*, cit., t. I, p. 128.

te las cosas en beneficio de los intereses mestizos. El reconocimiento de estas disfuncionalidades en el análisis de Molina, aunadas a algunas faltas evidentes de matiz que resultan de las globalizaciones exageradas sobre el papel protagónico de los elementos de raza, obligan a tratar cautamente el resultado de su análisis étnico; sin embargo, esto no merma sus méritos generales, patentes, sobre todo, en la penetración que su obra adquiere en el análisis político.⁷⁷

A diferencia de Rabasa, que coteja la situación del indígena con el estado de las naciones civilizadas de occidente, Molina explica su diferente nivel evolutivo con una base darwiniana mucho más consistente: llega a proponer la superioridad relativa de la raza indígena sobre la blanca. Pese a su retraso evolutivo, los indígenas conservan mayor energía que los blancos y, además, su proceso de adaptación al medio mexicano presenta también grados de congruencia mayor. Para fundar sólidamente su “épica mestiza”, Molina requirió primero enfatizar las virtudes de la raza indígena, que para él constituye la verdadera base étnica del país.⁷⁸

Reconocidos los dos troncos raciales fundamentales, Molina Enríquez efectúa la predicción de su fin: ambos troncos raciales deben quedar disueltos en el elemento mestizo. El proceso de homologación racial significa la desintegración del elemento indígena y del europeo en el gran proceso de mixturación racial que significa el mestizaje generalizado.⁷⁹ A la luz de los sucesos nacionales en el siglo XX la propuesta analítica de Molina Enríquez resulta desmesurada, en realidad la pluralidad racial es la condición normal de existencia del Estado mexicano, como de muchos otros Estados contemporáneos. De hecho, la raza dejó de ser en muchos casos un dato relevante para el análisis de los fenómenos sociales. Asimismo, los procesos de integración nacional no acontecen en una prosecución a pie juntillas de los fenómenos de mituración étnica. Resulta más realizable la unificación del tiempo evolutivo de los grupos sociales que a su asimilación racial en el sentido físico que Molina la entendió.

En lo que hemos llamado la “épica mestiza” de Molina Enríquez, no sólo se involucran elementos de índole estrictamente racial. También se ponen en juego cavilaciones de naturaleza política, a partir de las cuales los mestizos resultan los portadores genuinos de un proyecto de construcción nacional, que incluye prácticas reformadoras en los niveles económi-

⁷⁷ Cfr. Córdova, Arnaldo, “Prólogo”, *Los grandes problemas nacionales*, en especial p. 66.

⁷⁸ Véase nota 73-75.

⁷⁹ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, cit., pp. 358 y 359.

cos y sociales, cuya primera condición se encuentra, precisamente, en el abatimiento del latifundio como forma de propiedad dominante. La modernización es, en este sentido, modernización agraria.⁸⁰

Si para Rabasa la élite ilustrada es el grupo impulsor en el que radica la fuerza modernizadora de la sociedad mexicana, para Molina la palanca dinamizadora la constituyen los mestizos. El autor de *La revolución agraria* no admite, como Rabasa, un destino civilizador idéntico para todos los pueblos; Molina cree en una forma de desarrollo peculiar para la sociedad mexicana, que tiene como eje la actividad agraria, sostenida por el ejercicio productivo de los pequeños propietarios. Opone esta alternativa al desarrollo industrial considerado como línea fatal de desarrollo. En su concepto, tanto el territorio mexicano como la población que habita en la superficie, definieron el sentido de su curso histórico por una clara vocación agrícola.⁸¹

VI. LOS ASPECTOS AÑEJOS DE LA PROPIEDAD

1. Rabasa y los afanes del disimulo

Si para los partidarios de la Revolución mexicana el problema de la tenencia de la tierra aparece como el núcleo conflictivo a partir del cual se impulsa el movimiento, para Rabasa éste es el gran mito de la historia mexicana. Niega categóricamente el móvil agrario como causa fundamental de la Revolución y reduce el agrarismo a una corriente de propaganda que magnifica un aspecto secundario de la realidad nacional. Casi al finalizar la tercera parte de *La evolución histórica del pueblo mexicano*, su autor se ocupa de refutar la existencia en nuestro país, del “problema de las tierras”, como le llama. Considera ausentes dos condiciones que normalmente enmarcan su presencia: “Que haya una población que esté pidiendo tierras para cultivarlas y que encuentre grandes obstáculos para adquirir las”.⁸²

Según Rabasa, la proporción entre la superficie cultivable del territorio y la población asentada en él arroja un índice de densidad, de tal manera bajo, que constituye el primer indicio para presumir una adecuada distribución de la propiedad de la tierra en el país. Desde un punto de vista, las fuentes

⁸⁰ Molina Enríquez, A., *Filosofía de mis ideas...*, cit.; *Los grandes problemas...*, cit., (los capítulos relativos al problema de la propiedad y al problema de la irrigación).

⁸¹ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 319, 322, y 354-356; además, de *La revolución agraria...*, cit., t. V, capítulos I y II.

⁸² Rabasa, Emilio, *La evolución...*, cit., pp. 226 y 227.

estadísticas que se utilizan para denunciar la concentración de la tenencia de la tierra no son las idóneas. Él propone, para precisar el número de propietarios, revisar acuciosamente los registros de las oficinas rentistas de los estados. Está seguro que el resultado conducirá a reconocer una situación no conflictiva en materia de apropiación que se fundaría en el país. Analiza los casos de Jalisco, Guanajuato, Veracruz y Chiapas. Según sus resultados en la mayor parte de estas entidades existe una proporción aceptable entre la población total y el número de propietarios inscritos en los padrones rentísticos.⁸³

El procedimiento de Rabasa es frágil en todo su desarrollo. En ningún momento analiza a detalle cuál es realmente la superficie susceptible de explotación agrícola en el país, tampoco empeña ningún rigor en diferenciar las calidades productivas de las distintas regiones, ni mucho menos esclarece la proporción de superficies ocupadas por la gran propiedad respecto de aquellas que corresponde a la pequeña. Rabasa no puede, en síntesis, desembarazarse tan fácilmente como pretende de los señalamientos objetivos de la realidad en materia agraria y, a cambio de una refutación empíricamente rigurosa, emprende el camino de la argumentación ideológica. Paralelamente, condena la propiedad comunal y reivindica la existencia del latifundio como elemento pionero en la explotación de las regiones despobladas o de acceso difícil.

Contra la propiedad comunal Rabasa argumenta con el mejor acento jacobino. La considera una reminiscencia de la época semisalvaje que disuelve la personalidad del individuo e impide que éste se descubra a sí mismo como agente civil:

El sistema comunal, preconizado muchas veces por los partidarios sentimentales de la protección, es el mejor para mantener al indio en la vida vegetativa, sin que despierte el sentimiento de la individualidad; el mejor para que se sienta confundido en la tribu, perdido en ella, sin derechos personales ni intereses propios, bajo la presión de la comunidad, encerrado en la casta y *puesto en oposición al hombre civilizado*, que le presenta como un perseguido y como un perpetuo enemigo.⁸⁴

Cualquier régimen especial que separe las relaciones de apropiación del sentido de propiedad moderna tiene para Rabasa un sentido retardatario en el plan evolutivo. Cuando además el reconocimiento se pretende dirigir a las formas comunales de apropiación el asunto se complica, porque a los

⁸³ *Ibidem*, pp. 241-245.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 235.

arcaísmos e inconveniencia que Rabasa atribuye a la propiedad comunal, deben sumarse las ineptitudes civiles de la población indígena. La concurrencia de estos factores origina una suerte de trampa histórica que puede explicarse así: por una parte, la disfunción de la propiedad comunal inhibe la identificación individual de los indígenas, por otra, la ineptitud civil de éstos, acota los límites del aprovechamiento moderno de los bienes. La sobrevivencia de la propiedad comunal es para Rabasa motivo de desprestigio del país en el exterior, porque no sólo constituye una zona de estancamiento social, sino que también los comuneros desarrollan una actitud ofensiva contra las haciendas que genera inestabilidad para los propietarios privados.⁸⁵ Esta visión de las cosas ofrece como antítesis de las explicaciones procedentes de los grupos revolucionarios, que ven en la dictadura porfirista la culminación del proceso de despojo a las comunidades indígenas.⁸⁶

A pesar de las críticas vigorosas que Rabasa dirige a la propiedad comunal, no puede evitar una recaída cuando se pronuncia partidario de la individualización de los bienes de los pueblos, y, a la vez, sugiere que se impida a los indios la enajenación de las parcelas resultantes.⁸⁷ La incongruencia es obvia: o mantiene Rabasa el tono del liberalismo a ultranza y entonces el individuo deviene como propietario privado con todos sus efectos, o bien, admite que su peculiar condición social prohíba formas peculiares de apropiación que lo sustraen al régimen moderno. Lo que no se puede es sostener por un lado la disfunción de la propiedad comunal y, por otro, proponer a cambio una especie de propiedad individual limitada que no mantiene congruencia con los pueblos indígenas. Antes de desechar el planteamiento rabasiano sobre este particular, conviene recordar que lo que hoy se conoce como propiedad ejidal en nuestro régimen jurídico, se parece en algo a la forma sugerida por Rabasa. El ejido parcelado, sin embargo, no genera titularidad individual; en su regulación se conserva la idea de la entificación del pueblo como sujeto jurídico y sólo queda a los beneficiarios de las parcelas una especie de usufructo intransferible que se ejerce de forma individual.

Concomitante a la condena de la propiedad comunal, se esboza en la obra Rabasa una defensa tímida, pero sin embargo clara, del latifundio. Para el mismo autor, la concentración de superficies agrícolas sólo debe limitarse cuando de manera palpable, de ella resulte una privación a los demás sujetos sociales para trabajar la tierra: “Cuando (los latifundios) no tiene ese carác-

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 236 y 237.

⁸⁶ *Cfr.* por ejemplo con la obra de Molina Enríquez en conjunto. También puede establecerse el cotejo con Orozco, Wistano L., *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos*, 2 vols., México, Imprenta “El Tiempo”, 1895.

⁸⁷ Rabasa, Emilio, *La evolución...*, *cit.*, pp. 232, 237 y 238.

ter, son tan inofensivos, aun tan útiles como un fundo ordinario”.⁸⁸ Rabasa reconoce una invariable virtud del latifundio cuando sus titulares asumen el papel de *pioneer* en las regiones despobladas o difíciles del territorio nacional. Particularmente las zonas aledañas a las fronteras norte y sur del territorio son las que sugieren a Rabasa el papel precursor que cumple el latifundio. ¿Se deberá esta convicción a la necesidad de justificar su propia condición de hacendado en el estado de Chiapas?⁸⁹ En todo caso Rabasa comparte con el grupo de “los científicos” el beneficio que les brindó el régimen porfirista para asentarse en el medio nacional como terratenientes importantes. A “los científicos”, por voz de Pablo Macedo, correspondió el “honor” de promover las reformas a la Ley de Colonización y Deslinde de 1883, con objeto de eliminar de su articulado las disposiciones tendientes a limitar el número de hectáreas que podían adquirirse por cada persona como consecuencia de los deslindes.⁹⁰ También las reformas de referencia consiguieron derogar las obligaciones que se imponían por la ley de 1889 en materia de colonización. Fuera de cualquier controversia cuantitativa, los hechos finalmente demuestran que las leyes de colonización y deslinde, cuyo antecedente es sin duda la legislación sobre terrenos baldíos de 1863, fueron el instrumento que sirvió a un proceso amplio de privatización de los recursos fundarios. Unas veces, quizá en su mayoría, significó la adquisición favorable de baldíos por nuevos propietarios; otras, sin embargo, el procedimiento involucró despojos cometidos en contra de comunidades indígenas y contra los pequeños propietarios.⁹¹ De este hecho puede encontrarse un testimonio fehaciente en la obra clásica de Wistano Luis Orozco, *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos*.⁹²

Para trasponer el latifundio en los casos que éste resulte perjudicial, Rabasa se opone a cualquier procedimiento coactivo y, como contrapartida, propone mecanismos colaterales de inducción. Llama la atención que el autor de *La evolución histórica del pueblo mexicano* sostenga, sin mayor conflicto, que el centro del país se encuentra liberado de la institución del latifundio y que realmente éste sólo se presenta en las zonas fronterizas. Esta apreciación, a ojos vistas inexacta, es un síntoma de incompreensión

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 247 y 248.

⁸⁹ Puede extraerse un panorama de las condiciones materiales de la familia Rabasa con la lectura de Elliot T. Glass, véase 4.

⁹⁰ González Navarro, Moisés, “El porfirato. La vida social”, en Cosío Villegas, Daniel (comp), *Historia moderna de México*, 10 vols., México, Hermes, 1957, véase especialmente pp. 187-189.

⁹¹ *Loc. cit.*

⁹² Orozco, Wistano L., *op. cit.*, pp. 821 y ss.

histórica en la obra de Rabasa que, si se liga a otras afirmaciones que vierte en relación con las causas de la Revolución mexicana, aportan en su conjunto un cuerpo oscuro que interfiere la claridad de su obra a partir de 1910.⁹³ El desdén por la importancia de la Revolución va a ser su tónica desde entonces.

2. Molina Enríquez y la propiedad como motivo histórico central

El problema de la propiedad se instala en la obra de Molina como *leit motiv* de las explicaciones. El proceso evolutivo y el fenómeno constitucional de la sociedad mexicana se encuentran íntimamente asociados a los asuntos de la propiedad: el materialismo de Molina así lo requería. La propiedad es el dato histórico que expresa la forma de relación entre los grupos sociales y el territorio que ocupan o, dicho de otro modo, es la manifestación cultural concreta que expresa el modo específico de relación entre un grupo humano y la naturaleza.⁹⁴ Pero no sólo en el ámbito de los presupuestos analíticos es importante la propiedad; también en el terreno de lo político surge como una variable fundamental. Para el autor de *La revolución agraria*, el poder de los grupos sociales se sustenta en una base material cuya referencia es precisamente la propiedad. El poder del Estado en buena medida se traduce en su capacidad de arbitraje y control sobre los recursos apropiables. Como nadie, Molina destaca la vinculación profunda entre el proceso constitucional y las relaciones de propiedad de nuestro país. A él corresponde el mérito de haber colaborado sustancialmente a concretar esta convergencia en el artículo 27 de la carta de Querétaro.⁹⁵

Ya desde 1906, año en el que Molina concursa con su obra *Juárez y la Reforma* en el certamen para conmemorar el centenario del nacimiento de Juárez, se esboza con firmeza la identificación cabal de los asuntos de propiedad como dato determinante del proceso constitucional del Estado mexicano.⁹⁶ Al analizar el efecto de las leyes de Reforma sobre la propiedad, Molina critica duramente los alcances de la ley de desamortización,

⁹³ La Revolución nunca fue objeto en el análisis en la obra de Rabasa, a pesar de que su obra histórica fundamental se publica en 1920. Muy vejadas alusiones al régimen de la Revolución se recogen en sus apuntes de Cátedra, véase Serra Rojas, A., *op. cit.*, t. II, pp. 337 y ss.

⁹⁴ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, pp. 91, 92; 118-131 y 151-238.

⁹⁵ Díaz y Díaz, Martín, “Molina Enríquez y la Constitución heterodoxa” en el núm. 6 de la revista *Alegatos*; publicación cuatrimestral del Depto. de Derecho de la UAM-Azcapozalco, mayo-agosto 87, pp. 30-38.

⁹⁶ *Op. cit.*, cap. II, relativo a las razas y a su medio material de sustentación.

atribuyéndole las limitaciones que derivan del enfoque criollo de Lerdo de Tejada, consistentes en una escasa penetración de la estructura social que pretende reformar. El anticlericalismo que alienta la ley de desamortización no es linealmente antilatifundismo ni posibilidad real de extensión de la pequeña propiedad. Escasamente la ley de nacionalización de los bienes del clero pudo desbordar los cauces criollos de su antecesora y restaurar sus errores. Sin embargo, aunque de modo parcial, permitió a los mestizos adquirir, a costa de los terrenos de los ayuntamientos y de las comunidades indígenas que fueron repartidos, algunos recursos fundarios que constituyeron el origen de la base material de sustentación que sirvió, a la postre, para afianzar los intereses políticos del elemento mestizo.⁹⁷ Este hecho no debe obstruir la visión de otro que resulta principal: el beneficio de los criollos nuevos, que con la Reforma encuentran el acceso a la propiedad que hasta entonces las circunstancias les habían negado. Este grupo racial se alza como el genuinamente favorecido por el abatimiento de la propiedad eclesiástica. A partir de entonces los criollos nuevos disputarán a los mestizos, palmo a palmo, la hegemonía sobre la sociedad mexicana.⁹⁸

La idea central de la obra *Juárez y la Reforma* volverá a ser tratada de modo fraccionario en *Los grandes problemas nacionales*; sin embargo, encontrará formulación definitiva con la publicación de *La revolución agraria*.⁹⁹ En esta última obra, Molina perfila en forma concluyente el papel principal que juegan las reivindicaciones por tierra dentro de la sociedad mexicana. La lucha antifeudal de los mestizos es la lucha por la pequeña propiedad agraria que se extiende desde la Independencia hasta la Revolución como un hilo conductor invariable. La visión epopéyica del protagonismo mestizo se hermana en la obra de Molina con las reivindicaciones agrarias, de tal modo que esta conjunción de elementos resume el sentido de la historia nacional.¹⁰⁰

La propiedad revela el estado evolutivo de los pueblos: es fundamentalmente un suceso histórico y, por tanto, cambia con las circunstancias de los sujetos sociales. Los grupos humanos conocen desde la mera relación accidental con el territorio, que caracteriza a los pueblos nómadas, hasta los modos exquisitos de expresión formal, que corresponden a la propie-

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 115-136.

⁹⁸ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, *cit.*, el capítulo relativo al problema político; en *Juárez y la Reforma*, el capítulo que se refiere a las leyes de desamortización; de *La revolución agraria...*, *cit.*, ts. IV y V.

⁹⁹ En esta obra Molina intenta incluso diseñar un modelo de análisis *para la sociedad mexicana* de validez universal como la manifiesta en el prólogo del t. V.

¹⁰⁰ Véase la conclusión de *La revolución agraria...*, *cit.*, p. 193 del t. V.

dad de las sociedades mercantiles en su titularidad ideal sobre la tierra. Falta de noción de derecho territorial; noción de la ocupación, pero no de la posesión; noción de la posesión, pero no de la propiedad; noción de la propiedad y derechos de propiedad sin connotaciones materiales inmediatas, son los periodos evolutivos de la propiedad que se vinculan a estados de desarrollo que van desde el nomadismo hasta la acción de las sociedades modernas.¹⁰¹ En México subsisten formas de propiedad distintas, en la medida que existen grupos raciales a los que se asocian niveles evolutivos diferentes. Los pueblos indígenas acusan su pertenencia a diversos estados del dominio territorial, pero ninguno revela tener noción de propiedad en sentido moderno. A la población española y criolla, sin embargo, corresponde el periodo de la noción de propiedad. La pequeña propiedad de los mestizos también debe colocarse dentro de este nivel. La propiedad en sentido estricto es una noción que lleva implícito el sistema de titulación escrita; en cambio, el dominio comunal de los indígenas corresponde a fases evolutivas anteriores, donde la legitimidad debe buscarse en la posesión.¹⁰²

La heterogeneidad racial supone la desigualdad social y la pluralidad de formas de apropiación que subsiste a través de complicados trasplantes de estratos normativos.

Molina Enríquez, a diferencia de Rabasa, no contrasta las formas de propiedad que se manifiestan en México con el paradigma de la propiedad privada moderna. La asimilación de la obra de Wistano Luis Orozco pone a Molina a buen recaudo de tratar las relaciones de propiedad desde la óptica del derecho civil. Nuestro autor se encuentra persuadido de que es en el derecho de la época colonial donde se encuentran los moldes normativos que rigen efectivamente las relaciones patrimoniales en México. La remisión al derecho colonial permite entender cabalmente el sentido de la propiedad comunal de los indígenas y también tratar a la hacienda en la dimensión adecuada. Rabasa no destacó la diferencia de sentido que existe entre la propiedad privada moderna y la forma tradicional de la hacienda. Molina, en cambio, se prodiga en argumentos críticos contra este modo de propiedad, asentada, con mucha claridad la tendencia a la amortización que engloba a las grandes propiedades de la zona fundamental de los cereales. Molina subraya con vigor los rasgos feudales de la hacienda mexicana y también la falta de rentabilidad que la acompaña. La “vanidad y el orgullo”

¹⁰¹ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, cit., pp. 91 y 92.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 190-194.

son el verdadero aliento de esta forma de propiedad; la pauperización y el constreñimiento de los peones constituyen una condición natural.¹⁰³

Las grandes haciendas no son un buen negocio en nuestro país, su vocación está bien definida más en razón del prestigio personal de sus dueños que por su destino realmente productivo. La falta de rentabilidad de la hacienda la convierte en un elemento pernicioso hacia las otras formas de propiedad y hacia los grupos de población que integran el peonaje, porque los únicos recursos que puede poner en juego para perpetuarse consisten en la dilatación de su extensión —que ocurre a costa de las comunidades vecinas o de la pequeña propiedad— y la disminución de sus gastos de operación —que se traduce en una sobreexplotación de los peones— a través del rebajamiento de sus jornales.¹⁰⁴ De esta forma resulta que la hacienda socialmente es una fórmula despótica y económicamente una verdadera rémora para el desarrollo de la producción agrícola.

El afán crítico que Molina pone en práctica contra las grandes haciendas deja, sin embargo, algunas lagunas difíciles de integrar. No se refiere, por ejemplo, al proceso de implantación de bienes de capital de características modernas en las haciendas azucareras del estado de Morelos, que bien puede citarse como una causa inmediata del movimiento zapatista en el Sur. Demasiado ocupado en subrayar la importancia de la zona fundamental de los cereales tampoco considera el papel de los ranchos agrícolas del Norte que, con sus rasgos similares a las granjas del oeste estadounidense, constituyeron una verdadera cantera que proveyó la mayor parte de los dirigentes que ejercieron el gobierno revolucionario en su primera década.

En 1909, cuando Molina publica *Los grandes problemas nacionales*, las medidas que sugiere para conseguir el fraccionamiento de la gran propiedad exhiben un tono marcadamente moderado. En la obra citada Molina se pronuncia por descartar como una causa del fraccionamiento el impulso espontáneo que los hacendados puedan otorgarle. A cambio, recomienda la expedición de dos series de leyes; la primera tendría por objeto conseguir, en un plazo no mayor de quince años, la homologación catastral de la propiedad agraria; la segunda debería dirigirse directamente a propiciar la división de las grandes haciendas.¹⁰⁵ Para este último efecto, Molina encontró que los actos traslativos de dominio por causa de muerte otorgarían la oportunidad precisa para forzar la partición. Como salta a la vista, la medida propuesta estaba lejos de esgrimirse con el sello radical que en

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 156-161.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 161 y ss.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 181-199.

momentos posteriores Molina iba a adoptar. A pesar de que la segunda serie de leyes trastocaba el sentido inviolable de la propiedad al aplicarse en pleno constreñimiento de la voluntad de los testadores, nunca implicaba una irrupción tan violenta como la que aparejan los actos expropiatorios, a cuya eficacia Molina se acogería en años posteriores. En un escrito polémico al que tituló *Filosofía de mis ideas sobre reformas agrarias*, en 1911, Molina utiliza un tono exaltado que se aleja de la línea de ecuanimidad que atraviesa *Los grandes problemas nacionales*; refiriéndose a lo que llama feudalismo rural, siguiendo en esto a Wistano Luis Orozco, Molina expresa que la hacienda:

... en ningún pueblo de la tierra y en ningún estado evolutivo de la humanidad ha desaparecido por virtud de una progresiva modificación; siempre absolutamente siempre, ha desaparecido por la acción violenta de una revolución sangrienta e implacable.¹⁰⁶

Influido por el curso tímidamente agrarista que asume el maderismo y por los presagios que alientan el posterior golpe huertista, Molina afianza sus convicciones revolucionarias y entiende que el abatimiento de la estructura oligárquica del Porfiriato, sólo podría llevarse a cabo a través de la acción violenta del Estado sobre la gran propiedad. Su nueva propuesta es entonces la expropiación.¹⁰⁷

En estos planteamientos enfáticos debe buscar el origen ideológico de la Ley Agraria del 6 de enero de 1915. La guía para proceder así la proporciona el mismo Luis Cabrera a quien la historia imputó sin matices la autoría de dicha ley.¹⁰⁸

Molina Enríquez llega a perfilar con nitidez la necesidad del arbitraje público de los recursos necesarios para el desarrollo del país. De hecho bosqueja la lógica del artículo 27 constitucional desde 1909, cuando en *Los grandes problemas nacionales* se refiere al problema del agua. Allí se patentiza con claridad que Molina ve en el poder público una especie de continuador de la Corona española:

Si... dentro de las instituciones vigentes puede darse a los poderes constitucionales, capacidad jurídica suficiente para que continúen la de los poderes constitucionales correlativos, mucho se adelantará en el sentido de aclimatar y asegurar dichas instituciones... todos los derechos a las aguas tendrían

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 255; *cf.* con la cita a la que se refiere la nota 101.

¹⁰⁷ *Loc. cit.*

¹⁰⁸ Cabrera, Luis, *op. cit.*

que derivarse de la facultad de distribución que los poderes constitucionales vendrían a tener...¹⁰⁹

Además de este arbitraje público alude específicamente al *patrimonialismo* español como norma para conseguir la derivación de las aguas originalmente nacionales a los particulares. Están también en su obra identificadas las formas de apropiación plurales que existieron en el periodo colonial; se refiere a una propiedad originaria anterior a la privada; a una propiedad pública, a la que llama propiedad del fisco; cita también la propiedad comunal y la propiedad privada. Este espectro es el que se conjugará posteriormente bajo la lógica del arbitraje público de los recursos apropiables, para dar paso al sistema del artículo 27 constitucional.¹¹⁰

Cabe tener presente que Molina, para la descripción del régimen de propiedad hidráulica, confiesa seguir con la misma lógica de regulación bajo la que se organizan patrimonialmente los recursos fundarios.¹¹¹ Justamente en el artículo 27 constitucional tierras y aguas componen el objeto directo de regulación, que después va a ir extendiéndose por la práctica interpretativa hasta abarcar a todos los recursos apropiables comprendidos dentro de nuestro territorio nacional.

Al tiempo que ocurre el proceso de su radicalización ideológica Molina Enríquez se muestra cada vez más proclive al arbitraje público de los recursos apropiables. Critica con fuerza el carácter inviolable que la gran propiedad adquiere en México y señala que termina por convertirse en una verdadera zona de inmunidad, a la que incluso se sacrifica frecuentemente el interés general de la nación. Para Molina Enríquez, la inviolabilidad de la propiedad no tiene la connotación moderna que la experiencia de otros pueblos le confieren dentro de sus respectivos contextos; en México, éste es un concepto que encubre una forma arcaica de propiedad y unos beneficios que fluyen en forma de privilegios a favor de los criollos, quienes son el verdadero elemento beneficiario de los recursos del país.¹¹²

En forma paralela a lo que expuso en torno de la libertad, Molina cree que también en materia de propiedad debe llegarse a una caracterización relativa de este derecho; a un concepto permisivo que favorezca la injerencia legítima y continua del poder público en la definición del

¹⁰⁹ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, cit., p. 256.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, cit., pp. 256 y ss.

¹¹² *Ibidem*, pp. 151-161 y 305-308.

sentido de su ejercicio y que refleje los datos orgánicos de la realidad en relación con la función social de este derecho.

Al seguir de cerca a Comte, Molina explica el carácter condicionado que la forma jurídica de la propiedad representa. “Las sociedades —dice— tienen existencia material y objetiva: la propiedad es sólo una noción subjetiva. Por consiguiente, los límites de la propiedad no deben ir más allá de donde las necesidades vitales de la sociedad lo exijan”.¹¹³ El derecho de propiedad no puede alzarse como un obstáculo para el desarrollo general de la sociedad; al contrario, requiere definirse en un plano de subordinación al poder público donde se reconozca como legítimas las vulneraciones políticas de los intereses individuales. La legitimidad del derecho de propiedad cambia de fuente; se traslada de la condición individual del sujeto a la función que la propiedad debe jugar como elemento en el proceso de realización —para decirlo con Molina— de “una nacionalidad orgánica grande y fuerte, rica y dichosa”.¹¹⁴

El antijacobinismo de Molina es al mismo tiempo más firme y menos retórico que el de Rabasa; en su obra no se reconocen las recaídas individualistas que a veces nublan el positivismo rabasiano. Molina no siente el influjo sagrado de la propiedad individual; para él este derecho es sólo un recurso inmerso en el proceso general de construcción del Estado. Molina busca la implantación definitiva de la pequeña propiedad porque ve en ella un factor de nivelación social. En esta forma de propiedad está empeñada su confianza, a ella se encomienda la hipótesis de la suficiencia productiva de la zona fundamental de los cereales¹¹⁵ y, por ende, del país en su conjunto. La propiedad individual es el recurso funcional de una sociedad equilibrada, pero nunca el principio intangible que sirve de condición ideal al proceso privado de acumulación de capital.

En la propiedad comunal Molina no ve más que un hecho histórico al que debe reconocerse transitoriamente. El punto final sobre la propiedad comunal está puesto por la modernización a que tarde o temprano tendrán que arribar las comunidades de indios. La homologación del curso evolutivo de la sociedad mexicana conlleva la disolución natural de la propiedad comunal. Mientras esto no suceda, en el régimen jurídico deberá reconocerse esta fórmula de apropiación, porque con base en el trato normativo diferencial puede evitarse la consumación del despojo a los pueblos indios. De hecho, la restitución debe también impulsarse

¹¹³ Molina Enríquez, A., “Filosofía de mis ideas agrarias...”, *cit.*, p. 254.

¹¹⁴ *Loc. cit.*

¹¹⁵ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, *cit.*, pp. 174-177 y 185-190.

dentro del programa de reformas sociales; ésta es la condición para que los indios y los mestizos se incorporen a una lucha común contra la gran propiedad de los criollos. Esta disputa es en sí misma la Revolución.¹¹⁶

Para conseguir el tránsito de la propiedad comunal a la individual Molina recomienda una reglamentación hábil y gradual que, poco a poco, genere la noción de la posesión individual.

El comunero comienza por hacer suya, exclusivamente suya, la casa que construye...; luego que los elementos de vida y acción se los permita, toma un pedazo de tierra, generalmente junto a su casa, y lo siembra; si la cosecha lo favorece es casi seguro que ya no perderá la posesión de ese terreno... con el tiempo, a favor de la selección, se ven aparecer los primeros poseedores.¹¹⁷

3. *Definición del contraste*

Entre las visiones de Rabasa y Molina Enríquez sobre los asuntos vinculados a la propiedad hay distancias irrecuperables. Mientras Rabasa se muestra partidario del trato jurídico uniforme y del desconocimiento de las formas tradicionales de apropiación; Molina se inclina por la recepción normativa de estas últimas y, por lo tanto, pugna porque el orden jurídico acoja las distintas situaciones evolutivas en que se debate la población, a través del reconocimiento de la formas de propiedad que las expresan.

Para Rabasa la propiedad no es un asunto que determine el proceso de modernización de un pueblo; él cree más en la fuerza civilizadora del conjunto institucional que alienta la Constitución política de un Estado. En la obra de Molina Enríquez, la lucha por la propiedad agraria termina afianzándose como el elemento dinamizador más importante. El curso histórico del país aparece vinculado a la suerte de la propiedad, porque ésta concreta los intereses de los agentes raciales que participan en el proceso. En este sentido, las ideas de Molina, voluntaria o involuntariamente, quedan ligadas por una línea de continuidad con las del doctor Mora, las de Otero, las de Arriaga y las de Wistano Luis Orozco, que integran su antecedente próximo y reconocido.¹¹⁸ Hacia adelante, las concepciones de Molina van a constituirse en el *corpus* oficial en materia de propiedad a partir de su re-

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 198 y 199.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 192.

¹¹⁸ En el mismo sentido: Brading, David, "Darwinismo social e idealismo romántico", *Mito y profecía en la historia de México*, México, Vuelta, 1988, p. 177.

cepción en la Constitución de Querétaro. La tradición de Rabasa en materia de propiedad corresponde a la del liberalismo ortodoxo; su proyección se concreta en la visión de quienes impugnan el artículo 27 constitucional, porque en su contenido descubren desorden y desacato al carácter inviolable de la propiedad privada en su sentido moderno.¹¹⁹

Según Molina Enríquez, el dato objetivo de la heterogeneidad de las formas de apropiación debe quedar inserto como elemento fundamental en el régimen jurídico mexicano, aunque en el propio orden normativo deben establecerse cauces para su homologación paulatina. Rabasa sostiene un punto de vista opuesto. Para él, aunque se reconozcan diferencias evolutivas manifiestas entre los grupos de población, el tratamiento jurídico adecuado consiste en reconocer sólo la fórmula moderna de propiedad privada. Exclusivamente en la igualdad de trato jurídico encuentran los pueblos atrasados la oportunidad para romper su postración.

En la lectura de los dos autores que hemos elegido no deja de intranquilizar la paradoja que encierran estos corolarios: por una parte, Rabasa auspicia la igualdad en el trato jurídico a todos los propietarios del país, pero niega la condición de ejercicio político homólogo a los analfabetas. Por otro lado, Molina supone como premisa el postulado político del sufragio universal, pero lo diluye en el sentido vertical del arbitraje que al Estado atribuye en materia de reformas sociales. En ambos planteamientos existe incongruencia. Ambos también son en el fondo autoritarios.

VII. DOS PERFILES AUTORITARIOS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO MEXICANO

1. *El proceso inacabado y las peculiaridades de su génesis*

Es necesario insistir en que, tanto para Rabasa como para Molina Enríquez, el proceso constitucional mexicano se encontraba todavía en periodo de desarrollo. Además, la entidad política mexicana no habría de lograr pronto sus rasgos definitivos. En el caso de Rabasa el apoyo de la afirmación procede del cotejo que realiza con el ritmo evolutivo que marcó la historia de los países europeos. Para Molina Enríquez la plenitud de la política tiene condiciones previas la homologación racial y la nivelación económica y social de los pobladores del país.

¹¹⁹ Por ejemplo, Dictamen de la Comisión nombrada por el Primer Congreso Nacional de Industriales sobre El artículo 27, México, Imprenta Escalante, 1917.

Rabasa inicia el análisis del proceso constitucional mexicano con la previa identificación de lo que considera la línea evolutiva natural en la conformación política de los pueblos. La línea tipo corresponde a la experiencia histórica de los países europeos como Francia o Gran Bretaña. En el desarrollo de estos pueblos es posible identificar con claridad dos etapas que integran el curso de su formación política. Una se refiere a la construcción de la nacionalidad, que se expresa en las tareas de afianzamiento territorial y de unificación de la población, que se llevó a cabo en Europa como protagonista central el Estado absoluto. Otra fase del proceso alude a la consolidación institucional de las libertades civiles y a la integración de mecanismos de participación política al régimen del Estado. En esta segunda fase es en la que se incorporan los rasgos políticos modernos que rectifican el sentido autoritario del ejercicio de la función del gobierno. Así establecidas las cosas, Rabasa considera que la disciplina, la unidad nacional y la identificación del ciudadano, que se refieren a la etapa inicial de la construcción de la nacionalidad, preceden en el tiempo a la libertad, la soberanía nacional y la democracia, cuyo espacio histórico de realización se remite a la etapa propiamente moderna. Éste es el orden natural del proceso político.¹²⁰

Fincadas las condiciones del arquetipo evolutivo. Rabasa procede a demostrar las distorsiones que se causan en el curso histórico de los países latinoamericanos. En el desarrollo progresivo de estos últimos se detecta una alteración principal que se debe a la irrupción violenta en el curso histórico de los pueblos indígenas a través del acto que concretó la conquista. Con la empresa española devino el elemento perturbador de carácter artificial y causa de origen de una disfunción evolutiva de las colonias. El gobierno virreinal, armado a recaudo de la Corona española, fue una acumulación de órganos cuyos controles recíprocos diluyeron las líneas de acción eficaz que mantuvieron la vigencia de las monarquías europeas por varios siglos. En la Colonia se inhibió el proceso de integración nacional por el trato diferencial que se otorgó a las castas; no pudo implantarse un sistema racional de prácticas administrativas, similares a las que estatuyó la Corona española en la península y, por último, tampoco fue posible desarrollar una noción clara del ejercicio territorial de la función de gobierno. La Corona española se condujo como dueña inmobiliaria del territorio y dio a sus colonias el trato que se otorga a los fundos rentísticos en el sentido llano del término.¹²¹

¹²⁰ Rabasa, Emilio, *La evolución...*, cit., p. 145.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 20-25.

La desoladora descripción de las situaciones coloniales se completa, en la obra de Rabasa, con un corolario que resulta absolutamente concluyente: la Colonia fue un periodo de entrampamiento evolutivo; durante tres siglos resistió el influjo autoritario de un gobierno infuncional que fue impotente para generar las condiciones de unidad social y afianzamiento territorial que en Europa desempeñaron los Estados absolutos.¹²²

La Independencia sorprendió a los países latinoamericanos sin las condiciones de madurez orgánica que eran necesarias para intentar, con posibilidades reales de éxito, la vida institucional moderna. Ya no era tiempo de pensar —como lo hicieron los conservadores mexicanos— en recomenzar a partir de la experiencia de la monarquía. “No se trataba —dice Rabasa— de saber cuál sería el gobierno más conveniente, sino cuál era el *posible*; y es mucho más fácil establecer una república con sólo proclamarla, que fundar una monarquía sin prestigio histórico, hábitos domésticos, clases sociales de elevado rango ni raíces en el corazón del pueblo”.¹²³

Con la forma republicana se desparramó entre las clases ilustradas de los países latinoamericanos un entusiasmo por el pensamiento y las instituciones jacobinas que no reparó en las dificultades históricas que la propia realidad delimitaba. Se pretendió cubrir nuestro proceso constitucional con un dechado de principios modernos a despecho de las condiciones orgánicas precarias de la nación. Vino la libertad a entronizarse como valor invariable y, tras de ella, acudieron las proclamaciones democráticas y el sufragio universal. Pero, entre más se descartaba la realidad, ésta más porfiadamente reaparecía, de tal forma que en la masa general, tuvieron que cumplirse las leyes sociológicas y, con ellas, consumarse la consolidación del poder dictatorial. Aquí se origina un desfase que después se volvió muy difícil desandar, se produce entre la organización política real de pueblo mexicano y sus expresiones formales que concretan las Constituciones escritas. Rabasa, más que evidenciar la imposibilidad histórica de la Constitución de 1857, reconstruye los nexos orgánicos entre la Constitución y la dictadura, revela su distancia pero también su proximidad. La dictadura va a contrapelo de la Constitución porque esta última contraviene la realidad. La Constitución es desacertada en el balance específico del poder, pero es un texto adecuado al cauce general de su sentido. La realización política del pueblo mexicano depende de su capacidad para generar un régimen intermedio entre el Estado moderno y la dictadura, entre el sentido

¹²² *Ibidem*, p. 145.

¹²³ Rabasa, E., *El juicio constitucional...*, cit., p. 173.

democrático de la Constitución y las prácticas enfáticamente verticales del gobierno.¹²⁴

La dictadura representa en México lo que en Europa fueron los Estados absolutos, en cuyo seno se gestaron las condiciones materiales necesarias para sostener las acciones de unificación y afianzamiento territorial. Paralelamente, en la dictadura vino a condensarse el proceso de construcción nacional que el gobierno virreinal y los gobiernos independientes de la época de la anarquía no fueron capaces de desarrollar. La dictadura fue, sin embargo, una fórmula de gobierno ambivalente, porque si bien su ejercicio mostró las ventajas de la disciplina a ultranza, también exhibió la necesidad concomitante de constreñir la libertad y subordinar el derecho a los designios de la *razón de Estado*. La apariencia legalista de la dictadura del general Díaz creó una zona de artificio donde los símbolos modernos se conjugaron en toda su coherencia, pero ese ámbito fue incongruente con el sentido de las leyes sociológicas, que demandaban la atención específica de las peculiaridades nacionales. El desfase más fuerte no se produjo entonces entre la Constitución y la dictadura, sino entre la Constitución y las condiciones del pueblo al que se dirigía. La dictadura admite una doble génesis: procede de las condiciones de imposibilidad que conlleva la Constitución, pero también de la situación orgánica en la que se agita el pueblo mexicano. La Constitución puede sin embargo salvarse, en la medida que en su contenido obren concesiones a la realidad.¹²⁵

Sobre el proceso constitucional mexicano Molina Enríquez borda de otro modo sus argumentos. Para él, el asunto tiene visos naturalistas y en este tenor diseña su explicación, se remota a los rasgos peculiares de organización que caracterizan a la cultura oriental. Entre los pueblos orientales rige el principio de *selección individual* al que corresponde, como contrapeso a las tenencias disgregadoras que le son consustanciales, una organización política que se basa en la cooperación obligatoria. El régimen de gobierno en oriente es de naturaleza patriarcal, en su composición no se dibujan los rasgos civiles que definen a las instituciones políticas en la cultura occidental. El gobierno patriarcal es autoritario, en ocasiones despótico; en su ejercicio el jefe dispone un plano de superioridad las condiciones de la convivencia social; el poder-padre “da y quita” sin atenerse a un orden normativo previo y relativamente cerrado, como sucede en occidente.¹²⁶

¹²⁴ Dicho estado intermedio corresponde al gobierno semiabierto de la oligarquía ilustrada, que Rabasa propone como conclusión de *La Constitución y la dictadura*.

¹²⁵ Rabasa, E., *La Constitución...*, cit., en especial “Problema actual”.

¹²⁶ Molina Enríquez, A., *La revolución...*, cit., t. I, pp. 18-28 y 79.

Para establecer la vinculación entre la forma patriarcal de gobierno y nuestra propia realidad, Molina recuerda que los elementos mayoritarios de población son el indígena y el mestizo. Étnicamente estos grupos tienen un antecedente asiático indiscutible y son esos orígenes orientales los que favorecen su inclinación en la forma patriarcal de gobierno. Indios y mestizos ajustan mejor sus condiciones de vida a un régimen de *cooperación obligatoria*, en lugar de formas modernas de participación democrática.¹²⁷

Otro dato que Molina Enríquez valora como primera magnitud en el análisis del proceso constitucional mexicano es la heterogeneidad en el proceso evolutivo de la población. El hecho de esta peculiar concurrencia de fases evolutivas múltiples exige un tipo de gobierno al que Molina denomina *integral*. Esta fórmula política alude a un complicado mecanismo de sincronización a través del cual la función del gobierno se bifurca en una doble vertiente: la homologación del ritmo evolutivo de los distintos elementos que componen la nación y, simultáneamente, la atención especial transitoria a cada elemento específico de la población. En la obra de Molina la formación nacional debe guiarse por un proceso de integración de lo múltiple, no de su negación. El proceso de acoplamiento político es complejo y no puede resolverse por la vía de la eliminación de los elementos tradicionales de la sociedad mexicana. En esta dimensión el proceso modernizador no avasalla al elemento indígena, sino más bien recoge, a través de la acción niveladora del Estado, distintas influencias raciales.¹²⁸ La uniformidad evolutiva se debe conseguir acelerando el ritmo de los elementos atrasados pero también conteniendo el avance de los más adelantados. Estas ideas contrastan de manera evidente con las de Rabasa. En este último autor los grupos avanzados no coinciden en su ritmo ni en su lógica; luego, la modernidad se proyecta como una necesidad de progreso a partir del aprendizaje de las prácticas institucionales de los países civilizados.

Mientras Rabasa comprende la situación colonial como una trampa al ritmo evolutivo de la sociedad mexicana, Molina la explica como un periodo de formación en el que se delinear los antecedentes sociológicos de los rasgos nacionales peculiares. Políticamente al gobierno virreinal no le escatima méritos. Incluso lo trata favorablemente cuando reconoce en dicha forma de ejercicio político la primera manifestación del *gobierno integral*.

¹²⁷ *Loc. cit.*

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 79 y 80; *Juárez y la Reforma*, pp. 55 y 56, y *Los grandes problemas...*, *cit.*, pp. 133 y 136.

El virrey fue jefe de Estado para los españoles, a nombre del monarca peninsular, y fue padre para los indios, en la medida que éstos necesitaban la organización patriarcal. El colonial fue un régimen de dominación violenta donde proliferó la estructura de castas, pero fue también una instancia de recepción múltiple. En la legislación colonial se dio cabida a los distintos elementos raciales a través del reconocimiento de las formas plurales de propiedad que a cada elemento correspondían, de acuerdo con su propia experiencia histórica.¹²⁹ Cuánta distancia existe entre el que afirma la atención de lo múltiple como una virtud del ejercicio político —Molina— y el que condena la recepción de la lógica tradicional como un obstáculo que entorpece las prácticas modernizadoras de la sociedad —Rabasa—.

Desde el punto de vista del proceso político mexicano, la etapa que transcurre entre la Independencia y el gobierno de Juárez es una experiencia perdida, salvo por los avances relativos que consiguen los mestizos en las Leyes de Reforma. Molina coincide con Rabasa en considerar los periodos presidenciales de Juárez y Lerdo de Tejada como una fase de transición en la que empiezan a definirse los rasgos dictatoriales del gobierno mexicano. La administración de Lerdo, en cambio, participa del enfoque traidor que caracteriza a los actos criollos.¹³⁰ La base mestiza que ejerce la administración en la primera etapa de la dictadura porfirista se convierte, a través de explicaciones de Molina, en un auténtico argumento legitimador del régimen. Molina acaricia la utopía de una dictadura mestiza en la que los criollos no violenten las acciones del gobierno hacia los derroteros de sus intereses, juega placenteramente con la idea de que el gobierno dictatorial es un engendro natural del elemento mestizo. Por eso, *Los grandes problemas nacionales* inducen a encontrar la sucesión del dictador en la persona por parte del general Reyes, como la solución lógica al proceso evolutivo de la sociedad mexicana.¹³¹

Al gobierno del general Díaz, Molina le considera el retorno al *gobierno integral*, cuyo antecedente se remonta precisamente al régimen virreinal. Las prácticas del general Porfirio Díaz permitieron recomponer el espectro social de la nación, a través de una cuidadosa política de incorporación de los elementos de raza a la lógica del gobierno. En este proceso de integración cada sector de la sociedad recibió relativa satisfacción a sus expectativas. Refiriéndose al dictador en un pasaje de *Los grandes problemas nacionales*, Molina dijo:

¹²⁹ Molina Enríquez, A., *La revolución...*, cit., t. I, pp. 83 y ss.

¹³⁰ *Ibidem*, t. II, pp. 81-126.

¹³¹ En momentos posteriores Molina reconoció haber recibido el financiamiento para la edición de la obra del mismo general Bernardo Reyes.

Es un hombre único, que en una sola nación, ha tenido que gobernar y ha gobernado sabiamente, muchos pueblos distintos, que han vivido en diferentes periodos de evolución, desde los prehistóricos hasta los modernos. Creemos sinceramente, que pocas veces ha abarcado la inteligencia, lo que ha abarcado la suya.¹³²

Esta visión tan favorable de la figura del dictador va encontrar refutaciones en la obra postrera de Molina, concretamente en el tomo IV de *La revolución agraria* su autor dedica sendos capítulos —la infraestructura de la dictadura y sus bajos fondos— a revisar críticamente los errores porfiristas.¹³³

2. *Las perspectivas de la dictadura*

En el numeral anterior se hizo patente la convicción común que albergaron Rabasa y Molina Enríquez acerca de la necesidad que la sociedad mexicana evidenciaba de un gobierno de tipo dictatorial. Para Rabasa la dictadura cumple en el proceso constitucional la fase de integración que los pueblos latinoamericanos no tuvieron al haberse suscitado entre nosotros una experiencia equivalente a la de los Estados absolutos europeos. Molina ve en la dictadura, no la reposición americana de una etapa histórica del viejo continente, sino la fórmula política natural que sirve de manera idónea para regir el destino de una población donde preponderan los elementos indios y mestizos. Para los dos analistas la dictadura juega una función positiva para el gobierno mexicano. Ambos ven en el dictador ingentes virtudes personales y aciertos en la conducción del país. Coinciden también en afirmar que la pieza clave en la construcción política de la dictadura fue la forma en la que el general Díaz manejó las relaciones con los factores del poder.¹³⁴ A Molina le parece superior políticamente el momento del despegue de la dictadura en el que el general Díaz incorpora lo que considera una base mestiza para la administración; sin embargo, critica al dictador la tendencia creciente al favorecimiento de los criollos, particularmente por su alianza cada vez más clara con los criollos nuevos. Rabasa, por su parte, siente que el climax del Porfiriato coincide con el fin del siglo; en este momento el prestigio del dictador se encuentra en su

¹³² Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, cit., p. 147.

¹³³ Sobre este particular debe contrastarse el tono crítico que adopta Molina en la obra citada con las loas que vierte a la persona del dictador en *Los grandes problemas nacionales*.

¹³⁴ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, cit., pp. 136-138.

punto más alto y los mecanismos que emplea como herramienta política encontraron condiciones óptimas de operación.¹³⁵

Rabasa y Molina Enríquez discrepan sobre el periodo de vigencia que atribuyeron a la dictadura. Para el primero, ésta comienza con la reelección de Juárez y se extiende en perfecta continuidad hasta el Porfiriato.¹³⁶ Molina, a pesar de que trata los gobiernos de Juárez y de Lerdo como periodos preparatorios, no ubica el origen de la dictadura sino hasta la segunda elección del general Díaz, es decir, al concluir el gobierno del general Manuel González.¹³⁷

El problema de la continuidad, al ser resuelto de manera distinta por cada uno de los autores que se analizaron, arroja perspectivas y consecuencias también diversas. A Rabasa, el engarce del Porfiriato con las administraciones de Juárez y Lerdo de Tejada bajo el rubro general de la dictadura, le permite romper el argumento de las diferencias de legitimidad entre la dictadura porfirista y el periodo que la precede; en cambio, en la obra de Molina Enríquez, de existir continuidad entre el periodo de transición, o más preciso, entre el gobierno de Juárez y la dictadura, el nexo debe buscarse en la permanencia del elemento mestizo como factor dominante de la administración, pero de ninguna manera en el plano institucional. A Juárez, Molina lo considera redentor de la presidencia constitucional que había quedado depuesta con el golpe de Comonfort: a él se debe, además, “la obra de fundar... la nacionalidad mexicana en el elemento mestizo de la población”.¹³⁸

Al considerar la función que la dictadura cumplió en la sociedad mexicana, Rabasa alude a una especie de suplencia del efecto modernizador que en otros países desencadena las leyes en congruencia con las prácticas de las sociedades en cuestión. “La dictadura —comenta— desde 1857 sirvió para satisfacer las necesidades del desenvolvimiento nacional, que la Constitución era incapaz de impulsar ni proteger; y el pueblo, que con su instinto de las realidades sigue a quien le hace bien, desoyó la voz de los políticos mientras en las dictaduras lo servían...”.¹³⁹

¹³⁵ A partir de entonces empieza a impulsarse la idea de la sucesión y se inicia también la búsqueda de soluciones a través de fórmulas preparatorias de reemplazo a través de la vicepresidencia de la República.

¹³⁶ Rabasa, Emilio, *La Constitución...*, cit., en especial “La dictadura democrática”; *La evolución...*, cit., pp. 83-96.

¹³⁷ Molina Enríquez, A., *La revolución...*, cit., t. III, p. 170.

¹³⁸ Molina Enríquez, A., *Juárez y la reforma*, cit., pp. 141 y 156.

¹³⁹ Rabasa, E., *La Constitución...*, cit., p. 243.

La dictadura surge como instancia ordenadora en defecto del orden jurídico pero también como una base firme de impulso y sustentación para el progreso material de la sociedad: “La del general Díaz —dice Rabasa— tomó la acción para crear el trabajo olvidado y la riqueza desconocida; de asentar la vida de la nación en principios económicos que sustentan a los pueblos civilizados en la tierra, arrancándola de la mera lucha política que constituye los estados anárquicos”.¹⁴⁰ En esta cita se percibe no sólo la ponderación de la dictadura como causante directa del desarrollo, sino también como una fórmula tecnocrática. La eliminación de la lucha política y su consecuente sustitución por las prácticas económicas modernas, que en esa época no eran otras que las del liberalismo clásico de los autores ingleses, constituye la tónica habitual de los periodos tecnocráticos. En el fondo descansa una visión peyorativa de la participación popular en los asuntos trascendentes de la sociedad: una concepción autoritaria del proceso económico que encubre la paradoja de una liberalización impuesta.

La perspectiva liberal de Rabasa lo obliga a contemplar la dictadura como un gobierno de carácter transitorio, a cuyo fin debía restablecer la vida constitucional en todos los órdenes sociales. El cambio inmediato que la sociedad demandaba era el de una mayor apertura del régimen. Ésta, sin embargo, no la entendía tan contundente que supusiera una estructura democrática propiamente dicha: a cambio de la dictadura personal, Rabasa pensaba en una fórmula que fuera “esa suerte de oligarquía en que entran y figuran todos los elementos populares aptos para interesarse e influir en los negocios de la república...”.¹⁴¹ Esta forma híbrida suplantaría el liderazgo carismático del dictador por el arbitraje de la élite consciente —eso sí, en expansión— que constituye el verdadero pueblo del Estado.

La explicación de la función de la dictadura tiene menos matices en la obra de Molina Enríquez; quizá porque la consideraba una forma natural de gobierno o quizá porque nunca creyó demasiado en los efectos positivos de los principios constitucionales modernos, a los que la dictadura evidentemente traicionaba. Para Molina, el progreso de la sociedad mexicana podría esperarse sin prescindir del gobierno dictatorial, incluso a éste lo consideraba un agente privilegiado para condensar el proceso evolutivo de la población. Es oportuno recordar que en la obra de Molina las reformas sociales son en lo inmediato medidas de nivelación material y sólo después realizaciones democráticas.¹⁴² La dictadura reunía las condicio-

¹⁴⁰ *Loc. cit.*

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 245 y 246.

¹⁴² Molina Enríquez, A., *La revolución...*, *cit.*, t. III, capítulos III y IV.

nes de fuerzas necesarias para realizar la homologación del proceso evolutivo de la sociedad mexicana; el ejercicio centralizador del general Díaz fue la llave política para conseguirlo. Sin embargo, sus aciertos encontraron una fuerza neutralizadora en ciertos errores que la dictadura no pudo eludir. Se manejó mal la política fundaría al inclinarse el dictador a favorecer la gran hacienda; se distribuyeron erróneamente los recursos mineros al cambiarse las líneas políticas para su asignación, que habían estado vigentes desde la época colonial. Con este cambio el gobierno perdió el control que la Corona española mantenía sobre la explotación y el destino de los minerales. Debajo de estos errores superficiales estaba la inclinación del dictador a brindar un espacio de influencia creciente a los criollos y las acciones represivas, que al final de la dictadura se hicieron más frecuentes.¹⁴³ Un ejemplo claro en este sentido lo constituye la campaña del Yaqui.¹⁴⁴

La vena crítica de Molina empieza a surtir sus argumentos cuando la dictadura concluyó. Es hasta que se publica *La revolución agraria* que Molina se encarga de hacer explícitas las condenas críticas contra la dictadura; antes, con la publicación de *Los grandes problemas nacionales*, se conformó con exponer, de manera velada, la insuficiencia material del régimen dictatorial; pero siempre cuidándose de acompañar sus argumentos con lisonjas, a veces excesivas, a la persona del general Díaz.¹⁴⁵ Esta ambigüedad se explica porque Molina quiso dejar a salvo el contexto político de la dictadura para que en él hubiese desarrollado el general Reyes el proyecto de reforma al que aspiraban los mestizos. Reyes, como sucesor de Díaz, debía beneficiarse del estado de orden que el dictador generó, pero, a partir de allí, tenía que recomponer la base material del Estado con los criterios niveladores sugeridos por Molina. La sucesión de Reyes dependía del dictador, por lo mismo, una obra como la de Molina, que aspiraba a convertirse en la interpretación “rayista” de la realidad mexicana, no podía denostar al general Díaz, sino señalar los aspectos perfectibles de sus prácticas políticas. Eso intentó realizar Molina en *Los grandes problemas nacionales*.

3. El rito democrático

A pesar de que la dictadura se define como un proceso esencialmente autoritario a través del cual el dictador se arroga a las funciones atribuidas

¹⁴³ *Ibidem*, t. IV, pp. 93-126.

¹⁴⁴ *Loc. cit.*

¹⁴⁵ Por ejemplo en *Los grandes problemas nacionales*, p. 141 (existe un párrafo completo dedicado a señalar la “unidad y solidez del carácter del señor general Díaz).

a poderes específicos por un orden constitucional preexistente, el general Díaz, nunca se conformó con el ejercicio crudo de la función del gobierno y fue celoso en la representación ritual de la vida democrática. Sus nueve reelecciones estuvieron precedidas por sendas de simulaciones del proceso electoral; quizá por el prestigio que el dictador buscaba en el exterior o quizá porque realmente confiaba en el carácter didáctico de las prácticas del sufragio.

En descargo de las prácticas fraudulentas del Porfiriato, Rabasa menciona que éste es un hecho que tiene antecedentes a lo largo de todo el siglo XIX; que no se debe a la inquina personal del dictador contra la democracia, sino simplemente a las condiciones históricas y de concepción en las que el pueblo mexicano vivió durante el siglo pasado. En México faltaba todo lo necesario para que un entorno democrático pudiera concretarse. Los partidos —que son el único cauce viable para la expresión democrática— no existían. Crear un partido para fines electorales en el país, le parecía a Rabasa un mero acto de *dilantatismo político*. En realidad, la forma de hacer viable una elección consistía en eliminar el influjo perturbador de las masas incompetentes. Reducir el pueblo al elemento consciente fue la propuesta central de Rabasa en todas sus afirmaciones. El sufragio universal produce invariablemente efectos desestabilizadores que sólo las naciones bien consolidadas pueden purgar por medio de la fuerza institucional.

El camino que Rabasa eligió para prohiar prácticas electorales genuinas fue el de iniciar elecciones efectivas en los municipios, para luego extenderlas a los distritos electorales de los Estados y, finalmente, llevarlas al ámbito federal.¹⁴⁶ La bondad del procedimiento quizás se finque en la afirmación que Stuart Mill expuso así en *Del gobierno representativo*: “Tal vez no esté en un pueblo preparado para las buenas instituciones; pero en el deseo de juzgarlas, se contará con una parte necesaria de la preparación”.¹⁴⁷ La influencia de Mill en las tesis de *La Constitución y la dictadura* parece innegable, sin embargo, Rabasa no efectúa ninguna remisión que permita afirmar este nexo como concluyente.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Rabasa, E., *La Constitución...*, cit., p. 136 y 137.

¹⁴⁷ Mill, J. Stuart, *Del gobierno representativo*, trad. de Mata de Iturbe, Madrid, Tecnos, 1985, p. 10.

¹⁴⁸ Cfr. con la obra de Mill antes citada en los aspectos siguientes: a) pueblos no han podido darse una constitución experimental, p. 6; b) ajuste de las instituciones políticas a las condiciones de moralidad del pueblo, p. 6; c) aplazamiento de la vida institucional en los pueblos atrasados, pp. 7, 21, 25; d) añoranzas despóticas en regímenes sin orden, p. 34; e) el proceso constitucional en pueblos de composición heterogénea, p. 50 y f) democracia y extensión del sufragio, pp. 82, 102 y 103.

Rabasa se opone a reconocer la capacidad electoral de los analfabetas. Sin este requisito sobre el que puede fundarse una presunción mínima de la aptitud, el proceso electoral es imposible. Excluir temporalmente a las masas es la única vía para arribar a la verdadera democracia, que no consiste, según él, en el acceso de toda la población electoral —como lo quisieron los Constituyentes de 1857—, sino en el reconocimiento de su ejercicio a todos los que resulten aptos. Esta proposición se completa con otra que alude a la necesidad de que los mecanismos que habilitan a los ciudadanos para ejercer el sufragio deben permanecer abiertos para todo el que aspire a trascender la inconsciencia.¹⁴⁹ Este concepto de la democracia matizada se liga muy bien con la tradición del liberalismo aristocrático y aún con los posteriores desarrollos de las teorías elitistas. Al respecto cabe recordar que en la últimas reformulaciones de su pensamiento, Mosca intenta acoplar la perspectiva elitista con una concepción de la democracia restringida.¹⁵⁰

En la obra de Rabasa aparece un nudo de difícil solución, en ella se encuentran trenzados de manera problemática su optimismo institucional a la Mill, que apunta a la realización cierta pero diferida de las prácticas políticas de los países civilizados, y la idea precursoramente elitista en la que aparece como protagonista principal de proceso político la oligarquía ilustrada. La contradicción se deshace a medias, cuando Rabasa caracteriza “la verdadera democracia” como un proceso de balances recíprocos entre sectores liberales y conservadores, que en todo caso se matiza y se restringe por la acción consciente de la que podrían denominarse *minorías activas*.

Regresando al espacio de la dictadura porfirista, no extraña que Rabasa proponga como factor complementario de legitimidad para el régimen a la *opinión pública*. Esta resulta la expresión —incierta, pero consciente— a través de la prensa, de las obras intelectuales y el comentario crítico cotidiano. Si Porfirio Díaz no gobernó con el voto mayoritario sí lo hizo con la aquiescencia del pueblo consciente y, para Rabasa, éste es un argumento de justificación suficiente, al considerar las condiciones del medio mexicano. La opinión pública, para ser influyente políticamente, debe tener un espacio en el cual el gobernante la reconozca, así sea informalmente, como a un interlocutor real.¹⁵¹ De la dialéctica entre opinión pública y gobierno deriva la flexibilidad del régimen. La dictadura del general Díaz fue un régimen receptivo a las voces de la opinión pública. Quizá ésta fue a la postre una

¹⁴⁹ Rabasa, Emilio, *La Constitución...*, cit., p. 128.

¹⁵⁰ La versión definitiva de la clase gobernante de Gaetano Mosca puede consultarse en el apéndice de la obra de Meisel, James, *El mito de la clase gobernante*, Argentina, Amorrortu, 1975, p. 348 y ss.

¹⁵¹ Por ejemplo, Rabasa, Emilio, *La evolución...*, cit., pp. 143-145.

causa de su debilidad y la caída del régimen dictatorial, porque en él se toleró un curso amplio a la opinión contraria.¹⁵²

En la obra de Molina Enríquez no existe mucho desarrollo sobre los mecanismos del sufragio. Sin embargo, debe destacarse la desconfianza que esta institución le produce cuando la analiza en la perspectiva del protagonismo racial. Para él, bastante de cierta tiene la conseja de que “los mestizos ganan el poder con las revoluciones, y los criollos siempre se las quieren quitar, con las elecciones”.¹⁵³ Dice estar consciente de que el general Díaz conocía este trayecto de escamoteo, que tantas veces recorrió en su historia política el pueblo mexicano, el dictador “tenía fe en la Democracia, y creía que la repetición constante de sus prácticas, acabaría por exigir la realización positiva de su objeto social”.¹⁵⁴

En la perspectiva de Molina la democracia tiene un carácter de objetivo ulterior; en realidad su proyecto de reformas sociales nunca disminuye el acento autoritario del Estado; al contrario, Molina piensa en términos de acción revolucionaria y experimenta como indispensables la presencia de un órgano ejecutor, sobrepuesto en la sociedad.¹⁵⁵ Como objeto ulterior la democracia supone el equilibrio material y la homologación evolutiva de la población. La verdadera democracia tiene también como requisito la abolición, de una vez por todas, de la gran propiedad agraria. Se funda en la acción conformadora del Estado, que a base de concretar las reformas sociales, se amplía su propia base social.¹⁵⁶

Debe destacarse la poca importancia que Molina concede al tema de la democracia, concepto que aparece a hurtadillas una o dos veces en la magnitud de la obra. Para él, la práctica del sufragio es asunto de criollos. La campaña de Madero, realizada bajo la consigna de la no reelección, es el signo de la vuelta de los criollos señores, que reivindican lugares políticos después de ser desplazados por los criollos nuevos.¹⁵⁷ La idea del sufragio expuesta sin una alusión sincera a la partición de los latifundios no es para Molina una bandera de signo revolucionario; al contrario, es el síntoma de la traición histórica detrás del cual aguardan los criollos, agazapados.

¹⁵² *Ibidem*, p. 173. “El Gobierno, como si se empeñara entonces más que nunca en mantener el régimen constitucional de paz, dejó que la prensa hiciera, como hizo, la revolución...”.

¹⁵³ Molina Enríquez, A., *La revolución...*, cit., t. IV, p. 30.

¹⁵⁴ *Loc. cit.*

¹⁵⁵ Al respecto conviene tener presente lo expuesto en el opúsculo “Filosofía de mis ideas sobre reformas agrarias”. Véase nota 46.

¹⁵⁶ *Loc. cit.*

¹⁵⁷ Molina Enríquez, A., *La revolución...*, cit., t. IV, pp. 166-170.

La sociedad de mestizos que Molina quiere, tiene tareas más urgentes que la de sanear los mecanismos electorales; finalmente, éstos no son sino una concha de ilusiones en la que se envuelven los movimientos políticos.

De las ideas expuestas, es fácil deducir que los sectores más influyentes de la sociedad mexicana hacia fines de la dictadura porfirista no esperaban la disolución del régimen autoritario.¹⁵⁸ Las fórmulas de reemplazo que llegaron a sopesarse contaban con la permanencia de los mecanismos verticales en la función del gobierno. El modo en que estos proyectos políticos influyeron la organización del Estado en el régimen revolucionario no es fácil de reconstruir; sin embargo, a despecho del ocultamiento oficial, el nexo existe. El Estado que se yergue a partir de los lineamientos normativos de la Constitución de Querétaro lleva la marca de la tradición autoritaria mexicana, por más que su estructura supere los límites oligárquicos que “los científicos” pretendieron demarcarle. Aun como Estado reformador, el nuestro acoge rasgos que datan de las experiencias verticalistas, de las cuales no pudo desembarazarse, como lo demuestra la ausencia de la democracia genuina en todo el periodo del siglo XX transcurrido hasta ahora.

La dictadura porfirista, aún sin saber la aproximación de sus prácticas al extremo termidoriano, no puede calificarse como un régimen conservador en sentido propio. Sus funciones de integración fueron dinámicas: sus prácticas administrativas y financieras adoptaron giros modernos y pretendieron ponerse al día en el concierto de las naciones civilizadas. Sin embargo, el ensayo de inserción en la lógica del capitalismo internacional, que la dictadura impulsó con firmeza, colocó al país en el espacio deparado a los países productores de materias primas y los sujetó desde el principio, a los mecanismos de intercambio desigual. Los límites intrínsecos de la dictadura en el plano de lo económico se relacionan estrechamente con los rasgos negativos del régimen en el terreno social. La marginación de las masas, el pauperismo general y la desintegración fueron causas que contribuyeron a evitar la integración de un mercado interno capaz de brindar expectativas para el desarrollo industrial. Este hecho fue destacado oportunamente por Molina Enríquez. Llama la atención que su planteamiento al respecto tiene visos de similitud con las ideas que Lenin vierte en su obra sobre *La cuestión de los mercados*.¹⁵⁹ La presencia del pensamiento de Lenin en *La revolución agraria* es importante, sobre todo en lo que

¹⁵⁸ Guerra, Francois-Xavier, *op. cit.*, t. II, en especial capítulo “La querrela de las elites”.

¹⁵⁹ Lenin, V. I., *El problema de los mercados*, t. III, México, Siglo XXI, 1981.

respecta a la caracterización de la situación imperialista a principios del siglo.¹⁶⁰

La dictadura del general Díaz no pudo allegarse una base social mínima que le permitiera descansar la ejecución de sus propósitos en grupos más o menos amplios de la sociedad. No pudo tampoco gestar un sector medio a través del cual pudieran fincarse los efectos dinámicos de los propósitos modernizadores del régimen. En cambio, su esclerosis fue cada vez mayor. La élite, en lugar de pluralizarse, caminó rápidamente hacia el hermetismo y la cerrazón. Aquí es donde parten los programas de apertura de la élite a mayor recambio, como era la intención de “los científicos”, o bien, los proyectos revolucionarios, que se orientan a cambiar el carácter marginador de la dictadura por un Estado también vertical pero de bases más amplias y propósitos reformistas, en ambos casos el objetivo era reemplazar la dictadura personal por otra gestión que finalmente propiciaría su desintegración paulatina en la realización de las prácticas modernas.

VIII. EL ARRIBO DEL RÉGIMEN A LA CONSTITUCIÓN

1. *La vuelta de la sociedad*

El desfase obvio que se suscitó entre la Constitución y la dictadura llegó a identificarse como un procedimiento doblemente perjudicial. Por una parte, la dictadura, por más que se tratara de rescatar su perfil benévolo, resentía el efecto de sus prácticas ilegales a través de un detrimento significativo de la imagen civilizadora que deseaba proyectar. Rabasa, por ejemplo, contrasta la dictadura constructiva de Díaz con los gobiernos irracionales de Santa Ana; el dato diferenciador es justo el carácter despótico que atribuye a las administraciones santanistas. Por otra parte, la Constitución también resulta afectada por la organización convencional —paralela y opuesta a su sentido—, según la cual se organizó y se ejerció la función de gobierno durante el Porfiriato. El doble daño desembocaba en la ilegalidad del régimen y en la imposibilidad de fincar a su resguardo la vida institucional del país.

La crítica del positivismo mexicano a la Constitución de 1857 y a sus autores tiene en Justo Sierra y en Emilio Rabasa a sus mejores exponentes. La idea sustancial de los cuestionamientos se encaminaba a demostrar la incongruencia entre el carácter moderno —y democrático— del texto y

¹⁶⁰ Es patente la influencia de Lenin en el desarrollo del t. V de *La revolución agraria de México*.

las condiciones orgánicas del pueblo al que pretendía organizar. Los datos políticos en los que se cifraron las críticas más pesadas contra la Constitución fueron la extensión generalizada del sufragio y la debilidad relativa del Poder Ejecutivo frente al Congreso de la Unión. El sufragio restringido al pueblo consciente y el Ejecutivo fuerte eran las instituciones intermedias a través de las cuales Rabasa imaginaba el tránsito de la sociedad mexicana hasta la modernidad. Al abrigo del Ejecutivo fuerte la élite ilustrada podría arbitrar la paulatina incorporación de los sectores marginados a la vida política del país. La presidencia fungiría como un campo de amortiguamiento a los influjos perturbadores de las masas y, al mismo tiempo, se constituiría en una base dinámica del impulso al proceso modernizador. La idea del movimiento social tenía que incrustarse en el texto, puesto que la sociedad mexicana también estaba en trayecto.

El perfil conservador de las propuestas de Rabasa no procede de sus proclamaciones a favor de la implantación paulatina de las prácticas políticas modernas; sino de su afán del porqué el mecanismo autoritario del Estado sirviera de vehículo seguro a los privilegios de la élite porfirista, a través de la marcha azarosa hacia el estado de civilización, la cual no podía eludir la apertura de los mecanismo excluyentes de la dictadura ni la irrupción concomitante de las masas. La necesidad de modificar la Constitución para forzar su congruencia con el medio mexicano fue reiterada por Rabasa a través de su política fundamental. Y no sólo propugnó por cambiar los énfasis en el balance político de la Carta, sino también por la superación técnica de sus instituciones. En este tenor propuso adecuaciones para garantizar la función del Poder Judicial particularmente en sus tareas de interpretación constitucional; sugirió también algunas medidas para preservar el juicio de amparo como instrumento de defensa de la Constitución y aportó razonamientos que reforzaron la conciencia federalista en el país. La referencia de la doctrina constitucional de Rabasa debe buscarse en la tradición norteamericana; en su obra el proceso estadounidense es paradigmático, aunque el propio Rabasa se niegue a aceptar este agravio con todas sus consecuencias.¹⁶¹

La obra jurídica de Rabasa compendia la doctrina iuspublicista mexicana de fin de siglo e incluso puede afirmarse que la consume. En este entendido, sus aportaciones no pudieron soslayarse en la Asamblea constituyente de Querétaro, por más que el signo ideológico de la obra de Rabasa haya resultado contrario a las filiaciones de los diputados. Sobre la forma en que

¹⁶¹ Véase, por ejemplo, el deslinde que hace en el capítulo de *La Constitución y la dictadura*, denominado “La Constitución y su modelo”.

las ideas de Rabasa arriban al Congreso existen notas bien documentadas de Manuel Herrera y Lasso, Alfonso Noriega, Jorge F. Gaxiola y de Antonio Martínez Báez. Dichos juristas se pronuncian con más o menos énfasis a favor de la influencia determinante del pensamiento de Rabasa en la nueva Constitución. Herrera y Lasso —discípulo y heredero de cátedra— llega a afirmar que los aciertos del Constituyente los consiguió cuando en el texto de la carta se pudo dar libre paso a las ideas de Rabasa; caso contrario, cuando el Constituyente se alejó de su obra dio curso a los despropósitos que en la carta se contienen.¹⁶² Herrera y Lasso sustenta su tesis en la similitud innegable de ciertos pasajes constitucionales con la obra de su maestro; incluso ofrece un inventario detallado de materias en la que está seguro de reconocer su huella.¹⁶³

Históricamente es difícil medir con exactitud la proyección de las ideas de Rabasa en la Constitución de Querétaro; sin embargo, es todavía más complicado imaginar que los Constituyentes hubieran podido sustraerse de su flujo, debido a que la obra de Rabasa formaba parte medular del ambiente doctrinal de la materia constitucional a principios del siglo. Si fuera requerido un medio de prueba más concreto para esta afirmación, sería pertinente recordar el discurso con el que Carranza presenta su proyecto de Constitución a la Asamblea de Querétaro, así como el proyecto mismo. En estos documentos la presencia, casi literal, de las proposiciones de Rabasa acerca del fortalecimiento relativo del Ejecutivo, de la autonomía del Poder Judicial y la crítica implícita al jacobinismo de la Constitución de 1857, obliga a eliminar el más mínimo resquicio de duda acerca de su procedencia.¹⁶⁴

La obra de Rabasa sentó reales en la concepción técnica de la carta de Querétaro, en la medida en que el Estado fuerte que resultó de las sesiones de la Asamblea se perfiló con la intención de someter su competencia al sentido de la norma fundamental. El balance del poder constituido se recompuso y el legislativo vio mermados sus alcances formales en relación con la Constitución antecedente. Ahora bien, esta aceptación no

¹⁶² Herrera y Lasso, Manuel, “Presencia de de Rabasa en la Constitución”, *La justicia*, México, núm. 316, 1956, pp. 12603-12605. El número referido es de homenaje a Rabasa y contiene sobre el tema trabajos de Alfonso Noriega, Arturo Martínez Báez, Andrés Serra Rojas y Jorge Gaxiola.

¹⁶³ Herrera y Lasso, *op. cit.*, en especial p. 12604.

¹⁶⁴ Véase “Informe del ciudadano primer jefe, al hacer la entrega del proyecto de Constitución reformada”, *Diario de Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, 2 vols., México, Inst. Nal. de Est. Históricos de la Revolución Mexicana, 1985, t. I, pp. 385-398.

significa reconocer que el verdadero aliento de la tesis de Rabasa, liberal a no dudarlo, hubieren logrado trasminarse a la versión definitiva de la carta. De la obra de Rabasa el Constituyente hizo una recepción selectiva, incorporando sólo aquéllos elementos útiles para apuntalar técnicamente la estructura del Estado fuerte. Los aspectos ideológicos y la condena al sufragio universal, por ejemplo, fueron datos desestimados.¹⁶⁵

En la Asamblea de Querétaro predominó el tono reformista sobre la ortodoxia doctrinal y sobre las tesis liberales auspiciadas desde el Proyecto de Carranza. La Constitución se inclinó mucho más al parámetro que desde años antes esbozaron los reyistas y, en su articulado, se bosquejó el perfil de un Estado conformador cuya presencia reiterada en el ámbito privado no quedó proscrita, como debía corresponder a una carta típica de la tradición occidental.

Uno de los datos más llamativos de la Constitución de Querétaro lo representa sin duda el establecimiento de un régimen plural y en buena medida no moderno en torno a la propiedad. La relativización de un derecho que en los órdenes jurídicos racionalistas se convirtió en un verdadero eje de las relaciones privadas y del sistema normativo, tiene que ver con las concepciones que Molina había expuesto en relación con la propiedad y los vínculos que esta forma jurídica mantiene con el estado evolutivo de los pueblos.¹⁶⁶ El artículo 27 constitucional recupera el patrimonialismo de la época colonial y lo refuncionaliza de cara a las necesidades reformistas del Estado mexicano surgido de la Revolución. La presencia del pensamiento de Molina Enríquez en el artículo 27 constitucional parece inobjetable, aunque no falta en el lapso de vigencia del precepto quién cuestione el alcance determinante de las ideas de Molina. Parece prueba suficiente de su influjo la forma en que dio explicación en *Los grandes problemas nacionales* al tema de la propiedad y al régimen jurídico de los recursos hidráulicos.¹⁶⁷ En esos pasajes de la obra hay un claro antecedente del criterio político y de los presupuestos históricos que alientan al artículo 27. Hay también un puente entre las concepciones de Wistano Luis Orozco y la Asamblea de Querétaro. De efectiva, tendría que definirse como un vínculo de propiedad. El pueblo debía ser proclamado dueño de su territorio para ejercer con efectividad el control de sus recursos naturales.¹⁶⁸

¹⁶⁵ *Loc. cit.*

¹⁶⁶ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, *cit.*, p. 92.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 252-263.

¹⁶⁸ Díaz y Díaz, Martín, "Proceso constitucional"..., *cit.*, pp. 214 y 224.

La recuperación del patrimonialismo colonial se coloca en una nueva dimensión: la de la gestación del desarrollo y de la intervención del Estado en la actividad económica, tal como ahora se comprende.¹⁶⁹ La nación, es decir, el pueblo del Estado, sustituye a la Corona como titular primigenio de los recursos apropiables del territorio y con esa suplantación se logra inducir a la fórmula de la propiedad originaria un giro relativamente moderno.

El artículo 27 constitucional es, sin embargo, una fórmula vertical y centralizadora que otorga al Estado y, en especial al Ejecutivo, la posibilidad de controlar el curso del progreso material de la sociedad mexicana a través del arbitraje autoritario de las relaciones de propiedad. Al estilo del padre oriental que asigna y retira recursos a su arbitrio, el Estado mexicano se yergue como una instancia de distribución material y de organización social, en la medida que arma y recompone la base económica sobre la que se asientan los distintos grupos de la población. Si maneja la propiedad, el Estado controla el pulso evolutivo de la sociedad. Puede, desde esa posición, abatir la rémora del latifundio y avanzar hacia la utopía mestiza de la pequeña propiedad.¹⁷⁰

Desde la edición de *Los grandes problemas nacionales*, Molina sostuvo que la forma dictatorial debía seguir campaneando en la sociedad mexicana todavía por muchos años; pero no la dictadura personal como hasta entonces, sino la de funciones.¹⁷¹ Con esta afirmación intentó significar precisamente la permanencia del elemento autoritario. Pero eso sí, se manifestaba partidario de conservar las normas constitucionales modernas como una especie de referencia del proceso modernizador de la sociedad, aunque cínicamente disociadas del ejercicio vertical de la función de gobierno.¹⁷² Ya en 1922, cuando Molina se encarga de publicar un número del *Boletín de la Secretaría de Gobernación* sobre el artículo 27 de la Constitución, refiriéndose concretamente al problema que tratamos, manifiesta:

... es evidente que la Constitución quiso que la forma total del Gobierno de la Federación fuera la forma de Gobierno presidencial en toda su amplitud,

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas...*, *cit.*, pp. 181-187.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 434. Cfr. Córdova, Arnaldo, "Prólogo", *Los grandes problemas nacionales*, p. 54; también Villegas, Abelardo, "Andrés Molina Enríquez y *Los grandes problemas nacionales*", *Anuario de Historia*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 1962, en especial el párrafo 10).

¹⁷² *Loc. cit.*

es decir, una forma de Gobierno en que el Presidente tuviera cierta suma de facultades discrecionales. Esas facultades son indispensables para que las reformas prevenidas por los artículos 27 y 123, puedan hacerse efectivas con rapidez, a fin que causen los menores daños posibles.¹⁷³

Esta visión del Ejecutivo inmune en cierta zona de su actividad contraviene la lógica elemental del Estado de derecho que, como forma política, implica la sumisión al sentido del orden normativo por parte de los poderes constituidos. El Ejecutivo-agente de las reformas es en realidad un elemento autoritario que orienta sus movimientos más en razón de la destrucción del antiguo régimen, que al atender a los límites constitucionales que defienden la exclusividad de la zona privada; es, al mejor estilo dictatorial, un poder centralizado al que los otros previstos en la carta deben subordinarse por completo. La tarea del poder dictatorial no es sólo destructiva, también debe proyectarse como ejercicio conformador de la sociedad y del Estado; de sus prácticas debe generarse la fuerza que impulse a la sociedad al desarrollo.¹⁷⁴

Molina nunca se refiere en su obra a las condiciones de repliegue que el Estado reformista debe cumplir una vez que consume su doble tarea —destructora y constructora— sobre la sociedad mexicana. La indefinición y la inmunidad que provocan las facultades discrecionales concedidas al presidente de la República, difícilmente pueden justificarse frente al sentido de las instituciones jurídicas modernas. La explicación de la existencia del poder autoritario, semioculto en los rasgos normativos modernos que la Constitución recoge, no se encuentran en los perfiles técnico de la Carta, ni siquiera en la doctrina constitucional. El autoritarismo tiene su veta en la historia política del país; allí es donde se evidencian los nexos de las prácticas verticales de gobierno con la debilidad orgánica de la sociedad mexicana; allí es donde radican las peculiaridades estructurales de nuestro sistema jurídico.

La conjugación que se suscita entre el modelo normativo que acoge al autoritarismo como forma para efectuar la función de gobierno y el estado poco coherente de la población mexicana a principios de siglo, produce la distorsión de los procedimientos democráticos que las sociedades occidentales sostienen como valor político central. La ambigüedad que en la Constitución de Querétaro radica, consiste en la elusión que solapa de las prácticas democráticas que, por otra parte, la misma carta fija como impe-

¹⁷³ Molina Enríquez, Andrés, *Boletín...*, *cit.*, p. 9.

¹⁷⁴ *Loc. cit.*

rativo político en la forma de gobierno. Así, la democracia se encuentra al mismo tiempo reconocida y depuesta. Reconocida como principio rector de la vida política, pero depuesta como posibilidad concreta debido a que el poder excesivo que concentran los órganos políticos, y entre ellos el ejecutivo, dificultan la expresión espontánea de la sociedad a través del sufragio. El Estado conformador no se atiene a la pureza de los mecanismos electorales; obedece a una razón propia que se autodefine en ámbitos distintos. Del hecho que la fuerza del Estado se decida a dirigir contra la estructura oligárquica de la sociedad porfirista o que incluso emplee en acciones de nivelación social directa, no implica que, en sí mismos, esos actos puedan ser caracterizados como democráticos, en el sentido moderno del concepto, su modernidad depende del alcance de los mecanismos representativos de participación popular y, en nuestro país, éstos siguen más un derrotero corporativo.

A los positivistas mexicanos como Rabasa y Molina Enríquez debe la Constitución mexicana el sometimiento de su sentido al orden concreto de las cosas; a ellos se debe también la recepción del tiempo como variable histórica del proceso constitucional. La Carta de Querétaro abandonó el tiempo moderno —exclusivo y unilineal— que suponía la Constitución de 1857 y dio paso al reconocimiento normativo de la evolución y la transformación que experimenta la sociedad en el curso de su desarrollo. Un análisis objetivo no puede omitir la imputación a los mismos positivistas del perfil autoritario del Estado que finalmente se asentó en la Carta constitucional. La ortodoxia liberal no soportaría, sin corromperse, la construcción del Estado fuerte que al final se produjo en la Asamblea constituyente.

2. *La nueva legitimidad*

A Rabasa no le tocó en suerte escribir para un régimen cuya legitimidad considerara suficiente. A pesar del vigor y la inteligencia que invirtió en la justificación de la dictadura porfirista, su espíritu liberal estaba lejos de colmarse.

Toda su confianza la había puesto en un movimiento de transición pacífica, aún a sabiendas de la debilidad de los regímenes dictatoriales que muestran en las coyunturas sucesorias. La Revolución vino a conturbar el orden de sus reflexiones. De ninguna manera podía aceptar como legítimo un régimen adoptado por un movimiento revolucionario. A la Revolución no le cabía otra naturaleza que la de fuente emisora del desorden. El hecho revolucionario acalló la voz de Rabasa, justo cuando la realidad le daba más motivos para esgrimir su vocación crítica y su estilo polemista. Sin creer

en el sostén del contrato social, sin convencerse de los efectos benéficos de la dictadura fuera de un marco transitorio, y sin confiar tampoco en la era revolucionaria, Rabasa optó por replegar sus afanes de escepticismo, a cuyo respaldo no podía conferir reconocimientos a ninguna solución posible.

Molina Enríquez, en cambio, creyó en la Revolución; la consideró un hecho histórico suficiente para fundar la sociedad mestiza. En reemplazo del sufragio y de las prácticas modernas, a la Revolución le reconoció Molina el carácter de fuente suprema de legitimidad. La Constitución que confirma jurídicamente al hecho revolucionario fue impuesta por la necesidad histórica; sus detractores, al no ser capaces de resistir su aplicación; otorgaron forzosamente su consenso. Entre nosotros las revoluciones son la forma suprema de legislar. Molina está persuadido de este aserto y lo propone como base de una nueva legitimidad: la del Estado revolucionario, que si bien carece del apoyo ortodoxo de los procedimientos democráticos, se finca en la fuerza legitimadora de sus fines sociales.¹⁷⁵

Ni Rabasa ni Molina Enríquez dieron en sus obras la bandera de la democracia moderna. Sus propuestas encuentran cauces diversos —el oligárquico y el revolucionario— pero ninguna de estas vías corresponde a la confianza en el sufragio. Su convicción autoritaria, quizás coherente con las posibilidades políticas de una sociedad en ciernes, resulta hoy anacrónica, como anacrónico también el medio jurídico que se alza sobre la fuerza de un presidencialismo exhausto.

¹⁷⁵ Cfr. con la interesante reflexión de Hilario Medina, que presenta como “Introducción” a la edición del *Diario de los Debates* del Congreso Constituyente a la que nos referimos en la nota 164.

EL LITIGIO DEL TLAHUALILO: PRESAGIO DE UN DERECHO DE PROPIEDAD SIN ARROGANCIA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El planteamiento de la litis*. III. *La contestación y los alegatos de Vera Estañol*. IV. *El fondo de la controversia*.

I. INTRODUCCIÓN

Pertenecemos a una tradición jurídica esencialmente generalizadora; las fugas casuísticas en nuestro medio, son rondas difíciles de correr. Así, a pesar de que la historia de los litigios mexicanos podría llenarse con un sinnúmero de episodios trascendentes, muy pocos historiadores y juristas enfocan su análisis con una perspectiva particularista.

Ahora, si aceptamos abjurar de nuestra vocación generalizadora, no hay mejor pretexto que el litigio del Tlahualilo. Según Miguel Othón de Mendizábal se trata del juicio “más tenaz, complicado y peligroso” de todos los que componen la experiencia del foro mexicano. El conflicto del Tlahualilo se suscita en torno de una disputa por el aprovechamiento del río Nazas. En el trasfondo del negocio los intereses en juego son, por una parte, el de los comarcanos de La Laguna, que por la posición ribera de sus propiedades y por los fundamentos ancestrales de sus títulos, aspiran a ser los beneficiarios del río. Por otra parte, surge como antagonista una compañía que solicita del gobierno la “concesión” para trasladar a través de un canal el agua del Nazas hasta sus terrenos, que se encuentran 60 kilómetros afuera de la ribera. Los litigantes formales en el juicio fueron: la Compañía del Tlahualilo y el gobierno federal. Los ribereños lograron convertir su posición en la postura del gobierno y éste, no tuvo más remedio que asumir la gestión de los intereses regionales en contra de la Compañía.

Las disputas por el agua en la cuenca del Nazas fueron tónica constante en las relaciones de los propietarios cultivadores de algodón.

Sin embargo, las contiendas regionales de La Laguna tuvieron la propiedad de trascender fácilmente su seno original; así, se convirtieron en

* Publicado en: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 14, núm. 14, 1990.

controversias interestatales —entre Durango y Coahuila— e incluso, en materia de disputas internacionales, como sucedió en el caso del Tlahualilo que involucró a los gobiernos inglés y estadounidense.

La importancia del conflicto del Tlahualilo se manifiesta en la atención tan especial que le dispensó Francisco Bulnes, atribuyendo a esta reyerta el origen del deterioro de las relaciones de los norteamericanos con el gobierno dictatorial del general Díaz.

En años más reciente dos investigadores extranjeros: Clifton Kroeber y William Meyers proporcionaron una pauta bastante precisa del conflicto. Sin embargo, a pesar de sus aciertos, estos analistas foráneos mantienen inexplorada la veta jurídica del caso. Kroeber proporciona un panorama muy certero del juicio, pero el énfasis de su análisis se dirige a establecer las diferencias que surgieron hacia finales del Porfiriato entre los representantes de dos tendencias políticas opuestas: una, persistente en el favor generoso a los capitales extranjeros; otra, convencida de la necesidad de restablecer para el Estado el espacio político de la distribución de los recursos naturales. Meyer, por su lado, ofrece una revisión de fondo exquisitamente política, a partir de la cual enmarca precisamente el negocio del Tlahualilo en la perspectiva de la formación de perfiles modernos del Estado moderno mexicano.

Beneficiado por los investigadores precedentes, decidí aventurar el análisis hacia los aspectos propiamente jurídicos del juicio. La observación desde los fenómenos normativos privilegia al sujeto que la elige, porque pone a su alcance el juego complicado que mantiene una sociedad en relación con sus expresiones simbólicas. El derecho es la conciencia institucionalizada y el cauce especial para deslizar los conflictos a partir de un esquema racional de soluciones. Resulta interesante presenciar *in situ* el ajuste problemático que vive una sociedad para hacerse realmente de sus signos culturales.

El negocio del Tlahualilo se planteó en un juicio donde no sólo transitaron los intereses de las partes en pugna; sino que por su vía se operó la transformación del régimen de propiedad en materia de aguas. La propiedad en sentido civil dejó de ser un factor excluyente y, ante el pleno reconocimiento de su insuficiencia, los propietarios impulsaron un modelo de relaciones patrimoniales centralmente dirimido por el Estado.

Los propietarios privados de La Laguna, fueron los primeros dentro del país en confrontarse con un espacio civil sin arrogancias interferido por el Estado. Algunas de las familias que protagonizaron el conflicto —es el caso de la familia Madero— fueron agentes subversivos para el régimen

dictatorial y elementos propiciatorios para el gobierno reformista, que dejó como saldo la Revolución. En este sentido, el negocio del Tlahualilo fue un ensayo precoz que marca el ocaso de las concesiones generosas para la explotación de los recursos naturales. En el juicio del Tlahualilo fue evidente que la dictadura tuvo que volver a sus pasos y anticipar el estilo político de los futuros regímenes reformistas.

Los estudios que hasta la fecha existen sobre el Tlahualilo se apoyan en investigaciones de archivos bien logradas. En el presente trabajo el sustento lo aporta la folletería jurídica. La publicación de alegatos judiciales es una práctica postergada; sin embargo, en la segunda mitad del siglo XIX la folletería de temas forenses es una fuente ineludible que permite construir con mucha precisión la historia de los litigios mexicanos.

1. *El ambiente*

La historia del medio jurídico mexicano no puede seguirse por el curso de una línea simple de trazo ascendente. A querer o no, la nuestra es una tradición de cortes y accidentes; de imitaciones exóticas y de instituciones autóctonas que contrapesan sus impulsos. El derecho mexicano, sabemos, no ha podido armarse en una órbita principal; sus rasgos están determinados fuertemente por los procesos de ajuste del Estado.

La línea evolutiva que impulsa el medio jurídico carece de una secuencia científica que soporte su progreso. En términos generales, la teoría jurídica mexicana se vertió como afluente marginal de la doctrina francesa y, en algunos pasajes señalados, también del pensamiento de los juristas españoles y norteamericanos. Sin embargo, las cualidades específicas del medio mexicano, con frecuencia quedan insatisfechas por los resultados que produce este fenómeno de recepción superficial de las ideas jurídicas foráneas. El reflejo veloz de instituciones exógenas no permite que la reflexión sobre éstas últimas madure; por eso, nuestra doctrina es casi siempre emergente y contrahecha.

El periodo que se ofrece más intenso en la formación del derecho mexicano, se produjo en tiempo coincidente con la dictadura porfirista. Durante aquella etapa se prohió un estamento de juristas, con posibilidades de influir profesional y científicamente la realidad del periodo social que se vivía. A pesar de que un buen número de estos abogados fungieron como agentes funcionales a los propósitos de la dictadura, hubo otros que, desde que tuvieron voz profesional y posibilidades de uso de su ciencia, se colocaron como elementos críticos y ejercieron una labor contestataria ante los

hechos arbitrario del dictador y de los cuadros administrativos en los que eventualmente se apoyaba.¹

Los ajustes dirigidos a remover algunos elementos tradicionales de la vida mexicana; la pugna concomitante por la modernización administrativa y financiera, así como el arbitraje generoso de los recursos naturales a favor de una lógica lucrativa orientada al exterior, motivaron necesariamente conflictos que surtieron profusamente de litigios en el foro mexicano. Como nunca, hubo entonces abogados capaces de patrocinar a las partes en contienda. Armados con las bases técnicas que aprendieron de las exposiciones de los exégetas franceses y con conocimiento aceptable de las instituciones del derecho colonial, escribieron, para impulsar sus causas, extensos y bien razonados alegatos, de los que no pocos fueron publicados por granjear a favor de sus clientes el sentido de la opinión pública, que siempre fue fenómeno influyente.²

Los litigantes porfirianos adquirieron de su común formación positivista un gran respeto por la historia y una conciencia clara del papel que debía desempeñar el conocimiento científico en sus prácticas. De estas convicciones proviene la distancia de los juristas porfirianos con otros periodos más recientes. A estos factores deben los abogados finiseculares la garantía permanente que tuvo su trabajo para mantenerse a salvo de la vulgaridad. El respeto por la historia les condujo a conciliar los instrumentos técnicos con las especificidades del medio mexicano. La persuasión en torno a la importancia de la ciencia, fue el móvil que perseverantemente orientó el cultivo doctrinario y la continua interpelación a la teoría del curso de exposiciones judiciales.

Las virtudes de su trabajo no atenuaron, sin embargo, el carácter cupular y elitista que enmarcó el desarrollo de las tareas de los abogados fue el del periodo porfiriano. La mayor parte de los litigio se contextualizaron en el terreno de la propiedad. El trasfondo de las controversias estuvo, casi siempre, configurado por las necesidades emergentes de los capitales, que pugnaban por un ambiente institucional que definiera su tráfico en términos modernos. La gran parte de la población no propietaria vivió al margen de los progresos jurídicos; para estos sectores el estamento profesional que

¹ Véase Orozco, Wistano Luis, *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos* (II vol.), México, “El Caballito” (edición facsímil), 1974, y también Molina Enríquez, Andrés, *Los grandes problemas nacionales*, México, Era, 1978 p. 76.

² Véase Arenal, Jaime del, “Hacia el estudio de la folletería jurídica mexicana (1851-1910)”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, núm. 4, enero-abril de 1987, pp. 79-116.

los abogados compusieran, no fue sino una extravagancia incomprensible, como tantas que la dictadura atrajo con sus fallidos intentos cortesanos.

La tradición de los juristas que vivieron en alguno de los periodos de la dictadura y que no repararon en servirla, fue violentamente abatida por la Revolución. Los abogados porfirianos, salvo aquéllos que compusieron las ideas del bando reformista, fueron barridos de los espacios cercanos del gobierno. Muchos partieron al exilio, otros, los que no tuvieron cercanía al gobierno huertista, permanecieron en el foro, abanderando las causas de los propietarios afectados por las medidas reformadas del gobierno.

El repliegue de los juristas de la dictadura y su posterior desplazamiento, agotó los veneros científicos que surtieron los fundamentos de un estilo forense de alcances exquisitos. El régimen revolucionario acusó desde su inicio la ausencia de cuadros jurídicos idóneos y, para reclutar sus abogados, recurrió pocas veces a los tráfugas de la época porfirista; en otras ocasiones, los incorporados fueron aquellos que durante la dictadura mantuvieron una disidencia soterrada.³ Para evidenciar hasta qué punto el nuevo gobierno fue en esta materia deudor del anterior, conviene recordar que entre los abogados que más aportaron al fondo de la Constitución de 1917, ninguno puede, después de una revisión curricular seria, negar sus vinculaciones con la dictadura porfirista; todos, de una forma o de otra, fueron en alguna circunstancia sus empleados.

Aunque los juristas de la Revolución generaron bases normativas adecuadas para el desarrollo institucional de su causa, nunca alcanzaron la solidez ni los destellos de los abogados porfirianos que fueron sus maestros. El nuevo estamento se extravió, y a veces parece ser que para siempre, el intento de fundar científicamente los procesos jurídicos. Los abogados revolucionarios, no estuvieron en posibilidad de abundar con suficiencia sobre la cuestionada legitimidad del nuevo régimen. Desde entonces, el derecho mexicano ganó como vehículo en la realización de los propósitos reformistas de los gobiernos en turno, pero se condenó a un estado de enanismo teórico del que hasta la fecha no ha podido reponerse.

Los litigios tramitados durante el Porfiriato permiten entrever la pugna que se suscitaba entre la imitación extralógica de instituciones y conceptos

³ La mayor parte de los constituyentes de 1917 que influyeron la confección del texto tenían antecedentes en el gobierno porfirista. Es conveniente recordar cómo en las primeras sesiones de la Asamblea de Querétaro se objetaron las credenciales de los diputados más próximos a Carranza; tal es el caso de Machorro Narváez, Hilario Medina y Félix Palavicini. Hubo también resistencias importantes para aceptar a Natividad Macías en la Comisión de Puntos Constitucionales.

y, por otra parte, los intentos de adecuación de esos mecanismos técnicos a las circunstancias mexicanas. Desde aquella época la identidad del derecho mexicano estuvo sujeta al acoplamiento difícil de las instituciones modernas, con los elementos tradicionales y con aquellos que surgieron durante las etapas transitorias de nuestra sociedad. Los impulsos para tecnificar el ejercicio jurídico en buena parte se resolvían en los esfuerzos de los abogados por tipificar los supuestos fácticos de la realidad mexicana y de sus agentes en los moldes normativos del derecho racionalista, gestado para intermediar los conflictos con las sociedades europeas.

Es difícil calcular el grado de autonomía que las cuestiones judiciales pudieron alcanzar en relación con la influencia política del dictador. Sin embargo, en términos genéricos, puede afirmarse que, salvo aquellos casos de connotación particular que de manera directa involucraban al gobierno, las controversias que confrontaron intereses típicamente privados sí contaban con un espacio propio y su resultado estuvo determinado fundamentalmente por el mérito de los litigantes.

La inestabilidad política de los periodos que antecedieron a la dictadura del general Díaz impidió la consolidación de una práctica judicial que cimentara cauces adecuados para el establecimiento de precedentes o líneas confiables de solución. Excepción hecha de la época en que Vallarta estuvo al frente de la Suprema Corte de Justicia, en realidad la vida judicial mexicana define sus verdaderos perfiles durante el Porfiriato. Las soluciones a las controversias planteadas tuvieron entonces esa vocación de particularidad que impregnó con sello indubitable los grandes periodos de la historia jurídica de occidente: cada caso se abordó con el ánimo de atender una cuestión original, a cada uno se otorgó la atención especial que ameritaba y así, sin cartabones que mecanizaran las sentencias, éstas paulatinamente fijaron los parámetros de aplicación para la legislación porfirista.

2. *La situación*

A. *Los hechos precedentes*

La Comarca Lagunera está compuesta por los extensos planos donde convergen los ríos torrenciales Nazas y Aguanaval, hacia el extremo sur del Bolsón de Mapimí. La Laguna se extiende sobre el territorio de dos entidades federativas: Durango y Coahuila. Aunque las tierras mejor dotadas para el cultivo algodonero, que constituye la vocación principal de la comarca, se localizan en Coahuila, los terrenos duranguenses no son tampoco

despreciables y en ellos se asientan importantes unidades de producción agrícola.⁴

La historia que condujo a La Laguna a erguirse como la región algodонера más productiva del país, estuvo plagada de conflictos y sucesos dignos de una reseña histórica especial. Por las limitaciones de este trabajo, de modo panorámico, se hace referencia a algunos hechos que colaboraron a situar el litigio del Tlahualilo en el contexto de la región.

Hacia 1575 se inició la colonización del territorio de lo que más adelante se conocería como región de La Laguna. Antes de este intento, el lugar fue una zona de tránsito para algunos grupos nomádicos dedicados a la caza, la recolección y la agricultura ocasional.⁵ Desde los primeros esfuerzos colonizadores se patentizó el riego de invasión y de exterminio en que los grupos bárbaros colocaban a los inmigrantes. Con el objeto de afianzar a las familias de españoles y criollos asentados en la zona lagunera, se promovió una inmigración de familias tlaxcaltecas que llegaron finalmente a la región en los primeros años de la década iniciada en 1590. Cuatrocientas familias de indios tlaxcaltecas se distribuyeron entonces para formar cuatro poblados que se convirtieron en los primeros asentamientos estables de La Laguna.⁶

En 1598 se estableció la población de Santa María de Parras, que por mucho tiempo funcionó como centro nervioso de las actividades económicas de la región. Parras perdió su posición prominente cuando los constructores de las líneas ferroviarias del norte decidieron situar en Torreón el punto de distribución y llegada de los ramales del ferrocarril. Sin embargo, durante su época de auge, Parras fue la ciudad mejor consolidada, al grado que Eduardo Guerra remite al año de su fundación el origen de la historia de la comarca Lagunera.⁷

Al tiempo que se establecía Santa María de las Parras, las misiones evangelizadoras avanzaban sobre la zona meridional del Bolsón de Mapimí. Así, ya sobre el área desértica, lograron desarrollarse otros dos centros de población: San Juan de la Casta y Mapimí. Los dos nuevos poblados quedaron asentados en el actual territorio de Durango; de ellos, el primero

⁴ Rouaix, Pastor, *Diccionario geográfico, histórico y biográfico del Estado de Durango*, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1946 (voz: "Laguna, La"), pp. 224-226.

⁵ Mendizábal, M. Othón de, "El problema agrario de La Laguna", *Obras Completas*, t. IV., México, 1946, pp. 225-229.

⁶ *Idem*.

⁷ Guerra, Eduardo, *Historia de La Laguna. Primer siglo agrícola algodonerero*, México, Ed. Fondo Edit. Lagunero, 1953, pp. 15-17.

definió su destino hacia la actividad agrícola y, el segundo, fue más bien una ciudad minera.⁸

Por muchos años las incipientes poblaciones laguneras se mantuvieron acosadas por las irrupciones de los grupos nomádicos que recorrían la región. Hacia 1715 se registra la destrucción del caserío de Mapimí, en el cual se produjo la muerte de casi todos sus pobladores. Este ejemplo se repitió en otros de los asentamientos laguneros; la mayor parte de los pueblos tuvieron que recomenzar varias veces su historia antes de conseguir condiciones estables para su desarrollo.⁹

B. *Las relaciones de propiedad*

Desde el punto de vista de los perfiles sociales que las relaciones de propiedad habrían de seguir en La Laguna, el dato más importante es la confirmación del primer título de propiedad que consigue el marqués de Aguayo en la comarca. A una solicitud merced para ocupar 28 sitios de ganado mayor, presentada en 1716, le recayó por fin resolución favorable expedida por el Escudero Real en la Ciudad de México en 1729. A partir de esta primera merced el marqués de Aguayo siguió obteniendo otras que le permitieron ejercer la titularidad de 526,238 hectáreas de los terrenos que sirvieron de asiento a La Laguna; cabe aclarar que la extensión del latifundio que comprendió el mayorazgo del marqués de Aguayo, fue aún mayor.¹⁰

Para fijar parámetros de la discusión posterior sobre los derechos de aguas en la región del Nazas, es pertinente señalar que las mercedes y confirmaciones otorgadas al marquesado de Aguayo, se refirieron también a la propiedad de las aguas comprendidas dentro de los terrenos que en aquel entonces, no tenían otros usos que los de satisfacer el consumo de los escasos pobladores y el de servir de abrevadero al ganado bovino y caballar que se criaba en la región.¹¹

La mejor apreciación crítica del latifundismo en la Comarca Lagunera la produjo Miguel Otón de Mendizábal, quien en su artículo publicado en 1939, señaló el conflicto que el mayorazgo de San Miguel de Aguayo

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibidem*, pp. 211 y 212.

¹⁰ Vera Estañol, Jorge, *Alegatos que presenta como abogado especial del Gobierno Federal ante la tercera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el juicio ordinario que inició la Cía. Agrícola Industrial, Colonizadora, Limitada del Tlahualilo, contra el Gobierno Federal*, México, Imprenta de la Secretaría de fomento, 1910, pp. 4 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 50.

ocasionó al impedir el establecimiento de pueblos libres y colonias en el entorno lagunero:

Al efecto despoblador característico del latifundio ganadero, que sólo daba oportunidad de trabajo, miserablemente retribuido a unos cuantos vaqueros y pastores, se había sumado la implacable oposición del gran propietario a todo grupo de agricultores, indígenas o mestizos, establecido ya o que pretendiera establecerse en sus desiertas posesiones, por temor a que las autoridades le concedieran las tierras a que toda comunidad tenía derecho conforme a las Leyes de Indias.¹²

Los latifundios coloniales sucumbieron en buen número asediados por las deudas que su ineficacia productiva obligó a los dueños a contraer. El mayorazgo de Aguayo no escapó a esta sentencia y, hacia 1818, un concurso de acreedores obtuvo la resolución de intervenir sus bienes por falta de pago. Los acreedores intentaron, a partir de entonces, enajenar el patrimonio inmueble del mayorazgo sin conseguirlo; para solventar los gastos que su mantenimiento ameritaba, contrajeron los primeros empréstitos con casas extranjeras de los que se tiene noticia en la región.¹³

Al margen de lo que fue el marquesado de Aguayo sólo había surgido en La Laguna la hacienda independiente de San Juan de Casta, que en el siglo XIX fue adquirida por don Juan Nepomuceno Flores, personaje al que se le atribuye el inicio de los cultivos del algodón en la Laguna y de quien la Compañía del Tlahualilo adquirió la propiedad de sus terrenos.¹⁴

Antes de proseguir con la reseña de la evolución que tuvieron las relaciones de propiedad en La Laguna es necesario apuntar que en 1843, se produjo una variación en el cauce del río Nazas que a la postre iba a resultar determinante para la historia de la región. Hasta entonces las avenidas del río terminaban en el vaso de la laguna del Tlahualilo. Sin embargo, por la lluvia excesiva que se produjo ese año, se provocaron azolves extraordinarios que motivaron la desviación de los torrentes. Desde entonces, las avenidas del Nazas tomaron el rumbo de la laguna de Mayrán y nunca volvieron a orientarse hacia el vaso del Tlahualilo.

Al ser el agua del Río Nazas el único motivo de feracidad en la región de Mapimí, el vaso del Tlahualilo se reintegró al desierto cuando los torrentes anuales cambiaron de curso. Así transcurrieron cerca de cuarenta años, hasta que los fundadores de la sociedad del Tlahualilo pergeñaron la

¹² Mendizábal, M. Othón de, *op. cit.*, p. 231.

¹³ *Ibidem*, p. 235.

¹⁴ Guerra, Eduardo, *op. cit.*, pp. 158-161.

idea de irrigar las tierras de la extinta laguna y rescatar para la agricultura sus ricos depósitos aluviales.¹⁵ Sin embargo, esta idea era viable si el agua para fertilizar el antiguo vaso, se hacía fluir el cauce del Nazas a través de un canal de traslado que debería seguir un curso superior a los 60 kilómetros de longitud.¹⁶

Para definir mejor la situación de la Comarca Lagunera en el tiempo en que se fundó la Compañía del Tlahualilo hay que remontar por lo menos cuatro décadas y mencionar que en 1840, Melchor Sánchez Navarro logró hacerse de la propiedad de las tierras que habían constituido el marquesado de Aguayo. Ocho años más tarde, sus descendientes se verían obligados a enajenar a Leonardo Zuluaga y a Juan de Ignacio Jiménez la propiedad de la hacienda de San Lorenzo de La Laguna. Con el producto de la venta de esas tierras los sucesores de Sánchez Navarro pretendían redimir las deudas que su padre contrajo para adquirir los terrenos del antiguo marquesado.

Zuluaga y Jiménez mantuvieron la copropiedad de la hacienda de San Lorenzo hasta 1864; en este año decidieron su partición, correspondiente al primero la parte inferior de la ribera del Nazas, es decir, las tierras ubicadas en Coahuila, mientras el segundo reservó para sí, las de la ribera superior, es decir, los territorios duranguenses. Esta primera partición fue el inicio de un proceso de fraccionamiento que se intensificó en las dos últimas décadas del siglo pasado. Particularmente en el lado coahuilense de La Laguna, la propiedad se dividió hasta estabilizarse en unidades pequeñas de producción. La parte de Durango, en cambio conservó hasta bien entrado el presente siglo fundos de dimensión mayor, los cuales quedaron concentrados en unos cuantos propietarios.

Entre 1860 y 1870 ocurren hechos significativos que inician de manera indubitable la historia de las relaciones de propiedad en La Laguna. Hacia 1864 el presidente Juárez autorizó el establecimiento del primer pueblo libre de la comarca. El primado correspondió a la Villa de Matamoros, poblado al que de paso se le concedió la mitad del agua que conducía el río Aguanaval. Para 1869 se fundó oficialmente el asentamiento de San Pedro de las Colonias en la margen inferior del Nazas. Los colonos de

¹⁵ Compañía Agrícola, Industrial, Colonizadora, Limitada del Tlahualilo, S. A., *Demanda contra el Gobierno Federal por incumplimiento de contrato, presentada ante la 3a. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Tipografía y Litografía de Müller, Hnos., 1909, pp. 7 y 8.

¹⁶ *Idem*.

San Pedro, durante los conflictos por el agua, iban a revelarse como los más activos agentes entre los ribereños del estado de Coahuila.¹⁷

Además de la división formal de la propiedad en La Laguna, se operó también un fraccionamiento práctico, a través de los arrendamientos que fueron tan usuales en el periodo del auge algodonnero y en su prelude.¹⁸ Los arrendatarios constituyeron el núcleo más pujante de cuantos sectores participaron en la producción del algodón; en muchos casos incluso, llegaron a convertirse en propietarios y después en grandes hacendados.¹⁹ Los arrendamientos y aparcerías fueron una muestra palpable del incremento rentístico que las tierras laguneras experimentaron durante el auge del algodón. Es oportuno aclarar que, muchas veces, el propietario castigaba el estipendio de la renta, a cambio de que el arrendador construyera por su cuenta las obras de apertura de las tierras de cultivo y llevara a cabo asimismo, la construcción de los canales para irrigarlas.

El valor de los terrenos laguneros no dependía exclusivamente de la tierra; en realidad su estimación se encontraba vinculada con los derechos de aprovechamiento de aguas que los fundos tuvieron asociados. Sin el agua de los ríos torrenciales que se vierten en la región, las tierras comarcanas son simplemente estériles.²⁰

El conjunto de derechos de los propietarios ribereños del Nazas se hacía derivar de las mercedes primordiales del marquesado de Aguayo o de derechos fincados en la prescripción por el uso y aprovechamiento inmemoriales de las aguas.

El cultivo del algodón empieza a desarrollarse en la Comarca Lagunera apenas en la década que transcurre entre 1840 y 1850. En aquel entonces se produjo de un modo firme el tránsito económico de la comarca; pasó de región ganadera, a convertirse en una zona francamente agrícola. La transformación del destino económico de La Laguna no colocó de inmediato la actividad algodonnera en el sitio que habría de corresponderle en el último cuarto de siglo; al principio, el algodón compartió el espacio productivo

¹⁷ Véase para un análisis completo de su posición en el conflicto Viesca Lobatón, Francisco, *Refutación a la demanda de la Compañía Agrícola, Industrial, Colonizadora del Tlahualilo, S. A. contra el Gobierno Federal sobre aguas del río Nazas*, México, Imprenta de la Secretaría de Fomento, 1909.

¹⁸ Vargas Lobsinger, María, *La hacienda de "La Concha", una empresa algodonnera de La Laguna, 1883-1917*, México, UNAM, 1984, pp. 58-65.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Sarvia, Emiliano y Viesca Lobatón, F., *Breves apuntes sobre la naturaleza jurídica de las corrientes no flotantes ni navegables y especialmente de las aguas del río Nazas*, México, 1909, s. p. i., pp. 38-40.

con los cereales e incluso puede afirmarse que su importancia fue secundaria.²¹

A la trilogía de grandes propietarios de mediados de siglo —Zuluaga, Jiménez y Flores— hay que remitir los primeros intentos por darle al cultivo algodonero un enfoque moderno. Todavía con mecanismos elementales, estos tres señores arremetieron el bloque del río Nazas y comenzaron a irrigar sus terrenos a través de aniegos y sangrías.²² La producción algodonera ofrecía un horizonte promisorio, ya que se destinaba a cubrir las exigencias cada vez de mayor monto del incipiente desarrollo de la industria textil en el país.²³ Particularmente la producción de mantas y géneros burdos requería del algodón que, para entonces, era materia escasa. La mayor parte de este producto procedía de las costas de Veracruz y del extranjero; con el desarrollo de la Comarca Lagunera fue posible sustituir en buena medida la importación del algodón, aunque la industria textil nunca encontró satisfacción total a sus necesidades de insumos en el mercado interno.²⁴

La garantía que otorgaba la dimensión del mercado, aunada a los aranceles que protegían la producción nacional, fueron dos factores que aseguraron para los productores de algodón en La Laguna un nivel de rentabilidad y de confianza que no encontró equivalente en los productos agrícolas contemporáneos. Incluso cuando a principios de siglo se derrumbaron los precios de la mayor parte de los productos del campo, el algodón mantuvo los niveles anteriores y no disminuyó las cifras de sus cosechas totales.²⁵

Conjugadas con los factores externos que se combinaron para favorecer el auge algodonero, también las condiciones endógenas de La Laguna fueron proclives para conseguir el efecto de apogeo. El fraccionamiento de los latifundios en unidades funcionales, la creación de centros de población que aportaron una mano de obra que se ligó a los terratenientes a través de vínculos laborales de características modernas y, finalmente, las condiciones físicas del ambiente lagunero hicieron posible que la comarca a pesar de los límites naturales que demarcaron sus posibilidades productivas, se convirtiera en el principal centro algodonero del país.²⁶

²¹ Vargas Lobsinger, María, *op. cit.*, pp. 30-36 y Cosío Villegas *et al.*, *Historia moderna de México* (10 vols.), “El Porfiriato, vida económica”, primera parte, México, Hermes, pp. 72-77.

²² Guerra, Eduardo, *op. cit.*, pp. 175-178

²³ Cosío Villegas *et al.*, *op. cit.*, pp. 327 y 328.

²⁴ *Ibidem*, pp. 339-344.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Vargas Lobsinger, María, *op. cit.*, pp. 30-36.

C. *Los conflictos por el agua*

Entre los límites que ciñeron la vida productiva de La Laguna hay dos que se identificaron principales: el primero fue indiscutiblemente la extensión limitada de la comarca; el otro, la dependencia absoluta de los ríos torrenciales para la fertilización de las tierras. A medida que se fueron abriendo nuevas zonas de cultivo del algodón se tornó más intensa la disputa por el agua. De hecho, la apertura de cultivos algodoneros en la ribera inferior vino a desbalancear el sistema de acceso directo y de aprovechamiento sucesivo de sobrantes que practicaron libremente los agricultores de la ribera superior, hasta antes de la última década del siglo anterior.²⁷

El proceso de roturación de los eriales estuvo asociado al de la expansión del sistema de canales y sangrías que se abrieron a partir de las presas existentes en el río. Entre 1849 y 1853 se ubican las fechas en que fueron construidas las primeras presas comarcanas, todas en la ribera superior del Nazas; ellas fueron: Santa Rosa, Calabazas, San Fernando y el Coyote. En todos estos casos las presas se iniciaron como burdos intentos de los constructores que ensayaron obstruir sólo una parte del cauce torrencial del Nazas. Al cabo del tiempo, esta presa, más las de Torreón y Guadalupe, vendrían a construir la línea vertebral del sistema de irrigación que estuvo vigente hasta la construcción de la presa del Palmito en el sexenio cardenista.²⁸

Desde que las obras hidráulicas comenzaron dieron también principio las reyertas por el agua entre los propietarios ribereños. Los conflictos se suscitaron en frentes que nos permiten ubicar intereses multifocales, así, contendieron: ribereños superiores contra los de la ribera baja, Coahuila con Durango, representando cada uno el interés de sus oriundos; el conjunto de propietarios ribereños de la Compañía del Tlahualilo; esta última contra el gobierno federal y, finalmente, los Estados Unidos y la Gran Bretaña contra el gobierno mexicano, al que consideraron ofensor de los intereses de sus nacionales por la resolución que produjo la Corte de Justicia en el asunto del Tlahualilo.

La mayor parte de las contiendas tuvieron como origen las pretensiones absolutas de ciertos propietarios de presas, quienes intentaron extender el bloque de sus retenes a todo lo ancho del cauce del Nazas, cuando la costumbre y a veces hasta los reconocimientos expresos, los autorizaban a mantener las cortinas de las presas sólo sobre una parte del torrente.²⁹

²⁷ Compañía Agrícola, Industrial, Colonizadora del Tlahualilo, S. A., *op. cit.*, p. 161.

²⁸ Vargas Lobsinger, María, *op. cit.*, pp. 101 y 102.

²⁹ Guerra, E., *op. cit.*, pp. 291-297.

El resorte que mantuvo la tensión entre los propietarios laguneros fue sin duda la insuficiencia del agua para satisfacer las intenciones empresariales de los cultivadores de algodón. Entre más terrenos lograban incorporarse a la producción, más se reducían las expectativas de contar con el agua indispensable para los requerimientos del ciclo algodonero. Esta doble tendencia, de sentido contradictorio, obligó a modificar los sistemas convencionales que se habían seguido en la comarca para la distribución de agua y motivó la intervención del gobierno federal como árbitro supremo de los criterios para su asignación.

Tradicionalmente los propietarios ribereños habían considerado como derecho individual indiscutible el aprovechamiento del agua a la que tenía acceso por la posición física de sus predios. La legitimidad de su derecho la fundaban en las mercedes que dieron origen al marquesado de Aguayo. Vale la pena aclarar que ni el derecho castellano ni el régimen indiano, desarrollaron un sistema normativo que se diera *ex profeso* a la distribución del agua en el contexto de las cuencas irrigables. Las mercedes que se concedieron al marqués de Aguayo, suponían el uso del agua como recurso de abrevadero, puesto que cuando fueron otorgadas, las tierras del marquesado eran eriales cuyo destino, en el mejor de los casos, era el de servir de agostadero a los rebaños.³⁰

Cuando La Laguna pasó a ser una zona preponderante agrícola, cambió el peso específico del agua dentro de la comarca. Y no sólo fue importante el volumen total del que pudieran disponer los agricultores, sino también la oportunidad de aprovechar el recurso satisfaciendo las necesidades naturales del ciclo algodonero.³¹

El viejo sistema de aprovechamiento directo a través de presas y canales o de sangrías de intercepción, según el orden físico de los terrenos a lo largo de la ribera, pronto se mostró infuncional porque, según este orden, el provecho del agua sólo estaba garantizado para los ribereños superiores; los otros quedaban expuestos a la existencia de sobrantes.

La inconveniencia a la que estaban sujetos, condujo a los ribereños inferiores a cuestionar las bases de legitimidad sobre las que funcionaba el sistema tradicional de distribución del agua en La Laguna. Entre los propietarios coahuilenses resultaba empática la idea de una distribución central del recurso, que de hecho significaba el desconocimiento de los dere-

³⁰ Vera Estañol, *Alegatos...*, *cit.*, pp. 4-50.

³¹ Fernández, Esteban, *Informe dirigido por el gobierno de Durango al ministro de Fomento Olegario Molina*, México, Talleres Gráficos "El Tiempo", 1908, pp. 3-10.

chos de apropiación individual del agua.³² El arbitraje público de los recursos para la irrigación suponía, a querer o no, la modificación de las prácticas inveteradas dentro de la comarca. Sin embargo, los criterios de rentabilidad y el mejor desarrollo económico de la región, compatibilizaban bien con la hipótesis de la asignación administrativa del agua. Así, a partir de 1891, año en el que se expidió el primer reglamento para normar la distribución del agua entre los ribereños, la participación del gobierno federal fue en aumento. Hacia 1909, el arbitraje centralizado de las torrentes del Nazas era ya un hecho consumado. Los perdedores con la implantación del sistema fueron los ribereños del lado superior, pero principalmente la Compañía del Tlahualilo, cuya concesión garantizaba sólo el uso de sobrantes. Hasta 1895, año en que se expidió el llamado Reglamento definitivo para la distribución de aguas en la ribera del Nazas, la Compañía se había servido del agua con gran liberalidad, basada en la concesión que le otorgó el gobierno federal el 15 de junio de 1888. Sin embargo, dicha concesión fue, poco a poco, ajustada a sus términos reales y, precisamente el Reglamento en cuestión, infligió el golpe más severo a las pretensiones de la Compañía sobre el agua del Nazas. Según el Reglamento de 1895, la empresa de Tlahualilo sólo podría abrir las compuertas de su canal, hasta que todos los ribereños —superiores e inferiores— hubiesen tomado sus cuotas normales, definidas por el propio instrumento normativo.

Los conflictos por el agua se agudizaban más en los años de sequía. En los periodos de escasez del Nazas y el Aguanaval cumplían mal su papel de fertilizadores en la región de La Laguna; sin agua suficiente, los comarcanos resentían pérdidas y ello los motivaba a buscar la solución a sus problemas por las vías administrativas y judiciales. Lo mismo ocurría en los primeros meses de lluvia de cada año; entonces, los torrentes apenas se insinuaban en el cauce del Nazas y, antes que los ribereños inferiores reivindicaran derechos paritarios, el hilillo de agua iba invariable a parar a los cultivos de los ribereños superiores. Las presas de Durango encerraban estas primicias de la avenida anuales y no dejaban ni residuos para que los ribereños inferiores prepararan sus tierras para la siembra de ese año.³³

El sistema de presas y canales que sostenía los cultivos laguneros tuvo una base empírica; las mediciones volumétricas del agua se efectuaron en forma sistemática sólo hasta 1895, año en el que se construyó la Comisión

³² Viesca Lobatón, F., *Refutación...*, cit., p. 138.

³³ Véase el folleto, Méndez, Luis, *Opinión sobre la propiedad y reglamentación de las aguas del río Nazas*, México, 1908, s. p. i.

del Nazas.³⁴ Este órgano se creó a raíz de lo ordenado por el Reglamento de 1895; sus fines eran: arbitrar las disputas locales; aplicar el Reglamento y establecer las mediciones anuales de los torrentes disponibles y de la oportunidad en que éstas eran accesibles a los comarcanos.³⁵ Antes de las estimaciones y cálculos practicados por la Comisión del Nazas, los métodos que emplearon para realizar las mediciones no fueron adecuados. En casi todas las ponderaciones anteriores a la Comisión, se concluía en la existencia de sobrantes. Incluso, fue el hecho de la presencia de excedentes lo que motivó al gobierno federal para otorgar la concesión al Tlahualilo. Los cálculos que se realizaron siguieron referencias primarias: la observación directa y las inferencias superficiales a partir de ellas; así, con la vista clavada en la laguna de Mayrán, los ingenieros dedujeron que el agua almacenada en un vaso, era la mejor prueba de que los torrentes anuales desbordaban los seguimientos de los agricultores en la cuenca.³⁶ Estos observadores no tomaron en cuenta que la capacidad de presas y canales no permitía el ingreso de un gasto indefinido por las bocatomas; simultáneamente, sólo podía captarse una parte de las crecientes mayores. Los calculistas tampoco consideraron que las demandas del ciclo algodonero no son uniformes ni constantes; al principio, cuando los torrentes apenas escurren, es necesaria toda el agua que fluye por el río y en esos periodos, el recurso no basta para cubrir los requerimientos de todos los terrenos abiertos al cultivo. Con esta lógica es inexplicable que los escurrimientos de agosto y septiembre hayan sido precisamente los que provocaron mayores enconos en las disputas por el agua; en estos flujos se centra la controversia principal que involucró a ribereños inferiores y superiores.³⁷

Como una muestra de la mentalidad que prevaleció antes de las intervenciones administrativas en los asuntos del Nazas, es pertinente citar el convenio protocolizado en 1852, en cuyo clausulado el propietario de la hacienda de San Fernando —don Juan N. Flores derechohabiente también de la presa de San Fernando—, se obligaba a dejar correr el agua sobrante a la presa de Santa Rosa, a cuyo dueño reconocía como titular del agua que su cortina no pudiera contener.³⁸ Con este tipo de definición autónoma de sus derechos, los ribereños superiores no eran agentes proclives para la proposición ni para el sostenimiento de una fórmula armonizadora

³⁴ Vera Estañol, Jorge, *op. cit.*, pp. 138-144.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Ibidem*, pp. 125-144.

³⁷ Véase Méndez, Luis, *op. cit.*; Fernández, Esteban, *op. cit.* y Macedo, Pablo, *Opinión sobre la cuestión del Nazas*, México, Talleres Tipográficos de “El Tiempo”, 1908.

³⁸ Vera Estañol, Jorge, *op. cit.*, pp. 52-61.

para el uso del agua en la región.³⁹ El fracaso en 1890 de una Convención de ribereños convocada por el gobierno federal, dejó a éste el campo franco para ensayar medidas de distribución vertical del agua: así surgieron los reglamentos de 1891, 1895 y las adecuaciones que se hicieran a este último en 1908 y 1909.⁴⁰

Si la presencia del gobierno federal fue en un principio favorable a la sociedad del Tlahualilo, dado el beneficio con la concesión de junio de 1888, posteriormente, cada nueva injerencia federal trajo para la Compañía un saldo negativo que se expresó en la reducción de las cuotas de agua de las que en un momento dado disfrutó.⁴¹ Las Secretarías de Fomento y de Comunicaciones se definieron claramente partidarias de ideas de los ribereños inferiores, porque juzgaron que sus propuestas fueron las que mejor garantizaban el desarrollo integral de la región.⁴²

El primer gran litigio en relación con el agua del Nazas lo motivó, en 1880 Santiago Lavín, a la sazón “propietario” de la presa de Santa Rosa. A don Santiago le resultó fácil correr la cortina de su presa y bloquear todo el ancho del río para poder contener una mayor cantidad de agua en las crecientes; sin embargo, los abajeños protestaron y llevaron sus cuestiones a las autoridades judiciales.⁴³ También el gobierno de Coahuila se involucró en el asunto y demandó ante la Suprema Corte de Justicia la rectificación de sus límites con Durango; como providencia precautoria Coahuila solicitó la demolición de los trabajos efectuados por Lavín para bloquear los dos brazos en los que se bifurcaba el río desde arriba de la presa de San Fernando.

A pesar de que recayó resolución favorable a la providencia solicitada por Coahuila y de que temporalmente el ensanchamiento de la presa de Santa Rosa se aplazó, Santiago Lavín, contra todo derecho, consumió su intención en 1889 y consiguió ampliar sus retenes y bloquear con la cortina de la presa todo el flujo del río. En algún momento posterior la sociedad del Tlahualilo, utilizó la intermediación de los sucesores de Juan N. Flores; llevó a cabo un acto análogo a partir del cual la presa de San Fernando incrementó sus retenes hasta obstruir los dos brazos del río Nazas.⁴⁴

³⁹ *Ibidem*, pp. 213-220.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Kroeber, Clifton, “La cuestión del Nazas hasta 1913”, *Historia mexicana*. v. XX, núm. 3, enero-marzo de 1971, pp. 435-438.

⁴² *Ibidem*, pp. 452-456

⁴³ Guerra, E., *op. cit.*, pp. 294-296.

⁴⁴ Suprema Corte de Justicia, Tercera Sala, Sentencia en el juicio promovido por la Compañía de Tlahualilo vs. Gobierno Federal, México, Imprenta de la Secretaría de Fomento, 1911, pp. 155 y 156.

También en esa ocasión hubo protestas y órdenes de suspensión de los trabajos, pero, como en el caso de Lavín, la presa de San Fernando ocupó los dos ramales del río.⁴⁵

Los hechos arbitrarios de los ribereños superiores prepararon el caudal de reacciones y de actitudes belicosas que más tarde iban a esgrimir los ribereños inferiores. Sin embargo, a diferencia de éstos, los propietarios de la ribera duranguense nunca tuvieron la cohesión necesaria para impulsar su causa en forma coordinada. Entre los ribereños superiores había que contar a la Compañía del Tlahualilo, primero como derecho habiente de la toma que partía de San Fernando y, después, como propietaria directa de la hacienda y de la presa de ese nombre.⁴⁶ La Sociedad del Tlahualilo nunca hizo causa común con los demás ribereños de Durango; la defensa de sus causas siempre la llevó a cabo de acuerdo con sus propias determinaciones. Los ribereños de abajo en cambio, consolidaron un frente común y llegaron a construir formalmente un “sindicato” para la defensa de sus intereses.⁴⁷ El sentido unitario de su acción permitió a los ribereños de Coahuila impactar las decisiones del gobierno federal. Así, la fuerza colectiva de los ribereños inferiores se sobrepuso paso a paso a la resistencia de los grandes propietario arribeños y, a la postre, terminó minando sus privilegios y el efecto de preponderancia que les otorgaba su posición física en el río.⁴⁸

3. La compañía

A. Su constitución

Ni siquiera sobre el origen de la Compañía del Tlahualilo existe acuerdo general entre los estudiosos. Al respecto, la nota discordante la puso don Daniel Cosío Villegas quien, en la *Historia moderna de México*, refiere que desde su inicio la Compañía del Tlahualilo estuvo impulsada por el

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Vera Estañol, Jorge, *op. cit.*, pp. 387 y ss.

⁴⁷ Suprema Corte de Justicia, *op. cit.*, pp. 187-190 y también Meyers, William, “Inversión extranjera y problemas de riego en la comarca lagunera (1890-1911)”, *Dinámica de la empresa mexicana. Perspectivas políticas, económicas y sociales*, México, Colmex, 1979, pp. 202 y 203.

⁴⁸ Las mejores muestras de la influencia de los ribereños inferiores fueron los acuerdos de la Secretaría de Fomento de 10. de julio y 12 de agosto de 1908, así como la expedición del Reglamento de 1909.

capital inglés.⁴⁹ No existen constancias que ayuden a comprobar la afirmación escueta de Daniel; en cambio, las referencias en contrario son prácticamente unánimes. En los documentos que tratan sobre el origen de la Compañía, éste se remonta al 21 de agosto de 1885. Ese día, en la ciudad de Villa Lerdo, un grupo de comerciantes y agricultores radicados allí, constituyeron una empresa bajo la denominación de Compañía Agrícola del Tlahualilo. El propósito que perseguían los fundadores de la negociación, aparentemente, era el de rescatar el cultivo algodonero el viejo vaso de la laguna de Tlahualilo. Bajo el fin explícito parece que radicaba otro menos caro: los fundadores de la sociedad perseguían en realidad obtener beneficios de la operación inmobiliaria que se ofrecía en perspectiva, una vez que fuera posible irrigar las tierras de la antigua Laguna y abrirlas al cultivo, entonces, resultaría oportuno dividir la propiedad y enajenar a precios muy superiores los terrenos.⁵⁰

Al seguir la huella del negocio del Tlahualilo el dato continuo es la escritura de compraventa del 15 de septiembre de 1885, en la que consta que Juan Nepomuceno Flores enajenó a la Sociedad del Tlahualilo con 25 sitios de ganado mayor en los terrenos de la antigua laguna de ese nombre, el precio fue de \$2000 por cada sitio. En el contrato se señala que la Compañía tendría derecho a tomar a través de la presa San Fernando — propiedad del mismo señor Flores— el agua necesaria para sus cultivos.⁵¹ Es oportuno recordar que, según el convenio de 1852, celebrado en Villa Lerdo, los excedentes de la presa de San Fernando no eran propiedad del señor Flores, sino del titular de la presa de Santa Rosa; en este entendido, don Juan Nepomuceno Flores estaba transmitiendo al Tlahualilo un derecho de aprovechamiento de aguas del que no era definitivamente titular.⁵² Como complemento a la operación inmobiliaria original, el 13 de febrero de 1888 se protocolizó una nueva escritura en la que se dio fe de la compraventa por parte de la Compañía del Tlahualilo al señor Flores de otro sitio de ganado mayor en la zona del Tlahualilo; así, el terreno sobre el que la empresa realizaría su objeto quedó compuesto por 26 sitios de ganado mayor.⁵³

⁴⁹ Cosío Villegas, Daniel *et al.*, *op. cit.*, t. II, p. 1112.

⁵⁰ Vera Estañol, J., *Alegato que produce como apoderado de la Compañía Agrícola, Industrial, colonizadora, Limitada del Tlahualilo, S. A., en el juicio arbitral que le sigue Carlos Ortiz*, México, Imprenta Escalante, 1901, 1901, pp. 32-58, y Sánchez Gavito, Indalecio, *Contestación al alegato de la Compañía* (en el juicio arbitral antes citado), México, Tipografía Económica, 1902, pp. 1-6.

⁵¹ *Idem.*

⁵² Vera Estañol, J., *op. cit.*, pp. 52-61.

⁵³ Véase nota 50.

El 15 de enero de 1889 la escritura de la sociedad fue modificada y en su texto se especificó que el capital social quedaba compuesto por 52 acciones de \$5000 cada una. En el protocolo se hizo constar que el objeto de la sociedad sería la construcción de un canal y el cumplimiento del contrato de colonización celebrado con la Secretaría de Fomento, con efectos desde el 6 de junio de 1888.⁵⁴

Para 1990, los socios de Tlahualilo decidieron aumentar el capital inicial de \$260 000 y lo elevaron a \$780 000. Por aquel año la Compañía contaba ya, con la concesión del gobierno federal que le había otorgado y, concluido el canal de traslado hasta tierras del Tlahualilo, los accionistas juzgaron conveniente modificar las bases jurídicas de la empresa y la transformaron en una sociedad anónima. La nueva persona jurídica se constituyó en la Ciudad de México y llevó como razón la de “Compañía Agrícola, Industrial Colonizadora Limitada del Tlahualilo, Sociedad Anónima”.

La nueva sociedad recibió como patrimonio los bienes de la antigua Compañía del Tlahualilo, sólo que las acciones se revaluaron y en lugar de totalizar los \$780 000 que representaban el capital original, éste se consideró desde entonces en una cifra de \$2 600 000. El incremento no representó ningún desembolso para los accionistas; en realidad, de cada \$1000 del capital sólo había 300 pagados efectivamente; los otros 700 simbolizaban un valor ficticio.⁵⁵

Los socios fundadores de la empresa no hicieron tampoco erogaciones efectivas para adquirir los terrenos del antiguo vaso del Tlahualilo. La compraventa se efectuó a un plazo de diez años. Antes de que las tierras estuvieran pagadas la compañía le asignó un valor en libros de \$1 780 000; muy distinto al de \$260 000 que fue en efectivo el monto de la operación.⁵⁶

Sustentada en una gran ficción, la Compañía del Tlahualilo estuvo pronto en la necesidad de contratar empréstitos, tanto con bancos nacionales como con alguno de sus accionistas.⁵⁷ La imposibilidad de la empresa para redimir sus deudas, exigió de sus socios aportaciones continuas que en rigor no estaban obligados a efectuar, puesto que sus acciones se registraban completamente pagadas en los libros de la compañía.⁵⁸ Hacia 1896, ante el temor de perder sus inversiones, los socios autorizaron al señor Juan Llamedo a negociar con banqueros ingleses un crédito de 400 000 libras

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Vera Estañol, J., *Alegato, cit.*, pp. 34-36 y 51.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

esterlinas. El señor Llamedo, para entonces, había explorado el mercado financiero londinense y encontrado al señor Mackie, quien aceptó intermediar la operación crediticia. Por fin, el negocio se llevó a cabo por un monto de 350 000 libras esterlinas y el responsable del sindicato prestamista fue el señor James Brown Potter, a quien se garantizó el 13% de las acciones que representaban el capital social del Tlahualilo como pago a su corretaje financiero.⁵⁹

El empréstito conseguido en el mercado londinense tuvo como objeto formal amortizar las deudas comerciales y fomentar las actividades agrícolas de la negociación. El Consejo de Administración de la empresa, discurrió traicionar el sentido original del crédito y aceptó que con parte del dinero del señor Llamedo les pagara el precio de sus acciones.⁶⁰ Vera Estañol, abogado patrono de la compañía en los albores del presente siglo, en uno de sus alegatos como representante del Tlahualilo, afirma que Llamedo prefiguró las cosas para vender en varios millones las acciones de las que había quedado dueño al adquirirlas de sus tenedores originales, con una parte del dinero del empréstito inglés.⁶¹

La suspicacia de los tenedores de los bonos de la deuda provocó que se alistarán y ordenaran supervisiones en la administración de la empresa mexicana. Al constatar el señor James Brown Potter a nombre de los prestamistas, la trama de Llamedo, procedió a desarmarla y, como resultado, los tenedores de bonos (trustees) asumieron el control de la compañía en 1899. Legalmente, sin embargo, no fue sino hasta 1903 que los *trustees* ingleses y norteamericanos quedaron ya como accionistas efectivos de la compañía y decidieron iniciar la reactivación de sus operaciones.⁶² Para los acreedores ingleses y norteamericanos el arribo a la Compañía del Tlahualilo supuso la sentencia favorable en un juicio que duró cuatro años y, además, la constitución de una sociedad inglesa registrada como “The Mexican Cotton States of Tlahualilo, Ltd”, que fue la persona jurídica que finalmente compró los activos de la sociedad mexicana en 1903.⁶³ Como un dato que no debe soslayarse en la vida de la compañía, hay que mencionar la adquisición de la hacienda de San Fernando que se compró a la testamentaria de Juan Nepomuceno Flores. La decisión para adquirir el fondo citado fue asumida por los socios del Tlahualilo en una asamblea que se

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 37-53.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Ibidem*, pp. 88-103, y también Kroeber, Clifton, *op. cit.*, pp. 438 y 439.

⁶³ *Idem*.

celebró el 11 de septiembre de 1890. El precio pactado para la operación fue de \$250 000. Cabe aclarar que el contrato no fue protocolizado sino hasta bien entrado 1896.⁶⁴ Este desfase entre el acuerdo privado y el momento en que el acto tuvo efectos contra terceros por su correspondiente registro, generó confusiones que permitieron a la compañía argumentar, cuando intentó la ampliación de la cortina de la presa de San Fernando, que las obras se realizaran por cuenta de la testamentaria de don Juan N. Flores.⁶⁵

Accidentes aparte, la adquisición de la hacienda de San Fernando y de la presa adjunta dio a la Compañía del Tlahualilo un margen de maniobra mucho mayor que aquel derivado exclusivamente de la concesión de 1888. Con la titularidad de San Fernando la compañía se convirtió en una genuina propietaria ribereña. Aún así, debía deslindarse el agua que la empresa podía tomar directamente y de forma prioritaria como derechohabiente de San Fernando —sólo la suficiente para regar un sitio de terreno, que era la superficie de la Hacienda— de aquella que le correspondía como concesionaria del gobierno federal.⁶⁶

La adquisición de la hacienda de San Fernando fue sugerida —según dicho un representante de la empresa— por el ministro de fomento general Carlos Pacheco en 1890. El propósito era conferir a la compañía un control efectivo sobre la toma de San Fernando y evitar con ello la resistencia que la sociedad del Tlahualilo pudiera oponer a la primera reglamentación administrativa para la distribución de las aguas del Nazas que se produjo en 1891.⁶⁷

La compra de San Fernando no trajo para el Tlahualilo el efecto deseado puesto que después de 1895 se fijó una cuota proporcional a la hacienda de San Fernando de acuerdo a sus posibilidades reales de irrigación en la superficie exclusiva de su territorio.⁶⁸

Su carácter de propietaria ribereña condujo más tarde a la compañía a sostener argumentos ambiguos en sus planteamientos judiciales. Por una parte, adujo la preferencia de la concesión sobre los títulos “incierto” de los ribereños del Nazas; por otra parte, se plantó en su condición de titular contiguo a la ribera e intentó defender el derecho de preferencia que la

⁶⁴ Vera Estañol, J., *Alegatos, cit.*, pp. 434 y 436; también Suprema Corte de Justicia, *Sentencia...*, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Vera Estañol, J., *Alegatos...*, *cit.*, pp. 435 y 436.

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*

hacienda de San Fernando había sostenido desde 1848.⁶⁹ La defensa de la compañía no se encaminaba a defender sólo el agua que podía aprovechar de San Fernando, sino en realidad, obtener el reconocimiento de tomar el agua necesaria para irrigar los terrenos del Tlahualilo a través de las tomas preferentes de San Fernando.

La Compañía del Tlahualilo respondía al perfil de las empresas modernas; su proyecto superaba en alcance y ambiciones a cualquier otra explotación de la comarca. Aunque las 44 000 hectáreas que comprendían los terrenos de la empresa se encontraban de hecho divididas en varias haciendas, las tareas agrícolas del Tlahualilo conservaron criterios unitarios para la administración y la irrigación de las tierras. Asimismo, sus socios fundadores intentaron realizar una explotación integral del algodón producido por terrenos, del cual, una parte se destinaría al abasto del mercado de la industria textil, pero otra, sería directamente aprovechada por la empresa en la fabricación de aceite y pastilla de semilla de algodón. La compañía instaló también sus propias despepitadoras y prensas de vapor con objeto de mantener un control completo sobre el proceso productivo de algodón.⁷⁰

El equipo industrial que se utilizaba en el Tlahualilo era congruente con la calidad de la infraestructura hidráulica que se empleaba. La red de canales correspondía a un trazo premeditado y racional. También el problema de la transportación del producto tenía resoluciones adecuadas porque la empresa previó la construcción de un ramal del ferrocarril que llegaba a Zaragoza y para trasladar el algodón dentro de sus terrenos se construyeron varios ramales de vía angosta, de tal forma que toda la transportación quedó garantizada a través de vías férreas.⁷¹

En cuanto a la organización de las relaciones laborales, la compañía fue un factor importante de modernización dentro de La Laguna. De ocho mil trabajadores tuvo dos mil contratados en forma permanente y alrededor de seis mil en la modalidad de trabajadores eventuales. Unos y otros recibían salarios diariamente y en moneda de curso legal.⁷² En este hecho es posible identificar, la gestación de un tipo de proletariado agrario que en años se significaría en las luchas por la colectivización de la tierra en La Laguna.

Los dos flancos más débiles de la Compañía del Tlahualilo fueron, sin duda: la dependencia de los capitales externos, ya que su inversión estuvo sustentada casi siempre en empréstitos y, por otra parte, el carácter alea-

⁶⁹ *Ibidem*, cap. X.

⁷⁰ Meyers, William, *op. cit.*, p. 199.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Idem*.

torio de sus derechos sobre el agua, en virtud de que la concesión de junio de 1888 fue interpretada por el gobierno federal en términos cada vez más restrictivos.

Hacia fines de la primera década de este siglo la rentabilidad y la pujanza de la compañía eran mitos absolutamente desprestigiados. La sociedad del Tlahualilo cargaba para entonces el peso de insuficiencia del agua dentro de la Comarca Lagunera y, lógicamente, la inconformidad de los comarcanos que no encontraban justificado el traslado de los escasos afluentes del Nazas a terrenos situados en una zona externa a la cuenca del río. Sin embargo, sujeta a innumerables vaivenes, la compañía logró sobrevivir hasta la administración cardenista; en ese periodo presidencial se decretó la expropiación de todas las tierras laguneras y, como el Tlahualilo había unido ya su destino a éstas, también resultó afectado por el acto del general Cárdenas.⁷³

B. *La concesión*

Desde que la compañía adquirió los terrenos del vaso de Tlahualilo, en el contrato que celebró con don Juan N. Flores, quedó especificado que el vendedor trasladaba también los derechos para que el adquirente tomara de la presa de San Francisco, el agua necesaria para la irrigación de sus tierras. Ya se mencionó que, en razón del convenio Juan N. Flores que signó con Juan Ignacio Jiménez en 1852, el primero reconocía que el agua excedente de la presa de San Fernando debía dejarse correr para que pudiera derivar a la presa de Santa Rosa y de allí a las inferiores.⁷⁴ Según los términos del convenio invocado, don Juan N. Flores carecía de facultades para enajenar a la Compañía del Tlahualilo en cuestión con el agua sobrante de la presa de San Fernando; lo que sí pudo autorizar el señor Flores, fue la construcción del canal de traslado en la parte que éste debía correr en la superficie de sus tierras.

Los socios del Tlahualilo comprendieron que no podían exponer una inversión cuantiosa de recursos sostenidos sólo por un título jurídico dudoso en cuanto al aprovechamiento del agua; en tal virtud, iniciaron trámites para solicitar al gobierno federal una concesión que les permitiera fundar adecuadamente el derecho de construir un canal y, a tomar el agua del Nazas para irrigar sus tierras. La idea, sin embargo, no era de fácil ejecución; en primer lugar, porque la jurisdicción sobre los asuntos la-

⁷³ Mendizábal, J. O. de, *op. cit.*, p. 249 y ss.

⁷⁴ Vera Estañol, J., *Alegatos...*, *cit.*, p. 54.

guneros, inclusive las cuestiones vinculadas con el Nazas, correspondía a los ámbitos locales de Durango y de Coahuila. Hasta entonces no existía ninguna disposición legal que sustentara la injerencia de la federación dentro de la comarca; tan es así, que las disputas surgidas en 1880 por los actos de Santiago Lavín al ampliar la cortina de Santa Rosa, fueron dirimidas en un litigio ante la Suprema Corte de Justicia en el que participaron las dos entidades federativas como partes contendientes.⁷⁵

Para superar las dificultades jurisdiccionales, los asesores del Tlahualilo deben haber pensado manejar el asunto de la concesión de aguas como si se tratara de una empresa de colonización. Para entonces ya las cuestiones sobre baldíos eran manejadas centralmente y sin duda, los aspectos referidos al poblamiento y a la inmigración caían en la competencia federal.⁷⁶

Pero la compañía no sólo tuvo que superar problemas jurídicos para satisfacer sus propósitos, también, y de manera más constante, enfrentó la resistencia política de los ribereños del Nazas que fueron, desde luego, contrarios a la concesión.⁷⁷

La primera gestión oficial ante la Secretaría de Fomento la realizó el señor Ángel Hernández en calidad de socio y representante de la compañía. En un oficio fechado el 20 de octubre de 1885, el mencionado señor Hernández exponía al general Pacheco, que la empresa del Tlahualilo tenía la necesidad de reparar la cortina de la presa de San Fernando y de construir un canal con una bocatoma para hacer fluir el agua desde el cauce del río Nazas hasta los terrenos de la compañía.⁷⁸ Este primer intento parece no haber tenido respuesta favorable y por ello, el 20 de enero de 1887 Antonio Stens en representación de la sociedad de Tlahualilo insistió en la petición ante el presidente de la República.⁷⁹ El escrito del señor Stens manejó ambiguamente la naturaleza del acto que pretendía provocar; por un momento el fin que la solicitud perseguía quedó definido como una “concesión” para trasladar y aprovechar el agua del Nazas en el riego de sus terrenos; sin embargo, a continuación, el mismo señor Stens rectificaba para referirse a la “autorización solicitada”.⁸⁰ El manejo inseguro de estos términos, jurídicamente bien diferenciados, revela que no existía claridad plena en rela-

⁷⁵ Guerra, Eduardo, *op. cit.*, pp. 294 y 295.

⁷⁶ Suprema Corte de Justicia, *Sentencia...*, *cit.*, p. 107.

⁷⁷ Véase por ejemplo, Viesca Lobatón, F., *op. cit.*, pp. 138 y ss.

⁷⁸ Vera Estañol, J., *Alegatos...*, *cit.*, pp. 96 y 97.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 97 y 100.

⁸⁰ *Idem*.

ción con el tipo de acto de autoridad que debía emitir el gobierno federal para garantizar la seguridad de la inversión en el Tlahualilo.⁸¹

En ninguna de las peticiones iniciales los representantes del Tlahualilo esgrimieron consideraciones relacionadas con el propósito de la colonización. Esta omisión refuerza la idea de que los fines poblacionistas de la compañía fueron más un recurso para provocar la injerencia federal que un móvil auténtico de la empresa.

Con agudeza, Vera Estañol señala que en ninguna de las peticiones se precisa alguna cuota determinada de agua, ni tampoco se expresa que los derechos de aprovechamiento concedidos a la compañía, deberían entenderse como preferentes a las prerrogativas de algunos de los ribereños del Nazas.⁸²

Los argumentos que la compañía sí vertió en apoyo de sus peticiones, fueron los relativos a la conveniencia política de que una zona desértica fuera habilitada para la vida productiva del país. Se decía también que la extensión —44 000 hectáreas— que la compañía pretendía explotar, era superior a la superficie que en conjunto aprovechaban los comarcanos dentro de La Laguna. Asimismo, la sociedad del Tlahualilo se refirió a los “dos” o “tres” propietarios inconformes con su solicitud, argumentando que el agua que acarrearán las avenidas del Nazas era más que suficiente para satisfacer las necesidades laguneras y las del Tlahualilo.⁸³

Un complemento de las solicitudes iniciales de la compañía es, sin lugar a dudas, el escrito firmado por José de Teresa y Miranda en nombre de la sociedad, mediante el cual el suscriptor refutaba las objeciones que se habían hecho valer por algunos interesados a la petición del Tlahualilo. En este ocurso se menciona que la decisión de la Secretaría de Fomento —que ya se perfilaba favorable— no constituía un acto irresponsable, sino que se encontraba apoyada en los dictámenes sucesivos de las comisiones que la autoridad había designado para opinar sobre la conveniencia de otorgar la concesión al Tlahualilo, en virtud de que existían dudas sobre la superficie del agua del Nazas para irrigar los terrenos de La Laguna.⁸⁴

Los razonamientos de los representantes de la compañía trazaron siempre una imagen de convivencia pública a raíz de la concesión y fueron explícitos al indicar que su petición desde ninguna perspectiva implicaba la afectación de los derechos de terceros.⁸⁵ En esto, la sociedad del Tlahua-

⁸¹ *Idem.*

⁸² *Ibidem*, p. 100.

⁸³ Compañía Agrícola..., *cit.*, pp. 9-11.

⁸⁴ Vera Estañol, J., *Alegatos...*, *cit.*, pp. 116-125.

⁸⁵ Véase nota 83.

lilo se inscribía puntualmente dentro de la tradición mexicana en materia de concesiones; incluso, las mercedes reales en tiempos del virreinato funcionaron siempre bajo la condición de otorgarse sin perjuicio de terceros. En el caso que nos ocupa la ligazón del argumento quedó establecida así: si el río de Nazas acarrea un flujo de agua mayor al necesario para satisfacer las necesidades de irrigación de los agricultores situados dentro de su cuenca, no resultaría perjudicial la concesión del gobierno federal para que la Compañía del Tlahualilo pudiera regar sus tierras, llevando el agua precisamente desde el Nazas.

Hay un factor en la argumentación que a la larga produjo la disfunción del planteamiento: la idea de que las condiciones de explotación algodona en La Laguna eran constantes, cuando en realidad fueron variables. Posiblemente en el tiempo que la compañía solicitó la concesión para aprovechar las aguas del Nazas, existían efectivamente circunstancias de suficiencia que hubieran permitido la irrigación adecuada y simultánea tanto de los predios ribereños como de los terrenos de la compañía. Pero justo en aquel tiempo se abrían al cultivo tierras eriazas en la ribera baja del río. Hoy resulta claro que, en promedio, los volúmenes torrenciales del Nazas no eran tan bastos como para soportar la atención simultánea de los ribereños que finalmente explotaron la cuenca del río, y mucho menos, para surtir agua a los terrenos del Tlahualilo. En una década, de 1885 a 1895, las tierras cultivables dentro de la comarca prácticamente se habían triplicado.

Buena parte del fondo que en años posteriores sustentó el litigio del Tlahualilo, estuvo vinculado a la siguiente disyuntiva: a) la concesión del 5 de junio de 1888 se otorgó sólo para aprovechar sobrantes y, en este caso, eran preferentes los desechos de los ribereños del Nazas, incluso de aquellos que en el momento de la concesión no habían abierto sus terrenos al cultivo o bien b) debía entenderse que los derechos del Tlahualilo quedaron establecidos a partir de que se convalidó la concesión y, en este segundo supuesto, sus prerrogativas deberían considerarse prevalecientes sobre las de aquellos agricultores laguneros que ingresaron con posterioridad a la repartición del agua.

En el primero de los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, la propiedad de las tierras ribereñas eran valoradas como factor determinante para el aprovechamiento del agua; así, el único sistema para establecer su distribución es el de la derivación de excedentes. En la segunda proposición, queda implícito el reconocimiento de dos tipos distintos de derechos sobre el agua, a saber: el que deriva de la propiedad, que sólo corresponde a los feudos ribereños, y el que parte del título de concesión, que según la

compañía es equivalente al derecho de propiedad, pero que, sin embargo, la doctrina siempre ha mantenido en un escaño distinto.

Más adelante, en la demanda que inició el litigio del Tlahualilo, la compañía va a encaminar sus argumentos a establecer dos cuestiones: por una parte, que los derechos ribereños sobre el agua en la mayoría de los casos resultaban inciertos, porque en las mercedes otorgadas al marqués de Aguayo, no se especificó la posibilidad de acceso concreto a las aguas del Nazas, ya que su cauce era fluctuante y, en aquel entonces, el río no atravesaba la comarca en la misma forma, pues los torrentes iban a desembocar al vaso del Tlahualilo. Si los derechos de los ribereños eran dudosos y sólo podían fincarse en una base prescriptiva, los de la compañía en cambio, eran explícitos y tenían origen en un título reciente.⁸⁶ Por otra parte, la sociedad del Tlahualilo razonó que era imposible establecer el perjuicio de terceros, eventualmente ocasionado por su concesión, en virtud de que, cuando el título se otorgó, no existía ninguna precisión sobre el monto y la forma de esos intereses. El perjuicio a terceros, sólo podría haber tenido una base de cálculo real, si se hubieran establecido en relación con los terrenos cultivos, nunca, vinculando las apreciaciones a las tierras cultivables, puesto que no se tenía ninguna previsión sobre ellas.

Una vez considerados los aspectos jurídicos de fondo que con la concesión quedaban a debate, es necesario regresar a la reseña sobre las condiciones específicas de su otorgamiento. El primer contrato entre la compañía y el gobierno federal fue suscrito el 14 de abril de 1887; sin embargo, desde esa vez el ministro de fomento que actuó como representante de la parte oficial, consideró que el Ejecutivo carecía por sí de facultades para otorgar la concesión a la empresa, toda vez que trataba de un río sujeto a jurisdicciones locales. Por ese motivo, el general Pacheco sugirió al presidente que la concesión fuese enviada al Congreso de la Unión para que se revistiera del carácter de ley. Situado el contrato en el Congreso, se intensificó la impugnación de los ribereños de Coahuila, y fue tal su encono, que motivó al gobierno federal a pedirles que integraran una comisión para que, conjuntamente con la Compañía del Tlahualilo, pudieran establecer si la concesión era inocua o, por el contrario, les causaba perjuicios.⁸⁷ Este proceso motivó diversos peritajes que finalmente ayudaron al gobierno a decidirse por el otorgamiento de la concesión.⁸⁸ De hecho, se produjo un acuerdo entre el Tlahualilo y la Comisión de Coahuila y las bases de

⁸⁶ *Op. cit.*, pp. 115 y 116.

⁸⁷ Vera Estañol, J., *Alegatos...*, *cit.*, p. 120.

⁸⁸ *Op. cit.*, pp. 17-21.

esta convención quedaron incorporadas en la cláusula quinta del contrato entre la compañía y el gobierno federal.⁸⁹

Ya rectificaba la concesión fue suscrita el 2 de junio de 1888 por el general Pacheco secretario de fomento, en representación del gobierno federal. Como mandatario de la compañía estampó su firma el señor José de Teresa y Miranda. Francisco Bulnes en *El verdadero Díaz y la revolución* subraya el hecho de que el citado José de Teresa era concuño del presidente y que este vínculo fue excesivo para la proclividad del gobierno en relación con la compañía.⁹⁰

Aun solucionado el conflicto de intereses con los propietarios coahuilenses, quedaba al gobierno la tarea de configurar un marco jurídico para fundar la concesión. Así, el Congreso conocía, simultáneamente con los avatares del contrato del Tlahualilo, del proyecto de ley para determinar “Cuáles son vías generales de comunicación”.⁹¹ Cabe aclarar que, en la tradición romanista, los ríos navegables siempre fueron considerados bienes de uso común, precisamente porque se les reconocía el carácter de vías generales de comunicación. Al estar dictaminando sobre la ley citada, el Congreso tuvo a bien incluir un enunciado en el artículo 1o. en que se dispuso que serían consideradas como vías generales de comunicación: “Los lagos y ríos de cualquier clase y en toda su extensión que sirvan de límites a la República o a dos o más Estados de la Unión”.⁹² El pretexto que se arguyó para intercalar esta disposición tuvo que ver con el conflicto sobre los límites que en 1880 planteó el estado de Coahuila contra Durango, por obras realizadas en la ribera del Nazas. Con este matiz de la norma, el río Nazas quedó incorporado a la jurisdicción de la federación y, por ende, el gobierno de la República pudo legitimar sus injerencias en la Comarca Lagunera.⁹³

Tan precipitados fueron los acontecimientos narrados en los párrafos precedentes, que la ley mencionada se promulgó el 5 de junio de 1888, mientras que la ratificación de la concesión del Tlahualilo por el Congreso tuvo efectos apenas un día después; es decir, el 6 de junio de ese mismo año. Este ejercicio de legitimidad contra reloj, dejó en el trayecto algunos

⁸⁹ Vera Estañol, J., *Alegatos...*, cit., pp. 159-162.

⁹⁰ Bulnes, Francisco, *El verdadero Díaz y la revolución*, México, Valle de México, 1979, p. 269.

⁹¹ Ley de 5 de junio de 1888. “Cuáles son las vías generales de comunicación”, en Pallares, Jacinto (comp.), *Legislación federal complementaria del derecho civil mexicano*, México, tipografía artística de R. Riverol 1897, pp. 422 y 423.

⁹² *Idem*.

⁹³ *Idem* (véase artículo 2o.).

vicios jurídicos que la historia se ha negado a ocultar. El contrato-concesión fue suscrito por el Ejecutivo el 2 de junio, hecho del que claramente podemos inferir que la acción del presidente fue inconstitucional, así los efectos de la contrariación al texto de la Carta hayan durado unos cuantos días. El carácter jurídicamente espurio de la concesión fue perfectamente captado por la pluma crítica de Francisco Bulnes, quién denunció —en *El verdadero Díaz*— el atropello a la Constitución.⁹⁴

Además de los “bemoles” constitucionales, la inserción de los “ríos límite” y de los “ríos fronteras” en la ley que regulaba las vía de comunicación fue desde luego un desacierto técnico. Por más que esa clase de afluentes merecieran el arbitraje directo de la federación, fue inexplicable que los legisladores decidieran, para conseguir su propósito, endilgarles un concepto que ni con toda la violencia semántica podía englobar su naturaleza.

Si volvemos la vista al contrato en sí, los elementos que mejor destacan son los siguientes:

- a) Los cuatros primeros artículos se refieren a la autorización del gobierno federal para establecer colonias en los terrenos de Tlahualilo.
- b) El artículo quinto es el que establece la concesión de aguas propiamente dicha y las circunstancias que condicionan el otorgamiento. El agua se concesiona para riego de los terrenos, para el consumo de las poblaciones y para el consumo de las industrias que la compañía llegase a establecer en sus tierras. El agua debería trasladarse por un canal cuya apertura y mantenimiento corren a cargo de la compañía. Dentro del artículo quinto se especifican las bases técnicas de la concesión, tales como: dimensiones del canal, circunstancias del vertedor y obras tendientes a la conservación de la bifurcación del río, en virtud de que entonces la presa de San Fernando bloqueaba sólo uno de los dos ramales en los que se dividía el cauce del Nazas a esa altura.
- c) Se fijaron condiciones para el cumplimiento en la ejecución de las obras y para la supervisión de éstas por parte del gobierno federal.
- d) Se establecieron garantías y plazo de ejecución para el cumplimiento del contrato, así como las causas que provocarían su caducidad.
- e) También se pactaron franquicias y privilegios para la compañía en materia fiscal, así como una cláusula *sui generis* en la que se estableció que el gobierno prestaría a la empresa “el apoyo moral y material que

⁹⁴ Bulnes, F., *op. cit.*, p. 269.

esté dentro de su posibilidad, cuando aquella lo solicite, para vencer los obstáculos que puedan presentársele al llevar a cabo el contrato”.⁹⁵

Como se puede apreciar la concesión fue impresa en algunos aspectos fundamentales. Por ejemplo, no especificó cuotas o rangos para establecer el volumen de agua que podía aprovechar la compañía. Tampoco mencionó —aunque así se deduce de los actos preparatorios— que la concesión era específicamente de sobrantes o excedentes de agua. Luego, a pesar de que el artículo quinto en las condiciones de ejecución de la bocatoma y del canal garantiza de algún modo la no afectación de los derechos de terceros, en ninguna parte del cuerpo del documento se asienta expresamente que la concesión se otorga sin perjuicio de terceros. De la lectura del contrato está prácticamente ausente el contexto lagunero; sólo porque se sabe que las bases de ejecución del artículo quinto se incluyeron para dar satisfacción a las inconformidades de los ribereños coahuilenses podemos afirmar que, al menos ese punto de armonización con la realidad de la Laguna, sí tuvo la concesión.

Al ser omiso el contrato en relación con los derechos que debían entenderse como preferentes al de la compañía, se dio pauta para que, a través de sus lagunas, se desarrollaran todos los conflictos de interpretación que la inteligencia humana de ese tiempo y de aquella región fue capaz de proyectar. El trabajo litigioso dio origen a un verdadero caudal de ensayos técnicos y hasta de esfuerzos científicos para esclarecer los derechos de los ribereños. Gracias a este conjunto de intentos analíticos podemos hoy conocer con un buen grado de precisión la forma en que se gestó y adquirió sus perfiles definitivos el régimen jurídico de aguas en nuestro país.

Como última cuestión relacionada con la concesión, destaca la forma contractual tan ortodoxa en la que envolvía a este tipo de actos durante el siglo XIX. De plano se consideraba, por los juristas de aquel tiempo, que el gobierno horizontalizaba su nivel y contrataba en un plano de equivalencia real con los particulares. Este hecho no dejaba de tener un cierto carácter paradójico, sobre todo si se piensa que los mismos abogados convencidos de esa tesis, concedían que el contrato, al ser ratificado por el Congreso, recibía una suerte de inmolación jurídica que lo elevaba al

⁹⁵ *Contrato entre el general Carlos Pacheco, secretario de fomento, en representación del Ejecutivo de la Unión, el C. José de Teresa Miranda, en representación de la compañía Agrícola Limitada, llamada del “Tlahualilo”, para establecer colonias en los terrenos de la propiedad particular de dicha compañía, en el Bolsón de Mapimí, estado de Durango* (tomado de la publicación de la *Demanda* que efectuó la compañía), *op. cit.*, pp. 306-310.

rango de las leyes. Sea como fuese, el principio *res inter alios acta*, por el hecho de la participación del gobierno en el contrato se veía importante-mente corroído.

El descenso del gobierno al ámbito de los sujetos privados lo exponía a que los conflictos judiciales tuvieran que enfrentarlos en la vía civil. Aun en los márgenes estrechos de los litigios civiles, el gobierno era capaz de romper la simetría y de introducir en los procesos peculiaridades importantes cuando contendía como parte. Sin embargo, el ejercicio de dirimir la responsabilidad de sus actos en una vía tan técnica como la privada, implicaba un esfuerzo importante que colaboraba a mantener en buen nivel jurídico la expresión de las acciones del gobierno.

4. *El litigio*

A. *Los antecedentes directos*

Entre la década postrimera del siglo pasado y la primera del actual se produce una conjugación de factores que resultan adversos a la Compañía del Tlahualilo, de tal modo que sus posibilidades de aprovechar el agua del Nazas en la irrigación de sus terrenos fue reduciéndose, hasta el grado de que la concesión sólo le garantizaba cuotas residuales de agua, desde luego insuficientes para el cumplimiento de sus tareas productivas. El viacrucis de la Compañía del Tlahualilo empieza a esbozarse cuando a raíz de la promulgación de la Ley de 6 de junio de 1888, los ribereños del Nazas presentan más de 90 solicitudes para que les fueran confirmados sus derechos sobre las afluentes del río; tanto de los que venían aprovechando, como de los que podrían utilizar con la apertura de nuevos espacios al cultivo.⁹⁶

Al considerar que la expansión de las explotaciones algodoneras podría aparejar conflictos regionales de monta, el secretario de fomento intentó, en 1890, conciliar los intereses de los propietarios y dejar, de paso, sentadas algunas bases precisas para normar los aprovechamientos del Tlahualilo. Para cumplir su propósito, el general Pacheco envió al ingeniero Ibarrola, a quien transmitió el encargo de evaluar las posibilidades de establecer un sistema concertado para la distribución de las corrientes del Nazas.⁹⁷ Los ribereños, con ese fin, se reunieron varias ocasiones y, algunas veces, fue el propio Pacheco quien presidió las sesiones. Los esfuerzos con-

⁹⁶ Suprema Corte de Justicia, *Sentencia...*, *cit.*, pp. 106 y 107.

⁹⁷ Vera Estañol, j., *Alegatos...*, *cit.*, pp. 298 y 299.

ciliatorios del secretario de fomento fueron muy destacados, incluso llegó a proponer al conjunto de ribereños un proyecto de bases de acuerdo. Hubo, sin embargo, reticencias en algunos de los propietarios y, éstos, a su vez, ocasionaron retrasos en la suscripción del acuerdo. Con las cosas en estado de suspenso se produjo la renuncia del general Pacheco a la Secretaría de Fomento; el nuevo titular ya no insistió en las bases convencionales y se decidió por expedir un reglamento administrativo que fijara de manera central los derechos de los ribereños del Nazas. El instrumento normativo recogió los avances que por las gestiones del general Pacheco se lograron y también las propuestas técnicas que arrojan las observaciones del ingeniero Ibarrola; de hecho fue a éste a quien cupo el mérito mayor por la autoría del documento.

La insistencia del general Pacheco por conseguir una solución negociada estaba motivada por el temor de emitir un reglamento en el que se precisaran operativamente los derechos proporcionados de los ribereños al uso del agua, cuando los títulos en que éstos sustentaban sus pretensiones no estaban esclarecidos por completo. En la intención de Pacheco es muy nítida la convicción de que la solución a los problemas laguneros no podía originarse en un acto netamente vertical, ello, porque el espíritu de la Ley del 6 de junio de 1888, se orientaba a respetar los derechos de los ribereños, definidos con anterioridad a la expedición de la ley. El reglamento en el que Pacheco pensaba como solución de última instancia, no se concebía como un instrumento constitutivo de derechos, sino básicamente como un régimen para armonizar las vías operativas de los derechos ya existentes.

El Reglamento “provisional” que se emitió en 1891 confirió al Tlahualilo un lugar preferente en el acceso al agua, toda vez que su toma partía de la primera presa del Nazas ubicada en la región lagunera. Aquí vale la pena mencionar una observación atinada que Vera Estañol expuso en sus alegatos. Vera destaca que la definición que el reglamento de 1891 hizo a favor del Tlahualilo tuvo como base un juicio erróneo.⁹⁸ En los cálculos que sirvieron de sostén al ingeniero Ibarrola para fijar las cuotas de acceso a los derechohabientes, se concluía que las aguas del Nazas eran suficientes para cubrir las necesidades existentes en la comarca y que el Tlahualilo no haría sino disponer parcialmente de los sobrantes.⁹⁹ La variabilidad de las condiciones por los terrenos que seguían abriéndose al cultivo nos debe imponer cierta cautela para otorgarle a Vera Estañol la razón completa; lo que sí está fuera de duda es que el autor técnico del reglamento provisional

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 229-263.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 229.

reconocía que sus cálculos eran en realidad aproximaciones que la misma práctica ayudaría a confirmar.¹⁰⁰ Como fuese, el Reglamento de 1891 daba al Tlahualilo un volumen superior al 20% de las aguas totales del Nazas.¹⁰¹ Esta solución no podía resultar deseable para los ribereños propiamente dichos; su inconformidad tuvo una gestación expedita y con firmeza buscaron, a partir de 1893, la rectificación del reglamento.¹⁰²

Conviene esclarecer que el canal del Tlahualilo quedó concluido el 2 de julio de 1890, en esa fecha, la compañía pidió autorización a la Secretaría de Fomento para abrir sus compuertas. La autoridad no accedió de pronto a la petición del Tlahualilo porque la empresa no había cumplido con la ejecución de las obras consignadas en el artículo 5o. del contrato-concesión. La compañía insistió en la solicitud y pidió la gracia de la Secretaría de Fomento, a la que expuso sus razones por no haber realizado aún las obras a las que estaba obligado. La Secretaría de Fomento ordenó una inspección al ingeniero Ibarrola y éste, finalmente, opinó que el canal podía iniciar su operación sin riesgo inmediato para los ribereños del Nazas. La compañía empezó a recibir aguas en sus terrenos durante octubre de 1890. Ello quiere decir que, cuando el general Pacheco negociaba para establecer un sistema convencional y autogestionario de distribución, todavía no se contaba con la experiencia concreta de la operación del canal del Tlahualilo. Sin embargo —y en esto conferimos razón a Luis Cabrera— el Reglamento de 1891 precisó la cuota de la compañía, confirmó también los derechos que podrían ejercerse a través de las otras presas y canales; lo que no estableció ni podía establecer eran los derechos concretos de los cultivadores futuros.¹⁰³

En la ribera inferior del Nazas, durante los años de gestación del primer reglamento, la mayoría de las explotaciones se encontraban apenas en periodo de desarrollo. Por esta razón, las definiciones a favor de la Compañía del Tlahualilo no afectaban en ese momento sino a expectativas futuras.

El Reglamento provisional de 1891 favorecía a los propietarios de la ribera superior, porque a éstos pertenecían los títulos y las explotaciones más antiguas y porque su situación topográfica les había otorgado desde siempre esa preeminencia; beneficiaba también a la Compañía del Tlahualilo, no por la antelación de sus derechos, sino porque la posición tipográ-

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 314 y 315.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 318-334.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Op. cit.*, pp. 161 y 162 (de la réplica que se publica como anexo a la demanda), pp. 259-264.

fica de su bocatoma así lo propiciaba. No se trataba de definir preferencias; el reglamento sólo ordenaba cuotas para derechohabientes que cualquier manera veían colmadas sus necesidades hidráulicas, en virtud de que se suponía la suficiencia del Nazas.

La situación privilegiada del Tlahualilo fue un factor propiciatorio para que la animadversión de los ribereños creciera en su contra y se consolidara. Todos los comarcanos se unieron para presionar al gobierno federal y le exigieron modificaciones al reglamento vigente. Así, todavía bajo la batuta del ingeniero Ibarrola, se preparó el reglamento que se denominó definitivo y que se emitió en 1895.¹⁰⁴ En este nuevo instrumento la compañía resultó postergada, ya que sólo podía tener su gasto cuando los otros ribereños, incluso los que se beneficiaban de canales reconocidos en el Reglamento de 1891, habían, a su vez, asumido su gasto normal.¹⁰⁵ El reglamento definitivo conservó todavía el criterio de que la autoridad administrativa no era un árbitro supremo de los derechos sobre el agua, sino un componedor de las circunstancias para su ejercicio. En este orden de ideas, el interés de los ribereños superiores siguió prevaleciendo sobre el de los ribereños inferiores; en términos generales el nuevo reglamento conservaba el ritmo de distribución establecido en su predecesor, salvo porque reordenaba las oportunidades de acceso del Tlahualilo, cuyo canal sólo podría abrirse cuando los otros hubiesen tomado su gasto normal. La cuota de agua del Tlahualilo se repartió entre ribereños superiores e inferiores en demérito de los intereses de la compañía.¹⁰⁶

La publicación del Reglamento de 1895 trajo algarabía entre los comarcanos, quienes organizaron un “besamanos” al presidente en la capital, para agradecerle la expedición de un instrumento que consideraban benéfico para el mejor desarrollo de La Laguna.¹⁰⁷

Como es lógico, lo que significó euforia para los ribereños del Nazas, fue inconformidad y desazón para la compañía. A pesar de que ésta no promovió juicio de amparo en contra del Reglamento de 1895, sí mostró su inconformidad a lo largo de varios escritos de los que da cuenta pormenorizada Luis Cabrera en la famosa demanda del Tlahualilo. Paralelamente a su descontento, la Compañía perfiló a la Secretaría de Fomento una alternativa para negociar una compensación por el desplazamiento que le ocasionaba el reglamento citado. La propuesta del Tlahualilo se dirigió a con-

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 164-171.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 171-175.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 176-193.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 177 y 178.

seguir la ampliación de sus cuotas como ribereño, con el objeto de desviar por los canales de San Fernando el agua hacia el canal del Tlahualilo; sin embargo, sus gestiones no fueron atendidas sino en una mínima parte.¹⁰⁸

Como lo asienta con un dejo de amargura la representación litigiosa de la compañía en el escrito de demanda, el Reglamento de 1895 no era la forma de colmar las expectativas de los ribereños inferiores y, por lo mismo, tampoco podía ofrecerse como una solución de pacificación definitiva a los conflictos laguneros. Apenas en 1896 los ribereños de Coahuila volvieron a la carga; el 4 de agosto de ese año dirigieron a la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas un ocurso para solicitar al titular el aprovechamiento proporcional —yo diría paritario— de las aguas del Nazas.¹⁰⁹ Como presupuesto de la petición establecían que: “Las aguas son del dominio público y están bajo la jurisdicción federal, a la que toca darles la distribución conveniente a los intereses públicos”.¹¹⁰ Al esgrimir este argumento los ribereños inferiores introducían una nueva variable a la discusión; hasta entonces todos aceptaban que las aguas del Nazas eran reductibles a la apropiación privada, por lo menos desde que ingresaban a los canales de traslado (la Ley de 6 de junio de 1888 definió la jurisdicción federal sobre las aguas que aprovechaban los particulares y en los textos del general Pacheco relativos al Reglamento de 1891 y a la convención frustrada de 1890, se utiliza una jerga ambigua en la que pocas veces se alude a los derechos de propiedad de los ribereños sobre el agua).¹¹¹

Con objeto de conferir todo el peso a su planteamiento, los ribereños inferiores acudieron para su representación a uno de los talentos jurídicos de mayor prestigio durante el Porfiriato, me refiero a Luis Méndez que, por cierto, no iba a ser el único involucrado en las disputas del Nazas; además de los protagonistas del litigio del Tlahualilo, hay también una opinión de Pablo Macedo, aunque éste aparece como representante de los ribereños duranguenses.¹¹²

En respuesta a la presión de los ribereños inferiores, el 11 de agosto de 1896 se dispuso por la autoridad federal que todos los canales, desde la presa de San Fernando hasta la de Torreón —es decir, los de la ribera superior—, cerraran sus compuertas para que pudieran recibir el agua los canales abiertos desde el Cuije hacia abajo. En octubre de 1898 la Secretaría

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 179-193.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 193-197.

¹¹⁰ Vera Estañol, J., *Alegatos...*, *cit.*, pp. 216-220.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² Macedo, Pablo, *op. cit.*, y Méndez, Luis, *op. cit.*

de Comunicación redujo la cuota del Canal de Santa Margarita —también arribeño—. En 1900 la Secretaría mencionada decretó otra vez el cierre de los canales de la ribera superior y la acción tuvo efectos del 28 de septiembre al 2 de octubre del año mencionado.¹¹³ Como se puede apreciar, la lucha de los comarcanos coahuilenses fue persistente; a la larga, éste golpeteo reiterado y la creciente fuerza política de familias como la de los Madero llevaron a inclinar a su favor las soluciones del gobierno.¹¹⁴

Las porfías de los ribereños de Coahuila se vieron recompensadas cuando el primero de julio y el 12 de agosto de 1908, la Secretaría de Fomento resolvió una petición que su Sindicato le había remitido con fecha 11 de mayo de ese año.¹¹⁵ En los acuerdos mencionados, la Secretaría de Fomento ordenaba que los canales de los ribereños superiores permanecieran cerrados del 20 de agosto al 20 de septiembre, con objeto de que los propietarios coahuilenses pudieran disponer del agua en ese periodo.¹¹⁶

Para entender mejor el alcance de estas resoluciones, hay que referirse a la petición del 11 de mayo de 1908. En ella los abajeños exponen al secretario de fomento el efecto negativo que han registrado por no contar con agua durante septiembre, que es el periodo adecuado para preparar siembra. Los coahuilenses al razonar que los ribereños superiores gozaban de agua en abundancia y, ese hecho les pudo llevar a incurrir en el desperdicio, mencionan que los propietarios del lado superior no requieren el agua en septiembre porque, para entonces, su algodón está ya en planta y, que si no fuera así, lo único que hubiera quedado en evidencia era la mala calidad de las tierras duranguenses, que por su excesiva porosidad propiciaría filtraciones prematuras del agua. Los ribereños inferiores ponderaban el rendimiento superior de sus tierras y las ventajas que la región obtendría si se les confería agua durante septiembre.¹¹⁷

La aplicación de las resoluciones de la Secretaría de Fomento trajo la reacción más contundente que del lado de los ribereños superiores es posible identificar. Se desató una guerra en la prensa nacional y en la regional, a raíz de la cual el conflicto del Nazas empezó a cobrar la dimensión que más tarde le daría el litigio de Tlahualilo.¹¹⁸ En la reacción participó también el licenciado Esteban Fernández, gobernador de Durango, quien dirigió

¹¹³ *Op. cit.*, *Demanda*, pp. 196-199.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 198.

¹¹⁶ *Idem*, también nota 31.

¹¹⁷ Véase nota 31.

¹¹⁸ Véase por ejemplo *El país*, 4, 6, 11 y 17 de noviembre de 1908; también el *Imperial*, 12 y 26 de noviembre de 1908.

un comunicado a Olegario Molina, secretario de fomento, solicitando la rectificación de los acuerdos de la dependencia a su cargo. Por su parte, Pablo Macedo produjo también un dictamen avalando el derecho de los ribereños superiores; en todos estos documentos puede palpase el mismo fondo: la Secretaría de Fomento infringe con sus resoluciones el derecho de propiedad; modifica el Reglamento de 1895 sin contar con habilitación jurídica para ello, porque no puede establecer la equidad en la cuenca del Nazas a costa de privar a los ribereños duranguenses de lo que legítimamente les pertenece.¹¹⁹

Independientemente de los vicios jurídicos que sin duda albergaban, las resoluciones de Fomento imponían un rumbo nuevo a la cuestión del Nazas. De hecho, estos actos venían a validar el argumento de la propiedad pública de las aguas del Nazas y la correlativa solución precaria en la que quedaban los títulos ribereños. Desde entonces, la función de la autoridad administrativa dejaba de concebirse bajo el matiz del reconocimiento de los derechos de los ribereños y pasaba a consolidarse como la instancia primigenia y fundante de sus derechos. El reconocimiento de la propiedad y de la posición topográfica ceden completamente al criterio de la proporcionalidad y del arbitraje administrativo en una línea estrictamente vertical.

La naturaleza redimió un tanto a los propietarios duranguenses, porque 1908 fue un año en el que las lluvias se brindaron generosas. Si la sequía hubiera dominando, seguramente las pérdidas de los ribereños habrían resultado cuantiosas.

Para 1909 el gobierno mexicano tenía preparado un nuevo reglamento para la distribución de aguas del Nazas. En el documento que empezó a regir en septiembre se consagró el sistema de tandas proporcionales y compensadas, aunque se respetaba la preferencia de los ribereños superiores en los afluentes muy pequeños.¹²⁰ La intención general del reglamento era la de conseguir el máximo nivel de equidad en la distribución del agua. Políticamente, significaba una victoria relevante para los ribereños inferiores porque, con las tesis contenidas en el nuevo documento, prácticamente quedaba abolido el derecho de apropiación privada del agua y, en adelante, su aprovechamiento estaría sujeto a la mediación de las autoridades administrativas. Las cuotas ya no serían, en lo sucesivo, determinadas por la posición topográfica de los predios, sino por un criterio de equilibrio regional que sólo podía definir el poder público.

¹¹⁹ Macedo, Pablo, *op. cit.*

¹²⁰ *Periódico oficial del gobierno del estado de Durango*, 16 de septiembre de 1909, pp. 1-10.

En la génesis del Reglamento de 1909 se suscitaron hechos que son dignos de mención. Previendo el gobierno que después de los efectos que tuvieron las resoluciones de la Secretaría de Fomento emitidas en julio 1o. y agosto 12 del año anterior, el año de 1909 resultaría necesariamente conculso en la región lagunera, convocó a los ribereños del Nazas a una reunión que se verificaría en marzo, con objeto de que los propietarios pudieran conciliar intereses y establecer en forma consensual un mecanismo estable para el uso del agua en La Laguna.¹²¹ La reunión se llevó a cabo el 24 de marzo de 1909 y contó con la presencia del representante de la Compañía del Tlahualilo. Sin embargo, Mallet-Prevost, representante de la empresa, se concretó a cuestionar al secretario de fomento en relación con la posición de su ministerio. A decir de Mallet-Prevost, la Secretaría debía definir de entrada si la base de la discusión suponía el reconocimiento al derecho de propiedad sobre las aguas a favor de los ribereños, o por el contrario, si era partidaria de la tesis que consideraba las aguas del Nazas dentro del dominio público y, por tanto, los ribereños tenían sobre éstas un derecho de aprovechamiento, derivado por la propia autoridad. Olegario Molina contestó de manera directa el cuestionamiento y sostuvo que la legislación mexicana vigente en el momento, consideraba los títulos de los particulares como propiedad sólo cuando éstos hacían ingresar el agua a sus canales y mientras el fluido se mantuviera corriente, la propiedad era de la nación. Para fundar su criterio Molina invocó la Ley de Bienes Nacionales, vigente desde el 18 de diciembre de 1902. En esta ley por primera vez se aclaró que los ríos considerados antes de jurisdicción federal eran también objeto de dominio de la nación.¹²²

Ante la respuesta tajante del secretario de fomento, Mallet-Prevost tomó la decisión de retirarse de la sesión del 24 de marzo y sólo observó que la ley invocada por Olegario Molina como apoyo de sus tesis, era una ley no aplicable al caso de la compañía, en virtud de que la definición de sus derechos se había realizado fuera del alcance temporal de la Ley de 1902.¹²³

Para 1909, a la Compañía de Tlahualilo ya sólo le quedaba abierta la puerta de la confrontación, porque las interpretaciones oficiales sobre el alcance de sus derechos comprometían seriamente su existencia. Las vías de lucha que eligió fueron dos: el litigio contra el gobierno federal y la solicitud de apoyo diplomático a los gobiernos inglés y norteamericano. Ambos

¹²¹ Véase folleto anónimo, *Actitud de la Compañía del Tlahualilo en las juntas de ribereños del Nazas*, México, Tipografía M. F. Reyes, 1909, 13 pp.

¹²² Véase nota 121, en especial la fundamentación que realiza Olegario Molina de la posición de la Secretaría de Fomento en la Ley del 18 de diciembre de 1908.

¹²³ *Idem*.

canales de lucha los entendió la compañía complementarios. La demanda aportaría un factor de presión porque en sus enunciados se expresarían con certeza cuáles eran los intereses patrimoniales que resultaban afectados; con la vía legal abierta, la presión diplomática podría enfocarse en el sentido correcto. Sin embargo, de los dos gobiernos a los que la compañía quiso involucrar, sólo los Estados Unidos, mostraron interés y disposición en el asunto. Qué tan importante fue el litigio del Tlahualilo en el contexto de las relaciones de México y Estados Unidos es un factor difícil de medir; empero, existen opiniones como la de Francisco Bulnes quien juzga que la resolución adversa que dio el gobierno de Díaz a la cuestión del Tlahualilo pesó sobremanera y que, desde entonces, los norteamericanos dejaron de apoyar al dictador en su gestión.¹²⁴

Abonado el terreno para la contienda, la sociedad del Tlahualilo llamó para que se ocupara de la defensa de sus intereses en el foro al despacho del licenciado Luis Cabrera, aunque formalmente el escrito de demanda apareció suscrito por James Kitchin, apoderado de la compañía y por Severo Mallet-Prevost y W. A. McLaren, como abogados. El escrito, compuesto por 233 cuartillas impresas, fue presentado ante la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia en los últimos días de abril de 1909. Por la naturaleza del documento se presume que su confección ocupó cuando menos algunos meses; en este entendido, se puede afirmar que la compañía había llegado a la resolución de entablar la demanda contra el gobierno, quizás a raíz de las resoluciones de la Secretaría de Fomento del 1o. de julio y 12 de agosto de 1908.

II. EL PLANTEAMIENTO DE LA LITIS

1. *La demanda*

El escrito de queja es en realidad un extenso análisis sobre la propiedad de aguas en nuestro país. Se trata de un documento exhaustivo donde se desarrolla toda una teoría en torno a la apropiación hidráulica, sobre los supuestos de mayor convivencia práctica para el Tlahualilo. La exposición de hechos guarda una trabazón y una precisión que resultan ejemplares; a cada capítulo de referencias fácticas, le sigue otro igual de extenso, donde se expresan los razonamientos de derecho que van construyendo el entramado de la argumentación del actor. No son invocaciones directas o

¹²⁴ Bulnes, F., *op. cit.*, pp. 274 y 275.

preceptos legales los que contienen la demanda, se trata de auténticos alegatos que se sustentan en criterios históricos, doctrinarios, comparatistas e incluso ingenieriles.

La demanda del Tlahualilo está constituida de tal forma que garantiza el análisis pormenorizado del juzgador; sus planteamientos no pueden resolverse sin un conocimiento exhaustivo de la argumentación. Igualmente, la defensa queda obligada a penetrar una gama amplia de temas jurídicos, so pena de no abarcar con suficiencia la intensidad y la extensión de las cuestiones sugeridas por el actor. Antes de proporcionar mayores datos sobre la estructura lógica de la demanda, es oportuno analizar la naturaleza de la acción intentada. Todo el escrito sostiene una reclamación civil de resorte elemental: se trata de una acción de cumplimiento de contrato, complementada por un reclamo indemnizatorio por daños y perjuicios que a la empresa del Tlahualilo le acarreó el supuesto incumplimiento del gobierno en relación con el contrato-concesión del 5 de junio de 1888.

Envuelta en estas dos acciones rigurosamente ligadas a la lógica de los contratos, se ejerce otra que es medular en la lógica del caso, se refiere al “reconocimiento de los derechos de agua de la compañía”, tal como aparecen definidos en el Reglamento provisional de 1891. La resolución favorable de esta petición implicaba para la autoridad judicial sostener a la propiedad de Tlahualilo sobre una cuota del gasto del Nazas, superior a la quinta parte de su volumen anual.

No deja de causar suspicacias el mecanismo judicial elegido; por momentos parece que la selección estuvo constreñida por la inacción judicial de la empresa en los momentos en que determinados actos de autoridad comprometieron o cancelaron sus intereses. Muchos de los acontecimientos intermedios de la demanda hubieran tenido su campo de expresión natural en el *amparo*. Concretamente la empresa ataca de manera principal la validez de los efectos en su contra, que provocó el Reglamento definitivo de 1895, sin embargo, aunque hay constancias de que la empresa no aceptó en buen grado su aplicación, nunca hizo valer por la vía del juicio constitucional la anulación de la aplicación del reglamento.

Al elegir la empresa la vía civil obligó al gobierno a litigar como sujeto privado de derecho; los argumentos de la queja no suponen actos de autoridad, sino más bien, conductas de un sujeto del derecho común que traicionó el sentido de un acuerdo contractual.

La parte vulnerable de la demanda estaba vinculada al cumplimiento deficiente que la compañía había hecho del contrato-concesión. Al abrir sus exigencias en el plano obligacional de los contratos, la compañía quedaba expuesta a que el gobierno, como efectivamente sucedió, se exceptionara

a través del argumento del contrato no cumplido por parte del actor. La exigencia de satisfacer las conductas contractuales que hace una parte a la otra en un litigio. Funciona bajo el supuesto de que el demandante ha dado una ejecución cabal a las obligaciones a su cargo; cosa que la compañía estaba lejos de haber realizado.

Decidirse por la ejecución forzosa del contrato de 1888, evitaba a la compañía tener que desvirtuar muchos actos de autoridad intermedios, como por ejemplo, las resoluciones de la Secretaría de Fomento de julio y agosto de 1908. Una sentencia favorable a la demanda del Tlahualilo hubiera implicado una reposición radical de los privilegios que le otorgaba el Reglamento provisional de 1891, instrumento que había determinado una cuota de agua a favor de la empresa que puede valuarse en un 22% del gasto total del Nazas en un año.

Estructuralmente la demanda sigue un orden bien delineado: en el primer capítulo se proporcionan los antecedentes y se habla de las circunstancias y de los términos en que fue suscrito el contrato-concesión de 1888. La parte referente al derecho se destina a probar la hipótesis de que en el derecho mexicano existe propiedad privada sobre el agua. El capítulo segundo se refiere a la expedición y vigencia del Reglamento provisional de 1891. En este apartado aparece la ingeniosa tesis de que el reglamento citado, al ser aceptado por la compañía, constituyó una *novación* al objeto del contrato del 5 de junio de 1888. En la parte relativa al derecho, los abogados de la parte actora se refieren al Reglamento provisional de 1891 no contuvo sólo preceptos revocables, sino que una parte del instrumento se dedicó a fijar derechos definitivos para los ribereños y derechohabientes a los que se dirigía. Aquí, se razonó también, que las condiciones variables de La Laguna no podían ser objeto permanente de ajuste de los derechos de los ribereños, porque esto hubiera llevado a reconocerles simples derechos de *uso revocable*. En el cuarto capítulo se analiza el Reglamento definitivo de 1895 y sus efectos. A este reglamento remite la compañía la violación fundamental del contrato celebrado en 1888. A partir de la expedición de este instrumento normativo, la distribución en el Nazas ocurre, según la compañía, de forma absolutamente ilegítima. En este capítulo es donde más consideraciones políticas se vierten; es aquí donde los abogados esclarecen el sentido de las pugnas entre propietarios dentro de la cuenca del Nazas. Antes, el capítulo tercero se ocupó de establecer algunos criterios, según los cuales resultaba imposible que la compañía hubiera dado cumplimiento a las obligaciones que contrajo con el gobierno en 1888. Las obras para conservar la bifurcación del Nazas, desde su punto de vista, no eran ejecutables y, si el gobierno aceptó que sin estar

realizadas se abriera el canal, fácilmente reconoció su impracticabilidad. La expedición del Reglamento de 1891 significó la adopción de un sistema alternativo a aquél que sugerían las bases de ejecución del artículo 5o. del contrato-concesión. Por otra parte, si la compañía no había podido mantener a los colonos en sus tierras fue por causas imputables al gobierno, pues fue éste quien con actos indebidos privó a la empresa del agua necesaria para la colonia. Por último, en el quinto capítulo se refiere a los daños y perjuicios que la compañía ha resentido por la actitud de incumplimiento que imputa al gobierno.

III. LA CONTESTACIÓN Y LOS ALEGATOS DE VERA ESTAÑOL

A través de un escrito de 20 hojas impresas el procurador general de la República, Rafael Rebollar, dio contestación a la demanda de Tlahualilo. La respuesta gubernamental puede calificarse como parca si se tiene en cuenta la profusión de argumentos y de temas que desplegó la parte actora en su demanda. Llama la atención que en el escrito de contestación del procurador no haya procedido a través de una negativa puntual sobre cada uno de los hechos y argumentos; intentó más bien una negativa genérica que no inmiscuyó la controversia sobre los aspectos teóricos de la demanda. Todo el énfasis de la contestación se puso en las excepciones invocadas para desvirtuar las peticiones del actor: la falta de cumplimiento del contrato; prescripción y, subsidiariamente, la nulidad de la concesión.¹²⁵

El incumplimiento de la compañía se hacía consistir en la violación de varias de las cláusulas pactadas: primero, se consideró que la parte relativa a colonización no se había realizado en términos satisfactorios porque la empresa no fue capaz de mantener a los colonos dentro de sus terrenos. También se adujo que la compañía no informó puntualmente sobre la forma en que procedió al establecimiento de la colonia. Segundo, se mencionó que la compañía no cumplió con la ejecución de las obras tendientes a mantener la bifurcación del río. Tercero, el Tlahualilo no utilizó la *servidumbre* de traslado de agua que le confería su contrato después de 1895; por lo tanto, se argumentó en su contra la excepción de prescripción. Cuarto, la compañía violó también el contrato al haber transferido a una empresa distinta los derechos derivados de la concesión. Aquí, el procurador se refiere a la transformación que sufrió la empresa en 1890;

¹²⁵ *Contestación del gobierno a la demanda que le formula ante la 3a. sala de la Suprema Corte de Justicia la Compañía Agrícola Industrial, Colonizadora, Limitada del Tlahualilo, cit.*

dejó de ser la Compañía Agrícola Limitada del Tlahualilo, para convertirse en la Compañía Agrícola, Industrial Limitada del Tlahualilo, Sociedad Anónima. Este cambio formal del sujeto beneficiario de la concesión no fue notificado al gobierno ni mucho menos se solicitó la autorización para realizarlo.¹²⁶

La excepción subsidiaria de nulidad del contrato se interpuso porque el gobierno argumentaba que había un vicio de voluntad en el otorgamiento de la concesión. El vicio aludido era un error en el objeto, porque de haber conocido el gobierno el gasto real del Nazas en un año y la insuficiencia de sus afluentes para la irrigación de las tierras laguneras, nunca habría concedido al Tlahualilo la posibilidad de aprovechar aguas del río; en virtud de que cualquier desvío de éstas fuera de la comarca implicaba necesariamente perjuicio a los ribereños.¹²⁷

Como argumento lateral del procurador expuso, que en realidad la compañía había mostrado su aceptación expresa o tácita, hacia los reglamentos de 1891 y 1895. En cuanto a este último, la empresa hizo valer ante las autoridades administrativas todas las objeciones que a su derecho conviniere; sin embargo, en ninguno de los dos casos la compañía buscó la anulación de los efectos que los reglamentos podían establecer en su contra por la vía natural, que era la del *amparo*.¹²⁸

La parte más significativa de la contestación a la demanda fue la del argumento de reconvencción que el procurador hizo valer en contra de la empresa. El incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la compañía no se utilizó sólo como fórmula de excepción, sino que fue la base para el contraataque judicial del gobierno. Quizás con la conciencia de que la contestación del gobierno era un escrito de menos dimensión jurídica que la demanda y de que sólo constituía la sinopsis de lo que podía ser su defensa en el juicio, el procurador encargó a Jorge Vera Estañol y Manuel Calero el patrocinio de los intereses del gobierno. Los abogados cumplieron el encargo y para el 7 de noviembre de 1910, Vera había concluido unos alegatos monumentales que superaban las 700 hojas impresas. Con gran rigor analítico, quizás superior al de la propia demanda, Vera Estañol realiza una refutación milimétrica de cada uno de los argumentos, supuestos técnicos e interpretaciones legales que contenía el escrito inicial del Tlahualilo.¹²⁹

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 246 y 247.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 243.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 245.

¹²⁹ Véase nota 10.

Sólo en la refutación del primer capítulo de la demanda, el abogado del gobierno invirtió seis; en ellos detalla la evolución de las relaciones de propiedad en La Laguna, a partir de las mercedes otorgadas al marquesado de Aguayo; los aprovechamientos de aguas existentes en 1887 y 1888; así como las circunstancias —políticas y jurídicas— que dieron origen a la concesión del Tlahualilo.¹³⁰

De los capítulos VI a X inclusive, Vera Estañol se encarga de precisar las circunstancias de expedición y de vigencia de los reglamentos de 1891 y 1895. Dos son los aspectos que destacan en la argumentación de estos apartados: primero, la precisión con la que Vera maneja los informes técnicos para alinearlos en beneficio del gobierno; realmente efectúa un trabajo artístico en la exposición y valoración de los recursos penales. Además, de manera muy aguda expone las contradicciones en las que incurre el Tlahualilo, cuando intenta poner a flote su situación a través del recurso desesperado de acordar con el gobierno un incremento de las dotaciones de los canales de la hacienda de San Fernando; al construir sus peticiones la empresa no pudo evitar el coqueteo con los mismos argumentos que los demás ribereños han invocado a su favor, justamente en contra de la misma compañía.¹³¹

La parte más sobria y más contundente de los alegatos de Vera Estañol se encuentra en los capítulos que se refieren al incumplimiento de la compañía de aquellas obligaciones que constituyeron las bases de ejecución de la concesión de 1888. El trabajo analítico de Vera arroja una demostración convincente de que la empresa del Tlahualilo pudo ejecutar y no ejecutó las obras para mantener la bifurcación en el cauce del Nazas.¹³²

La liga lógica del extenso alegato de Vera Estañol, él mismo la resume: Los ribereños del Nazas venían aprovechando sus aguas para la irrigación de los terrenos laguneros, fincados en títulos que enlazaban históricamente con las mercedes del marquesado de Aguayo; la Independencia del país operó la sustitución del patrimonio real por el dominio del Estado, *ergo*, los derechos de los ribereños quedaron confirmados por las nuevas instituciones nacionales; el río Nazas fue siempre una corriente de dominio público, sin embargo, los títulos ribereños, derivados del derecho colonial, fueron respetados por las leyes del México independiente; a partir de la ley de junio de 1888, el Nazas fue un río de jurisdicción federal; para aprovechar sus aguas sería entonces necesaria la concesión de los poderes centrales,

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ Vera Estañol, J. *Alegatos...*, *cit.*, capítulo X.

¹³² *Ibidem*, pp. 487-513.

pero siempre éstos tendrían que respetar los usos y servidumbres constituidos con anterioridad; la concesión de la compañía se otorgó sin perjuicio de terceros, para aprovechar las aguas sobrantes que debían captarse únicamente del brazo izquierdo del Nazas; en consecuencia, la empresa de Tlahualilo quedaba obligada a mantener la bifurcación del río y mantener el canal en las condiciones estipuladas en el contrato; la compañía no cumplió las condiciones contractuales para aprovechar las torrentes del Nazas; su incumplimiento faculta al gobierno a cumplir la rescisión; la compañía se encuentra en mora desde el 6 de junio de 1891; el reglamento de este último año no confirmó derechos referentes a la compañía ni alteró las relaciones jurídicas de ésta con el gobierno; el reglamento de 1895 corrigió las insuficiencias de su antecedente en aras de una distribución más equitativa y proporcional del agua del río; este instrumento legal no afectó preferencias a favor de la compañía porque ésta no las tenía y, por último, que el reglamento de 1895 no fue legalmente impugnado por la empresa del Tlahualilo y, por tanto, ésta se conformó con su sentido y efectos.¹³³

IV. EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

El fondo del negocio del Tlahualilo quedó planteado en relación con las siguientes cuestiones:

- a) La naturaleza de los derechos para el aprovechamiento de las aguas del río Nazas era de auténtica propiedad o simplemente se trataba de derechos de uso adaptables a las necesidades de desarrollo de la región.
- b) Si el derecho de los ribereños es en cualquier circunstancia preferente al de un concesionario que se encuentra fuera de la cuenca inmediata del río, incluso cuando el derecho de la concesión se hubiese definido con antelación a la existencia de aprovechamientos de algunos de los ribereños.
- c) Si el reglamento de 1891 fue una novación del contrato del Tlahualilo o un acto de autoridad independiente de la concesión.
- d) Si el reglamento de 1891 fijó cuotas estables para los derechohabientes o sólo fue un instrumento provisional sujeto a cualquier acto de rectificación posterior.
- e) Si el reglamento de 1895 fue dictado con facultades legítimas por parte del gobierno que lo emitió, o por el contrario, la autoridad debió contar con la anuencia del Tlahualilo, toda vez que sus disposiciones

¹³³ *Ibidem*, pp. 697 y ss.

implicaban la afectación de los derechos de la compañía definidos por la concesión de 1888.

- f) Si la compañía se inconformó realmente con los efectos del reglamento de 1895, o por el contrario, consintió su aplicación durante varios años.
- g) Si la compañía estaba en posibilidades de cumplir con la realización de las obras que le prescribía el contrato-concesión para mantener la bifurcación del río, o si la variabilidad de éste, había vuelto imposible su realización.
- h) Si la compañía sí cumplió las obligaciones derivadas del contrato-concesión de construir las obras necesarias para mantener bifurcado el río, o por el contrario, incumplió el cometido contractual.
- i) Si el gobierno federal autorizó a la compañía abrir un canal reconociendo la imposibilidad de la ejecución de las obras a cargo de la empresa, o bien, lo hizo sin prejuzgar la solución que la compañía hubiese dado a las obras consignadas en el artículo 5o. de la concesión.
- j) Si la compañía tenía la obligación sólo de establecer los colonos a que se refiere la concesión, o su obligación se extendía también a conservarlos indefinidamente en sus terrenos.
- k) Si la compañía habría sufrido daños y perjuicios por el incumplimiento contractual del gobierno, o por el contrario, el gobierno había cumplido el contrato y no tenía ninguna responsabilidad patrimonial con la empresa.

La habilidad de quienes litigaron el negocio por parte del gobierno consistió en haber desplazado el escenario principal de la controversia; tal como Cabrera lo delineó, la discusión vertebral hubiera tenido que versar sobre el cumplimiento del gobierno en relación con las estipulaciones del contrato-concesión de 1888, sin embargo, la parte toral de la discusión cambió de sitio y lo que quedó en el centro del debate fue el cumplimiento o incumplimiento de la compañía.

Cabrera requería probar que los actos de autoridad que constituían los reglamentos de 1891 y de 1895 eran desarrollados, o bien, contravenciones a los derechos definidos en la concesión del Tlahualilo; a Vera Estañol le bastaba con rebatir el planteamiento general de la demanda —y para ello profundizó en el conocimiento de los sucesos y superó la precisión de su manejo en relación con el que de ellos se había hecho en la demanda— después, sólo le quedaba demostrar la conducta concreta de incumplimiento.

Jurídicamente la demanda era muy rica, pero, lógica y prácticamente, la posición del gobierno era más sólida. Los alegatos de Vera Estañol le dieron jerarquía a los argumentos iniciales del procurador y, sin duda, consti-

tuyeron un documento que se sobrepuso en calidad, trabazón y solidez de la demanda. De Cabrera no deja de sorprender el ingenio dialéctico y en ocasiones hasta retórico; en el caso de Vera lo que más admiración despertada es la capacidad de profundización en los argumentos, de tal suerte que siempre fue capaz de surtir una proposición más honda y mejor sustentada que aquella expresada por su colitigante.

Sin que pudiéramos exigirles más, los abogados de una y otra parte habían dejado ya a la Suprema Corte de Justicia la controversia a punto de solución; de los ministros no era dable esperar una sentencia discordante, considerando la calidad procesal con la que se había ventilado el negocio. La opinión pública vigilaba de cerca los avances del asunto del Tlahualilo y, el gobierno, tenía empeñados en el caso su prestigio y su posición frente a las potencias del exterior que no dejaban de presionar a favor del Tlahualilo. Este, sin duda, fue uno de esos casos, por demás difíciles, en que la autoridad judicial debe llegar a desbalancear un equilibrio frágil y caótico que la tensión natural de los intereses confrontados ha gestado.

1. *La sentencia*

La Suprema Corte de Justicia tuvo siempre conciencia de la gravedad del litigio que atendía y, al inicio del primero de los considerandos, puede leerse lo siguiente:

... la Sala hace constar que desde que la demanda le fue presentada y pudo darse cuenta de su naturaleza y del precedente jurídico que establecerá en los anales de la jurisprudencia nacional, procuró dar a las partes cuanta amplitud y facilidades fuesen compatibles dentro del procedimiento ordenada por el Código Federal de Procedimientos Civiles...¹³⁴

La sentencia que dirigió el negocio del Tlahualilo tuvo una estructura ortodoxa. Partió de un buen resumen de las posiciones de las partes; enumeró y dio por probados todos los hechos reconocidos concordantemente por las partes; para luego entrar a valorar algunos aspectos de fondo de la demanda y finalmente evaluar las pruebas en relación con los hechos de la controversia.

La única salvedad que hizo la Corte en relación con el alcance del juicio se refiere a los acuerdos de la Secretaría de Fomento del 1o. de julio y 12 de agosto de 1908 y a las juntas previas a la expedición del reglamen-

¹³⁴ Suprema Corte de Justicia, *Sentencia...*, cit., p. 79.

to de 1909. Asimismo, la Corte aclara que en el mismo caso de falta de pertenencia se encuentran los comentarios relacionados con la Ley sobre Aprovechamiento de Aguas de Jurisdicción Federal del 21 de diciembre de 1910. A estos sucesos el fallo no tendría por qué extenderse, “ya que por la naturaleza del juicio sólo se tienen que resolver las cuestiones que fueron materia del cuasicontrato del pleito”. Los hechos de la controversia versan sobre la existencia y la aplicación de los reglamentos de 1891 y 1895, en opinión de la Corte.¹³⁵

Los medios probatorios fueron abundantes y todos tuvieron un espacio procesal para ser desahogados con holgura: documentos, confesiones, testimonios, inspecciones oculares y sobre todo, juicios periciales en relación con la forma y los volúmenes de los afluentes del Nazas, constituyeron el largo trayecto que siguió cada una de las partes para acreditar la justificación de sus pretensiones.¹³⁶

La sentencia comienza su viraje contra la posición del Tlahualilo a partir del considerando segundo en que la Corte advierte que:

Para examinar las cuestiones jurídicas a que dá lugar la demanda presentada por la Compañía del Tlahualilo contra el gobierno federal... es importante hacer la rectificación de varios conceptos de ella que afectan directamente la acción deducida y que llaman la atención por su notoria exactitud...¹³⁷

La primera rectificación se refiere a la fecha del contrato; para la Corte ésta no puede ser otra que el 6 de junio de 1888; la fecha del 5 de junio es inexacta puesto que el decreto que aprobó la concesión sólo fue refrendado al día siguiente por el secretario del ramo y hasta entonces se puede considerar un acto jurídicamente concluido.¹³⁸ Como segundo punto de aclaración la Suprema Corte de Justicia niega que del contrato-concesión de 1888 pueda deducirse una delegación a cargo del gobierno de proporcionar a la compañía una cuota determinada de agua. La razón por la que el gobierno no pudo obligarse como pretende la compañía, es la variabilidad de los gastos del Nazas, hecho que era perfectamente reconocido por los co-contratantes. Además, cuando el Tlahualilo tramitaba su concesión había en curso más de 60 solicitudes de confirmación de usos, servidumbres y aprovechamientos sobre las mismas aguas. En todo caso

¹³⁵ *Ibidem*, p. 80.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 79 y 80.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 102.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 103 y 104.

es de tenerse presente que la concesión se refería a los sobrantes y que no podía afectar los derechos de terceros.¹³⁹

La Corte quiso también esclarecer que el Reglamento de 1891 nunca pudo considerarse como una novación del contrato-concesión de 1888. Las bases convencionales propuestas por el general Pacheco en 1890, de haber prosperado, hubieran modificado los términos de la concesión del Tlahualilo y para establecerlas se requería efectivamente el concurso voluntario de la compañía; sin embargo, el reglamento era un acto vertical, supraordinado, que no era posible alienar al mismo nivel que la concesión del Tlahualilo.¹⁴⁰

El Reglamento de 1891, en opinión de la Corte, no puede considerarse una novación del contrato-concesión y, por eso, tampoco pudo implicar la liberación de la compañía de la obligación que ésta reconoció con la construcción de las obras a las que se refería el contrato concesión y que tenía como propósito mantener la bifurcación del río. La compañía estaba en mora en relación con la realización de las obras y, mientras no las ejecutara, carecía de la habilitación jurídica para poder exigir el cumplimiento del contrato.

La Corte sentó también su criterio en relación con la inacción judicial de la compañía, manifiesta cuando resintió los efectos del Reglamento de 1895 sin acudir a la vía de *amparo*: “La compañía entonces pudo, como lo ha hecho últimamente, promover tal remedio legal, si llegó a creer que sus derechos se habían lesionado...”¹⁴¹

Con las aclaraciones del considerando segundo la Corte anticipaba ya el sentido de la sentencia. Los juicios que como precisiones conceptuales y jurídicas expuso, no dejaban duda acerca de que en su ánimo cabía la convicción de que en los argumentos de la compañía existía una intencionada falta de claridad que provocaba efectos erróneos en la apreciación de los hechos. Persuadida la Corte de la artificialidad de los argumentos de la parte actora, tomó a su cargo la misión desmitificadora, en cuyo trayecto cayeron desarmados algunos de los sofismas de los representantes del Tlahualilo, que resultaban fundamentales para sostener sus argumentos.¹⁴²

En el considerando tercero la Corte intentó reducir la controversia a sus términos elementales:

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 105 y 106.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 120-122.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 118.

¹⁴² *Ibidem*, considerandos 2o. y 3o. de la sentencia, pp. 102 y ss., 119 y ss.

... para mayor claridad, debe decirse que en la demanda se reclama como prestación principal a favor de la compañía, la vigencia del Reglamento de 1891 y la derogación del de 1895...¹⁴³

En opinión de la Corte, la parte actora intentó provocar una confusión tendiente a tangibilizar los actos soberanos en lo que consistieron los Reglamentos de 1891 y 1895, poniéndolos al alcance de su voluntad, dado que pretendía ordenarlos en el mismo nivel jerárquico que el contrato-concesión de 1888.¹⁴⁴ “... se pretende obligar al gobierno federal a desempeñar la facultad soberana del reglamentar las leyes como parezca mejor al deseo o al interés de la Compañía del Tlahualilo...”¹⁴⁵ Así lo expresó concretamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Respecto de la facultad reglamentaria que el gobierno federal puso en práctica en 1895, la Corte sostuvo que era en realidad la misma atribución soberana en la que se sustentó para emitir el Reglamento de 1891. Además, es insostenible la afirmación de la perennidad de los instrumentos reglamentarios; así el de 1891, como cualquier otro reglamento, están sujetos a las variaciones que impone el pulso del Poder Ejecutivo sobre la mejor aplicación de la ley, el cual puede ser evaluado con un rango determinado de oportunidad y de discrecionalidad por la autoridad que emite el acto.¹⁴⁶

En la sentencia hay una consideración interesante; la Corte sostiene que si la compañía hubiera cumplido íntegramente las obligaciones que contrajo en el contrato-concesión de 1888, al menos hubiera dado oportunidad a que sus derechos fueran considerados en el mismo nivel que tenían los de otros derechohabientes de las aguas del Nazas; sin embargo, su incumplimiento redujo necesariamente su posición hasta convertirse en un obstáculo jurídico para la existencia de las prerrogativas derivadas de la concesión.¹⁴⁷

En los considerandos cuarto a octavo, la Corte dirime si hubo, de acuerdo a las constancias en autos, cumplimiento de las obligaciones de la compañía de acuerdo con lo establecido en el contrato-concesión de 1888. La Corte concluye que existió incumplimiento tanto de la obligación de colonizar como de aquella referida a realizar las obras para mantener la bifurcación del río un palmo antes de la presa de San Fernando.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 120.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 122.

¹⁴⁵ *Idem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 125-127.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 127 y 132.

Hubo referencias valorativas a ciertos elementos que dejaron muy mal parada a la Compañía del Tlahualilo. Por ejemplo, la Corte consideró acreditado el hecho de que la ampliación de la presa de San Fernando, que la compañía atribuía a la testamentaria de don Juan N. Flores, fue realizada por la sociedad de Tlahualilo y dejó en evidencia el acto de simulación y el argumento falaz en el que se apoyaba el actor.¹⁴⁸ Por el tono de la sentencia las conclusiones no fueron sorprendidas; la Corte absolvió al gobierno de la acción principal de cumplimiento del contrato que demandaba la compañía; lo absolvió también del pago de las prestaciones accesorias; pero lo más grave fue que consideró precedente la acción de la reconvenición a la Compañía del Tlahualilo, declarando procedente la rescisión del contrato-concesión del 6 de junio de 1888.

La sentencia a la que se refiere esta reseña cierra un capítulo en la historia de las relaciones de propiedad en nuestro país; significa la rectificación oficial de una política de concesiones generosas al capital extranjero para aprovechar los recursos naturales del territorio mexicano.¹⁴⁹ El negocio del Tlahualilo fue un caso ejemplar en relación con los conflictos que las concesiones arbitrarias de la primera parte del Porfiriato llegaron a provocar. La concesión de Díaz a su conuño José de Teresa y Miranda, encontró muy pronto un límite concreto de resistencia, que fue la fuerza imbatible de los propietarios coahuilenses de la comarca lagunera. La resolución judicial del negocio fue un acto tardío para rescatar la dignidad del gobierno dictatorial; sin embargo, la sentencia de la Corte fue un factor congruente con la política que pretendía rescatar el control nacional sobre la explotación de los recursos naturales, a la vista del desacato permanente de los capitales extranjeros a las directrices políticas del gobierno.¹⁵⁰

Si alguna omisión cupo a la sentencia, ésta se identifica en la forma elusiva que trató el asunto relativo a la determinación de si la legislación mexicana reconocía o no el derecho de propiedad individual sobre las aguas corrientes; en ese caso, desde cuándo y con qué extensión tenían que considerar los atributos del propietario. La Corte prefirió profundizar los aspectos relativos a la definición de titularidades entre los derechohabientes del Nazas.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 155 y 156.

¹⁴⁹ Meyers, William, *op. cit.*, p. 187.

¹⁵⁰ *Idem*.

2. *Dos temas jurídicos en torno del litigio*

A. *El derecho de aprovechamiento del agua*

El litigio del Tlahualilo nos permitió reconocer dos posiciones muy bien demarcadas en torno a la forma jurídica en que llegó a concebirse en nuestro país el aprovechamiento del agua. Una postura —la del Tlahualilo— llega hasta la afirmación de que las aguas corrientes, como cualquier otro bien que se consume con el uso, son objetos factibles para el ejercicio de la apropiación privada. Cabrera, a nombre de la Compañía del Tlahualilo, entiende por apropiación lo que este término significaba en el contexto del derecho civil; así, la propiedad de aguas se expresa como el derecho a usar y disponer de una cuota o volumen definido para aplicarlo al riego y al consumo personal o industrial; en todo caso se trataba de un derecho transmisible que se origina en un acto oficial de confirmación.¹⁵¹ Desde otro punto de vista, la posición de la Secretaría de Fomento en tiempos de Olegario Molina y que fue sostenida también por los ribereños inferiores del Nazas durante el litigio del Tlahualilo, admite que el derecho de los particulares para utilizar el agua en la irrigación, cuando se trata de un río definido como del dominio público, es sólo un derecho precario de uso, que puede ser eventualmente modificado por la autoridad administrativa, a la que corresponde la distribución de los recursos hidráulicos en aras del mayor beneficio público en una cuenca irrigable determinada.¹⁵²

La tesis de los representantes de la Compañía del Tlahualilo acusa una paradoja difícil de conciliar; la propiedad privada, en el sentido moderno que le confiere la legislación civil, es un derecho que se perfila y se acota en forma absolutamente independiente de las instancias públicas. La propiedad privada del agua de los ríos, en cambio, sólo se puede definir a través de un acto público que puede consistir en una mercedación, concesión o confirmación de derechos. Así, los derechos de propiedad privada del Tlahualilo sobre un gasto determinable de las aguas del Nazas se fundan, según la propia compañía, en la concesión de 1888. Si bien la propiedad del agua puede enmarcarse en la perspectiva del Código Civil, el origen de los derechos sobre el agua que dice tener la compañía se encuentra en un sitio completamente ajeno al de las relaciones civiles; justamente en la autorización pública del gobierno federal. Y, aunque la concesión formalmente se concebía como un contrato, el poder público no le otorgaba

¹⁵¹ Compañía Agrícola... del Tlahualilo, *Demanda...*, *cit.*, pp. 47-51.

¹⁵² Véase nota 121.

actuando netamente como un sujeto privado; su oposición era ambigua y esta duplicidad malamente se ocultaba en una concesión y se respiraba un ambiente de dudosa equivalencia.

Para resolver las dificultades que planteaba la contradicción descrita en el párrafo anterior, los representantes de la compañía buscaron en las instituciones autóctonas la fórmula de conciliación. El ejercicio las llevó a afirmar que en Nueva España, con en las otras colonias hispanas, no estuvieron vigentes las disposiciones jurídicas de la península relativas al agua. Aquí, tierras y aguas estuvieron sujetas a una suerte común: su origen quedó determinado por su pertenencia al “real patrimonio”; sin embargo, las tierras y aguas no pertenecían al patrimonio del monarca en su calidad de soberano; su inclusión se verificó en calidad de dominio privado. Las mercedes reales eran actos de transmisión de ciertos bienes que salían del patrimonio del monarca, donde se encontraban a título privado, para pasar a otro que sustituía la titularidad del primero en los términos. En la época colonial no existían aguas públicas y aguas privadas; todas estaban bajo el dominio privado del rey o de los beneficios de las mercedes y confirmaciones efectuadas por el monarca a su favor.

Para Cabrera, las mercedes eran irrevocables y se otorgaban de acuerdo al tiempo en que se resolvían las solicitudes; sus derechohabientes no definían sus facultades por las condiciones topográficas de los predios, sino por las situaciones de antelación de la merced. Este sistema fue recibido por el derecho mexicano de la época independiente bajo las mismas modalidades de ejecución; entonces, las concesiones responden linealmente al sentido de las mercedes coloniales; por eso, definen derechos perpetuos sobre cierta porción de agua corriente.¹⁵³

Siguiendo la lógica de la argumentación del Tlahualilo, en toda la Comarca Lagunera no se encontraba derecho más preciso al aprovechamiento de agua que el de la propia compañía. Los ribereños del Nazas apenas con la promulgación de la Ley del 6 de junio de 1888 solicitaron a la Secretaría de Fomento la confirmación de sus aprovechamientos y, por eso, las confirmaciones y otorgamientos a los ribereños comarcanos resultarían necesariamente posteriores a la concesión del Tlahualilo. La ley del 5 de junio de 1888 era, en la perspectiva de la compañía, una oportunidad de redefinición radical de los derechos del agua sobre el Nazas porque, a pesar de que contenía un precepto que imponía el respeto a usos y aprovechamientos anteriores, éstos tendrían que ser confirmados en tiempo

¹⁵³ Compañía Agrícola... del Tlahualilo, *Demanda...*, cit., p. 82.

posterior a los que se concedieron a la compañía en el contrato-concesión, que fue extrañamente simultáneo a la Ley de 1888.

Para Cabrera, jurisdicción y dominio son dos conceptos que no deben confundirse. El dominio público de los ríos alude a una realidad acéfala en la que la titularidad recae en la comunidad que usa en común un bien determinado; no precisamente en el Estado. A éste sólo corresponde en estos casos una facultad de reglamentar los aprovechamientos particulares. El Estado, desde otra perspectiva, puede ser titular de un derecho de dominio privado; entonces, mantiene las facultades de legislar y reglamentar sobre su uso. Cuando el Estado no interviene en posición ordenadora es en los casos en que las aguas se encuentran bajo la prosperidad de los particulares; en esta situación el Estado es un mero garante externo del orden y la ley.

En el caso del Nazas, el río como tal, pertenecía a los estados de Durango y de Coahuila y sus aguas, sujetos que estaban legalmente autorizados para consumirlas. Cuando se expidió la Ley del 6 de junio de 1888 el Nazas quedó bajo la jurisdicción federal pero su régimen de propiedad no se afectó; éste vino a modificarse hasta que se promulgó la Ley de Bienes Nacionales del 18 de diciembre de 1902. En esta ley expresamente se dispuso que los ríos limítrofes, como era el caso del Nazas, pertenecían al dominio público de la federación. Aquí cabe aclarar que, en estricto derecho, la concesión del Tlahualilo, como lo manifestó Mallet-Prevost en la sesión de marzo de 1909 ante el ministro de fomento, estaba fuera del alcance temporal de esta ley, porque su vigencia data precisamente de 1888; la aplicación retroactiva estaría siempre amenazada de inconstitucional.¹⁵⁴

Cabrera acierta cuando minimiza la clasificación de ríos públicos y privados en relación con los acontecimientos jurídicos de Nueva España; aquí jurisdicción y propiedad se confundía fácilmente en la dimensión del “real patrimonio”; también son certeros los juicios de Cabrera cuando señala que, bien a bien, el Nazas sólo puede ser considerado un río sujeto al dominio de la Federación después de la promulgación de la Ley de Bienes Nacionales de 1902. En estos aspectos la sentencia del litigio del Tlahualilo fue prácticamente omisa; la Corte eludió todos los tópicos en que el prestigio jurídico —presente o pasado— del gobierno pudiera estar comprendido, lo cual no deja de ser una conducta lamentable. Hay sin embargo en los razonamientos de Cabrera un factor de distorsión acerca del espíritu de la legislación colonial en relación con la distribución del agua para riego. En primer lugar el derecho indiano fue poco integral en esta materia, ello motivó que el reglamento privado del padre Lasso de Vega de 1761

¹⁵⁴ Véase nota 121.

tuviera en realidad aceptación práctica. Cabrera soslaya la importancia de este ordenamiento porque de manera clara introduce el sistema de tandas para la distribución de aguas de riego. Aunque el reglamento fue un esfuerzo privado, la aceptación social y política que suscitó, pone de manifiesto cuál fue la mentalidad colonial sobre los asuntos de irrigación. El derecho pleno de propiedad sobre volúmenes específicos de agua nunca fue objeto de una definición precisa durante la Colonia.¹⁵⁵

Vera Estañol intentó contrapesar las tesis de la Compañía en relación con la apropiación individual del agua. En sus planteamientos concluye que los ríos en general fueron en nuestra tradición bienes del dominio público; que siempre existió un derecho al uso de sus aguas por parte de los ribereños, pero que este derecho no puede conceptuarse en la perspectiva de la apropiación civil. Vera aclara que aunque formalmente en la Colonia no se reconoció de manera expresa la existencia de ríos públicos, ni las tierras ni las aguas estaban en el Real Patrimonio como otros bienes, en razón de que en los territorios americanos había pueblos y comunidades que demandaban el ejercicio de la función de gobierno. Por la peculiaridad de las tierras americanas la Corona fue, cada vez más, desarrollando una actitud jurisdiccional y una conducta soberana; no fue sólo un instrumento para su administración inmobiliaria.¹⁵⁶

Hay insuficiencia en el razonamiento de Vera Estañol cuando trata de justificar la pertenencia del río Nazas al dominio de la Federación. Vera quiere hacer caber esta idea en el artículo 2o. de la Ley del 5 de junio de 1888; sin embargo, lo que este precepto consagra es solamente la función reglamentaria a favor de los poderes federales.¹⁵⁷ Este es uno de los pocos tópicos en que los argumentos de Vera dejan un regusto de inferioridad respecto a los razonamientos de la demanda. Para su fortuna, como asentamos antes, este tema fue intencionalmente eludido por la sentencia de la Corte que siguió el derrotero más lleno de los incumplimientos contractuales por parte de la Compañía del Tlahualilo. Si la Corte pudo evadir esta disputa se debe también a que la Compañía nunca cuestionó la constitucionalidad de la aplicación en su caso de la Ley del 18 de diciembre de 1902.

¹⁵⁵ Margadant, Guillermo F., “El agua a la luz del derecho novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad”, *Anuario Mexicana de Historia del Derecho* (I), México, UNAM, 1989, pp. 113-146.

¹⁵⁶ Vera Estañol, J., *Alegatos...*, cit., p. 592.

¹⁵⁷ Dice textualmente el enunciado general del artículo 2o. de la Ley de 5 de junio de 1888. “Corresponde al Ejecutivo Federal la vigilancia y policía de estas vías generales de comunicación y la *facultad de reglamentar* es uso *público y privado* de las mismas...”. (Se subraya para enfatizar).

Sobre el problema de la apropiación del agua deben tomarse en cuenta también los razonamientos que los representantes de los ribereños inferiores vertieron en tomo del conflicto.¹⁵⁸ Cabe mencionar que el Sindicato de propietarios de la ribera inferior del Nazas fue admitido en el negocio del Tlahualilo en calidad de tercero interesado; con este carácter y por voz de Francisco Viesca y Lobatón el Sindicato produjo una *Refutación a la demanda de la Compañía Agrícola, Industrial, Colonizadora del Tlahualilo, S. A.* En el escrito de 163 hojas impresas, se controvierten, de manera especial, los criterios de interpretación del derecho comparado que emplearon los representantes de la Compañía y, también, las bases teóricas de la demanda.

En términos generales Francisco Viesca trata de establecer que en el México colonial fueron aplicables los criterios generales del derecho romano y de los fueros peninsulares. Al respecto Viesca piensa que en ninguno de los países que integran nuestra tradición jurídica se ha definido un derecho franco de propiedad del agua; por el contrario, se trata de un derecho precario, sujeto siempre a las necesidades públicas de una cuenca o una región determinada. Los derechos derivados de las mercedes tuvieron para Viesca un objeto restringido: se constreñían a las aguas comprendidas dentro de los terrenos con los que llegaron a mercedarse; en cambio, las aguas de los ríos sólo se aprovecharon a través de autorizaciones de uso. La intervención pública es la única garantía para la preponderancia de la coordinación y el buen uso de los derechos de aprovechamiento que pueden beneficiar a los particulares.

A los ribereños no les interesaba sólo refutar los argumentos de la Compañía en relación con la propiedad de las aguas del Nazas; deseaban también desdecir el derecho de los ribereños superiores, pronunciándose en todas las ocasiones a favor de un sistema de distribución sin criterios topográficos; sólo basado en la conveniencia regional y en la proporcionalidad absoluta respecto de las cuotas de los derechohabientes. Así, los ribereños inferiores fueron siempre parciales a la idea de la injerencia pública en la distribución de los aprovechamientos del agua. A final de cuentas este fue el criterio que prevaleció en el régimen mexicano de los recursos hidráulicos. Llama la atención que, por ejemplo, el artículo 27 constitucional resulte tan coincidente con los argumentos que sostuvieron tanto el gobierno federal como los ribereños inferiores durante el conflicto del Tlahualilo. La idea del Estado “árbitro de la propiedad” es una de las constantes más firmes en nuestro desarrollo histórico; la injerencia pública en el conflicto

¹⁵⁸ Viesca y Lobatón, F., *Refutación...*, *op. cit.*, pp. 118 y 119; también Saravia, Emiliano y Viesca Lobatón, *cit.*, pp. 49 y 50.

del Tlahualilo significó la confirmación de una actitud política que sólo fue transitoriamente abandonada en los años del Porfiriato.¹⁵⁹ El control público sobre los recursos naturales se convirtió en una de las banderas más insistentes de la Revolución; así fue posible que la Constitución de Querétaro acogiera una tradición en que la propiedad privada se legitimaba a partir de su origen público. El asunto del Nazas constituye, en este sentido, el preludeo de la rectificación nacionalista que la Revolución mexicana iba a plantear en años posteriores.

B. *La potestad reglamentaria*

Durante toda la tramitación del litigio del Tlahualilo se mantuvo la discusión en torno de la extensión que debía atribuirse a la potestad reglamentaria del gobierno en relación con la distribución de aguas en el Nazas.

Uno de los argumentos más sugerentes de la demanda redactada por Cabrera, era aquél en el que expresaba que el Reglamento provisional de 1891, debía considerarse una novación del contrato-concesión de junio de 1888. Detrás del planteamiento de Cabrera, reposa un problema relacionado con la forma jurídica de entificación del gobierno. Para el representante del Tlahualilo la concesión era llanamente un contrato, a cuya celebración el poder público acudía completamente despojado de su investidura soberana. Los actos futuros del Gobierno, —en especial aquellos que emitiera en su carácter de autoridad— no podrían contravenir los términos del acuerdo que como persona moral éste hubiera contraído con anterioridad. Bajo esta perspectiva, la potestad reglamentaria del gobierno debía considerarse autolimitada y constreñida a los espacios en los que no existieran compromisos precedentes. Para redondear esta tesis, hay que decir que, los acuerdos privados del gobierno, debían fungir como retenes de una de sus potestades públicas más importantes y que los reglamentos futuros que implicaron la variación a los compromisos contraídos, requerían de la aceptación del sujeto privado que contrató con el gobierno. Así, el Reglamento de 1891 era concebido, por una parte, como un desarrollo de los acuerdos con la empresa y, por otra, como un instrumento normativo que tenía como propósito ordenar el mecanismo para distribución del agua de riego en La Laguna.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Díaz y Díaz, Martín, “Proceso constitucional y relaciones de propiedad. Notas para el estudio del caso mexicano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 11, 1987, pp. 189-251.

¹⁶⁰ *Demanda...*, *cit.*, pp. 112 y 113.

La tesis de Cabrera es ingeniosa pero al mismo tiempo insostenible; los actos de autoridad que el gobierno ejecuta en cumplimiento de sus atribuciones reglamentarias no están limitados por los acuerdos privados que hubiese celebrado. El ejercicio de la potestad reglamentaria es un acto exorbitante para las dimensiones de cualquier contrato. Lo que sí puede surgir a favor del co-contratante del gobierno es una acción indemnizatoria cuando la autoridad, por el ejercicio de sus atribuciones soberanas, compromete sus acuerdos anteriores; pero esto no quiere decir que el contrato y el reglamento puedan alinearse en un mismo nivel jerárquico del orden jurídico. Dicho en otros términos, un reglamento puede ser inconstitucional cuando afecta derechos legítimos surgidos al amparo de una situación jurídica anterior, pero en este caso, la conculcación de los derechos del Tlahualilo era imposible de precisar, porque el contrato-concesión de junio de 1888 no determinaba alguna cantidad precisa de agua como cuota a disposición del Tlahualilo. Al reglamentar la distribución de aguas, el gobierno estaba en libertad de asignar un gasto determinado a la compañía.

El Reglamento provisional de 1891 se propuso como un régimen para ser evaluado en el transcurso de su aplicación. Este es un hecho que la Compañía reconoce; sin embargo, argumenta que no todas las disposiciones reglamentarias eran susceptibles de cambiarse. Las partes fijas del Reglamento de 1891, según el Tlahualilo, eran las que se referían a la proporción de las cuotas de agua destinadas a cada beneficiario. Si la Ley del 5 de junio de 1888, al declarar la jurisdicción federal sobre los ríos limítrofes como el Nazas, indicaba que la facultad reglamentaria de la federación debía ejercerse respetando los usos, servidumbres y aprovechamientos, fundados en títulos legítimos o en la prescripción civil de más de 10 años, en realidad estaba reconociendo límites muy concretos a la facultad de emitir reglamentos. En el instrumento normativo —en este caso el Reglamento de 1891— tendría la autoridad que reconocer los derechos preexistentes y después definir el mecanismo coordinado para su ejercicio. Al declarar los derechos precedentes, la autoridad confirmaba a favor de sus titulares las cuotas de aprovechamiento que éstos tenían reconocidos por títulos anteriores o por la prescripción: he aquí la parte inmóvil del Reglamento; lo que podrían variar en el futuro serían los mecanismos operativos de distribución. De otra forma, la propiedad sobre las aguas sería en realidad un derecho aleatorio, sujeto a la incorporación de nuevos agricultores demandantes de agua, a los que en el futuro habría que dotar en detrimento de los derechohabientes reconocidos.¹⁶¹ Si la compañía se conformó con el

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 111.

Reglamento de 1891 no lo hizo con el de 1895 que reducía sustancialmente sus posibilidades de disposición sobre el agua. El Tlahualilo negó que a través de la facultad reglamentaria el poder público pudiera modificar el contenido y la extensión de los derechos que la autoridad legislativa en la Ley de 5 de junio de 1888 había mandado respetar; esos derechos no eran otros, sino los que fijó la autoridad administrativa en el Reglamento de 1891.

Sobre este aspecto pueden señalarse algunas incongruencias del gobierno: es cierto que la concesión del Tlahualilo no especificó cuotas de agua para el riego de sus terrenos; es también verdad que la primera vez que el gobierno fijó el volumen de la dotación del Tlahualilo fue en el Reglamento provisional de 1891. Ahora bien, el Reglamento de 1895 respetó en términos generales las proporciones de agua fijadas en su antecedente; lo que cambió sustancialmente fue la posición del Tlahualilo en el orden del suministro. En 1891 el Tlahualilo era un ribereño más cuyos derechos resultaban favorecidos por la posición topográfica de su tierra; para 1895 era efectivamente un beneficiario de sobrantes. La incongruencia del gobierno se finca en el distinto criterio que emplea para definir la extensión de los derechos del Tlahualilo; en el primer Reglamento lo inserta como ribereño; en el segundo, sólo como beneficiario de sobrantes. Para justificar sus dubitaciones el gobierno explica que en 1891, los cálculos sobre el gasto del agua eran erróneos y, en consecuencia, el reconocimiento del volumen de agua a favor del Tlahualilo tuvo una base irreal, que fue rectificada por el Reglamento posterior, cuando se contaba con mejores datos para precisar la demanda real de los ribereños.

Es cierto que el agua del Nazas era insuficiente para atender todas las necesidades de los agricultores ribereños; incluso, las de aquellos que recién se incorporaban al cultivo, pero el fondo del problema jurídico dependía de otras cuestiones, a saber: el Reglamento de 1895, cambió el criterio de distribución del agua por lo que respecta al Tlahualilo; a partir de su expedición, los derechos preexistentes comenzaron a perder estabilidad y a convenirse en objetos aleatorios que la autoridad administrativa determinaba centralmente. No la propiedad, sino las necesidades de desarrollo regional, ocuparon el sitio de criterio preponderante para la distribución de las aguas del Nazas; este desfase del criterio se concretó en términos definitivos en el Reglamento de 1909; en el de 1895 el criterio varió sólo en perjuicio del Tlahualilo, al que se cobraba su alejamiento topográfico de la zona de las riberas.

Lo que sucedió en realidad con los Reglamentos de 1891, 1895 y 1909 fue la evolución del régimen de propiedad de aguas en el derecho mexica-

no. El curso de estos tres instrumentos normativos deja una estela fácil de reconocer: es el paso de un sistema de propiedad basada en el derecho de la continuidad topográfica de los ribereños a otro donde el criterio es el arbitraje central de los recursos hidráulicos, en atención de las necesidades del desarrollo regional.

El asunto del Tlahualilo demuestra con mucha nitidez que la propiedad privada, definida como derecho individual a ultranza, era, al mismo tiempo, una condición y un obstáculo para el desarrollo productivo de la región de La Laguna. El gobierno optó por afianzar la propiedad sobre la tierra y decidió definir burocráticamente el contenido de los derechos para el aprovechamiento del agua. En este sentido la potestad reglamentaria fue mucho más funcional que el ejercicio legislativo; los reglamentos sustrajeron los derechos del agua del ámbito de aplicación del Código Civil y afianzaron el papel conformador del Estado en relación con las prerrogativas de los beneficiarios. La propiedad, así, quedó escindida en dos vertientes distintas: la de la tierra, regulada y definida por los códigos civiles; la del agua, determinada por la autoridad administrativa a través del Reglamento.

Como la propiedad de la tierra en las zonas desérticas sólo se valoriza cuando se definen a su favor ciertas cuotas de agua para la irrigación, el gobierno, controlando el suministro de agua, comenzó a ejercer la dirección sobre el sentido del espacio de la propiedad en La Laguna. Este proceso no culminó, sino hasta que se decretó en 1936 la expropiación de los terrenos laguneros y entonces, tierra y agua quedaron sujetos de manera directa al control del Estado.

3. *El último acto*

El litigio del Tlahualilo no terminó la disputa internacional que el gobierno estadounidense había iniciado con motivo de la supuesta afectación de nacionales de ese país involucrados en el negocio. Los Estados Unidos, en el contexto de la política del dólar, volvieron a la carga aprovechando la inestabilidad política del gobierno mexicano a la caída de Porfirio Díaz. Momentáneamente, durante el efímero gobierno de Madero, los estadounidenses se mantuvieron agazapados; sin embargo, supieron sacar provecho de las necesidades políticas de Huerta y, junto con los negocios del Chamizal y del Colorado, manejaron el del Tlahualilo como factores condicionantes para brindar su apoyo político. Inmerso en las consecuencias del golpe de Estado, Huerta aceptó restablecer una cuota de agua para la Compañía del Tlahualilo a partir de abril de 1913. Fueron 14 millones de litros anuales los que el presidente espurio tuvo que ceder a la empresa,

pasando sobre la resolución de rescisión de la Suprema Corte de Justicia.¹⁶² Este acto desesperado permitió sobrevivir a la Compañía del Tlahualilo hasta el momento de la expropiación cardenista.

La cuota de agua hubiera sido insuficiente aún para la operación mínima de la empresa, si ésta no hubiera tenido la posibilidad de captar agua como ribereña de San Fernando y como beneficiaria del Canal del Sarnoso, que recibía los escurrimientos de lluvia que resbalaban por las estribaciones de la Sierra de ese nombre.

¹⁶² Zorrilla, Luis G., *Historia de las relaciones entre México y Estados Unidos, 1800-1953* (2 vols.), México, Porrúa, 1966, t. II, pp. 39 y 40; Vera Estañol, Jorge, *Historia de la Revolución Mexicana. Orígenes y resultados*, México, Porrúa, 1967, pp. 106 y 107, también Bulnes, F., *op. cit.*, (90), pp. 270-275.

¿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 Rodotà, 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 obviedad, 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.* Rodotá, 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, dirige 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 desdobla 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 inacesible, otorgan también protección y seguridad a la función pública. De ésta afirmación puede desprenderse otra que se refiere al carácter relativo de la intransferibilidad 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 transferibilidad 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 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 recalcitrante 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 zanjas 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.

LAS REFORMAS AL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL. LA ETAPA DEL EJIDO VOLUNTARIO*

SUMARIO: I. *El proceso constitucional mexicano*. II. *El artículo 27 constitucional*. III. *Una reforma para finiquitar la reforma*. IV. *Apunte final*.

I. EL PROCESO CONSTITUCIONAL MEXICANO

1. *La Constitución heterodoxa*

La Constitución de 1917 debe ser atendida como un texto peculiar. No se trata de una carta ortodoxa, porque en su contenido se articulan dos estratos normativos de origen diverso. Por una parte, recoge las instituciones típicas de la modernidad occidental: garantías individuales, división de poderes, supremacía normativa de las disposiciones constitucionales y control judicial de los actos que realizan los poderes constituidos. Pero al lado de estos preceptos, contiene otros, a través de los cuales se incorporan los datos autoritarios de la experiencia política mexicana y las iniciativas de reforma social surgidas del movimiento revolucionario de principios de siglo. Dentro de este segundo bloque, destacan las disposiciones que facultan a los órganos públicos para organizar un sistema educativo nacional, para asignar centralmente los recursos apropiables y para mediar, desde un sitio privilegiado, los conflictos del orden laboral.

En el estrato constitucional moderno, acuñado a través de los sucesos históricos ingleses, franceses y norteamericanos, se perfilan instituciones políticas complementarias al desarrollo del mercado, su enfoque supone los equilibrios naturales de la vida civil en una etapa de madurez. En cambio, en el bloque normativo de origen reformista, el énfasis recae sobre el papel conformador que se atribuye a los órganos públicos. Se trata precisamente de suplir la iniciativa de los grupos civiles por el impulso vertical que proporciona un Estado fuerte.

* Publicado en: *La modernización del derecho constitucional al mexicano. Reformas constitucionales 1990-1993*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

La forma en que coexisten los dos estratos dentro de la carta, refleja la tensión de un proceso político marcado por la contradicción que provocó la recepción artificiosa de las fórmulas de gobierno más sutiles y mejor desarrolladas, en países que, como el nuestro, habían experimentado los rigores de un pasado colonial reciente. La persistencia de factores tradicionales dentro de esas sociedades complicó, sobremanera, el acoplamiento de los paradigmas de la cultura política moderna. Así, la historia de los países latinoamericanos fue siempre una causa perturbadora para la eficacia de los textos constitucionales. Tanto las necesidades dictatoriales de sus regímenes en formación, como la inmadurez civil correlativa, dificultaron la aclimatación genuina de los principios republicanos de las cartas decimonónicas.¹

Ante los desfases institucionales que vivió el país durante el siglo pasado, a los constituyentes de 1917 cupo el mérito de haber otorgado legitimidad y rango constitucional a los rasgos auténticos del régimen mexicano. Después del fracaso de la Constitución de 1857, el Congreso de Querétaro optó por dar cabida a un Ejecutivo omnipotente, y también por reconocer la pluralidad étnica y social de la población, a través del establecimiento de regímenes diversos en torno al derecho de propiedad.²

Pero si la decisión del Congreso fue un acierto con congruencia en la relación con la historia política del país, no resulta así al analizarse de cara a la coherencia con el sentido de las instituciones políticas modernas. El Ejecutivo inmune, surgido de la Asamblea Constituyente, refleja las necesidades de centralización de régimen incipiente, pero no satisface las exigencias de control que corresponden a los requerimientos constitucionales de un Estado de derecho. Por otra parte, la pluralidad de órdenes para regular la apropiación de los recursos del territorio y su arbitraje central, responde bien a los antecedentes patrimoniales de la historia del país. Sin embargo, no se compadecen con la imagen de los regímenes constitucionales que entronizan el derecho de propiedad privada y lo convierten en la pieza fundamental de la vida civil.

Los diputados al Congreso de Querétaro efectuaron un canje complicado; con tal de zanjar la brecha entre Constitución y realidad, sacrificaron la coherencia discursiva de la carta. Dieron paso a un *telos*³ ambiguo, en el

¹ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, 5a. ed., México, Porrúa, 1976, pp. 80-86 y 241-246.

² Véase Molina Enríquez, Andrés, “El espíritu de la Constitución de Querétaro”, *Boletín de la Secretaría de Gobernación sobre el artículo 27 de la Constitución federal*, México, Imprenta de la Secretaría de Gobernación, 1922, pp. 5-9.

³ Se usa el concepto *telos* en el sentido de Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. de A. Gallego, Barcelona, Ariel, 1979, pp. 149-151. “Cada sociedad estatal, cualquiera que sea su estructura social, posee ciertas convicciones comúnmente

que se recogen las vicisitudes de una realidad contradictoria. La tensión proviene de dos móviles igualmente potentes; por una parte, la necesidad de modernización institucional y de progreso civil, y por la otra, los requerimientos de una tradición autoritaria que no termina por aceptar los impulsos autónomos de los agentes privados.

2. *Los tiempos constitucionales*

La parte moderna de la Constitución es el ámbito natural del Estado gendarme y de la sociedad civil, al estilo de los países desarrollados. En cambio, el sustrato reformista es el contexto del Ejecutivo fuerte, del modelo corporativo y del impulso público en general.⁴ Estos dos ejes son irreconciliables, y su mediación sólo es posible a través de la dilución de uno en el otro, o bien, el sustrato reformista se afianza y funge, entonces, como polo principal de la acción del Estado, confinando con ello al bloque moderno a representar el papel de pura imagen, o en su defecto, es el perfil ortodoxo en que se desarrolla en detrimento de los mecanismos autoritarios del sustrato reformista. El arbitraje de esta paradoja radica en el presidente de la República y, hasta hace dos sexenios, ésta fue resuelta de manera invariable a favor de una gestión providencial por parte del Estado.

Desde el punto de vista histórico, un proceso de reformas es siempre transitorio;⁵ una vez que se ha modificado el estado de cosas contra el cual se promueve la transformación, debe dejarse paso al periodo de normalización de las nuevas realidades. En México, por mucho tiempo, el régimen ha pretendido perpetuar la situación provisional de la reforma, estabilizando institucionalmente sus procesos. Esta situación ha conferido al Ejecutivo, la virtualidad que otorgan los periodos de excepción. Sólo bajo estos parámetros, fue posible que los presidentes encuadraran los reclamos democráticos y la presencia política de los agentes sociales en un aparato corporativo, cuyo aliento se fincó en las prácticas redistributivas de alcance parcial, promovidas desde los órganos públicos. El diseño de este régimen asistencial ha funcionado como sucesor efectivo de las iniciativas sociales de partici-

compartidas y ciertas formas de conducta reconocidas que constituyen, en el sentido aristotélico de *politeia*, su «constitución» (Constitución ontológica de la sociedad estatal).

⁴ Díaz y Díaz, Martín, “Proceso constitucional y relaciones de propiedad. Notas para el análisis del caso mexicano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela libre de Derecho, núm. 11, 1987, pp. 195-203.

⁵ Véase Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 60-70 y 185-215.

pación independiente.⁶ Así, la parte moderna de la Constitución ha sido sometida a las necesidades concretas de un programa reformista, para cuyas medidas existe siempre el sustento de un bloque constitucional legítimo.

Si estas mismas ideas tuvieran que expresarse a partir de su connotación dinámica, tendría que afirmarse que, frente al tiempo inmóvil de las instituciones modernas, el programa de reformas refleja el curso de una sociedad que se representa en tránsito. Las normas constitucionales que impulsan la reforma mueven las cosas, de modo que el sustrato moderno de la carta, finalmente, se actualice; o en otros términos, reformar significa entre nosotros abatir los factores tradicionales de la sociedad, de tal suerte que se haga posible un desarrollo nacional en sentido moderno.

La contradicción que se expresa en el texto constitucional mexicano tiene límites claros: en la medida en que nuestra sociedad se moderniza, la cohesión civil aumenta y, consecuentemente, los agentes privados reclaman espacios más amplios de ejercicio. De hecho, la culminación exitosa del proceso de reforma social conduce a la consolidación de la vida civil. Las referencias temporales del régimen reformista, no tienen sentido fuera de su dimensión transitoria. En setenta y cinco años de vigencia, la Constitución de 1917 muestra ya la fatiga de sus perfiles autoritarios; sin embargo, la ambigüedad no ha desaparecido por completo; ahora, en pleno repliegue de las estructuras corporativas y del programa de reforma, no existe todavía claridad sobre la renuncia definitiva del régimen a los mecanismos tradicionales de control. Nuestra realidad política no tiene aún la textura democrática que, desde hace por lo menos tres décadas, aparece ya como una aspiración genuina entre los sectores más activos de la sociedad mexicana.

Como quiera que sea, el paquete de reformas constitucionales promovido por el presidente Salinas, entraña una evidente intención de rectificar los rasgos políticos tradicionales de la vida institucional del país. En particular, se han modificado dos aspectos que por más de siete décadas formaron parte significativa de la autodescripción del régimen: la reforma agraria y la negación de la Iglesia como agente jurídico. Se puede afirmar, entonces, que el proceso constitucional mexicano purga hoy su propia heterodoxia, pero todavía con muchas dubitaciones en lo que se refiere al afianzamiento de la autonomía civil.

⁶ Cfr. Villa Aguilera, Manuel, *La institución presidencial. El poder de las instituciones y los espacios de la democracia*, México, M. A. Porrúa-UNAM, 1987, pp. 13-23.

II. EL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL

Tanto la reseña de la forma precipitada en que se llevaron a cabo los debates sobre el artículo 27 en la Asamblea de Querétaro, como la disputa por la autoría de este precepto, forma ya lugares comunes de nuestra historia constitucional.⁷ Pero anecdótico aparte, el contenido de este artículo fue, por mucho tiempo, el sustento principal del *telos* constitucional mexicano. Dos fueron las cuestiones torales que mantuvieron la importancia de sus disposiciones: el establecimiento de un sistema central de asignación de los recursos apropiables, y la positivización a nivel constitucional, de un programa de reforma agraria integral, que debía llevarse a cabo a través de expropiaciones y dotaciones, a comunidades y a núcleos de población rural.

1. *El sistema central de asignación de recursos*

Uno de los aspectos que dentro de la Constitución de Querétaro llaman más vigorosamente la atención, es el rechazo de los diputados congresistas al concepto moderno de propiedad. En todas las Constituciones modernas esta institución funciona como principio y, al mismo tiempo, como fin del sistema garantista; la propiedad se acoge como una especie de símbolo, a través del cual se demarca el campo exclusivo de los sujetos privados. Por eso, en el contexto de este derecho es donde mejor se concreta el sentido de la división de los espacios sociales entre un ámbito público y otro privado. El énfasis de las cartas constitucionales modernas sobre el derecho de propiedad, queda justificado por la importancia que tiene la atribución patrimonial, a los sujetos dentro de un sistema de mercado. Sin la libre circulación de mercancías, la organización institucional del mundo moderno carece por completo de sentido, ya que es en el ámbito del intercambio donde los agentes civiles se realizan. La realidad mercantil es claramente un coto para el espacio privado, al Estado sólo corresponde la guardia exterior del proceso; contra su injerencia arbitraria opera el sistema garantista de defensa, que puede accionar cualquier sujeto al estimar violada su esfera de exclusividad. La propiedad es el signo más acabado de la contención del poder público; su perfil institucional se definió, precisamente, contra las interferencias desorbitadas del Estado absoluto.

⁷ Véase, por ejemplo, Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, México, PRI, 1984, pp. 125-191 y Mendieta y Núñez, Lucio, *El sistema agrario constitucional*, México, Porrúa, 1975, pp. 9-13.

Por todo lo dicho, debemos entender que si el Constituyente de Querétaro fue capaz de marginar la institución de la propiedad en sentido moderno, lo hizo seguramente porque reconoció que, en el país, los procesos mercantiles no jugaban ningún papel determinante a principios de siglo. Sin mercado no existía tampoco sociedad civil; la creación de ésta iba a ser justamente una de las tareas primordiales del Estado. En defecto de los grandes intereses privados que impulsaban el desarrollo en Europa y en Norteamérica, la Constitución propuso un aparato público, cuya capacidad de acción no debía dejar lugar a dudas. Así, el Estado surgido de la Revolución tuvo como encomienda, promover el desarrollo moderno del país y, al mismo tiempo, efectuar acciones de nivelación orientadas a ensanchar las bases sociales del régimen. Para ello, era menester abatir la naturaleza oligárquica del poder que caracterizó a la dictadura porfirista y cambiar las bases generales para la asignación de recursos a los agentes sociales.

Contra el capitalismo bárbaro de finales de siglo —entiéndase por éste, un sistema de explotación de recursos naturales por el capital internacional sobre la base del aprovechamiento de los elementos tradicionales de la sociedad— se perfiló el programa de reformas sociales. Los circuitos fragmentarios que correspondieron a un mercado incompleto, eran solamente aprovechados por la oligarquía y, en ese sentido, resultan completamente infuncionales como mecanismos de asignación social de los recursos apropiables. Para suplir estos criterios deficientes de distribución mercantil, el Constituyente propuso un sistema de asignación central, a partir del rescate de ciertas fórmulas de influjo colonial.

A. *La fórmula de la propiedad originaria*

En el artículo 27 constitucional, se positivizó un régimen de propiedad *sui generis*. El punto de arranque fue la fórmula de la “propiedad originaria” de la nación sobre las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio mexicano. Llamaremos “fórmula” a este tipo de titularidad primigenia, en el entendido de que no se trata objetivamente de una forma concreta de propiedad. Estamos en presencia de un supuesto político que constituye la base de legitimidad para los distintos tipos de titularidad que organiza el precepto, a saber: la propiedad privada, la ejidal, la comunal y el dominio directo o propiedad de la nación.⁸

La propiedad originaria de la nación es un aserto que condensa una concepción rudimentaria de la soberanía. Se trata de la explicación del vínculo

⁸ Díaz y Díaz, Martín, *op. cit.*, nota 4, pp. 224-230.

entre Estado y territorio, en alusión a un símil con el derecho de propiedad. Modernamente, los Estados se reivindican soberanos sobre su territorio, pero no necesariamente propietarios. La soberanía, actualmente, es potestad de autorregulación y condición política que define al Estado como sujeto en el terreno internacional. La metáfora de la propiedad fue un uso típico de los Estados absolutos; bajo ese modelo de organización, se desarrolló la institución del *dominio eminente*, según la cual la Corona aparecía como titular del derecho de pertenencia sobre el territorio. Con la referencia a la propiedad, se lograron simultáneamente dos efectos: afianzar el carácter excluyente de la potestad pública sobre el territorio, imposibilitando la interferencia de cualquier poder extraño, y sobreponer, en el plano interno, una titularidad anterior y más alta que los derechos siempre *derivados* de los súbditos. De tal suerte, la propiedad particular quedaba expuesta, por su condición precaria, a la injerencia del monarca. Contra este concepto permisivo y frágil de la propiedad, se organizó la gran reacción burguesa en el continente europeo, y fue tan honda la repercusión de este movimiento, que el derecho de propiedad quedó, desde entonces, ubicado como el gran signo cultural de la exclusión del poder público del ámbito patrimonial privado. No es extraño que ante la política desnacionalizadora que se practicó en la primera etapa del Porfiriato, confiriendo recursos naturales al capital extranjero a través de concesiones generosas,⁹ el Constituyente de Querétaro haya retomado la enseña nacionalista —cuyos rasgos elementales asomaban desde hacia tiempo en las determinaciones de la Secretaría de Fomento—, dando solidez al criterio de mantener la explotación de los recursos estratégicos bajo el control final del Estado. Soberanía entonces significaba recuperar poder interno de decisión para determinar el destino de los elementos de explotación que daban al país la nota de productor de materias primas en el concierto internacional. Al respecto, basta recordar la famosa tesis que expuso en su *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos*, el jurista Wistano Luis Orozco, en 1895. Para el abogado jalisciense, una nación sólo podía considerarse soberana en la medida en que fuera efectivamente *propietaria* de su territorio.¹⁰

⁹ Véase Pallares, Jacinto, “Estudio preliminar”, *Legislación federal complementaria del derecho civil mexicano*, México, Tipografía Artística de R. Riveroll, 1987, pp. LVII y LIX; Meyers, William, “Inversión extranjera y problemas de riego en la comarca lagunera (1890-1911)”, *Dinámica de la empresa mexicana. Perspectivas políticas, económicas y sociales*, México, El Colegio de México, 1979, pp. 187 y 188.

¹⁰ Orozco, Wistano Luis, *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos*, edición facsimilar, México, El Caballito, 1974, pp. 895 y 896 (la 1a. ed. es de 1895).

B. *La nación como sujeto patrimonial*

La referencia a la nación como titular de la propiedad originaria, confiere a esta fórmula su verdadera connotación política. El Constituyente de 1917, siguiendo en esto la tradición institucional del país, entiende por nación, de acuerdo con su significado francés, al cuerpo de los ciudadanos considerados como *totalidad indivisible* y, en consecuencia, como supuesto abstracto de legitimación para los órganos concretos del Estado.¹¹ De aquí que, si el titular de la propiedad originaria es un sujeto ideal, dicha institución no puede referirse a ninguna circunstancia material específica. La nación, más precisamente, es el pueblo en su papel de agente del proceso constitucional. Así, si el pueblo es el sujeto, la Constitución deviene predicado. A través del acto constitucional, la nación se transforma en la unidad jurídica estatal; se personifica de hecho en los poderes constituidos. Como titular primigenia de los recursos apropiables, la nación funda y deriva las prerrogativas patrimoniales concretas. Sin su mediación la propiedad no existe, porque ésta no se reconoce como un atributo natural de la persona; al contrario, la Constitución confirma su origen comunitario, al remitir su gestación al acto de instauración del Estado por parte del cuerpo colectivo que configuran los ciudadanos cuando realizan la acción constituyente.

Si la atribución de la propiedad originaria se hubiera conferido de manera directa al Estado, habría quedado desdibujada por completo la sutileza política de la fórmula, ya que entonces tendría que entenderse esta titularidad como un fenómeno actual y continuo. En cambio, refiriendo la titularidad a la nación, el Constituyente logró delimitar su carácter ideal y pudo mantenerla como un criterio de legitimidad peculiar.

C. *El sistema del artículo 27 constitucional*

En el contexto del artículo 27, la propiedad originaria es también un principio sistemático, toda vez que de su sentido derivan las características especiales de las vertientes concretas de apropiación:

- a) En el caso de la propiedad privada, ésta queda sujeta a la imposición de modalidades por parte de la nación, de acuerdo con las necesidades que surgieran del interés público. No se trata de un derecho intangible,

¹¹ Carre de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, trad. de J. L. Depeire, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, pp. 31-36, 915 y 916.

sino que conlleva el carácter permisivo que una titularidad anterior le determina.

- b) La propiedad rural guarda dos modalidades; en el caso de las comunidades, la titularidad corresponde al pueblo propiamente dicho, y la nación funge sólo como factor de garantía que vela por la preservación étnica y patrimonial de sus integrantes. Situación distinta es la de la llamada “propiedad ejidal”; aquí el titular es el núcleo de población beneficiario de la dotación, pero el origen del derecho no es la posesión legítima anterior, como en el caso de las comunidades, sino un acto redistributivo del poder público que, de este modo, se convierte en la causa eficiente del derecho.
- c) El dominio directo de la nación está compuesto por recursos de valor estratégico sobre los que el Estado conserva una facultad de control final acerca de su explotación. En este supuesto, sí estamos ante una forma concreta de atribución, a través de la cual debería desarrollarse un sistema de explotación sustentado en concesiones a los particulares.
- d) Por otra parte, la expropiación por causa de utilidad pública es el vehículo dentro del artículo 27 que permite realizar determinadas transferencias de recursos entre las distintas vertientes concretas de apropiación.

Salvo los bienes que integran el dominio de la nación (párrafos 4o. y 5o. del artículo citado), todos los demás son susceptibles de circular a través de circuitos públicos y, por ende, de cambiar su ubicación entre las distintas vertientes del precepto. Los bienes de propiedad privada pueden pasar al dominio público o a formar parte de la propiedad ejidal; por su parte, los de un ejido o de una comunidad son susceptibles de integrarse al dominio público, o incluso, a la propiedad privada, como sucede en los procesos de regularización que se realizan con fines urbanísticos.

Este es, a grandes rasgos, el horizonte sistemático del artículo sobre la propiedad. A partir de la propiedad originaria se reconoce un régimen plural de apropiación, en el cual la propiedad privada aparece como un derecho tangible para el poder público; donde la propiedad agraria admite la persistencia de fórmulas tradicionales en la tendencia de la tierra y, sobre todo, surge también como el resultado de un proceso redistributivo de reforma; finalmente, la propiedad de la nación o dominio directo, se dibuja como mecanismo de control sobre los recursos estratégicos. Todo arbitrado centralmente en virtud de la investidura política que otorga la propiedad originaria de la nación a los poderes constituidos.

D. *La evocación colonial*

Es difícil no ceder a la tentación de evocar el sistema patrimonialista que estableció la Corona española durante el periodo colonial. Si bien, el artículo 27 combina de manera hábil el mecanismo tradicional de asignación central de los recursos con el criterio moderno de la representación, es de todos modos perceptible, un regusto *regalista* en la organización fundamental del precepto. En vano, autores como Lucio Mendieta y Núñez han intentado desvirtuar este nexos histórico del artículo 27, tratando de explicar su contenido a través de los criterios contemporáneos sobre la función social de la propiedad.¹² El sistema patrimonial que nos ocupa no supone, como sucede en la tesis expuesta por Duguit,¹³ un ámbito maduro en que la propiedad debe ceder en su carácter estrictamente subjetivo para amoldarse a las necesidades materiales del grupo social en su conjunto; todo bajo la perspectiva de un mercado eficiente que garantiza a cada titular el producto de sus ganancias. En el caso mexicano, el Constituyente se propuso justamente paliar el defecto de un mercado consolidado, y por eso protegió las formas tradicionales de propiedad y garantizó un arbitraje público de los recursos estratégicos. Definió para el Estado un papel conformador que está muy lejos del trasfondo liberal que Duguit no pudo eliminar en la construcción de su teoría, ni aun con el uso del positivismo comtiano.

No se trató de una transposición lineal de las instituciones coloniales a la realidad contemporánea; ésta es una idea absurda y en eso todos coincidimos; sin embargo, hay una coherencia evolutiva evidente entre las prácticas regalistas del periodo colonial, la legislación sobre terrenos baldíos de mediados del siglo pasado, las normas administrativas de la última etapa de la dictadura porfirista y, por último, la fórmula de la propiedad originaria del artículo 27 constitucional. Los únicos momentos de ruptura en este engarce lógico fueron la Constitución de 1857 y la legislación administrativa de la primera etapa del gobierno porfirista. Fuera de estas dos experiencias, nuestra tradición patrimonial ha sido orientada de manera uniforme por el criterio de una distribución central —y en todo caso premercantil— de los recursos apropiables.¹⁴

Si tuviéramos que ubicar el factor de ilación en la tradición patrimonial mexicana, habría que señalar como elemento principal de juntura al crite-

¹² Mendieta y Núñez, Lucio, *op. cit.*, nota 7, pp. 14-29.

¹³ *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. de Carlos C. Posada, Madrid, Librería Española y Extranjera, pp. 167-198.

¹⁴ *Cfr.*: Molina Enríquez, Andrés, *op. cit.*, nota 2.

rio de “derivación”; según este principio, la propiedad siempre es resultado de un acto de otorgamiento en el que se funda la prerrogativa del titular. No hace falta argumentar demasiado para establecer que este elemento central de la historia de nuestro país no se aviene desde ningún punto de vista con el concepto moderno que explica el derecho de propiedad. Para los pensadores de la Ilustración, hubo la necesidad emergente de establecer el carácter natural y estrictamente individual de esta institución jurídica. En su orden de ideas, el hecho de propiedad era evidentemente anterior al acto que dio origen a la vida civil; por tanto, registraron su presencia como un dato que se imponía al legislador por su propio vigor histórico. El criterio de la derivación es, sin duda, un asunto premoderno, y su sentido responde también a necesidades previas a la consolidación de un mercado nacional. En este sentido, el límite real del artículo 27 constitucional está dado por la duración de la situación de subdesarrollo que envuelve al país desde el origen de su existencia independiente.

El sistema patrimonial que inicia con la fórmula de la propiedad originaria confiere al poder público de la posibilidad de dirigir el desempeño político de los distintos estratos sociales, al conceder la posibilidad de decidir sobre la base material de su acción. El manejo central de la asignación de recursos es, entonces, un factor vivo del proceso constitucional con evidentes consecuencias en el diseño político de la sociedad mexicana. El proceso de reforma ha pasado por fases diversas: primero, fue factor de abatimiento de la oligarquía latifundista; después, elemento principal en la construcción del régimen corporativo, y más adelante se convirtió en fenómeno de normalización del conflicto social. Asimismo, el arbitraje de los recursos estratégicos ha sido clave para el mantenimiento de la hegemonía que la clase política ha manifestado en la conducción del proceso de desarrollo nacional. Por eso, si la rectoría económica tiene una clave principal, ésta es seguramente la que deriva del manejo de los minerales, de los recursos hidráulicos y de los energéticos, por parte del Estado.

La existencia de un ámbito civil independiente es una pretensión inversa al manejo central de los recursos apropiables. La vida privada requiere, desde el punto de vista patrimonial, de una certeza que las proyecciones públicas, orientadas por criterios políticos, no están en condición de conferir. El sistema del artículo 27 constitucional no podría sostenerse en un ambiente de burguesías potentes y de dinámica mercantil poderosa. Su horizonte es, por el contrario, el de los grupos civiles subordinados y el de los poderes públicos de acción incontrolable.

Un sector marginal del artículo 27 constitucional es el que se refiere a prohibiciones concretas para adquirir bienes determinados. Las barreras más importantes se levantan contra los extranjeros, a quienes se prohíbe adquirir inmuebles sin renunciar a la protección de sus gobiernos y les impide el acceso a los bienes ubicados en las zonas fronterizas y en las costas. También a la Iglesia se impusieron cotos drásticos, ya que se le impidió identificarse como agente jurídico, negándosele así la posibilidad de fungir como titular inmobiliario.

Los preceptos relativos a este tema reflejan dos cuestiones distintas: primero, el nacionalismo exagerado del Constituyente,¹⁵ producto de la generosidad porfirista con los capitales extranjeros y, segundo, la inquina de la clase política contra su enemigo histórico y primer rival en el proceso de conducción de las conciencias. Hoy, ambos aspectos se encuentran desbordados por la realidad; a través de los fideicomisos de inversión, los extranjeros pueden prácticamente beneficiarse de los recursos situados en zona prohibida, y la Iglesia, por su parte, mantiene en los hechos una existencia que ha superado las inconveniencias de su “desaparición” jurídica.

2. *La reforma agraria*

No sería pertinente comprimir en unas cuantas líneas la reseña de un proceso tan importante en la historia nacional; por lo tanto, debemos ceñirnos a apuntar algunos significados que resultan centrales, desde la perspectiva política de este análisis.

A. *“El problema agrario”, origen de la reforma*

La idea de una República de pequeños productores fue una de las imágenes más recurrentes en la conciencia del siglo XIX. Este ideal tiene en México referencias que conducen hasta el movimiento intelectual conocido como la Primera Reforma. Su influjo fue muy extenso y se diseminó de manera continua a lo largo de todo el siglo. El hilo conductor lo dio la persistencia de un sustrato ideológico liberal en la mayoría de los pensadores del país. Incluso ya en el auge del positivismo, la imagen de la pequeña propiedad sigue siendo un elemento punzante en contra del latifundismo, cada vez más dilatado.

¹⁵ Roman, Richard, *Ideología y clase en la Revolución mexicana, la Convención y el Congreso Constituyente*, México, núm. 311, 1976, pp. 86-101.

Ya en nuestro lapso de interés, el primer dato a ubicar es el que se refiere a la forma en que los pensadores del entresiglo concibieron el proceso destructor de la tenencia concentrada de la tierra. Para unos —los más liberales, los más moderados—, el establecimiento final de la utopía de los pequeños productores agrarios tendría que ser el resultado lógico de la acción natural de las leyes del mercado.¹⁶ La intercambialidad intrínseca de la tierra, repetida en multitud de operaciones, terminaría por causar un efecto de fraccionamiento que daría a los fundos la mejor dimensión desde el punto de vista económico. Para otros, el quiebre de la gran propiedad no podría ser asunto de procesos espontáneos; para su consecución, el Estado se vería obligado a desplegar una acción fuerte y llevar a cabo, a través de expropiaciones, la redistribución necesaria.¹⁷

No debe perderse de vista que, entre la realidad —latifundismo— y la quimera —pequeña propiedad—, surgirían los pueblos y las comunidades reivindicando el derecho a la tierra, pero no bajo el esquema de los rancharos del mundo occidental, sino con la intención de reconstruir sus formas tradicionales de tenencia. Así detrás de la reforma, no surgió la pequeña propiedad como hechura fiel de acuerdo al ideal; finalmente, lo que produjo el proceso redistributivo fue, por una parte, el restablecimiento de las formas ancestrales de la explotación comunitaria —siempre a nivel de la autosuficiencia— de los pueblos indígenas y, por otra parte, la instauración de un sistema novedoso de propiedad, definido a favor de los núcleos de población ejidal. Relativamente inmóvil y parcialmente insegura, esta forma de propiedad fue poco a poco convirtiéndose en un marasmo de parcelas infuncionales que no han reportado ventajas atractivas, ni siquiera para sus derechohabientes. De esta consigna general habría que exceptuar a los ejidatarios que se beneficiaron de tierras extraordinariamente feraces, y también a aquellos cuya capacidad de organización les permitió conformarse como unidades colectivas de explotación, aprovechando los instrumentos financieros que inició la administración cardenista.¹⁸

Resituando nuestra reflexión en los antecedentes del tema, destaca como primer instrumento legal de la reforma, la Ley Agraria del 6 de

¹⁶ Véase, por ejemplo Orozco, Wistano Luis, *La cuestión agraria*, México, El Regional, 1911 (en especial los parágrafos XVII-XXIII).

¹⁷ Molina Enríquez, Andrés, *Filosofía de mis ideas sobre reformas agrarias* (contestación al folleto del lic. W. L. Orozco, *Las derrotas de Degollado*, México, Imprenta “Plus Ultra”, 1911 [todo el folleto]).

¹⁸ Eckestein, Salomon, *El ejido colectivo en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, pp. 129-178.

enero de 1915.¹⁹ En este ordenamiento, se perfilan los dos mecanismos principales de la acción redistributiva del Estado: la “restitución” a las comunidades de las tierras que les fueron indebidamente retiradas, y la “dotación”, cuyo objeto es establecer a favor de un pueblo un patrimonio de características agrarias. La restitución tiene como vía básica, la determinación de la nulidad del acto por el que se consumó la disposición en contra del núcleo promovente, siempre que correlativamente el pueblo en cuestión, pudiera probar su titularidad preferente. La dotación se ha orientado por el criterio directo del reparto, y su mecanismo natural es la expropiación de los terrenos aledaños al sitio donde se asienta el núcleo de población solicitante.

Los procedimientos descritos suponen una dialéctica tormentosa entre la hacienda y los pueblos; estos dos agentes fueron los protagonistas reales de la disputa por la tierra.²⁰ En el centro y en el sur del país, ni la propiedad hacendaria ni la de los pueblos de indios tipificaban de manera satisfactoria en los criterios que sirven para definir una explotación agrícola moderna. Entender esta premisa ayuda mucho a la comprensión de los resultados frustrantes que, desde la perspectiva económica, produjo el proceso de reforma. La apuesta moderna quedó encarnada en la pequeña propiedad; sin embargo, ésta no fue factor seguro, porque su dimensión quedó acotada entre dos polos de disputa que hicieron insegura su tendencia; tanto la tensión entre pueblos y haciendas, como la preferencia ideológica que otorgó el régimen a ejidos y comunidades, afectaron el ambiente de certeza por el que han pugnado los pequeños propietarios.

B. *Los sujetos agrarios y el régimen patrimonial de la reforma*

Tipificar con exactitud las instituciones del ejido y la comunidad no es una tarea sencilla, porque el régimen que produjo la reforma se ha venido armando a lo largo de varias décadas de práctica y no siempre bajo el designio de voluntades uniformes.²¹ Originalmente, la reforma agraria se llevó a cabo

¹⁹ Véase *Expedición de la Ley Agraria del 6 de enero de 1915*, México, Comisión Nacional para las Celebraciones del 175 Aniversario de la Independencia Nacional y 75 Aniversario de la Revolución Mexicana, 1985, 57 pp. (incluye el discurso de presentación al Congreso por el lic. Luis Cabrera).

²⁰ Cabrera, Luis, *Discurso pronunciado ante el Congreso de la Unión el 3 de diciembre de 1912*, transcrito en *Expedición...*, *cit.*, nota 19, pp. 17-47. A lo largo de la exposición se perfila con mucha claridad de qué modo la lucha por la tierra en la zona central del país, obedece a la confrontación de intereses entre pueblos y haciendas.

²¹ Véase Fernández Souza, Jorge, *Propiedad formal y propiedad real en el ejido*, México, Centro Nacional de Investigaciones Agrarias, 1984, p. 77 (ed. mimeográfica inédita).

siguiendo la idea-fuerza del fraccionamiento de los latifundios. Cuando la Constitución de 1917 entró en vigor, el sentido de las directrices agraristas era básicamente el mismo que se había expresado en los considerandos y en el articulado de la Ley Agraria del 6 de enero de 1915. Los diputados constituyentes se concretaron a refundir el contenido de la ley aludida en el ámbito normativo de la carta constitucional; acaso mejorando sus disposiciones al conferir expresamente: capacidad a los sujetos agrarios que detentaban bienes en común, para proteger transitoriamente su estado de indivisión y para promover judicialmente la defensa de sus intereses.

El propósito antilatifundista del Constituyente, al conseguirse por las dos vertientes dispuestas en la ley de 1915 —restituciones y dotaciones—, no tenía un punto claro de llegada. En general, el fraccionamiento de la gran propiedad perseguía el ideal del establecimiento de una sociedad de pequeños propietarios; por lo tanto, el objetivo lógico de la reforma debía expresarse en actos de partición que produjeran la multiplicación de los pequeños propietarios. El problema de la división de los fundos restituidos o dotados fue desplazado por la Asamblea Constituyente al legislador secundario y a pesar de que la legislación agraria de la segunda década del siglo apuntó, precisamente, hacia el criterio de la partición, algunos pueblos resistieron y conservaron sus explotaciones de tipo comunal.

La Constitución protegió los fundos que fueron objeto de los procedimientos de reparto, sustrayéndolos de los circuitos mercantiles, en virtud de la condición de *inalienabilidad* a la que quedaron afectados estos bienes. Varios factores se conjugaron para que las tierras restituidas o dotadas a los pueblos no volvieran de inmediato a la circulación; entre ellos, es posible mencionar las resistencias culturales de los grupos étnicos, la sobrevivencia soterrada de la hacienda como unidad principal de producción agrícola, y en general, la poca claridad que existía en relación con el carácter productivo de las tierras afectadas. Cualesquiera que hayan sido los móviles desde el punto de vista histórico, el hecho fue que, del reparto agrario, no surgieron en realidad pequeñas propiedades en sentido moderno. El producto fue más bien, un régimen patrimonial *sui generis*, cuyo desarrollo paulatino se llevó a efecto en la legislación secundaria. Lo que hoy se conoce como propiedad comunal, por un lado, y como propiedad ejidal, por otro, es el resultado de la evolución de fórmulas peculiares de apropiación extramercantil, coherentes con una acción de tipo tutelar por parte del Estado.

ta); Hinojosa Ortiz, José, *El ejido en México. Análisis jurídico*, México, Centro de Estudios Históricos del Agrarismo en México, 1983, pp. 173- 222; Ibarra Mendivil, Jorge Luis, *Propiedad agraria y sistema político en México*, M. A. Porrúa, 1989, pp. 273-287.

a) En el caso de la llamada *propiedad comunal*, han quedado subsu-
midas todas las formas tradicionales de pertenencia organizadas en torno
al criterio tradicional de la indivisión patrimonial; tal es la situación de
los condueñazgos, congregaciones, rancherías, tribus y pueblos en gene-
ral. Bajo esta modalidad, se han perpetuado agentes colectivos en cuyo
perfil predominan las afinidades étnicas y culturales que han permanecido
constantes desde la época de la Colonia, hasta la incorporación a la vida
moderna.²²

En cuanto sujeto colectivo, la comunidad interpela al conjunto de indivi-
duos beneficiarios de un proceso de restitución y, en tanto fórmula jurídica,
estabiliza un tipo de tenencia orientada fundamentalmente al autoconsumo
de los miembros. Así, entre títulos inmemoriales, patrimonios rústicos y
condiciones premodernas, las comunidades continúan resistiendo los em-
bates de una sociedad, cuyo ritmo apunta a su desintegración.

b) *La propiedad ejidal* hoy, responde a un régimen especial que, ante
todo, deber ser diferenciado del ejido en su sentido colonial. Durante el
virreinato, la Corona otorgó tierras ejidales a los pueblos de indios para su
disfrute común, principalmente montes y pastos. Los ejidos formaban parte
del régimen integral de los pueblos, en el que también se incluían el fundo
legal, los propios y las tierras de labor; estas últimas, generalmente, deri-
vadas a porcioneros individuales en virtud de un acto de repartimiento.²³
El término “ejido” llegó al derecho agrario mexicano a través de un uso
equivoco que de él hizo la Ley Agraria del 6 de enero de 1915.²⁴ En este
ordenamiento se describió el acto de reparto como reconstrucción o, en su
caso, dotación de los ejidos de los pueblos. Desde entonces, el concepto
tuvo una evolución que violentó su significado, porque antaño siempre se
refirió al conjunto del patrimonio rústico, atribuido a un núcleo de pobla-
ción en virtud de un acto de dotación.

Ya bajo la vigencia de la Constitución de 1917, el legislador secunda-
rio fue perfilando los rasgos esenciales de la propiedad ejidal a través de
aproximaciones sucesivas, no siempre planeadas. Uno de los temas más
discutidos ha sido el referente al régimen de explotación que debe preva-
lecer dentro del ejido; hasta antes de la administración cardenista, pocas
preocupaciones se detectan sobre el carácter productivo de las tierras re-

²² Figueroa, Fernando (ed.), *Las comunidades agrarias*, México, 1970, pp. 139-146.

²³ Orozco, Wistano Luis, *Los ejidos de los pueblos*, México, El Caballito, 1975, pp. 139-147 (1a. ed. 1914).

²⁴ Véase artículos 3o. y 6o. de la Ley Agraria del 6 de enero de 1915, transcrito en *Expedición...*, *cit.*, nota 19.

partidas; priman, sobre todo, los criterios parceladores que ven en la forma agraria, un mero acto de recomposición material en relación con los fundos apropiables; sin embargo, la parcelización tomó desde su inicio un giro especial, ya que para todos se hacía evidente que si se establecían derechos de propiedad a favor de los campesinos en forma lisa y llana, pronto los beneficiarios perderían sus parcelas por incapacidad económica y cultural para retenerlas. Así, surgió la idea de convertir nuevamente el patrimonio ejidal en un derecho inalienable. Para tal efecto, se atribuyó la propiedad al núcleo de población, dejando a los campesinos individuales solamente un derecho parecido al usufructo sobre su respectiva parcela.²⁵ La Constitución de 1917 protegió de la circulación mercantil, tanto los patrimonios comunes de los pueblos, como las parcelas individuales. De este modo quedó diferido el rasgo más fuerte de la propiedad ejidal; dígase la extramercantilidad de la tierra.

Un ejido actualmente se compone, además de las tierras de cultivo —que pueden ser explotadas en forma individual o colectiva—, por la zona de urbanización, la parcela escolar, la unidad agrícola industrial para la mujer, y los montes y pastos comunes, cuando existan. Los derechos de los ejidatarios son de dos tipos: los individuales, que se refieren al aprovechamiento de la parcela —cuando no existe explotación colectiva— y a la participación corporativa en los órganos de decisión del ejido. Los derechos colectivos son, propiamente, los de titularidad sobre el fundo agrario, aunque éstos sólo se ejercen a través del núcleo de población al que se encuentra integrado el ejidatario.²⁶

En cuanto a unidad productiva, el ejido empezó a significarse tardíamente; todavía en la época de Calles, el gobierno, de forma no visible, orientaba su estrategia de producción en el campo a través del apoyo a la gran propiedad sobreviviente. No fue sino hasta el cardenismo, cuando el ejido fue ubicado como pieza importante del proceso agrícola; a partir de entonces, con más o menos fortuna, se desarrollaron mecanismos financieros para apoyar a los campesinos sujetos a este régimen de propiedad.²⁷ Asimismo, la burocracia vinculada a los procedimientos de reforma, encontró una estabilidad que la ilusión del régimen hacía parecer definitiva.

²⁵ Véase Mendieta y Núñez, Lucio, *op. cit.*, nota 7, pp. 155-158. El autor realiza una reseña completa sobre el contexto de la reforma constitucional, efectuada por decreto de 9 de enero de 1934; en especial la importancia que tuvo la crítica de Bassols para el establecimiento definitivo del concepto de “núcleo de población”.

²⁶ Véase artículos 51-111, Ley Federal de la Reforma Agraria, *Diario Oficial de la Federación*, 16 de abril de 1971.

²⁷ Hinojosa Ortiz, José, *op. cit.*, nota 21, pp. 143-170.

La Ley Federal de la Reforma Agraria de 1971 es el instrumento jurídico culminante del proceso.²⁸ En su articulado, los regímenes rurales —comunal y ejidal— encuentran los parámetros de institucionalización más seguros. Así sucede también, con las normas procesales y con la definición de las atribuciones a las autoridades y órganos agrarios; sin embargo, en su plenitud, esta ley llevó el germen de la abrogación.

La ley realizó una consumación peligrosa, porque pretendió fijar, en términos perennes, un proceso de reforma que, por su naturaleza, tiene límites precisos. El reparto agrario no puede plantearse como fenómeno permanente; existe, por necesidad, un momento de finitud al que debe sujetarse. Y como esa circunstancia, a juicio de la administración actual ya se produjo, la ley fue derogada dentro del complejo movimiento legislativo que originó la iniciativa de reforma constitucional impulsada por el presidente Salinas.

III. UNA REFORMA PARA FINIQUITAR LA REFORMA

No existe una solución unívoca que conteste en forma definitiva la pregunta de por qué se mueve el contenido normativo de un régimen constitucional. La historia ofrece satisfacciones muy variadas a la interrogante, y sólo a través de un esfuerzo casuístico mayor, podría conocerse el universo de la respuesta. Lo que resulta posible establecer, es que ninguna Constitución escrita está al margen de la caducidad —total o parcial— de su contenido. Los cambios sociales imponen un ritmo heraclítico que no se ajusta con las pretensiones de perennidad de los legisladores, así sean los instrumentos normativos muy sintéticos y flexibles. Seguir la dinámica social, implica abrir el texto constitucional a un proceso continuo de reformas; sin embargo, la transitoriedad de sus disposiciones, derivada de los cambios frecuentes, plantea un riesgo de inestabilidad para las instituciones jurídicas. El proceso de reforma constitucional transcurre entre dos extremos peligrosos: el de la desadecuación de los preceptos y el de la falta de estabilidad de los sistemas. Debe entonces, encontrarse una fórmula de equilibrio que compense Constitución y realidad.

En México, donde la Constitución pretendió otorgarse como perspectiva programática, la dinámica social juega una función especial en relación con el proceso constitucional. El movimiento se da en dos sentidos: por una parte, la norma pretende anticipar el sentido de la acción de los agentes sociales; por otra, los descarríos del curso concreto de los hechos exigen un

²⁸ Véase artículos 51-111, Ley Federal de la Reforma Agraria.

movimiento de adecuación que presione hacia la tipicidad de las conductas. Si los cálculos programáticos de la Constitución fueron adecuados, y se realiza su sentido, el órgano revisor de la carta se verá obligado a revisar sus criterios de anticipación. En nuestro país, el programa del régimen fue la reforma social; su realización —o si se quiere, su caducidad— fuerza a replantear el plan político y a ordenar el contenido de la carta, hacia los requerimientos de un medio internacional neoliberal.

No es momento de discernir sobre la legitimidad del proceso de reformas constitucionales; sin embargo, sí debe asentarse que la modificación al artículo 27 es una variación que involucra el sentido del *telos* constitucional reformista, ya que con ella se pone fin a la acción conformadora del poder público en el terreno de la propiedad agraria. En tal virtud, conviene atender a la especificidad de su sentido.

1. *Los objetivos explícitos*

Con la iniciativa de reformas al artículo 27 constitucional, el Ejecutivo envió al Congreso una explicación de motivos que contiene un diagnóstico de los problemas del campo mexicano y una valoración general de los instrumentos jurídicos desarrollados a partir del proceso de reforma agraria.²⁹ A continuación vamos a algunos de los aspectos relevantes del documento.

a) *El tono ideológico*. El discurso plantea una tesis central, a saber: la motricidad del proceso de reformas sociales surgidas de la Revolución radical en los objetivos de *justicia y libertad*, éstos, hasta la fecha, permanecen vigentes. La lucha revolucionaria se encaminó contra la situación de servidumbre de los campesinos, y tuvo como primer propósito, el abatimiento del latifundio. Hoy, estos fines ya se han conseguido; por lo tanto, es necesario sustituir los mecanismos redistributivos de cara a conseguir mayor eficiencia en la producción agrícola, con objeto de elevar el nivel de vida de la población campesina y adecuar el proceso a los nuevos requerimientos que impone el medio internacional.

El documento explicativo acepta que el sentido de la lucha agraria ha sido influyente en el perfil ideológico del nacionalismo mexicano; en tal virtud, se considera conveniente conservar a la comunidad y al ejido, pero ya no bajo el principio de su sostenimiento estatal, sino transfiriendo la

²⁹ Presidencia de la República, Iniciativa del presidente de la República, Carlos Salinas de Gortari, para reformar el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Véase, en especial, el documento preliminar de explicación de motivos, pp. III-XII.

decisión a los propios campesinos como sujetos responsables de su propia organización. Esta idea se ofrece como un ejercicio de discriminación, a partir del cual se intenta rescatar de la reforma agraria lo más valioso y, por el contrario, desechar aquello que manifiestamente ha mostrado ya su ineficacia.

Oficialmente las variaciones al artículo 27 no quieren presentarse como el finiquito de la reforma agraria, sino una adecuación de sus circunstancias a las nuevas demandas de la realidad nacional e internacional. “La sociedad justa del siglo XXI a la que aspiramos —se lee en el documento— no puede construirse si perduran las tendencias actuales en el medio rural. Tenemos que actuar decididamente”. Como se observa, existe un sentido implícito en la tesis. La justicia social sólo se puede realizar sobre el entendido de una producción eficaz; la estructura actual, por más que su génesis se califique como un proceso legítimo, es ya un obstáculo para la justicia, porque no permite la organización productiva en términos modernos. Si el latifundio fue en su momento un obstáculo para el equilibrio y la equidad en el medio agrario, ahora son el minifundio y las condiciones premercantiles de una gran parte de la propiedad, las que aparecen como barreras para superar los rezagos productivos.

Corregir la parte malograda de la reforma agraria estableciendo sus principios, responsabilizar a los campesinos de su propia organización y abrir el campo a la inversión privada y a la circulación mercantil, son objetivos difíciles de conciliar con el agrarismo mexicano, sobre todo con el de la época cardenista; sin embargo, quizás no sean propósitos demasiado ajenos a los fines del programa modernizador, que como objetivo implícito han impulsado los gobiernos mexicanos, por lo menos desde la administración alemanista. El único paréntesis en esta secuencia reciente, fue el sexenio del presidente Echeverría.

La modernización es esencialmente antirreformista; sus principios y directrices se dirigen a eliminar los instrumentos tradicionales del arbitraje público. Bajo sus parámetros, el fin es dar realidad a la experiencia neoliberal, una vez que las prácticas providenciales han mostrado su impotencia. Así, aun cuando el lenguaje modernizador es conciliador en el plano ideológico, y paternal y didáctico en el terreno social, sus verdaderos destinatarios son los inversionistas potenciales. A ellos se dirigen las promesas de autocontención por parte del Estado; se quiere restablecer su confianza, bajo la promesa de la deposición definitiva de las prácticas niveladoras, que sirvieron por muchos años de aliento al agrarismo mexicano.

b) *El diagnóstico*. Como contexto de la reforma se señala que, a nivel internacional, se suscita un cambio de gran envergadura y que soslayarlo

es marginar al país y negarle la oportunidad de participar activamente en ese gran proceso. Para estar a tono con los acontecimientos, es necesario modernizar la estructura productiva del campo, la cual es infuncional en atención a las siguientes razones:

- 1) La cuarta parte de la fuerza laboral del país trabaja en el campo, pero ésta sólo genera el 10% del producto nacional. Los ingresos del sector rural son, en promedio, casi tres veces menores que en otros ámbitos de la economía.
- 2) El minifundio es un fenómeno predominante en el sector agrario; más de la mitad de las propiedades —ejidales o privadas— son menores de cinco hectáreas.
- 3) La excesiva parcelización y el régimen de tenencia de la tierra inhiben la inversión, y en general, los procesos de financiamiento para la actividad agraria. Correlativamente, se generan rezagos tecnológicos que vuelven improductivo el trabajo empleado en las tareas agropecuarias.
- 4) El reparto agrario llegó ya a sus límites físicos posibles, y por lo tanto, las funciones del Estado deben reorientarse hacia la inversión en infraestructura eficiente.
- 5) En la realidad del campo mexicano, se ha suscitado un circuito subterráneo de circulación de la tierra mediante el que se realizan, de forma incontenible, cesiones de las atribuciones de los ejidatarios, arrendamientos, aparcerías o medianerías, todos ilegales. Estos hechos coinciden con la presión que ejerce la vida moderna sobre la deficiencia de las fórmulas agrarias tradicionales.

c) Las estrategias que la reforma persigue

- 1) Proveer certidumbre a las distintas formas jurídicas de tenencia de la tierra. Según el documento de explicación de motivos, los certificados de inafectabilidad agraria nunca fueron una fórmula suficiente de certeza para el pequeño propietario. Tampoco la propiedad ejidal brinda a los beneficiarios del ejido un título funcional en el marco de las transacciones modernas. Terminar con el reparto permitirá disminuir expectativas de titularidad y, por lo mismo, reducir el índice de conflictos en torno a las disputas por la propiedad agraria. Reconocer la propiedad ejidal expresamente en la Constitución, permite fijar, con mayor claridad, las prerrogativas de los titulares y, bajo condición básica, estimular la fusión de terrenos a través de los procesos de asociación, e incluso permitir su circulación relativa.

- 2) Propiciar la organización de la propiedad en unidades productivas que garanticen las escalas necesarias, de acuerdo con los criterios de competitividad internacional. Los mecanismos previstos son: la consolidación relativa de la propiedad —siempre dentro de los límites de la pequeña propiedad—, la fusión productiva de ejidos y los mecanismos de asociación.
- 3) Incentivar la capitalización del campo, lo que se pretende lograr a través de la certeza conferida a las distintas formas de propiedad y por medio de los mecanismos de integración señalados arriba.
- 4) Convalidar ciertas prácticas de circulación necesarias de efectos traslativos y simples cesiones de derechos de naturaleza personal, con objeto de brindar la seguridad necesaria a este tipo de transacciones.

d) Los fines auténticos de la reforma constitucional no se mencionan de manera explícita en el documento; sin embargo, es posible inferir algunos de sus contenidos a través del análisis. Resulta claro que retirar la condición de la inalienabilidad a la propiedad ejidal y comunal, no puede tener otro efecto que la dinamización mercantil en torno de los recursos fundarios. La reforma constitucional no pretende una ruptura instantánea y frontal de las formas agrícolas tradicionales, lo que persigue es su inserción paulatina en la lógica del mercado. Muchos propietarios miserables podrán convertirse en modernos asalariados agrícolas, e incluso, es previsible que su nivel de consumo se torne superior a aquel que pudo generarles una titularidad infuncional sobre una parcela microscópica.

Este canje cuantitativo, en apariencia favorable, tiene en realidad referencias y efectos complicados, ya que significa cambiar la naturaleza de la relación entre Estado y productores agrícolas. Con la reforma, se retira casi totalmente, el tutelaje público a los campesinos pobres y se les estimula a asumir una actitud más eficiente o a dejar sus parcelas en manos más rentables. Si los efectos de la reforma se consuman, veremos sin duda el rompimiento del aparato corporativo bajo el que los campesinos han quedado encuadrados, situándose como base obligada del régimen de un sólo partido.

Seguramente no se llegará al final del sistema ejidal, pero el régimen impuesto por la reforma rescatará una buena cantidad de tierra en provecho de formas productivas con perfiles menos arcaicos que los vigentes. Los ejidos que pueden encontrar más ventajas en este proceso, son los que muestren mayor aptitud para la transformación de sus métodos productivos y para la asimilación de los mecanismos de las sociedades mercantiles, ya que sus tierras están puestas en una perspectiva que conduce a la textura societaria.

Es claro que con la reforma constitucional se busca romper el carácter excepcional de la propiedad agraria y homologar su condición al régimen de la propiedad común. Este movimiento propende a la búsqueda definitiva de la certeza de los títulos agrarios y a la dilución de los estancos jurídicos que, a través de largos años, habían impedido la equiparación del régimen ejidal al ámbito del tráfico jurídico común.

Para las comunidades indígenas la reforma ofrece una seguridad especial. Su número actual y la calidad de sus tierras no provocan, en general, ningún tipo de avidez. Por tal razón, es esperable que, con algunos apoyos adicionales, esta forma de tenencia se conserve en la posición marginal que desde tiempo atrás tiene atribuida.

Sin que se haga profesión expresa, un objetivo claro de la reforma es vincular el campo al proceso general de modernización del país. En este sentido, la mutación constitucional juega un papel desmitificador, ya que toca uno de los símbolos ideológicos más importantes del régimen revolucionario. Haber hecho tangible el núcleo quizás más significativo de la ideología reformista, apareja la rectificación genuina de la forma de relación entre un sector importante de la sociedad y el Estado y, además, la posibilidad de lograr avances en cualquier otro sentido. El campo deja así de ser, en su mayoría, un asunto de pobres, para convertirse, a mediano plazo, en un ambiente productivo y rentable, para quien tenga interés en arriesgar allí sus capitales. Al mismo tiempo, el régimen político tradicional depone sus secretos y permite a la administración actual hurgar en el sentido de los tabúes menos expuestos. Llama la atención, que una reforma tan importante no explota precisamente su novedad; al contrario, el discurso en el que envuelve es conciliatorio y se desarrolla en un terreno de respeto hacia ciertas esencialidades del orden establecido; este es el caso de las formas de propiedad ejidal y comunal. Tan tímidos son en este sentido los conceptos que, al tratarse lo relativo a la mercantilidad de las tierras sujetas al ejido o a la comunidad, la explicación apenas coloca los alcances del cambio constitucional en el terreno de la convalidación de las prácticas existentes. Así, la ilicitud queda legitimada como proceso de *lege ferenda*.

2. Contenido y vaivenes de la reforma³⁰

Específicamente, la reforma modifica el párrafo 3o. del artículo 27, sustituyendo el concepto de pequeña propiedad agrícola por el de pequeña propiedad *rural*. Con este replanteamiento, se pretende tratar integral-

³⁰ *Diario Oficial de la Federación*, 6 de enero de 1992.

mente la explotación de recursos vinculados con la tierra; quedan entonces comprendidos la ganadería, la silvicultura y “las demás actividades económicas en el medio rural”. De este párrafo se suprime lo relativo al derecho de dotación, que la Constitución confería a los núcleos de población solicitantes de tierras. Cabe aclarar que en el precepto se conserva la facultad de la nación para proveer al fraccionamiento de los latifundios.

En coherencia con las modificaciones al párrafo tercero, se derogan las fracciones X, XI, XII, XIII y XIV que se referían, en términos generales, a los procedimientos del reparto agrario, impulsados desde los órganos públicos. Asimismo, alguno de estos preceptos se refería a la organización burocrática encargada de arbitrar dichos procedimientos. La parte medular de la reforma se contiene en la nueva fracción VII. Aquí, en lugar de aquella difusa atribución de capacidad a ejidos y comunidades que disfrutaban bienes proindivisos, para mantenerlos en ese estado, se desarrollan las bases del nuevo sistema agrario mexicano, a saber:

- 1) Reconomiento expreso a la propiedad de ejidos y comunidades. Incluso, el Congreso de la Unión quiso hacer más enfático este atributo confiriendo a los sujetos colectivos la personalidad jurídica. Esta última prerrogativa fue en realidad excesiva; hubiera bastado con el reconocimiento de la comunidad de intereses patrimoniales para habilitar a los derechohabientes, en relación con cualquier gestión vinculada a la defensa del patrimonio común, tal como sucede ahora con el régimen de propiedad en condominio.
- 2) Sustitución del sistema tutelar y del carácter supletorio de las disposiciones de la legislación agraria, por un sistema basado en la autonomía de la voluntad de ejidatarios y comuneros. A éstos —y a nadie más que a ellos— corresponde de ahora en adelante, definir las condiciones básicas en torno a su situación patrimonial. A los ejidatarios y comuneros les toca determinar, según disposiciones de la nueva ley secundaria, si la explotación debe ser individual o colectiva; si las *parcelas* se *adjudican en propiedad a sus derechohabientes*, o bien, continúan sólo sujetas al aprovechamiento del ejidatario; si el ejido se asocia como persona jurídica con algún inversionista, o si lo hacen los ejidatarios a título individual; si los terrenos comunes pueden enajenarse cuando el acto represente ventajas ingentes al grupo de población, o bien, se conservan como patrimonio común; si el ejido o la comunidad se conservan en su forma jurídica original, o aceptan recambios de un régimen a otro. En fin, la facultad de decisión es amplia y de ninguna manera

garantiza la excepcionalidad uniforme de que gozaba antaño la propiedad agraria. El ejido y la comunidad tienen ahora —en tanto regímenes voluntarios— mucho más, la estructura de un contrato.

- 3) Autorización para una circulación restringida de las parcelas ejidales o comunales, las cuales son trasmisibles entre ejidatarios o comuneros, respectivamente. Las normas que relativizan la posibilidad de concentración dentro de cada unidad rural disponen que ningún titular podrá retener más del 5% del total de las tierras ejidales y, en todo caso, nunca podrá sobrepasar los límites de la pequeña propiedad.
- 4) Regulación de los procesos de asociación entre ejidos, ejidos y comunidades, y entre éstos, con el Estado o con terceros. Con esta medida, se pretende ampliar la base territorial de las unidades productivas, pero sin generar condiciones de concentración en unos cuantos titulares.
- 5) Posibilidad de ceder los derechos de uso sobre las parcelas ejidales, buscando también que el relevo del ejidatario titular, por otro sujeto con mejores perspectivas productivas, pueda dinamizar la actividad rural.

En la fracción VII se mantiene el procedimiento de *restitución* de tierras, bosques y aguas, considerándose en el precepto, que sólo los procesos dotatorios habían aparejado el ambiente de inseguridad en la tenencia de la tierra.

En la fracción XV se establece el nuevo régimen jurídico de la pequeña propiedad; que, en general, corresponde al sentido anterior de la institución. Quedan expresamente prohibidos los latifundios, y los límites de la pequeña propiedad se reiteran en términos globales: “Cien hectáreas de riego o humedad de primera o sus equivalentes entre otras clases de tierras en explotación”. El límite es más laxo y llega a ciento cincuenta hectáreas, si se trata de cultivo de algodón o si recibe riego. Y el límite llega hasta trescientas en los siguientes casos específicos: plátano, caña, café, henequén, hule, palma, vid, olivo, quina, vainilla, cacao, nopal y frutales.

Tratándose de propiedad ganadera, la reforma confirma el límite anterior: el número de hectáreas suficiente para mantener hasta quinientas cabezas de ganado mayor o su equivalente en ganado menor, de acuerdo con la capacidad forrajera de los terrenos.

Donde la reforma otorga mayor flexibilidad, es en los casos de mejora a la calidad de los terrenos. Bajo este supuesto, el legislador acepta que los límites máximos sean trascendidos a consecuencia de cambios de uso, si las tierras se mantienen como explotación rural. En este punto, la iniciativa presidencial era muy clara; sin embargo, en el Congreso de la Unión se

produjeron modificaciones que no favorecen a la expresión del precepto. No obstante, en la ley secundaria se dio un desarrollo preciso del principio, y el legislador retomó el sentido de la iniciativa presidencial, resituando el énfasis de estas autorizaciones especiales en el cambio de uso productivo de la tierra.³¹

La fracción XVII confiere al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados, en sus respectivas jurisdicciones, la facultad de dictar leyes para definir procedimientos tendientes al fraccionamiento y enajenación de los terrenos que constituyan excedentes sobre los límites autorizados para la pequeña propiedad. Como ha quedado expuesto, el nuevo dimensionamiento de las unidades rurales no está previsto a través de la concentración de tierras; el planteamiento se dirige a conseguir la fusión desde el punto de vista mercantil. Bajo esta perspectiva, es muy probable, que aunque no aparezca como un monopolio de titularidades, la concentración se produzca y los sujetos con mejor visión de la producción en el campo terminen controlando la parte medular de la actividad rural; sin embargo, el hecho de que no puedan adquirir más propiedad que aquella señalada por la Constitución, siempre será un contrapeso importante para evitar el acaparamiento irracional. Según las nuevas reglas del juego, la flexibilidad del régimen rural vigente deberá beneficiar a quienes tengan el ingenio y la iniciativa suficientes para plantear fórmulas plurales de asociación.

En lo que se refiere al problema de la capacidad para adquirir tierras, la reforma plantea algunas modificaciones trascendentes. En primer término, se suprime la prohibición que recaía a las sociedades mercantiles por acciones, que era ser titulares de terrenos en el campo. Adecuadamente se argumentó que las sociedades por acciones ya no otorgan coberturas inexpugnables a sus verdaderos dueños, ya que el anonimato prácticamente ha desaparecido como fenómeno societario. La autorización a las sociedades por acciones para realizar explotaciones agrícolas, liga perfectamente con el sentido de la reforma, ya que con la misma, de hecho, se sustituye la visión estática fincada en el ámbito de los derechos reales, por una perspectiva dinámica del funcionamiento rural. En realidad, se sobrepone el peso jurídico de las fórmulas societarias al problema de las titularidades. No sería explicable bajo esta lógica que se siguiera limitando el concurso de las sociedades por acciones en las estrategias de desarrollo rural.

Lo que sí queda proscrito es que las sociedades agrícolas funcionen sólo con propósitos especulativos en relación con la tierra. Sus posibilidades de

³¹ Cotejar texto de la iniciativa presidencial. Véase nota 29, con el texto aprobado en el proceso de reformas. Véase nota 30.

adquirir terrenos quedan vinculadas al cumplimiento de su objeto. Para no romper el parámetro social que implica la pequeña propiedad, en la nueva fracción IV se dispone que la extensión de los fundos de la sociedad no podrá exceder de veinticinco veces el límite señalado para la pequeña propiedad. Con este rango, el legislador intenta mantener el equilibrio entre número de propietarios y extensión efectiva de la titularidad. Para cumplir este propósito prevé que las distintas propiedades de una persona jurídica de composición accionaria se consideren acumulables. De este modo, el legislador reitera su intento por inhibir el acaparamiento por la vía de la reunión de propiedades.

Una innovación importante es que ahora, con base en las facultades constitucionales que le otorgó la reforma, el legislador federal permite que en las sociedades por acciones participen extranjeros, aunque limita su concurso a un máximo de 49% de las acciones de la serie “T”. Este tipo de títulos se distingue de las acciones ordinarias, porque al liquidarse las sociedades, son los únicos que otorgan derecho a los tenedores para recibir tierra en pago por su proporción en el haber social.

Una de las ventajas innegables que se logran con las modificaciones al artículo 27 constitucional, es la desarticulación del complejo proceso burocrático, que implican los trámites ante la Secretaría de la Reforma Agraria. En adelante, la justicia rural queda encomendada a los tribunales agrarios —“órganos federales dotados de plena jurisdicción y autonomía”— como dispone su reciente ley orgánica.³² El sistema es de doble nivel, por lo que existen tribunales agrarios unitarios y, como órgano de revisión, un Tribunal Superior Agrario.

Como un instrumento auxiliar queda la Procuraduría Agraria.³³ A este organismo descentralizado corresponde garantizar la estabilidad social y el tránsito hacia el nuevo régimen agrario. Es un paliativo contra la violencia social que pudiera desatar el proceso. Ahora, entre las funciones permanentes más destacadas, la Procuraduría ejerce la representación de ejidatarios, comuneros o derechohabientes de éstos, en los juicios agrarios; vigila el cumplimiento de las normas protectoras de los distintos regímenes rurales y, además, asesora a los solicitantes en relación con el sentido de las instituciones jurídicas vigentes vinculadas al agro.

Durante un periodo de transición, definido por la duración de los asuntos dotatorios en trámite, existirá una dualidad de órganos públicos, coexistien-

³² Artículos 1o. y 2o., Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de febrero de 1992.

³³ Artículos 134-147, Ley Agraria, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de febrero de 1992.

do los recientemente establecidos con la Secretaría de la Reforma Agraria y con el Cuerpo Consultivo Agrario. Como se puede prever, no van a ser pocos los traslapes conflictivos entre autoridades durante este periodo de establecimiento paralelo.

En otro paquete de reformas, cambia la fracción II del artículo 27,³⁴ en la que se modifica el sentido de uno de los grandes mitos de la historia nacional. Se reconoce capacidad a las Iglesias para adquirir, poseer y administrar los bienes inmuebles que les sean necesarios para el cumplimiento de su objeto. Este cambio termina con el laicismo rudimentario de los gobiernos mexicanos. Negar personalidad jurídica y capacidad inmobiliaria a las iglesias sólo fueron hechos explicables a la luz de las necesidades decimonónicas, cuando la Iglesia católica exageró sus atributos temporales y llegó a convertirse en una fuerza política y económica que lograba disputar la hegemonía a los gobiernos liberales. Hoy, la Iglesia sigue siendo un factor político, pero carece de condiciones para involucrarse frontalmente en la disputa por el poder nacional. Las modificaciones de la fracción II obedecen a este análisis y se vinculan a las más importantes sobre la materia, las cuales tocaron el artículo 130.

Ya no existe más la base constitucional que legitimaba las nacionalizaciones de los bienes eclesiásticos. Ahora los edificios dedicados al culto podrán pertenecer a sus propietarios naturales, sin que el hecho se considere atentatorio a la libertad de conciencia.

IV. APUNTE FINAL

Tratando de englobar el sentido específico de la reforma constitucional, puede decirse que:

- a) Desde el punto de vista económico, se abren posibilidades para reactivar la producción agrícola, por lo menos en un grado superior al que hubiera ofrecido cualquier alternativa diferente a la dinamización del ejido, si se conserva la condición de la inalienabilidad; sin embargo, a pesar de esta ventaja, la reforma en sí dista mucho de ser una respuesta suficiente a las pretensiones del libre comercio a nivel internacional, ya que en el caso de Norteamérica, las economías estadounidense y canadiense ofrecen escalas de producción, avances tecnológicos, sub-

³⁴ Decreto por el que se reforman los artículos 3o., 5o., 24, 27, 130 y se adiciona el artículo decimoséptimo transitorio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 28 de enero de 1992.

sidios y, en general, condiciones inalcanzables para la gran mayoría de los productos rurales nacionales.

- b) Desde la perspectiva política, estos cambios inciden en la forma de relación del Estado con los agentes civiles y, en su sentido final, implican una rectificación drástica al régimen tutelar y de control corporativo que desarrolló el gobierno mexicano, en concomitancia con la estrategia de la reforma agraria. La administración actual tiene la ventaja de que el proceso de transformación respeta una mínima parsimonia; entonces, al gobierno del presidente Salinas le beneficia el uso de los instrumentos tradicionales de control, así se encuentren en un trámite postrero.
- c) Desde el punto de vista social, la reforma puede incidir en el desarrollo de un proletariado agrícola de corte moderno, y puede esperarse que no genere gran presión sobre el equilibrio del régimen, ya que es probable que la atribución de propiedad de parcelas a ejidatarios se generalice y cualquier inconformidad resulte paliada por la sensación inmediata de la condición de propietario que experimentarán los sujetos interesados.
- d) En el terreno jurídico, la modificación toma sentido si comprendemos que se trata del abatimiento mesurado de un régimen patrimonial de excepción; sin embargo, hay que dejar claro que la sustitución de dicho régimen no ocurre por la vía violenta del despojo, sino por el curso —mucho más inteligente— de la homologación normativa de las distintas formas de propiedad rural a la propiedad común. Hoy, no puede precisarse si los campesinos propietarios serán capaces de conservar su titularidad sobre la tierra en forma ventajosa para ellos; en cambio, sí puede afirmarse que el legislador constitucional los ha considerado capaces y, por ese motivo, les ha retirado la tutela jurídica que se desarrolló con la reforma agraria.

Entre menos estancos y regímenes excepcionales tiene un orden jurídico, más se asemeja a los ideales del legislador moderno; siempre partidario de los tipos normativos sencillos —claros y distintos— de alcance universal.

- e) Ya en el campo constitucional, la reforma promovida por el presidente Salinas apunta, definitivamente, a la ortodoxia de las cartas modernas. Suprime una parte importante del estrado normativo de inspiración providente y deja avanzar, sobre los vacíos de esta rectificación, la lógica institucional moderna de la carta mexicana. Cabe decir que este proceso no se consuma, porque todavía la fórmula de la propiedad originaria con sus vertientes concretas —en especial el dominio

directivo de la nación— aún se conservan. ¿Cuánto tiempo resistirán la dualidad desfavorable estos instrumentos políticos? En realidad no lo sabemos, porque, si por un lado, son arcaísmos difíciles de manejar en el tráfico de los asuntos internacionales contemporáneos; por otro, han sido quizás las fórmulas políticas más eficientes en la consolidación del régimen mexicano.

EL RÉGIMEN JURÍDICO AMBIENTAL DEL SUBSUELO EN MÉXICO*

SUMARIO: I. *El subsuelo en el régimen constitucional mexicano.*
II. *El subsuelo en cuanto factor ambiental.* III. *Apunte final.*

I. EL SUBSUELO EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL MEXICANO

1. *El modelo moderno del derecho de propiedad*

Llama la atención de cualquier analista atento, que la Constitución promulgada en Querétaro en 1917 no haya recogido en su articulado los perfiles clásicos del modelo patrimonial moderno que se expresa en la institución de la propiedad privada, tal como la proyectaron los autores de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, o la comisión redactora del Código de Napoleón de 1804. En la concepción moderna, la propiedad privada deviene derecho natural de la persona y norma que define a favor del titular de facultades amplias de disposición voluntaria sobre el bien objeto del derecho, con un marcado carácter excluyente que se orienta contra las eventuales intervenciones confiscatorias del poder público y, asimismo, contra la irrupción de cualquier otro sujeto social interesado en el bien. La propiedad privada en sentido moderno es claramente una pieza jurídica dentro de un sistema dogmático-normativo que regula relaciones de intercambio privado dentro de un ambiente francamente mercantil, al grado que la noción de bien que proporciona el Código Civil, coincide nada menos que con el concepto de mercancía en su sentido económico. En ambos casos prevalece un criterio donde la relevancia se coloca en la posición mercantil del objeto, es decir, en su ubicación franca dentro del comercio. La institución de la propiedad privada se completa con la teoría de las obligaciones y con la propuesta normativa de modelos contractuales que ofrecen los cauces técnicos y prácticos para asegurar una circulación mercantil confiable de los bienes y servicios.

* Publicado en: *Pemex: ambiente y energía. Los retos del futuro*, México, Pemex-UNAM, 1995.

La propiedad privada es, de hecho, el eje de la codificación civil en cuyo articulado las relaciones privadas se organizan primordialmente como relaciones pecuniarias. Aun las relaciones de tipo familiar aparecen impregnadas de resabios patrimoniales. Al mismo tiempo la propiedad privada vertebrada, desde el punto de vista dogmático, todo el llamado “Libro de los bienes” dentro del Código Civil: de la parcialización de sus rasgos surgen los otros derechos reales que, en número cerrado, regula dicho instrumento normativo. Tal es el caso de la posesión, del usufructo, del uso, de la habitación y de las servidumbres. El armazón dogmático del Código Civil supone la noción de *derecho subjetivo* y en especial de *derecho real*, como concepto que engloba el facultamiento que la norma ofrece a los sujetos para actuar respecto de las cosas. Los *derechos reales* se oponen en su sentido estructural a los *derechos personales o de crédito* cuyo contenido coincide con el concepto clásico de la obligación.¹

El alto grado de abstracción con el que están definidos los derechos patrimoniales dentro del Código Civil culmina en un modelo harto simplificado en el que las piezas visibles son exclusivamente: *a)* un sujeto titular que proyecta acciones de aprovechamiento y disposición sobre cosas que se encuentran en el comercio; *b)* un bien definido como receptáculo de las atribuciones del sujeto y expuesto en todo momento a su ejercicio exclusivo, y *c)* un complejo de facultades cuya titularidad es completamente individual, que corresponde al derechohabiente y que van desde las situaciones elementales del uso y la detentación física, hasta los actos más complejos de disposición de aprovechamiento económico del bien a través de la detentación a través de terceros. A pesar de su carácter abstracto la propiedad conduce a un sistema real de relaciones sociales: en verdad, las relaciones patrimoniales no son más que los vínculos normalizados por el derecho, entre quienes aparecen como sujetos habilitados para actuar sobre las cosas y aquellos que se encuentran apartados de las mismas por el carácter excluyente de las normas.

La protección procesal natural de la propiedad la ofrece la acción reivindicatoria que consiste en la prerrogativa del titular para excitar al órgano judicial para obtener la recuperación de la cosa del tenedor, cuando por alguna razón se perdió. La reivindicatoria o acción real, como también se le conoce, acompaña a la propiedad desde sus orígenes en el *dominium* romano y la sobriedad de su diseño y su eficacia que motivaron a algunos teóricos de la altura de Kelsen a afirmar que sus perfiles, extrapolados,

¹ Cfr. Brutau, José, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1994, t. III, vol. I, pp. 5-16.

constituyen el aliento original de los sistemas de garantías privadas en las Constituciones modernas. Aquí también encuentran algunos juristas el fundamento estructural de la noción dogmática del *derecho subjetivo*, ya que éste, en última instancia, consiste en la posibilidad de accionar para obtener el cumplimiento o la realización forzosa de una prerrogativa conferida por una norma, generalmente potestativa para el titular.

Tanto la institución jurídica de la propiedad como su garantía procesal cuando el derecho recae sobre inmuebles, dependen de un elemento sumamente rígido que es la titulación. Los títulos de propiedad están sujetos a un sistema de convalidación de los traslados de dominio a través de fedatarios y de registro público.² Sucede que, en la práctica, las relaciones patrimoniales frecuentemente se ordenan fuera de los mecanismos formales de titulación. Para atenuar la rigidez de la propiedad, los códigos modernos reciben la institución posesoria que funge en alguna de sus vertientes como una especie de propiedad sin título, a la que se aplican mecanismos específicos de protección procesal en remedo de la acción reivindicatoria. La posesión es una institución que se encuentra a horcajadas con un pie que pende hacia el carácter estrictamente factual de la detentación y con otro que se alza sobre la naturaleza abstracta de los *derechos reales*, en este último sentido, la posesión resulta el derecho a ejercer sobre las cosas un poder de hecho.³

La propiedad privada moderna, como casi todas las instituciones jurídicas que se positivizaron de manera definitiva en la codificación racionalista, obedece a un sólo tiempo: el moderno. El progreso de la vida social se entroniza en sus circunstancias burguesas y los códigos de este periodo rara vez reconocen que sus disposiciones puedan encontrarse en tensión con la dinámica social o, eventualmente, incluso en desfase definitivo respecto de la historia. La propiedad privada surge como institución única y su consolidación implica la eliminación de todos los proto-derechos patrimoniales. Este efecto de dilución golpeó con gran fuerza sobre todo a las instituciones patrimoniales de la edad media, con evidente raíz germánica.

² Cfr. Álvarez Caperochipi, José Antonio, *Curso de derechos reales*, Madrid, Civitas, 1986, t. 1, p. 45.

³ Véase Morineau, Óscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, pp. 53-56.

2. *El artículo 27: organizador del sistema patrimonial*

Se describe en extenso el panorama de la propiedad privada en su sentido moderno, porque sólo al tomar debida cuenta de sus rasgos y perfiles puede apreciarse la magnitud del contraste que ofrece la regulación de este derecho en el artículo 27 constitucional. Maravilla al respecto el arrojo de los constituyentes de 1917, porque se atrevieron a proponer un sistema patrimonial absolutamente distinto, a despecho del sistema moderno y del peso específico que éste tenía y tiene en la tradición jurídica occidental. Hablar de sistema de garantías constitucionales y de Estado de derecho sin el encumbramiento correlativo de la propiedad privada, no es realmente lo ortodoxo: nuestra Constitución es, por lo tanto, una carta heterodoxa; sus peculiaridades se funden en el sentido propio de nuestra historia; su articulado da cuenta de nuestra experiencia autoritaria y de la diversidad de formas de apropiación de los bienes, cuya distribución no necesariamente se encauza a través del mercado.

El artículo 27 constitucional, aunque los juristas del Porfiriato lo hayan evaluado todavía con las heridas abiertas, es un texto de enorme valor sistemático y sus méritos se extienden al grado de que este precepto concreta la diferencia específica con la Constitución de 1857 y, por lo mismo, conlleva en su contenido una buena parte de las condiciones de viabilidad de la Constitución de Querétaro. En gran medida la Carta de 1857 fue ineficaz, porque trató las relaciones de apropiación exclusivamente desde la dimensión de la propiedad privada en sentido moderno cuando las circunstancias históricas del país tenían muy poco que ver con un modelo patrimonial de tono racionalista. En México, durante el siglo XIX, patrimonialmente se suscitaba un mosaico muy extenso y diversificado, había haciendas, comunidades, bienes en manos muertas, ranchos, explotaciones mineras, monterías y, sólo marginalmente, propiedad privada moderna entre algunos sectores ilustrados de los medios urbanos. No obstante este panorama, la recepción de instituciones modernas se efectuó en forma virulenta, tanto que antes de terminar el siglo, el país contaba ya con una Constitución al último grito de moda pública y con un juego de códigos racionalistas al mejor estilo del modelo francés. El carácter opresivo del régimen porfirista y los concomitantes deseos de una reforma social, prepararían, poco a poco, el terreno para rectificar el rumbo de la recepción acrítica de instituciones jurídicas. Con los estallidos sociales que inician en 1910 se hace evidente que México, para su construcción institucional, depende de la realización y, aún más de la institucionalización de un programa de reformas sociales que debía pasar por el cauce de la reforma

agraria; es decir, por la redistribución de la propiedad fundaría y acaso por un nuevo sistema de asignaciones para el aprovechamiento de los recursos naturales. Y todo debía ocurrir bajo el respeto de las formas añejas de propiedad de los pueblos indígenas y bajo el influjo de los instrumentos patrimoniales que probaran su eficacia durante el gobierno virreinal. No iba ser fácil conjugar todas estas necesidades; algunas con franco regusto arcaico, con el concepto moderno de propiedad y con el resto del contenido de una Constitución que no podía defraudar los perfiles de la tradición constitucional del occidente, a riesgo de que a México se le eliminara de manera definitiva del recuento de las “naciones civilizadas”.⁴

A no dudarlo, fue el genio articulador de Andrés Molina Enríquez el que finalmente proporcionó los trazos gruesos para definir el sistema patrimonial que contiene el artículo 27 constitucional y que, de manera sintética podríamos caracterizar así:

- a) Construcción del sistema sobre una base de legitimación de tipo patrimonialista —la *propiedad originaria* de la nación sobre las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio— que recuerda la institución del *dominio eminente* y los derechos primordiales de la Corona de Castilla los territorios americanos. Cabe señalar que bajo esta fórmula ideal de legitimación la propiedad privada deja de ser prerrogativa natural (y sagrada) del individuo para convertirse en un derecho derivado, sujeto en todo tiempo a la imposición de las *modalidades* que dicte la nación como intérprete del interés público.⁵
- b) Reconocimiento de la diversidad de formas de apropiación efectivamente prevalecientes en la sociedad mexicana de principios de siglo: propiedad privada —en el campo y en la ciudad— y propiedad de los pueblos indios: preparación de los perfiles de una nueva forma de propiedad para definir los derechos patrimoniales de los núcleos de población que resultarían beneficiados con la reforma agraria y, por último, regulación de formas de control patrimonial para el apalancamiento de la posición del poder público en relación con el manejo de los recursos estratégicos para el desarrollo —*dominio directo y propiedad de la nación*—.

⁴ Véase Díaz y Díaz, Martín, “Proceso constitucional y relaciones de propiedad. Notas para el análisis del caso mexicano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, año 11, núm. 11, 1987, pp. 189-251.

⁵ Véase Molina Enríquez, Andrés, “El artículo 27 de la Constitución federal”, *Boletín de la Secretaría de Gobernación*, México, Imprenta de la Secretaría de Gobernación, 1922, pp. 11 y ss.

- c) Trabazón sistemática de los distintos elementos que componen el artículo en cuestión, a saber:

La *propiedad originaria* funge como pieza angular y como sustento legítimador del conjunto del sistema. Se trata de un supuesto o hipótesis racional sobre la que se desplantan las formas concretas de apropiación. En el caso de la *propiedad privada* la institución surge como un derecho precario, porque su carácter excluyente se encuentra atenuado por la posibilidad que conservan los poderes que representan a la nación para imponerle *modalidades*, es decir, para definir en términos genéricos el sentido de su ejercicio de acuerdo con las valoraciones especiales que efectúa el Poder Legislativo acerca de la forma de aprovechamiento de cierto tipo de bienes, por ejemplo: el suelo urbano, los monumentos históricos, o las áreas naturales protegidas. La propiedad comunal y la ejidal adquieren un *status* propio y un régimen normativo especial que se encarga de su aprovechamiento por medios que sólo tangencialmente tocan al mercado.

El *dominio directo* y la *propiedad de la nación* son piezas que trabajan en favor del control por parte de los órganos públicos de la explotación de ciertos recursos de importancia estratégica para el desarrollo económico. La explotación de estos recursos, en el sistema original del artículo 27, se debe llevar a cabo mediante *concesión* otorgada por el Ejecutivo de acuerdo con las leyes sectoriales que dicta el Legislativo. Se trata en todo caso de la técnica patrimonial que la doctrina europea conoce como “dominio público especial” y que, más que una auténtica propiedad, representa un sistema de control final sobre el aprovechamiento de los recursos.⁶ El mecanismo de la concesión opera como un factor que excluye transitoriamente la apropiación de este tipo de bienes del mercado. La fase extractiva o de generación del aprovechamiento queda sujeta a una regulación de tipo público, aunque después, el mineral o producto extraído, desprendido o aprovechado se reincorpore a la circulación mercantil; la misma concesión permite la apropiación, es esta fase final por parte del concesionario.

El matiz patrimonial de la institución garantiza el poder público y principalmente al Ejecutivo un arbitraje directo sobre estos recursos y sobre su asignación a los agentes interesados en la explotación.

- d) A final de cuentas, el artículo 27 concreta un sistema de asignación de recursos apropiables, armonizando diversos mecanismos o subsis-

⁶ Véase Barnes Vázquez, Javier, *La propiedad constitucional. El estatuto del sujeto agrario*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 287-302.

temas de apropiación que dan lugar a sendos *regímenes* especiales de la propiedad, articulados todos por el aliento patrimonialista que exhala de la *fórmula de la propiedad originaria*. Con esto se rompe por completo el carácter unitario de la regulación de la propiedad que los códigos modernos intentaron conferir a las relaciones patrimoniales, otorgando un sitio prácticamente absoluto a la propiedad privada.

- e) Por último, el sistema del artículo 27 constitucional no es completamente rígido, sus distintas vertientes admiten una circulabilidad relativa de los bienes entre los distintos cauces definidos. A través de la *expropiación*, por ejemplo, se hacía posible que bienes privados se convirtieran en bienes de propiedad ejidal; aún es factible que bienes ejidales se transformen en objeto de apropiación privada o que bienes ejidales comunales o privados pasen al ámbito del dominio de la nación.

Como se puede apreciar, el sistema patrimonial del artículo 27 constitucional satisface prácticamente todas las etapas necesarias para el funcionamiento de un régimen de apropiación: cumple con la fase de atribución y distribución de titularidades, hace proyecciones sobre la circulabilidad de los bienes objeto del sistema, tanto por cauces mercantiles como no mercantiles, previene las situaciones de coalición de intereses; además ofrece cauces para la solución de conflictos —modalidades y expropiación— y, finalmente, proporciona una base de legitimidad al conjunto de vertientes diversas de apropiación que regula a partir de su derivación de la titularidad primigenia de la nación. Sin embargo, debe reiterarse que la morfología y la motivación de este sistema son ajenas al sistema moderno de propiedad que consagran los códigos civiles de tipo racionalista. Las peculiaridades del sistema mexicano corresponden con bastante congruencia a las necesidades históricas del país y en este hecho se deposita una muy buena dosis de la eficacia del texto constitucional en su conjunto.

No escapa a nosotros el hecho de que la introducción del sistema patrimonial del artículo 27 hace violencia contra las partes de la Constitución en las que regula un sistema orgánico relativamente ortodoxo. En la medida en que el sistema del 27 implica el arbitraje centralizado de un proceso dinámico como el de la distribución de los bienes apropiables por cauces alternativos al mercado, resulta mellado el sistema ortodoxo de garantías que supone un poder público sin zonas de inmunidad y sujeto en todo tiempo a controles jurídicos. En cambio, la acción pública que sugiere el 27 tiene un tono premoderno que proyecta al poder constituido sobre la esfera privada de una manera legítima y no siempre previsible.

3. *El subsuelo como elemento del sistema patrimonial mexicano*

No existe en el artículo 27 constitucional una referencia expresa al concepto de *subsuelo*; sin embargo, sus párrafos 4o., 5o. y 7o. que se refieren al *dominio directo* y a la *propiedad de la nación*, aluden a distintos componentes, entre los que se encuentran los minerales, las formaciones de materiales de tipo metamórfico, el petróleo y los carburos de hidrógeno, y, en general, todas las sustancias que se encuentran en vetas, mantos, masas o yacimientos; asimismo, existe referencia a minerales radioactivos y a las corrientes de aguas subterráneas. Como se puede apreciar, prácticamente todos los elementos de aprovechamiento económico, situados en el subsuelo, se mantienen bajo circunstancia de control por parte del poder público, a través del vínculo de tipo patrimonial. Tanto los bienes sujetos al *dominio directo* de la nación como aquellos que tiene atribuidos en propiedad, se encuentran fuera de la circulación mercantil inmediata y su asignación obedece a criterios del tipo público. Se trata en todo caso de bienes inalienables e imprescriptibles que sólo pueden ser aprovechados a través de concesiones, salvo el caso del petróleo y de los minerales radioactivos, cuya explotación corresponde de manera exclusiva al gobierno federal. Cabe mencionar que en la visión original del artículo 27 constitucional, los minerales radioactivos no se mencionaban de manera expresa y que el petróleo y los carburos de hidrógeno admitían la explotación a través de concesiones. El régimen de exclusividad a favor del Estado se definió con sendas reformas constitucionales en 1940 para el caso del petróleo y en 1975 para los minerales radioactivos. Como puede colegirse de un ejercicio crítico cualquiera, la propiedad de la nación no tiene los mismos rasgos que caracterizan a la propiedad privada. Si comparamos ambas realidades elemento a elemento, sin mucho esfuerzo podemos concluir: *a)* que la propiedad pública corresponde a un sujeto peculiar que representa a una totalidad política y por lo tanto no corresponde a la idea de un derecho de tipo individual; *b)* las cosas que son objeto de propiedad de la nación, en este caso, resultan inalienables e imprescriptibles, se encuentran por tanto fuera del comercio y, bajo esta lógica, lejos de la dimensión mercantil que el código civil otorga a la noción del bien; *c)* si la propiedad privada propende de manera principal al disfrute del titular y al afianzamiento de sus facultades de libre disposición sobre el bien, la llamada propiedad pública, en cambio, se maneja por sujetos intermediarios —en este caso el gobierno federal— cuyo espacio debe realizarse con apego estricto a disposiciones

legales.⁷ Este cotejo es suficiente para indicar que el modelo estructural de la llamada “propiedad de la nación” no responde a los parámetros de la propiedad privada. Se trata más bien de una fórmula de control final sobre el sentido del aprovechamiento de los recursos comprendidos en los párrafos 4o., 5o. y 7o. del artículo 27 constitucional; de un control no mercantil que, sin embargo, no sustrae por completo a estos bienes del comercio; en el caso de la mayor parte de ellas puede reintegrarse a la circulación después de que se generan las actividades extractivas o de explotación necesarias para alumbrarlos.

4. *La acotación del derecho de propiedad como derecho de superficie*

En nuestra tradición histórica la explotación minera estuvo sujeta al alto dominio de la Corona de Castilla; a pesar de que hubo variantes en la legislación colonial, la tónica prevaleciente apuntó a preservar un control final de la Corona sobre los recursos minerales. La explotación de metales, que fue la única relevante en el pasado, tuvo siempre como marco una política de tipo regalista. Esta tradición fue, sin embargo, interferida en el Porfiriato. Es proverbial la afirmación de que la dictadura produjo una política de concesiones generosas sobre los recursos naturales. Al haberse definido el desarrollo del país en torno a los perfiles del modelo agro-minero-exportador, era esperable que las políticas públicas favorecieran de manera principal a los inversionistas que se interesaron en la agricultura de plantación y en los trabajos extractivos. Bajo este orden de cosas, la tendencia apuntó a reconocer al dueño de los terrenos como titular de las substancias del subsuelo y, aún más, la orientación dominante fue la de considerar a la propiedad privada como un derecho de proyección hacia el subsuelo y hacia el espacio aéreo. Esta misma fue la orientación inicial en la legislación civil napoleónica y, sin lugar a dudas, por la influencia de este instrumento normativo entre los pueblos latinos, se recibió el concepto extensivo de la propiedad también entre nosotros. En México, como en Francia, la legislación administrativa y constitucional rectificaba pronto esta tendencia expansiva recomponiendo los conceptos de *alto dominio* y *dominio radical* de cara a las nuevas concepciones de la soberanía, por lo menos en lo que toca a los bienes mineros. Entre las leyes administrativas,

⁷ Véase Díaz y Díaz, Martín, “¿Es oportuna una teoría del dominio público en México?”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, año 15, núm. 15, 1991, pp. 167-222.

previas a la promulgación de la Constitución de 1917 es pertinente revisar las siguientes:⁸

- a) Código de Minas de los Estados Unidos Mexicanos del 22 de noviembre de 1884. Este instrumento normativo reconoce que los particulares pueden ser propietarios de las minas y criaderos de “las sustancias inorgánicas en vetas, en mantos o en masas de cualquier forma, constituyan depósitos cuya composición sea distinta de las rocas del terreno —y las demás sustancias análogas— cuyo aprovechamiento exija trabajos mineros”.

Dicho código establece, sin embargo, que la propiedad minera “forma un inmueble distinto del suelo en el cual o bajo cuya superficie se encuentren aunque lleguen a pertenecer a un mismo dueño”. Como se observa, el instrumento normativo que nos ocupa, rompe el concepto expansivo sobre la propiedad privada, procedente del Código de Napoleón y, en su lugar, regula una propiedad de cuño superficiario y otra distinta que atañe a los componentes minerales del subsuelo, esta última amerita de *concesión*, que se obtiene mediante denuncia ante autoridad administrativa competente. La concesión opera en todo caso bajo una condición resolutoria que consiste en mantener las minas en explotación. Según el propio Código de Minas, este tipo de “propiedad” se concede al concesionario por tiempo ilimitado y sólo es revertible en el caso de que se abandonen los trabajos de aprovechamiento. Los derechos de “propiedad” derivados de la concesión son regulados como prerrogativas circulables en términos mercantiles, ya que pueden transferirse libremente “como cualquier otra propiedad raíz”. Los titulares de la superficie de los fundos en los que se denuncien minas o yacimientos quedan obligados a permitir a través de servidumbres, la explotación de los minerales; su derecho de propiedad superficiaria los coloca como derechohabientes de la indemnización que se fijara por el gravamen que le imponen las susodichas servidumbres. Los derechos de los concesionarios de las minas alcanzan también a las aguas subterráneas que se alumbren por concepto de los trabajos extractivos.

En lo referente a los combustibles: carbón de piedra y petróleo, el Código de Minas dispuso categóricamente que los mismos “son de *exclusiva propiedad del dueño del suelo*”. No hay lugar a confusiones, dichos combustibles quedaron sujetos a un régimen de libre disposición por parte del propietario del terreno y ni siquiera se impuso la obligación a los titulares,

⁸ Las leyes citadas pueden consultarse en la compilación *Código Petrolero* (1493-1916), México, Pemex, t. I, 1988.

como en el caso de las minas, de operar bajo concesión y previa denuncia ante la autoridad administrativa. Tampoco hubo regulación alguna que condicionara la titularidad a la afectividad de los trabajos de explotación.

La excesiva transitoriedad de las políticas públicas en el México del siglo anterior se extendía también a las leyes, cuya precariedad daba continuamente lugar a reformas y abrogaciones; producto de estos cambios el Código de Minas fue sustituido a menos de una década de haber iniciado su vigencia.

- b) Ley Minera de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de junio de 1892. Esta ley conservó algunos perfiles de su antecesor, el Código de Minas y continuó reconociendo a los titulares de concesiones como *propietarios mineros*, si bien, como resulta obvio, mantuvo el sistema concesional y de dominio. Asimismo, esta ley continuó el derrotero de la división entre derecho al suelo —regulado por la legislación civil— y el derecho al subsuelo, específicamente minero. La Ley Minera siguió atribuyendo la propiedad de las aguas subterráneas manifiestas en los trabajos de extracción a favor de quien realiza la explotación minera. Como innovación, esta ley hizo manifiesto que en caso de que no llegara a existir acuerdo entre el dueño del terreno y el concesionario de la explotación minera, cabría la explotación ya que con la promulgación de la ley consideró como causa de utilidad pública la extracción de minerales. La innovación más trascendente que planteó la ley de 1892 consistió en variar el principio de condicionalidad de la concesión; en lugar de referirse a la continuidad de los trabajos extractivos, en su articulado se optó por sustituir la prestación por el pago de un impuesto federal sobre la explotación.

En lo referente a combustibles hubo continuidad, pues la ley de 1892 consideró al petróleo y a los otros aceites minerales junto con las materias del suelo no metaloides como de propiedad exclusiva del dueño del terreno y, asimismo, persistió en no exigir concesión ni denuncia previa para su aprovechamiento.

- c) Ley del Petróleo del 24 de diciembre de 1901. Apenas a nueve años de la vigencia de la Ley Minera de 1892, surgió a la luz de la primera ley especial sobre la materia petrolera. En este hecho influyó sin duda el interés creciente por el petróleo como energético: precisamente a principios de siglo surgía ya el presagio de la importancia que este recurso natural iba a adquirir en las décadas venideras. La nueva ley trajo ai-

res distintos pues su articulado inició por facultar al Ejecutivo Federal para expedir permisos y patentes para explorar y explotar el petróleo respectivamente. Este hecho marca un giro muy importante porque abre el recurso a un sistema de control público al que no había estado sometido, si se toma la liberalidad con la que se manejaron el Código de 1884 y la Ley de 1892. El viraje al que responde la Ley del Petróleo de 1901 tiene que ver con el propósito de establecer un régimen jurídico que ordenara la actividad más frecuente de empresas petroleras de procedencia extranjera. Las minas estaban orientadas a un doble propósito, el de ejercer un cierto control político sobre la nueva actividad extractiva, por un lado y el de fincar las bases para un sistema fiscal que permitiera al gobierno obtener beneficios pecuniarios de la actividad petrolera, por el otro. Es necesario precisar con toda claridad que, a pesar de la intención de proyectar sobre la expropiación del petróleo nuevos controles, no se alteró sin embargo el principio fundamental de atribución patrimonial: los yacimientos petroleros continuaron considerándose objeto de propiedad de los dueños de los terrenos.

Las transformaciones que introdujo la ley de 1901 no fueron *ipso facto* aplicadas a las compañías petroleras que operaban; sino que, de forma sumamente cuidadosa, la ley previó un transitorio en que se estableció que la ley no afectaría derechos adquiridos, ni variaría la situación general de la explotación del recurso, salvo que las compañías preestablecidas aceptasen voluntariamente acogerse a las disposiciones de la nueva ley. Esta declaración, vuelta artículo transitorio, revela hasta qué punto pesaron los intereses del capital extranjero en el ánimo del gobierno dictatorial y cómo, específicamente la doctrina de los “derechos adquiridos” se ofrecía como una posición infranqueable que impedía cualquier variación negativa en la situación de los inversionistas extranjeros.

Cabe mencionar que en México, ya para 1905 se cuestionaba de manera seria la funcionalidad y la corrección de atribuir la titularidad de los combustibles minerales a los dueños de los terrenos superficiales. Al respecto conviene recordar algunos pasajes de la “Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Petróleo que presentan al Ministerio de Fomento los Licenciados Lorenzo Eliazaga y Luis Ibarra y el Ingeniero Manuel Fernández”,⁹ dicho documento aporta entre otros racionamientos interesantes ideas como éstas:

⁹ *Ibidem*, pp. 103-110.

- Es necesario regular la actividad petrolera en los mismos términos que se establece el control sobre la actividad minera: son indispensables, por lo tanto, las concesiones y los denuncios previos.
- Es también menester establecer una situación de escisión entre la titularidad de la superficie de un terreno y la titularidad a la explotación de los combustibles que se encuentran en el subsuelo.
- El interior de la tierra no es susceptible de dividirse de la misma forma en que se parcelan los fundos superficiarios y tanto las vetas, mantos y yacimientos de los elementos del subsuelo se conforman por acción de las fuerzas naturales de un modo transversal que, además, no puede ser acotado por tramos precisos.
- Lo que hace jurídicamente relevante el régimen del petróleo es su explotación; mientras ésta no se realice, no tiene ningún sentido hablar de propiedad y mucho menos de atribuir este derecho al dueño de un terreno determinado.

Voces como la de los autores del trabajo al que se hace referencia eran para 1905 ya bastante frecuentes, al grado que las hubo incluso más radicales y desde entonces se llegó a proponer por algunos la conveniencia de llegar a una *nacionalización* completa de los recursos petroleros. Sin embargo, estas ideas, aunque pujantes al final del Porfiriato, no llegarían a adquirir plena naturaleza jurídica sino hasta la promulgación de la Constitución de 1917.

d) Ley Minera de los Estados Unidos Mexicanos de 1909. Tampoco la ley de 1892 alcanzó la estabilidad que muy posiblemente sus autores hubieran deseado, y a fines de la primera década del siglo presente, en pleno auge de un nacionalismo reencontrado a través de los funcionarios de la Secretaría de Fomento, bajo el liderazgo de Olegario Molina comenzó a prepararse el rumbo patrimonialista que después iba a campar en nuestro régimen constitucional y administrativo con fuerza decisiva. Ya la Ley Minera de 1909, introdujo el problemático concepto del *dominio directo* de la nación sobre los recursos minerales. Sin embargo, esta modalidad regulativa paradójicamente no desdijo la concepción de la legislación minera anterior donde el derecho de explotación fue invariablemente caracterizado como *propiedad minera*. La ley de 1909 se definió con toda claridad por el criterio que establecía las unidades mineras de explotación bajo el concepto de *pertenencias*: es decir, “un sólido de profundidad indefinida, limitado en el terreno

por los cuatro planes verticales correspondientes a la proyección de un cuadrado horizontal de cien metros por lado”.

El *dominio directo* de la nación sirvió para aclarar que la propiedad minera se adquiría de la *nación*, sobre la que ya se perfilaba un concepto de titularidad primigenia, como el que después surgiría en el primer párrafo del artículo 27 de la Constitución de Querétaro.

Bajo la idea de *fundo minero* que introduce la ley de 1909, se tiende a eliminar la titularidad dual de superficie y subsuelo, pero ya en definitiva a favor del titular de la explotación minera; quedando al dueño original del terreno sólo derechos compensatorios por la pérdida. Vale decir que la ley que se comenta mantiene, como su predecesora, la idea de la revocabilidad de la propiedad misma por falta de pago del impuesto respectivo, aunque en este caso a la pérdida del derecho se le denomina caducidad.

- e) Las leyes de 5 del junio de 1888 y del 6 de junio de 1889. En los casos de estos ordenamientos, cabe mencionar que se perfila de manera muy dubitativa lo que después correspondió al párrafo 5o. del actual artículo 27 constitucional. En estas leyes todavía no se define claramente un principio patrimonialista sobre los recursos hidráulicos; sólo se esboza la intervención estatal a partir del concepto de *jurisdicción federal* para el caso de ciertas corrientes y depósitos de aguas, que quedaron sustraídos al manejo del derecho común como proyección de las prerrogativas de los ribereños. Ya desde la ley del 5 de junio de 1888 en que se somete a ciertas corrientes y depósitos de agua a la jurisdicción federal, se establece la obligación de contar con concesiones para su aprovechamiento. En el caso específico de las aguas subterráneas habría que aguardar hasta 1917 para encontrar una regulación específica como la que rige la materia desde el citado párrafo 5o. del artículo 27 constitucional.

El artículo 27 constitucional es en parte un quebrantamiento serio del orden patrimonial que a despecho de nuestra tradición virreinal se gestó en la dictadura porfirista. Dicho precepto trajo un flujo racionalizador que necesariamente afectó a quienes aprovechaban de acuerdo con las reglas del juego porfirista los recursos naturales del país. El Constituyente de Querétaro operó un cambio en el sistema patrimonial que permitió un control público total sobre los recursos naturales susceptibles de explotación. Este nuevo trazo organizativo aparejó la ira de los inversionistas extranjeros y las críticas más acérrimas de los juristas vinculados con esos intereses. Sin

embargo, hoy, con menos pasión, se puede afirmar que el sistema patrimonial del 27 es funcional al país y, hasta esta fecha muy reciente, que su destino se cuestiona y se insiste en que el modelo hubiera podido encontrar su último techo. No obstante, en lo fundamental el precepto permanece y aguarda como pieza de dudosa modernidad una eventual reforma que, de conseguirse, será un movimiento de fondo e indicativo de nuevos tiempos en la organización básica de nuestra sociedad. Mientras tanto el subsuelo, en su parte útil, sigue sujeto al control público y su aprovechamiento a un sistema de comandos y controles que sólo encuentra límite en la propia capacidad controladora de los poderes públicos.

A pesar de su imagen de ruptura y de los cambios reales que introdujo, el artículo 27 debe ser visto también como un resultado lógico de la reacción nacionalista que inició prácticamente con el siglo, entre la burocracia porfirista; particularmente la que se agrupó en torno a la Secretaría de Fomento. Desde las oficinas de este ministerio la política de concesiones irresponsables había entrado en repliegue hacia finales de la dictadura.

II. EL SUBSUELO EN CUANTO FACTOR AMBIENTAL

1. *El criterio univalente de la explotación*

En la legislación porfirista la prioridad se depositó de manera total en el carácter económico de la explotación: ninguna de las leyes que se revisaron en el numeral anterior hizo provisiones para la conservación de los recursos del subsuelo. Aún en la segunda mitad del siglo XIX se pensaba por agentes influyentes en la vida social que los yacimientos minerales estaban sujetos a una renovación natural como sucede con otros recursos restituidos. El tema petrolero llamó primero la atención acerca de la racionalidad necesaria que debía aplicarse en los trabajos de explotación. Ya desde las primeras décadas del siglo actual se advertía que “desde que los grandes yacimientos mexicanos comenzaran a ser explotados, los geógrafos previeron que la extracción acelerada e intensa podría ocasionar trastornos subterráneos que serían imposible calcular con exactitud”.¹⁰ Desde entonces existía una conciencia clara que los ritmos incontrolados de extracción eran causa necesaria del agotamiento prematuro del recurso. Llama

¹⁰ Véase Macedo, Miguel, “El sistema de la Constitución de 1917 sobre propiedad del petróleo”, *Revista Jurídica*, México, Escuela Libre de Derecho, año 1, núm. 1, 1921, pp. 471-500.

la atención, sin embargo, que las leyes anteriores a la Constitución vigente no hubieran hecho eco de este tipo de preocupaciones conservacionistas.

En la base de la desatención pública acerca de la racionalización en las explotaciones de recursos naturales estaba una falsa conciencia que atribuía a la riqueza natural del país una proporción de ilimitada abundancia. Hoy, no obstante, se sabe que la enorme diversidad del país no significa necesariamente la posibilidad de explotaciones intensivas de algún recurso en particular.

2. *Los conceptos conservacionistas del artículo 27 constitucional*

En contraste con la univalencia económica de la legislación administrativa del periodo porfirista, surgen los inteligentes criterios conservacionistas del Constituyente de 1917. En la versión original del artículo 27 destacan elementos como los siguientes:

- La subordinación del interés privado de los propietarios al interés público.
- La vinculación del aprovechamiento de los elementos naturales a la finalidad del beneficio colectivo.
- La idea de que el aprovechamiento de los elementos naturales debe en todo caso efectuarse cuidando la *conservación* del recurso.

Además de los criterios señalados debe enfatizarse el hecho de que en el artículo 27 constitucional no sólo hay una intención de tipo declarativo acerca de los principios que contiene, por el contrario, se trata de un precepto legal complejo en que los autores, quienes quiera que realmente hayan aportado a su contenido, fueron muy escrupulosos en aras de dotar a los principios consagrados de una fuerza ejecutiva que rara vez se observa en un instrumento legal de tipo declarativo. Las acciones expropiatorias, la de nacionalización sobre los bienes del clero, la facultad de imponer modalidades a la propiedad privada, y el control de la explotación de los elementos naturales a través de concesiones, son todos factores que revelan una fuerza ejecutiva singular en el artículo 27; potencia que tal vez extraiga su energía de los resortes más recónditos de la experiencia autoritaria mexicana. No es difícil reconocer huellas virreinales e incluso porfiristas en las secuencias ejecutivas del texto de Querétaro. ¡Díganlo si no sus críticos liberales!

Bajo la idea operativa del artículo 27 constitucional, sus autores permitieron a los poderes constituidos para dictar medidas tendentes, entre

otros importantes propósitos de carácter social, a “evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad”. Como se constata, estos principios, dotan al texto del artículo 27 constitucional de influjo conservacionista, ausente en la legislación anterior y estos pasajes obligan a hacer una lectura distinta del régimen de concesiones sobre el que funcionan los aprovechamientos de elementos naturales; entre ellos, los del subsuelo. Los principios conservacionistas proyectan los mecanismos de control que proceden del régimen de concesiones también como instrumentos racionalizadores del aprovechamiento de los elementos naturales. Esta perspectiva enriquece la univalencia anterior que sólo veía en los controles administrativos instancias de ingresos fiscales y de la disciplina política de las inversiones.

Otro rasgo conservacionista en el artículo 27 constitucional lo proporcionan sus disposiciones relativas al establecimiento de previsiones y reservas: gracias a este sistema el gobierno federal cuenta con un fundamento jurídico claro para efectuar una administración racional de los elementos naturales susceptibles de explotación. Las reservas no favorecen sólo el aprovechamiento económico del recurso sino indiscutiblemente su conservación.

Mediante una reforma publicada el 10 de agosto de 1987, el párrafo 3o. del artículo 27 constitucional se adicionó para recibir expresamente como criterio normativo la protección del equilibrio ecológico. Con esta modificación se suscitó un avance cualitativo, porque los elementos naturales dejaron de ser objeto de protección específica y, a partir de entonces, se les enfocó como factores de sistemas naturales complejos. La adición de referencia se completó con la incorporación de la fracción XXIX-G al artículo 73, confiriéndose al Congreso de la Unión facultades para legislar en materia de equilibrio ecológico y protección al ambiente.

3. La Ley General para el Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente

Se trata de una ley publicada el 28 de enero de 1988 y que responde a la técnica de las llamadas *leyes marco*.

Para la confección de un sistema de distribución de competencias parece que sirvió de base la Ley General de Asentamientos Humanos, aunque la ley ambiental no consiguió esclarecer de manera favorable la distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno, debido principalmente a la vaguedad de los criterios empleados para diferenciar

los distintos ámbitos competenciales. La ley que se comenta ofrece, sin embargo, muchas ventajas al medio jurídico mexicano y, sobre todo, dota al gobierno de un instrumento normativo de enfoque integral para acciones de protección y preservación del ambiente.

Bajo la perspectiva de la ley ambiental los elementos que componen el subsuelo son reenfocados y ahora devienen factores de los *ecosistemas*. La definición que proporciona la ley al respecto es la siguiente: por *ecosistema* debe entenderse: “la unidad funcional básica de interacción de los organismos vivos entre sí y de éstos con el ambiente, en un espacio y tiempo determinados”. Los ecosistemas se encuentran en relaciones de equilibrio, concepto que alude a la “interdependencia entre los elementos que conforman el ambiente que hace posible la existencia, transformación y desarrollo del hombre y demás seres vivos”.

La protección de los elementos naturales del subsuelo queda alineada en el ámbito general de aplicación de la ley y, por lo mismo, les son aplicables sus instrumentos de control como la ordenación ecológica del territorio, la manifestación del impacto ambiental para las obras y actividades que pueden tener efecto de distorsión para el equilibrio ambiental, la adopción de medidas de protección en áreas naturales y, en general, todas las funciones de control que autorizan a actuar a las autoridades ambientales (Instituto Nacional de Ecología y Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, órganos desconcentrados de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca) en la inspección, vigilancia y aplicación de medidas para la conservación y la preservación del ambiente.

La ley en cuestión contiene, dentro de su título III, un capítulo relativo a la prevención y control de los efectos negativos en el ambiente que pueden ocasionarse por el aprovechamiento de los recursos “no renovables”. Bajo este rubro se confieren facultades a la autoridad para establecer “normas técnicas ecológicas” (hoy normas oficiales mexicanas) con objeto de regular a detalle los aspectos nocivos de las explotaciones de minerales, combustibles y otros elementos de naturaleza similar.

De los controles previstos por la ley ambiental, sin duda, el más eficaz resulta la aprobación de la manifestación de los estudios de impacto ambiental, porque éstos condicionan el empleo de tecnologías compatibles con la conservación y el aprovechamiento sustentable de los recursos. Obliga, en síntesis, a mantener un enfoque ambiental desde la fase de desarrollo de un proyecto determinado de explotación, pero junto con el control de los impactos ambientales, hay también previsiones para regular las emisiones a la atmósfera, que en el caso de procesos de extracción, refinación y transformación de minerales y carburantes suelen ser particu-

larmente intensos; las descargas de aguas residuales o de cualquier tipo de sustancias que puedan infiltrarse a los acuíferos, aun cuando se procuran medidas de protección a los suelos.

La ley ambiental establece en el título IV un capítulo donde se regulan de manera reforzada las llamadas *actividades peligrosas*. Entre éstas destacan las acciones petroleras, petroquímicas, metalúrgicas y las de procesamiento de minerales radiactivos.

Entre los instrumentos de concertación manejados por las autoridades ambientales con buenos resultados, están las llamadas “auditorías ambientales”, que son revisiones exhaustivas de los procesos de trabajo a los que se someten voluntariamente las empresas que así lo deciden. El caso de Petróleos Mexicanos es ejemplar en este sentido porque se comprometió a un ambicioso programa de auditorías que seguramente permitirá corregir las tendencias ambientales negativas que hoy se presentan en algunos de sus procesos.

4. *Otras leyes especiales*

Con disposiciones concomitantes y referencias ambientales a los elementos del subsuelo podemos citar:

- La Ley Minera publicada el 6 de junio de 1992, que establece en la fracción IV de su artículo 7o. la obligación a la secretaría competente de coordinarse para la expedición de normas técnicas en materia de seguridad y de equilibrio ecológico y protección al ambiente: correlativamente al artículo 27 de dicha ley previene en su fracción IV la obligación de los concesionarios de ceñirse al sentido de las normas técnicas de referencia.
- La Ley de Aguas Nacionales, publicada el 1o. de diciembre de 1992, contiene un título completo sobre prevención y control de la contaminación de las aguas. Sus disposiciones se refieren a capacidades normativas de la autoridad, a la emisión de autorizaciones y permisos administrativos para vertir bajo control aguas residuales y facultades para efectuar obras de tratamiento de aguas. En este capítulo se protegen los acuíferos —superficiales y subterráneos— sin distinción y sus artículos deben leerse también en concordancia con la facultad del Ejecutivo para poder efectuar vedas en el aprovechamiento de aguas.
- Ley reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia nuclear, publicada el 4 de febrero de 1985. Esta ley tiene una previsión especí-

fica en su artículo 20 que incluye la protección al ambiente como factor integrante de la seguridad nuclear. Sus disposiciones se completan con el Reglamento General de Seguridad Radiológica del 22 de noviembre de 1988.

Además de las leyes existen numerosas normas técnicas que hoy, bajo la modalidad de normas oficiales mexicanas, regulan minuciosamente los aspectos concretos del régimen ambiental del subsuelo. No es el momento adecuado para hacer una relación exhaustiva de dichos instrumentos: sin embargo, queda consignada su existencia para una consulta eventual.

III. APUNTE FINAL

El régimen ambiental del subsuelo en nuestro país goza hoy de la protección general que comprende al resto de los elementos del ambiente. Sin embargo, la eficacia del régimen de conservación es algo que avanza de manera paulatina conforme se esclarece la conciencia de nuestra sociedad sobre la necesidad de efectuar un aprovechamiento sustentable de los elementos naturales. Jurídicamente existen los instrumentos básicos para proteger y preservar el ambiente; en nuestro país la legislación ambiental se manifestó como un traslape complicado de las leyes sectoriales de carácter patrimonialista que tienen su fundamento final en el artículo 27 de la Constitución; por ello, en el trabajo fue necesario precisar primero los alcances patrimoniales del subsuelo y luego efectuar las referencias a sus vicisitudes ambientales.

MÉXICO EN LA VÍA DEL FEDERALISMO COOPERATIVO. UN ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS EN TORNO A LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Legalidad y competencia*. III. *El sistema federal como mecanismo de distribución de competencias*. IV. *Las competencias “concurrentes” en el federalismo mexicano*. V. *Apuntes provisionales para la valoración del sistema de concurrencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que México atraviesa por un período en el que los problemas acumulados del régimen, obligan a replantear algunos aspectos básicos en torno a la vida institucional y normativa del país. Por décadas se ha asumido con poca criticidad el desfase que evidencian algunos de nuestros referentes jurídicos más importantes en relación con nuestra realidad social. El tema del federalismo es un buen ejemplo al respecto; después de años en los que se ha desarrollado la costumbre de creer que nuestro sistema federal es una “realidad oficial”, hoy se hacen palpables los efectos del centralismo efectivo de nuestra historia. Bajo ese reconocimiento se ha tenido que revisar la veracidad de nuestro supuesto origen federal y hemos encontrado una realidad distinta; sin embargo, el centralismo mexicano se encuentra severamente cuestionado; paso a paso, las entidades federativas se reivindican como dimensiones auténticas para la política regional.

Ante la presión de la sociedad, el discurso oficial se orienta a dar realidad a los ámbitos estatales; no obstante, por el centralismo acendrado del país, el único federalismo sincero que podemos desarrollar es el que se constituye del centro a la periferia; es decir, el federalismo que da realidad a los poderes locales a partir de una decisión política fundamental; sin embargo, nuestro diseño constitucional básico se alza sobre otro principio: el del federalismo dual de origen pacticio. El curso efectivo de los hechos

* Publicado en: *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*, México, Themis, 1996.

ha provocado que bajo el manto del artículo 124 constitucional, se reforme una y otra vez la Constitución para afianzar el predominio de los poderes centrales.

A partir de las últimas dos décadas se ha ensayado un mecanismo más auténtico para distribuir competencias, habiendo tomado el federalismo un nuevo impulso de tipo cooperativo a partir de las experiencias en educación y salubridad general. Para recibir este fenómeno se ha adoptado el poco feliz concepto de “facultades concurrentes”.

Más allá de la delimitación técnica del problema, es necesario discutir sobre la solución que debe darse a la ambigüedad constitucional que mantiene en una misma línea de validez formal disposiciones que sostienen un liberalismo de tipo clásico, con otros que sustentan al federalismo de tipo cooperativo. Al efecto es menester reconocer el federalismo como un proceso dinámico que atiende a los flujos efectivos del poder dentro de un régimen con base territorial. Es también necesario ubicar los parámetros clásicos de la discusión en torno a las categorías de legalidad y competencia. La necesidad de estas referencias mínimas orienta el desarrollo del presente ensayo. No se quiso analizar el objeto en su versión específicamente jurídica, sino que la intención fue darle entorno y dimensión, con el propósito de encontrar una directriz más rica para orientar el tema.

II. LEGALIDAD Y COMPETENCIA

1. *La legalidad: factor moderno para el control del ejercicio político*

A. *Legalidad y Estado de derecho*

En su clásica obra sobre el tema, Elías Díaz reduce a cuatro los rasgos medulares del Estado de derecho: imperio de la ley, división de poderes, legalidad de los actos de la administración y garantía de los derechos y libertades fundamentales.¹ Un análisis cuidadoso de la cuestión permite afirmar que el imperio de la ley, constituye la sustancia vertebral de la acción de cualquier Estado que somete su ejercicio a las directrices abstractas y generales de derecho. La ley es el principal elemento ordenador de la vida moderna porque concreta el ideal de racionalización del ejercicio político al reunir, en sí misma, los tres procesos descritos por Weber para explicar la formalización del derecho: generalización-reducción de la diversidad

¹ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1981, p. 31.

causal de los hechos sociales; construcción-definición de la relevancia jurídica de ciertas acciones típicas que se producen dentro de una colectividad, y sistematización-formulación de reglas “completas” que se obtienen de la múltiple relación de casos considerados.²

La juridización del ejercicio político significa tecnificar el sentido de la acción de gobierno en un régimen determinado, a través de su encauzamiento por conductos normativos verificables. La tecnificación del ejercicio político reduce el peso de los factores personales en los actos de gobierno y compensa este decremento con el aporte de elementos de carácter institucional. La juridización de la vida pública en su sentido moderno, conlleva además un ideal democrático-participativo que legitima potencialmente a los miembros del grupo para influir en el perfil de las directrices jurídicas generales. De hecho, uno de los rasgos típicos de la modernidad consiste, precisamente, en la construcción de supuestos legitimadores; tal es el caso de la forma en que funciona la voluntad mayoritaria de los ciudadanos en los regímenes representativos.

Los instrumentos jurídicos con los que se equipa al Estado de derecho no pretenden sólo garantizar un sentido determinado de la conducta de los gobernados desde la perspectiva de los gobernantes; se trata también de ofrecer fórmulas que permitan operar los mecanismos de control en sentido inverso.³

Para este efecto se definen cauces procesales con los que se pretende garantizar la subordinación del ejercicio político a la ley. Se trata, en efecto, del desarrollo de técnicas específicas para el control de la legalidad, cuyo contenido consiste, fundamentalmente, en la verificación del encuadramiento de los actos de gobierno dentro de las hipótesis previamente definidas por la ley.

Los teóricos del Estado de derecho no han confiado todo el control de los actos públicos a los sistemas de verificación de tipo procesal y, en sus afanes, han querido proyectar el influjo ordenador del derecho, hasta concretarlo en fórmulas constitucionales con las que se persigue el equilibrio de las piezas que componen el régimen, a partir de un arreglo interno de contrapesos mecánicos e impersonales. Se aspira a que las fuerzas antagónicas que surjan en el seno del régimen se ajusten y se neutralicen de un modo natural a través de la operación normal del sistema. Para cumplir con estos fines de ordenación mecánica, el derecho deviene particularmen-

² Weber, Max, *Economía y sociedad*, 5a. ed., trad. de José Medina *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, pp. 509 y ss.

³ García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1983, pp. 13 y 55.

te funcional; el carácter abstracto y el alcance general de sus directivas, permite investir a los poderes constituidos con potestades acotadas, susceptibles de ser verificadas.

Para obtener del derecho sus mejores efectos ordenadores es necesario que las fórmulas normativas se estructuren como piezas de un sistema cerrado, es decir, que proyecten su acción tipificadora hacia todo el conjunto del espectro social. Algunos han denominado a esta pretensión omnicompreensiva “dogma del legislador completo”,⁴ queriendo significar con ello que cualquier tipo de actividad social resulta potencialmente encuadrable en alguno de los ámbitos normativos previstos por el orden jurídico. Sobre este supuesto descansa la idea del imperio de la ley y, con ella, el llamado principio de legalidad. Los actos de gobierno, en general, deben contener un soporte normativo directo, al grado que, en un Estado de derecho, sólo se consideran legítimas las acciones públicas que pueden justificarse como el ejercicio de una potestad legalmente conferida.

B. *El problema de la diversidad*

El “dogma del legislador completo” es producto de la utopía de los codificadores racionalistas y del deslumbramiento que esta idea produjo entre las escuelas exegeticas; sin embargo, en cuanto se le somete a crítica desde una perspectiva realista, se hace evidente que su contenido axiomático sólo puede operar como un supuesto que apoya la construcción formal del derecho. Más allá de este límite se encuentra la realidad social, cuyos entramados se agitan sobre una diversidad fáctica de plano inabarcable a través de una actividad normativa deliberada.

La polaridad que suscita la confrontación entre la diversidad de la realidad social y las pretensiones de certeza del orden jurídico, obligan a pensar de nueva cuenta en el derecho como un orden híbrido en cuya función se articulan de manera compleja elementos normativos de carácter objetivo con factores orientadores de rango simbólico. Si asumimos que el rasgo sustancial de un orden jurídico lo proporciona su específico carácter técnico, es decir, su naturaleza instrumental —que consiste en ordenar comportamientos a través de controles normativos de carácter general—, deberá reconocerse que los preceptos normativos son hipótesis de conducta en cuyas fórmulas se sintetiza el sentido de numerosos casos afines; sin embargo, debido a la variabilidad de los comportamientos sociales,

⁴ Véase Pi-Sunyer, Carles Viver i, *Materias competenciales y tribunal constitucional*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 91-96.

siempre cabe la posibilidad de que existan zonas de acción descubiertas por los ámbitos hipotéticos de las normas. Reconocido el valor de esta afirmación, a lo más que puede aspirarse es a que la inercia que genera el trabajo de creación y aplicación del derecho cuando el orden jurídico acciona sobre los comportamientos típicos, produzca un sentimiento de regularidad extrapolable a los casos considerados anormales. Bajo esta última hipótesis, el orden jurídico puede calificarse como un sistema de control semicerrado que no evita finalmente la existencia en el comportamiento social de ciertas zonas de incertidumbre.⁵

Aunque el resultado de un ejercicio crítico revela la debilidad del “dogma del legislador completo”, el orden jurídico formalmente necesita construirse sobre el supuesto de la suficiencia de los ámbitos normativos. En todo caso, el derecho debe producir regularidad y certeza a las relaciones sociales; en ocasiones, esa función la desempeña anticipando o previniendo las situaciones conflictivas de una manera específica; en otros momentos, a través de prohibiciones expresas de conductas no deseadas y, en un tercer sector, a partir de evocaciones simbólicas que se extraen del sentido general que asumen las soluciones jurídicas a los casos regulares y que se extienden para la solución de casos marginales.

La función judicial es la vía idónea para adaptar y desarrollar el sistema de órdenes generales que contiene el derecho. A través de las sentencias, las normas se individualizan y adquieren los matices que requieren las peculiaridades de un caso. Por otra parte, de la generalización de los precedentes judiciales se generan también normas de alcance general. Sin la tarea de los jueces, por lo tanto, sería inmanejable la tensión que se produce entre las necesidades de certeza que las sociedades pretenden resolver con el derecho, por un lado, y la diversidad consustancial a la realidad social, que constituye el otro polo. La función judicial juega como una especie de filtro dialéctico entre el orden jurídico y la realidad; al mismo tiempo, el ejercicio de juzgar funge como mecanismo idóneo de control para garantizar a los gobernados la legalidad de los actos de los gobernantes. De la acción judicial debe obtenerse simultáneamente adaptación, desarrollo y certeza para el orden jurídico.

Así, cuando se reconoce la insuficiencia del “dogma del legislador completo”, debe también asumirse bajo un parámetro realista, la imposibilidad de que la acción gubernativa trascorra siempre sustentada por preceptos legales específicos. Y no se trata sólo de aceptar que en el ejercicio

⁵ Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, México, Nacional, 1978, pp. 155-169.

político subyace de manera permanente una tendencia natural a la exorbitancia, sino de reconocer que de la interacción natural entre gobernantes y gobernados pueden surgir intercepciones imprevisibles; no es esperable que ante la ausencia de una disposición jurídica habilitante, los poderes constituidos se automarginen y que su repliegue genere zonas de vacío en la función de gobierno. Lo más lógico será que los poderes públicos se muevan de manera continua para conseguir el cumplimiento de sus cometidos y que su acción se encuentre fundamentada en potestades previa y legalmente conferidas; sin embargo, esto no excluye la eventualidad de que las zonas intersticiales sean cubiertas a partir de su tipificación forzada en los moldes comunes, o bien, a través de la sobrestensión artificiosa de estos últimos. Así se explica que una gran cantidad de actos públicos no autorizados expresamente, queden asimilados al marco jurídico general, que sirve de referencia al ejercicio político y que bajo este supuesto, el derecho resulte una técnica de control de la incertidumbre necesaria.⁶

Lo expuesto hasta aquí llega a la conclusión de que el principio de legalidad es más un símbolo de la legitimidad moderna —cuya expresión se realiza en ámbitos técnicos de solapada laxitud—, que un sistema de anticipación regulativa con plenitud efectivamente acreditada. En realidad, los mecanismos que garantizan la legalidad protegen de manera principal los casos de conflicto flagrante entre gobernantes y gobernados, pero siempre dejan sin ocupar un rango donde ocurren actos que no resultan previsibles desde el punto de vista legislativo.

Los problemas vinculados a la competencia inciden precisamente en el marco general que se ha trazado, porque implican la definición anticipada del sentido de los actos públicos y, en consecuencia, descansan en la posibilidad de delinear materias y potestades a la manera propia de los actos legislativos.

Hasta qué punto es posible acotar campos objetivos de acción para los poderes constituidos a través de los cauces de la ley, es en este sentido, la pregunta principal, y más si se tienen en cuenta el carácter dinámico de cualquier régimen político en el que, de manera fatal, se suscitan ajustes coyunturales al ocurrir la distribución efectiva del poder entre sus distintos agentes y aparatos.

⁶ Pi-Sunyer, C. *Viver i*, *op. cit.*, pp. 33-47.

2. *La competencia como técnica jurídica para acotar el poder*

A. *Potestades jurídicas*

Como lo expresa García de Enterría, “la legalidad atribuye potestades a la administración, precisamente... Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delineado y construido”.⁷

Vale la pena insistir en la última parte del párrafo transcrito y dejar claro, de una vez, que las normas que definen ámbitos materiales de acción para los poderes públicos, efectivamente reconstruyen la realidad social y la traducen al ámbito artificial donde el derecho transcurre.

Así, el proceso de atribución y distribución de potestades es el contrapunto formal del ejercicio efectivo del poder que, como bien se argumentó en el pensamiento weberiano, dentro de un Estado nacional implica un grado elevado de concentración en el ejercicio y el arbitraje de la fuerza. La racionalización jurídica de los actos de poder conlleva la idea de su tecnificación que, en este caso, se concreta en el diseño de fórmulas normativas para balancear el efecto de los actos de autoridad, en beneficio del control posterior que puedan ejercer sobre ellos los gobernados. Dividir el control y contrapesarlo amerita definir ámbitos de acción con criterios pretendidamente objetivos. Bajo esta perspectiva, debe aceptarse como posible el desmembramiento funcional de los poderes constituidos y, sobre todo, la existencia de una capacidad para anticipar con precisión el contenido de las materias sobre las que han de construirse los campos competenciales específicos que enmarcaran la acción de los órganos públicos.

El proceso para decantar la naturaleza de las potestades públicas ha seguido un trayecto paralelo al de otras categorías del derecho público; en concreto, ha sido necesario reenviar su sentido al de alguna institución del derecho privado —el derecho subjetivo en este caso— con el propósito de encontrar un apoyo conceptual básico y a partir de él, efectuar el descubrimiento de las peculiaridades de la nueva categoría jurídica. La noción de potestad entronca con la idea general de poder jurídico; su naturaleza responde al concepto de facultad de querer y de obrar conferida por el derecho;⁸ sin embargo, se distingue claramente de las potestades de tipo personal, porque la investidura no proviene de una relación horizon-

⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 5a. ed., Madrid, Civitas, 1990, t. I, pp. 440 y ss.

⁸ *Loc. cit.*

tal generadora de vínculos y obligaciones recíprocos. La potestad pública tampoco obedece al orden de facultamientos de tipo privado porque, en este caso, se trata de una habilitación de rango institucional; el destinatario es necesariamente un órgano o aparato que aplica o arbitra para su ejecución determinadas disposiciones normativas. Por esta razón, no caben en el caso de estas potestades conceptos como el de obligación o el de derecho en sentido personal; se trata más bien de auténticos cometidos públicos a los que los juristas anglosajones han emparentado correctamente con el sentido y la estructura de los actos fiduciarios. Bajo este orden de ideas, la sociedad idealmente representada en las asambleas constituyentes o legislativas, es la que habilita a determinados órganos para que actúen en beneficio público, sobre la base de materias previamente construidas y acotadas.

B. La construcción de las materias

En el caso de las potestades públicas sucede a un mismo tiempo que la ley habilita a los actores y tasa el ámbito preciso de su acción: en esto consiste substancialmente la técnica de control de los actos públicos que se desarrolla a partir del principio de legalidad. Los actos mediante los cuales se habilita de manera concreta a un órgano público para actuar en el cumplimiento de los cometidos del Estado y, concretamente, los que tasan la medida de su participación, son los que constituyen la competencia en sentido formal. Técnicamente, la capacidad de acción de un órgano público se construye con la traducción de las potestades que engloban las tareas de gobierno en materias objetivamente descritas, en cuya definición se atiende a cierto tipo de bienes o de actividades. Desde un punto de vista administrativo, la competencia supone la atribución específica de ciertas funciones estatales a órganos determinados.⁹

La dificultad mayor al construir legislativamente los ámbitos competenciales estriba en el carácter complejo de la realidad social y, por lo tanto, en las numerosas interconexiones que engloban los procesos sociales. Cortar la realidad en aspectos materiales de carácter convencional aparece siempre un ejercicio relativamente artificioso. En los hechos, la operación de los órganos constituidos provoca encuentros, conflictos y solapamientos que sólo pueden superarse a través de la interpretación judicial de los ámbitos competenciales. Los órganos jurisdiccionales, a su vez, deben dar

⁹ Cfr. Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 11a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 724 y ss.

contenido preciso a los actos competenciales atendiendo a las específicas necesidades comunitarias del momento en el que conocen de una determinada controversia. Las fórmulas específicas de solución judicial deben ser producto de un balance delicado entre el sentido institucional que el derecho protege y las emergencias sociales de cada época.

Para construir los ámbitos competenciales, tanto el legislador como los agentes del Poder Judicial, deben partir de la tipificación de actividades, bienes y, en menor medida, fines. Suelen preferirse en lo posible los criterios de tipo objetivo que atienden al género específico de ejercicio: la recaudación, la planeación, la educación, etcétera, o bien a clases de bienes: bosques, fauna silvestre, patrimonio monumental, etcétera;¹⁰ sin embargo, se suscitan casos de actividades que presentan un carácter de naturaleza transversal y que involucran bienes o acciones que pueden estar considerados bajo otros criterios de clasificación; por ejemplo, la actividad turística que integra acciones de fomento, regulación, fiscalización y control, si se opta por contemplar su objeto desde la perspectiva de la autoridad. Desde la óptica de los agentes empresariales ligados al turismo, éstos realizan actos que son, antes que otra cosa, negocios mercantiles; incluso se da el caso que la actividad turística involucre de manera directa ciertas operaciones inmobiliarias y financieras.

El rasgo predominante para atender cada sector de la realidad social está dado primero por decisiones de tipo constitucional: en este nivel se decide la naturaleza de un acto de acuerdo con el principio de la división de poderes. Dentro de la lógica de un sistema federal, también se determina en la Constitución la distribución competencial entre los distintos órdenes de gobierno. Ya en el terreno específicamente administrativo, la distribución y el desarrollo de potestades se ejecuta a través de la acción legislativa y de la reglamentaria; en la ley deben resolverse en forma consistente tanto la estructuración constitucional de los órganos constituidos, como la acotación de los límites específicos de su ejercicio. Un buen sistema competencial tiene que abarcar incluso los criterios de solución para los casos de concurrencia y solapamiento.

Desde la perspectiva del gobernado, el Estado se concreta en los actos de autoridad que ejercitan los órganos jurídicamente instituidos. La distribución competencial de los cometidos o potestades públicas produce en el gobernado el efecto de una institucionalidad múltiple que acciona sobre su esfera de movimiento desde distintos focos. Un empresario, por caso, entiende con la autoridad recaudatoria sus asuntos fiscales, con la autoridad laboral los temas de seguridad en el trabajo, con las agencias ambientales

¹⁰ Viver I PI- Sunyer, C., *op. cit.*, pp. 36-47.

lo relativo a descargas y emisiones a la atmósfera, con las oficinas reguladoras del comercio los tópicos de precios y de estímulos a la producción, por sólo citar algunas de las situaciones probables. Con objeto de dar orden a este abanico complejo de relaciones, es indispensable que las autoridades arreglen sus actos al sentido preciso de las normas legales que habilitan su ejercicio; sin embargo, es muy probable que la complejidad de este entramado conduzca de manera frecuente a los traslapamientos y a las usurpaciones competenciales. Por más eficiente que se suponga el control de la acción pública a partir del despliegue del principio de legalidad, los conflictos competenciales y los casos de exorbitancia estarán permanentemente acechando la relación con los gobernados y el ejercicio combinado de las acciones de los órganos de gobierno. Jurídicamente no se puede abordar el tema de la competencia sin atender con el mismo énfasis la fase de la solución de conflictos competenciales. De hecho, la técnica legislativa para atribuir competencias no es más que un segmento en la construcción de los respectivos ámbitos de acción de los órganos de gobierno; los matices, adaptaciones y soluciones finas no pueden realizarse de forma apriorística; es necesario, en todo caso, probar y contrastar los campos competenciales a partir de su despliegue objetivo.

Como sucede con el dogma racionalista del legislador completo, en el caso de la atribución de competencias, el derecho trabaja también sobre un supuesto, el de la posibilidad de efectuar el otorgamiento preciso de potestades a ciertos órganos institucionales operativos. Esta hipótesis, por el carácter semicerrado del ordenamiento jurídico, debe a su vez conducir a otra: la de la controlabilidad de las excepciones, exorbitancias, conflictos y solapamientos, ya que éstos son de plano inevitables.

3. La índole de las normas de competencia

A. Aspectos estructurales

De los teóricos contemporáneos del derecho, quizá sea Hart el que con más claridad haya explicado la naturaleza diversa del material jurídico. La propuesta hartiana se dirige contra la línea reduccionista promovida por Austin y Kelsen, según la cual el derecho está compuesto por órdenes o mandatos generalmente obedecidos y respaldados por amenazas. Este tipo de caracterización es precisa para denotar un cierto tipo de normas jurídicas, pero deja al margen otro estrato muy importante de reglas de derecho que no responden a la estructura de este esquema básico. Entre las normas que escapan al modelo simple del positivismo están, precisamente,

las de competencia y, junto con ellas, todas las reglas que fijan condiciones de creación, adaptación y aplicación de las disposiciones jurídicas. A este último tipo de normas, Hart las llama reglas secundarias, reservando a las órdenes respaldadas por amenazas el carácter de reglas primarias. El derecho, según este punto de vista, se caracteriza por ser un sistema complejo en el que se articulan las reglas primarias con las secundarias.¹¹ Sin la referencia específica a estas últimas no serían explicables todos los aspectos vinculados a la regulación del orden jurídico como sistema ordenador. Los problemas de pertenencia del material jurídico, jerarquización, adaptación a los hechos y, en general, todas las proyecciones del derecho como factor de una institucionalidad especializada, quedarían fuera del campo de explicación, porque todos estos aspectos pertenecen al ámbito de las normas secundarias.

La concepción de Alf Ross coincide en parte con la de Hart. Para el primero de los mencionados, el derecho está compuesto por normas de conducta —las que prescriben una cierta línea de acción— y normas de competencia —las que crean o estabilizan un poder o una autoridad—. La explicación de Ross acerca de la relación entre derecho y poder tiene claras referencias weberianas y parte de la base de que “una visión realista no ve al derecho y el poder como cosas opuestas” y por lo tanto, concluye que “el poder no es algo que se encuentra ‘detrás’ del derecho, sino algo que funciona por medio del derecho”.¹² Bajo estos argumentos es posible afirmar que el orden jurídico no contiene sólo elementos de tipo normativo, sino que también entraña una vertiente institucional. Las normas de competencia devienen de una zona de intersección funcional entre el derecho y el poder, porque si bien ordenan indirectamente conductas, su función es habilitante; invisten los actos de gobierno y los enmarcan dentro de un estilo de ejercicio que sólo admite legitimación a través de la legalidad.

En un sentido similar Hart escribió que: “dondequiera que haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas... Esa persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente”.¹³ En la argumentación hartiana se percibe claramente la consustancialidad que existe entre el derecho, la organización de los Estados modernos y la forma concreta en

¹¹ Hart, H. L. A., *op. cit.*, pp. 23-32 y 99-123.

¹² Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, pp. 56 y ss.

¹³ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 32

la que estos ejercen el poder. Precisamente, este estilo moderno de ejercer la función de gobierno da cabida a normas jurídicas de naturaleza distinta a las que se perfilan con un énfasis principalmente represivo. Los órdenes jurídicos de los Estados contemporáneos prevén numerosas reglas que no se esbozan directamente bajo el influjo de la amenaza de sanción, sino que se construyen como reglas habilitantes, encaminadas a dos propósitos principales: a ampliar el campo de acción de los particulares, o bien, a investir de capacidad de acción a los órganos especializados en la creación, adaptación y aplicación del derecho. Por el carácter democrático participativo de los Estados modernos, sus órdenes jurídicos no deben consistir solamente en la ordenación vertical y coactiva de los comportamientos, sino que requieren de la construcción de campos propicios para el ejercicio de las libertades privadas. En este sentido, las reglas de derecho no se ofrecen sólo en versiones represivas; también otorgan formas positivas de enlace para dar regularidad y estabilidad a las relaciones de los sujetos sociales que no se encuentran prohibidas.¹⁴ Las libertades individuales, por su parte, requieren de un sistema de garantías que abra los espacios normativos propicios para su desarrollo y que contenga las eventuales irrupciones del poder público contrarias a la “libre iniciativa personal”.

Así, el tema principal debe plantearse en torno a la caracterización de las normas de competencia como piezas peculiares de los ordenamientos jurídicos modernos.

B. *Naturaleza de las normas de competencia*

En términos kelsenianos, la competencia es simplemente capacidad jurídica y, en cuanto tal, resulta una forma específica de *facultamiento* que no se distingue sustancialmente de cualquier otra investidura jurídica. Las peculiaridades de las normas de competencia, bajo esta lógica, proceden del carácter especial que tienen los órganos que finalmente resultan revestidos o habilitados por las normas que los facultan. En el caso de los *órganos comunitarios*, como los denomina Kelsen, hay dos factores que establecen una distinción respecto de los órganos comunes y un dato central que necesariamente los identifica. Hay que decir, primero, que todos los órganos de un orden jurídico se caracterizan por la capacidad de producir normas, así se trate de normas individualizadas; sin embargo, los órganos comunitarios funcionan como aparatos productores especializados en virtud de

¹⁴ *Ibidem*, p. 39.

una determinada división del trabajo.¹⁵ Además, dichos órganos son depositarios de un reconocimiento especial, ya que los sujetos vinculados por un determinado orden jurídico les atribuyen representatividad; es decir, están dispuestos a entender sus actos como sucesos que se producen a nombre de la colectividad. Según las aseeraciones kelsenianas, no podría localizarse la naturaleza especial de las normas de competencia dentro de su propio contorno; en todo caso, sus peculiaridades derivan de la especial naturaleza de los *órganos comunitarios* y ésta, a su vez, debe buscarse en el ámbito orgánico-político, más que en los derroteros normativos del derecho.¹⁶

Para Kelsen, una norma jurídica está completa y es independiente cuando prescribe una sanción; por este motivo, las reglas de competencia no pertenecen al rubro de las normas independientes; su naturaleza es complementaria y sólo adquiere pleno sentido jurídico dentro de la *Teoría pura*, cuando se les observa en su relación con el conjunto del ordenamiento y, particularmente, como fases o etapas de las normas coactivas.¹⁷ Hart, sin embargo, se opone a esta visión fragmentaria de las normas de competencia y se pronuncia por reconocerles plenitud. El rasgo que Hart describe como determinante para la caracterización de las normas de competencia —aunque expresa ciertas reservas— es que las normas primarias —como las penales por ejemplo— consisten fundamentalmente en la imposición de deberes; mientras que las normas secundarias, entre las que se encuentran las que atribuyen potestades, son fórmulas que dan la pauta para la creación de obligaciones. “Las potestades que ellas confieren —dice Hart— son potestades para crear reglas generales o para imponer deberes a particulares que, de otra manera, no estarían sometidas a ellos”.¹⁸ Así, las reglas que confieren potestades constituyen una variante del derecho que, en este caso, acciona en su efecto ordenador de los comportamientos de un modo distinto al mero control de naturaleza coercitiva.

Las potestades legislativas y judiciales —creación, adaptación y aplicación del derecho— son formas fuertes de las normas competenciales y quizá el primer rasgo claro que las caracteriza sea su estructura autoobligatoria, ya que vinculan también a los agentes del órgano que las emite.¹⁹ Además de esta característica peculiar autoprescriptiva, tales reglas habilitantes operan como límites de la acción legislativa y judicial. Justa-

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 5a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1986, p. 164.

¹⁶ *Ibidem*, p. 168.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 67-70.

¹⁸ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 42.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 82-88.

mente sobre esta idea de poderes o potestades circunscritas se actualiza la aspiración suprema del Estado de derecho; es decir, se le otorga vigencia al principio del imperio de la ley. La técnica jurídica es, en el caso de las potestades, un sistema de límites cuya transgresión conduce a la nulidad. El orden jurídico previene procedimientos a través de los cuales es posible anular los efectos de los actos exorbitantes de los poderes constituidos, con los que se consuma el sistema de garantías de las libertades privadas.

En el ámbito del Estado de derecho, la idea de los límites normativos a la acción del soberano resulta fundamental. No se trata, como se ha explicado antes, sólo de regular la conducta de los gobernados, sino que es también necesario que el derecho invista a los poderes instituidos y construya sus ámbitos de competencia como cotos cerrados. El derecho funge como factor estructural del poder público, al grado que modernamente no hay poder que no sea jurídico. Como lo expresa Hart, las reglas del derecho “son constitutivas del soberano”, en la medida en que fijan los roles institucionales y operativos que definen la función pública. Se puede afirmar que la competencia no representa un dato externo del ejercicio del poder político, sino que es un componente endógeno y consustancial a la función pública.

La investidura jurídica de índole competencial no cubre a personas concretas; su proyección es totalmente impersonal y se refiere a órganos o aparatos institucionales con un perfil de tipo funcional. Los agentes del gobierno no son, en esta perspectiva, sino operadores de cometidos comunitarios. La competencia, entonces, no es potestad del agente específico que opera el órgano constituido de que se trate, sino un rango de operación funcional al que debe ceñirse el agente público al mover el aparato comunitario a su cargo. De aquí que las normas de competencia no tengan destinatarios en sentido subjetivo, sino que sus receptáculos sean siempre impersonales. Este rasgo siempre ha pesado en la caracterización de las normas de competencia, como lo comprueba la referencia inicial que se hizo a la *Teoría pura del derecho*.

Para concluir, es conveniente recordar que tanto para Hart como para Ross, el verdadero carácter de las normas de competencia radica en la capacidad que otorgan a determinados órganos para obligar; es decir, para generar situaciones jurídicas que modifican el *status* obligacional de los gobernados, generando nuevos deberes o directivas de comportamiento. Ni Hart ni Ross proyectan estas ideas al campo de la administración pública, ambos juristas se refieren más a las tareas judicial y legislativa; sin embargo, sus argumentos pueden reconducirse sin dificultad al ámbito ejecutivo, donde se produce el desarrollo de menor nivel del encuadramiento de la acción pública, puesto que el ejercicio administrativo supone la eje-

cución de potestades definidas previamente por los órganos que producen las directrices generales de acción; sin embargo, la mayor lejanía del poder ejecutivo respecto del ejercicio original de potestades, no debe ser motivo para menospreciar a los órganos administrativos en relación con el tema competencial, pues a nivel ejecutivo, se produce el mayor número de controversias en razón de la distribución específica de potestades; en dicho ámbito es donde acontece de manera más nítida y profusa la relación entre gobernantes y gobernados.

III. EL SISTEMA FEDERAL COMO MECANISMO DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

1. *El federalismo como proceso*

El resguardo normativo del sistema federal ha sido proverbialmente confiado a las cartas constitucionales, porque se considera que la opción por una organización de tipo federal reviste el carácter de una decisión política fundamental, y por lo tanto, su garantía debe someterse al amparo de las normas constitucionales de una carta con características rígidas.²⁰ El problema jurídico principal que plantea la organización federal es, sin lugar a dudas, el del reparto de competencias entre los órganos centrales y los estados miembros. La forma de resolver el reparto de potestades cambia según se conciban las cosas desde la perspectiva del federalismo *dual*, o se observen desde la óptica de un sistema federal de corte *cooperativo*, como se ha dado en llamar a la posición que reconoce la existencia de flujos dinámicos en la asignación de potestades, generados en momentos posteriores al acto constitucional.²¹ Bajo este último supuesto, se admite que el sistema federal está en evolución continua y que los ajustes que reciente se verifican a través de la interpretación judicial, e incluso legislativa, pero en todo caso tales movimientos no debieran causar rectificaciones constitucionales en los perfiles básicos del sistema.

A. *Federalismo dual*: de lege lata

Desde el surgimiento de los Estados modernos se hizo patente la índole territorial de su ejercicio político. Las soluciones a los problemas vincu-

²⁰ La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, trad. de Agustín S. de Vega y Augusto Martín de la Vega, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 255.

²¹ Véase Schwartz, Bernard, *El federalismo norteamericano actual*, trad. de Juan Manuel Ruigómez, Madrid, Civitas, 1984, pp. 39-43 y 48-59.

lados a la soberanía tuvieron desde su origen una doble referencia: por una parte, la definición de potestades sobre el territorio y, por la otra, la determinación de atribuciones sobre las personas. En ambos casos, el ejercicio centralizado y uniforme del poder supuso la existencia de un orden jurídico unitario con posibilidades de proyectarse sobre el conjunto del territorio estatal. Asimismo, la consolidación de los modernos Estados nacionales aparejó la necesidad de definir los órganos de gobierno como entes de tipo territorial. Bajo esta perspectiva, se hizo menester entroncar dos tipos de criterios para dotar de atribuciones a los poderes constituidos y ambas vertientes fueron atendidas por los modernos poderes constituyentes: fue necesario acotar el tipo de función desde el punto de vista de la división de poderes y fue también indispensable distribuir territorialmente el ejercicio de las funciones de gobierno.

Las peculiaridades históricas de los Estados Unidos de América y, en especial, la preexistencia de diferentes colonias, llevaron a pensar la distribución territorial de los poderes constituidos dentro de un Estado nacional en términos distintos. Dejando a salvo los pormenores históricos del federalismo norteamericano, puede señalarse que el problema principal a resolver desde el punto de vista constitucional, suponía una fórmula de composición que, por una lado, garantizara unidad y coherencia del ejercicio político en los términos que lo requiere un Estado nacional de características modernas; pero, por otra parte, la nueva unidad política tendría que respetar la previa existencia de entidades independientes a las que habría que garantizarles autonomía territorial en materias de su exclusiva incumbencia y, también, un cierto rango de acción constituyente y gubernativa dentro de los sublímites territoriales que correspondieron a las antiguas colonias. El experimento de la confederación no satisfizo los requerimientos de unidad y cohesión, necesarios para mantener vinculadas y en armonía a las entidades confederadas. Fue preciso darle curso al federalismo, propiamente dicho, para encontrar el balance adecuado entre fuerzas políticas de carácter centrífugo con las de naturaleza centrípeta. El corolario constitucional se fijó en torno a la idea paradójica de la unidad indispensable con la que se buscaría mantener la diversidad de la vida comunitaria en las entidades federadas.²² Era adecuado para ello generar un orden dual con disposiciones de alcance territorial exclusivo para cada entidad y, a la vez, con disposiciones generales de alcance territorial integral. Evidentemente mantener un ejercicio constitucional permanente

²² Mouskheli, M., *Teoría jurídica del Estado federal*, trad. de Armando Lázaro y Ros, México, Nacional, 1981, pp. 149 y ss.

a dos niveles de gobierno es algo que entraña dificultades mayores de acoplamiento y de técnica distributiva; los mismos obstáculos impiden la traducción fluida de los balances efectivos de un poder que se construye en dos dimensiones dentro de un territorio, a los planos de certeza técnica y de legalidad que pretende el ordenamiento jurídico.

Las técnicas clásicas para distribuir competencias entre un ámbito federal y otro local estriban, ya sea en una atribución taxativa a cada uno de los órdenes, con la consecuente rigidez que puede conferir un mecanismo de este tipo, o bien, en la atribución taxativa a sólo uno de los órdenes, mientras que el otro queda semiacotado por una cláusula de tipo residual, donde caben todas las atribuciones no conferidas expresamente a la primera de las jurisdicciones. Aunque la segunda fórmula proporciona en principio mayor flexibilidad que la primera, también resulta insuficiente para contener los movimientos coyunturales que suponen reajustes en el balance efectivo de la distribución del poder entre el centro y las unidades periféricas.²³ Cabe aclarar que en este tipo de balances coinciden también los Estados centralistas, porque aún sin reconocer políticamente regiones, entidades o autonomías, dichos regímenes deben adecuar el ejercicio político a las demandas territoriales, que plantean frecuentemente matices comunitarios insoslayables.²⁴ Un régimen democrático-participativo difícilmente se puede sustraer en forma deliberada de las decisiones de carácter local y de su influjo comunitario; quizá por ello, al federalismo se le ha identificado como una fórmula compatible con la modernidad democrática.

Las fórmulas de organización federal, en cuanto a los asuntos constitucionales, no escapan al designio de la diversidad social. Las Constituciones escritas a fin de cuentas no son más que racionalizaciones tipificadoras que fijan modelos de comportamiento a despecho de la dinámica social. En cuanto una sociedad estabiliza normativa e institucionalmente su régimen de relaciones, empieza de forma simultánea a presionarlo hacia el cambio; porque el rango de imprevisibilidad en el sentido real de las conductas es siempre una variable importante. Esto provoca que los instrumentos reguladores deban prever una cierta apertura que se expresa en la previsión de procedimientos para su reforma y adaptación. Las Constituciones, como otros códigos de inspiración racionalista, padecen el agobio de la historia, al grado que la verdadera caracterización de los fenómenos jurídicos de índole constitucional debería enfocarse primordialmente al proceso dia-

²³ *Ibidem*, pp. 330-336.

²⁴ Rolla, Giancarlo, “El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las regiones de Italia: Aspectos de su evolución”, trad. de A. Saiz Arnaiz, *Revista Vasca de Administración Pública*, t. III, núm. 36, mayo-agosto de 1993, pp. 210-214.

léctico que se establece entre el texto y la realidad. La estructura efectiva de un Estado demanda continuamente su modulación jurídica, pero desde otro punto de vista, los valores constitucionales positivizados en una determinada carta son factores que ofrecen resistencia tenaz contra las transformaciones. Como quiera que sea, la Constitución debe prever la forma más segura posible para que su contenido se adapte a las emergencias sociales, sin comprometer la seguridad y certeza de un Estado, para ser regular y efectivo, debe considerar a los dos polos: el de la fuerza ordenadora de la realidad social y el de la fuerza normativa del derecho.

En un sistema federal, los flujos continuos de poder entre el centro y la periferia son inevitables. En algunos casos, se trata de la construcción de un núcleo de poderes centrales a partir de entidades soberanas preexistentes; en otros, por el contrario, existe previamente un poder unificado que decide su descentralización y, bajo este supuesto, la tarea principal consiste en dotar de entidad regional a ciertos órganos de ejecución limitada, abriendo nuevos espacios políticos para la decisión y el ordenamiento de la vida comunitaria. Además de estas dos variables principales, se suscitan otras derivadas de las modernidades mentirosas de ciertos Estados como el nuestro, que asumen los perfiles constructivos de un federalismo de tipo pacticio, sin que posean los rasgos históricos para darle realidad a ese pretendido pacto de origen. Manejar el federalismo en un plano aparente y encubrir con su perfil un ejercicio centralizado, acarrea distorsiones que después muy difícilmente podrán enmendarse en beneficio de una vida institucional sana.

La disyuntiva que ofrecen las concepciones del federalismo se plantea entre dos posiciones fundamentales: la del federalismo dual, que se sustenta en la idea de que la distribución de competencias entre dos órdenes de gobierno es posible y puede mantener su operación fundamental, aun en contra de los embates dinámicos de la realidad, y la del federalismo cooperativo, que entiende este sistema como un proceso permanente de distribución de atribuciones, reconociendo en todo momento que los balances específicos de competencias se alteran y se ajustan de acuerdo con las variantes que presenta la realidad.²⁵ Para resumir esta antinomia, se podría afirmar que el federalismo dual acepta la existencia de ámbitos fijos, mientras que el federalismo cooperativo se pronuncia por la naturaleza móvil de sus límites.

Las desventajas principales del federalismo dual tienen que ver con el carácter excesivamente rígido del modelo; sus taxaciones estrictas no permiten los trasvases competenciales. La idea fuerza que sostiene al fe-

²⁵ La Pergola, Antonio, *op. cit.*, pp. 55-60 y 262.

deralismo dual consiste en la contención de la acción expansiva de los poderes centrales sobre los periféricos. El móvil de este tipo de fórmula es de naturaleza defensivo-preventiva, pues se parte del reconocimiento de una tendencia centralizadora, natural en el ejercicio del poder político dentro de un Estado nacional. La antítesis del dualismo es el monismo concentrador, que absorbe las entidades políticas federadas y disuelve los núcleos locales de decisión. Paradójicamente, el constitucionalismo norteamericano, si bien mantuvo con celo ejemplar la independencia de las colonias asociadas, produjo unos de los poderes políticos centrales más eficientes que se conozcan en la historia universal. Se trata de un poder estatal discreto hacia el interior que, a pesar de no ostentar aparatos pesados, no por ello puede calificarse como menor, políticamente hablando.

La fórmula de federalismo dual —se ha dicho— es correlativa a la época del mercado libre. La contención intencionada de los poderes centrales, evita la excesiva proyección del poder político sobre la dimensión privada, lo que resulta muy conveniente a la lógica del “dejar hacer”. So pretexto de limpiar los ámbitos locales de la injerencia central, se consigue, en paralelo, el confinamiento de los poderes federales dentro de un ámbito muy estrecho de acción.²⁶

B. *Federalismo dinámico*: de lege ferenda

La técnica de federalismo dual, es decir, su traducción en un sistema mecánico de garantías jurídicas, se logra por varias vías; primero, a semejanza del principio de legalidad y de la protección de las esferas privadas, las atribuciones y potestades federales quedan constitucionalmente encapsuladas en la definición expresa de las facultades a los poderes federales. La acción libre de los órganos centrales; es decir, exterior a sus respectivas burbujas competenciales, se califica como exorbitante y siempre puede ser repelida a través de planteamientos procesales ante los órganos judiciales de carácter supremo.

Un ejercicio político de tipo policiaco, como el que reclaman los designios de *Laissez Faire*, se expresa apenas por las tareas elementales de salvaguarda y protección externa al sistema de mercado; sin embargo, ante la crisis de éste último como mecanismo toral de distribución de beneficios y cargas económicas, surge la necesidad de generar políticas nacionales de tipo intervencionista, o si se prefiere el sentido keynesiano: terapéutico. Las nuevas soluciones económicas han desbordado los actos estrictamente

²⁶ Schwartz, Bernard, *op. cit.*, pp. 43-48.

vigilantes del Estado gendarme, con tal de brindar alternativas al mercado maltrecho. Dichas políticas económicas no sólo impactaron el espacio tradicional de las libertades privadas, sino que su efecto repercutió también, contra los valladares clásicos del federalismo dual.²⁷ El que se haya reconocido al Estado benefactor como agente económico activo, generó una avalancha de acciones federales sobre el espacio de los poderes locales. El ajuste de los ámbitos económicos trajo como consecuencia el correspondiente movimiento de los centros de decisión política. Así, la crisis que se inició en los Estados Unidos en 1929, al tiempo que anunció el fin del mercado autorregulado, constituyó también el inicio de la rectificación paulatina del federalismo dual.

Los hechos expuestos hasta aquí permiten apreciar el carácter móvil que define a la distribución regional del poder: primero fueron las colonias emancipadas las que protagonizaron un pacto de transferencia de facultades hacia los poderes centrales, creados por su propio acuerdo. Luego, aunque las entidades federales tomaran prevenciones contra el crecimiento desmesurado del “Leviatán federal”, este fue engrosando sus poderes y capacidades hasta postrar a las entidades locales reduciéndolas a la situación de meros poderes orbitales. La excesiva centralización ha sido calificada como patología de la organización federal, aunque a últimas fechas, parece haber iniciado su involución y repliegue, a través de lo que podría considerarse un incipiente renacimiento del federalismo dual. En la historia del federalismo se registra un cierto movimiento pendular, en el cual se ajustan los flujos de poder que recorren los vasos internos del federalismo. Esto ha llevado a algunos autores perspicaces a caracterizar el sistema federal como un proceso y no meramente como mecanismo estático de la distribución de competencias, al que generalmente protege como salvaguarda final una Constitución de tipo rígido.

Entender al federalismo como proceso supone observarlo “como la unidad dialéctica de dos “tendencias” contradictorias: la tendencia a la unidad y la tendencia a la diversidad”.²⁸ Y a esta primera mancuerna de polos opuestos se podrían agregar otras; por ejemplo, la que se establece con la disyuntiva que califica al federalismo como estructura o como proceso, es decir, como maquinaria distributiva de carácter fijo o como flujo dinámico de las corrientes de poder que se desplazan hacia alguno de los polos federales, modificando los equilibrios básicos con cada una de sus nuevas acentuaciones. Una tercera mancuerna radica en la antítesis centro-

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ García-Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza-Universidad, 1984, p. 218.

periferia. El centro alberga el núcleo que conforman los poderes de alcance general, acotados y reducidos a los espacios de acción expresamente conferidos por el orden constitucional, mientras la periferia está compuesta por la pluralidad de los estados miembros y por sus ámbitos competenciales de tipo residual.

La relación de los poderes locales con el centro supone un vínculo individual de cada entidad considerada por separado, que se produce de forma análoga a la manera en que ocurre la relación entre el individuo y el Estado en las sociedades modernas. Esta visión de los vínculos individuales sólo admite la excepción que deriva de la denominada “compact clause”, sobre cuyas bases se autoriza la acción colegiada de las entidades federativas;²⁹ pero, en general, se persigue que los poderes locales no recurran a las alianzas políticas con sus homólogos, porque bajo este tipo de acciones suelen desarrollarse los gérmenes secesionistas.

La idea del federalismo dual debió revisarse críticamente, porque la realidad de las tendencias expansivas de los poderes centrales volvió insuficientemente su sistema de límites estáticos; sin embargo, no debe olvidarse que, en un sentido original, el sistema dual es idealmente compatible con la técnica constitucional de los Estados modernos; al igual que ésta, persigue la definición de límites fijos al ejercicio del poder y su control mediato a través de procedimientos que garantizan el sometimiento de los órganos públicos a la legalidad. El sistema dual, en síntesis, ofrece como principal argumento a su favor, el de la certeza. Sus criterios fijos de atribución de competencias hacen previsible para el gobernado la acción de los poderes constituidos. Por eso, bajo el influjo del federalismo dual no deberían quedar restos de incertidumbre en el ejercicio concreto de los actos de autoridad y, por lo tanto, los gobernados nada habrían de temer acerca de la doble jurisdicción que se proyecta sobre sus ámbitos particulares, ya que se trataría, en todo caso, de órdenes coextensos e independientes que no generarían una doble presión sobre la esfera de las libertades privadas.

No obstante lo anterior, los cambios de énfasis en la distribución real del poder hacen dudosa la efectividad de los límites fijos, porque en la práctica, las barreras formales tienden a relativizarse. Por ejemplo, en un caso como el norteamericano, dado que los poderes centrales actúan habilitados por facultades estrictamente acotadas, y que los estados lo hacen favorecidos por una cláusula residual, hubiera sido esperable que los intérpretes judiciales, dieran un sentido estricto a las normas que definen las potestades de los poderes centrales; sin embargo, la tendencia eclosiva de éstos

²⁹ La Pergola, Antonio, *op. cit.*, pp. 253 y 55.

últimos, presionó hacia una interpretación laxa que dio paso a las tesis de los poderes implícitos o conexos que, como se sabe, ofreció un campo propicio para la expansión federal a costa de los ámbitos locales.

Considerar al federalismo como proceso facilita la comprensión de los ajustes políticos que invariablemente se producen en el seno de cualquier Estado; pero, aún reconocido el valor explicativo de esta tesis, subsiste el problema de la merma de certeza que producen los continuos ajustes de tipo competencial. No basta con reconocer que los centros efectivos de decisión se mueven pendularmente entre el núcleo y la periferia; es también necesario dirimir cómo el derecho puede darle un cierto sentido estable a tales flujos, porque de lo contrario se comprometería la idea básica de la legalidad en el Estado de derecho.

2. *Las formas clásicas de solapamiento competencial*

A. *La llamada competencia concurrente*

En la práctica del federalismo norteamericano ha tenido cabida un criterio de atribución de competencias, cuyo origen no radica en la literalidad de la norma constitucional. En virtud de criterios de oportunidad se ha llegado a admitir que los estados miembros legislen sobre materias que originalmente se habían atribuido a la federación, siempre y cuando, no lo hagan contra una prohibición constitucional expresa y no se trate de materias que por su naturaleza demanden un estatuto uniforme para todo el territorio nacional. Estos casos —valga la expresión paradójica— constituyen una usurpación legítima de facultades, cuyos efectos se mantienen hasta en tanto el poder legislativo central no asuma el ejercicio de su competencia original. Una vez que el Congreso de la Unión legisla sobre la materia que ha originado la “conurrencia”, cesan los efectos de la regulación local.³⁰

Cabe aclarar que, cuando se habla de concurrencia, nunca se trata de un ejercicio simultáneo de competencias, sino de la ocupación emergente de una materia federal por parte de los estados miembros, cuya legitimidad transitoria ha sido reconocida por el poder judicial en atención a la titularidad primigenia de cada estado para autorregularse. Dicho en otros términos, mediante el pacto federal los estados fundadores delegaron en los poderes centrales determinadas materias competenciales que ellos poseían; si por alguna razón los poderes centrales no han podido ejercer algunas de ellas, resulta lógico que la autoridad local reasuma la función,

³⁰ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 15a. ed., México, Porrúa, 1977, pp. 127-130.

hasta en tanto no exista un ejercicio efectivo de dicha facultad por parte del poder central.

La llamada competencia concurrente supone una vida local intensa que compite con los centros de decisión federal por el control de las conductas y de las actividades de los gobernados. La competencia por las potestades trasciende las posibilidades de control inmediato del poder central y es una forma coyuntural de cubrir vacíos eventuales relativos al ejercicio de una atribución, no a su titularidad. En principio, el sistema federal reposa también sobre el dogma del legislador completo; así, las materias competenciales siempre serán locales o federales, y no se considera la posibilidad de que exista alguna materia o potestad fuera de los dos ámbitos que componen el federalismo.

La competencia “concurrente” constituye un auténtico caso de solapamiento, porque implica mantener de forma temporal la vigencia de determinadas normas que carecen de un apoyo constitucional directo. Para legitimar este tipo de ejercicio transitorio, la Suprema Corte de los Estados Unidos debió remontarse al espíritu original del pacto que dio origen a la federación. En un país como México, los mentises de nuestro federalismo, no alcanzan todavía para producir una vida local realmente independiente y, por eso, los casos de competencia “concurrente” prácticamente no existen. No hay en las entidades federales el arrojo que les haga reivindicar un ámbito de competencia no ocupado por la federación, a pesar de no tenerlo conferido, simplemente porque no existe la tradición histórica que justifique y haga concebible ese ejercicio. Tampoco es esperable entre nosotros que la Corte autorizará un solapamiento en favor de los poderes locales, ya que prácticamente no se producen conflictos judiciales entre la federación y los estados que hubieran podido ser resueltos en ese sentido. Por estas razones, las llamadas facultades “concurrentes” no ofrecen un banco de experiencias efectivas para nuestro federalismo, se trata en síntesis, de una práctica exótica que eventualmente pudiera ser recibida, si alguna vez el sistema federal mexicano, en su revitalización, lograra romper con el letargo local y con la falta de compromiso del Poder Judicial hacia la interpretación auténtica de la Constitución.

B. *Las facultades implícitas*

Como ya se expresó, esta tesis es también producto de la teoría interpretativa de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Ahora sus contenidos son material común para los analistas del sistema federal y por eso no se reproducirán aquí con detalle; sin embargo, si conviene retener la idea

básica del planteamiento: por facultades implícitas debe entenderse que los poderes federales son competentes para desarrollar aquellas acciones que puedan considerarse instrumentales para el ejercicio de las facultades que tienen explícitamente concedidas.³¹ En este caso, el solapamiento judicial consiste en darle a las atribuciones expresas de los poderes constituidos una interpretación laxa, contrariando con ello la lógica habitual que se utiliza para resolver los conflictos de aplicación entre una norma general y aquella que ejerce una restricción excepcional sobre su ámbito de validez. La técnica más explorada para resolver este tipo de conflictos, parte del principio de que la norma que proyecta la restricción excepcional debe ser interpretada siempre en sentido estricto, porque si su ámbito se abre, necesariamente se confunde con el campo de aplicación de la norma general. En el caso que nos ocupa, la norma genérica tiene que ser la cláusula residual que beneficia con su apertura a los gobiernos locales. El papel de la norma restrictiva corresponde jugarlo a la atribución taxativa de competencias a los poderes federales. Según esta asignación de papeles, la norma que contiene atribuciones expresas no admitiría una interpretación extensiva, analógica, conexa o teleológica; su ámbito tendría que quedar determinado de manera estricta; sin embargo, bajo la tesis de las facultades implícitas, la norma restrictiva queda definida como una regla semiabierta; el efecto no puede ser otro que la proyección del poder central sobre los ámbitos locales y, a su vera, la legitimación del traslape que se consuma con el reconocimiento judicial al ejercicio del poder federal, el cual se efectúa sin apoyo normativo expreso.

La tesis que nos ocupa, revela un flujo efectivo de carácter centralista, cuya práctica ha tenido como saldo lógico el incremento del peso específico de los poderes centrales en relación con las periferias. Como sucede en otros casos del solapamiento, estos traslapes causan incertidumbre entre los gobernados, porque estos dejan de contar con un criterio objetivo y anticipado que les permita calcular los despliegues de los órganos públicos, a partir de situaciones predefinidas.

Hemos tomado dos ideas que ayudan a entender la idea del solapamiento competencial. En el caso de las facultades llamadas concurrentes, el flujo encubierto por el traslape beneficia a los estados miembros; en la hipótesis de las facultades implícitas, ocurre lo contrario, porque se legitima la interferencia por parte de los órganos centrales en los poderes locales.

En nuestro país, se ha desarrollado una variable “débil” de las tesis de las atribuciones implícitas a través de ciertas tesis jurisprudenciales. Bajo el influjo de estas sentencias, se ha llegado a admitir que la Federación

³¹ *Ibidem*, pp. 123-127.

tienen facultades para legislar en aquellas materias que la Constitución habilita su intervención, aunque no se reconozca expresamente la potestad legislativa en el artículo 73 de la carta. “Es notorio que las facultades legislativas de la federación —expuso la Corte— no son únicamente las consignadas de modo expreso en el artículo 73 de la Constitución, puesto que diversas disposiciones de la misma Carta Fundamental, se refieren a esas facultades sobre materias distintas de las especificadas en el mencionado precepto, en cuanto tales disposiciones imparten competencia y jurisdicción a la Federación”.³²

IV. LAS COMPETENCIAS “CONCURRENTES” EN EL FEDERALISMO MEXICANO

Después de que nuestro país asumió en el texto del artículo 124 de la Constitución vigente la fórmula clásica del federalismo dual —“Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”—, el articulado de la carta, ha sido retocado en varias ocasiones para otorgarle al federalismo mexicano matices peculiares. Al respecto, destacan dos cuestiones principales: la adopción en ciertas materias de las llamadas leyes generales o leyes marco, a partir de las cuales se autoriza la distribución de competencias por parte del legislador secundario entre los distintos ordenes de gobierno; tarea que antes estuvo reservada de manera exclusiva a la Constitución. Cabe decir que la recepción de esta nueva técnica se ha realizado a través de adiciones al artículo 73 constitucional y, para el efecto, se ha adoptado la poca afortunada expresión que alude a las potestades “concurrentes”. Tal ha sido el caso de materias como: educación, salud, asentamientos humanos, protección al ambiente y equilibrio ecológico, y con algunos rasgos distintos, tributación y vías de comunicación. El otro factor trascendente para la organización federal mexicana es el fortalecimiento de las atribuciones del Municipio impulsado desde la Constitución. Las reformas al artículo 115 han enriquecido el marco de competencia de los ayuntamientos, aunque por regla general en detrimento de las facultades propias de las entidades federativas. Además de estas dos orientaciones constitucionales mencionadas como antecedentes para entender el carácter específico del federalismo mexicano, hay que tomar en cuenta también, la manera particular en que la organización formalmente federal de nuestra República ha encubierto un ejercicio de tipo centralista. Los

³² XXXVI, p. 1067, Controversia Constitucional entre la Federación y el Estado de Oaxaca, 15 de octubre de 1932, mayoría de 14 votos (tomado de la Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación), 6 vols., t. III, p. 1778.

disimulos, adaptaciones y encubrimientos han generado una vida federal *sui generis*, a cuyo través deben observarse los ajustes a los que se hizo referencia inicialmente.

1. *El federalismo artificial*

A. *La utopía norteamericana*

El proceso constitucional mexicano ha sido complicado; sus vicisitudes son de sobra conocidas para referirlas pormenorizadamente, pero si un dato tiene que rememorarse por su constancia histórica, es la falta de adecuación del ropaje institucional de tipo moderno a las condiciones políticas reales de la sociedad mexicana durante el siglo XIX. A fin de cuentas, la efectiva desarticulación social y étnica, el paso por un modelo colonial que inhibió la vida civil y las fuertes tradiciones autoritarias, dieron al traste con cualquier posibilidad de vida institucional en sentido moderno. No obstante, los moldes occidentales fueron puntualmente recibidos y la Constitución de 1857 se alzó como un verdadero monumento a la modernidad imposible.

El paradigma norteamericano supuso antecedentes coloniales muy distintos a los españoles y produjo, por ello, la existencia relativamente moderna de las unidades políticas independientes. El federalismo norteamericano fue el producto de un auténtico arreglo entre ex colonias, que finalmente encontraron una fórmula afortunada de coexistencia al generar una gran dimensión nacional respetuosa de sus autonomías. En nuestro país, el federalismo fue consecuencia de la adopción de una idea y de la fidelidad a una causa política de tipo partidario. En realidad, México ha sido siempre un país centralista; sin embargo, la recepción del federalismo, a fuerza de situarse como un objetivo del discurso político, ha terminado por generar un deseo común de vida federal. A partir de nuestras Constituciones se ha proyectado una especie de federalismo didáctico —casi siempre contradicho por el curso de los acontecimientos políticos— que ha servido de faro orientador, a lo largo de casi siglo y medio, a un proceso de paulatina y accidentada descentralización.

Una mirada crítica sobre la Constitución de 1917, demuestra que la fórmula del federalismo dual a la norteamericana no podía subsistir como orientación efectiva, porque en el contexto de la carta se prohija un poder descomunal que beneficia a uno de los órganos centrales: el Presidente de la República. Así, sólo guisa de ejemplo: si las legislaturas locales tienen capacidad para regular en los Códigos Civiles la situación patrimonial dentro de su territorio, la autoridad federal puede, ejerciendo el derecho de imponer modalidades a la propiedad privada, redefinir los límites de este

derecho y, por ende, rectificar el sentido de la legislación elaborada por la asamblea local. La sobrevivencia dentro de la Constitución de los rasgos autoritarios propios de nuestra tradición política, dificulta sobremanera la maduración de los niveles más elementales de la organización de tipo federal. La concentración política, financiera, productiva, demográfica, etcétera, genera asimetrías que no son manejables dentro de la lógica de una federación.

No obstante, hoy las entidades federativas existen y sus gobiernos responden a una línea de homologación orgánica que tiene su origen en la propia Constitución. Dentro de cada entidad subsisten, a su vez, municipios libres que fungen como una pieza más para la aproximación territorial de los poderes constituidos a los gobernados. Los municipios, por su lado, padecen generalmente la misma marginación por parte de los poderes estatales que éstos resienten de los poderes del centro. Así, los estados federados son entidades reales, aunque semivacías desde el punto de vista del ejercicio efectivo del poder. Hasta fechas muy recientes la incipiente pluralidad política comienza a darle contenido a los espacios locales como dimensiones con un peso político específico. Cabe decir que, sin pluralismo real, el sistema federal naufraga dentro de la lógica unitaria; se ahoga en las posturas de bloque típicas de los regímenes de sólo un partido.

Los efectos más nocivos de la simulación federal tienen que ver con el ocultamiento correlativo al que se presta el autoritarismo centralista. Las apariencias inmunizan contra el surgimiento de los verdaderos procesos locales; el falso federalismo es realmente un mecanismo de tipo orbital que selecciona los aspectos trascendentes de la vida social y económica, y los reúne entorno de los núcleos centrales, sustrayéndolos de los ámbitos comunitarios donde deberían ventilarse.

El discurso oficial ha dado espacio a la ambigüedad haciendo artilugios con el tiempo, porque, por un lado, ha supuesto que la adopción constitucional del sistema nos convirtió de facto en un Estado federal; sin embargo, en los momentos de sinceridad, cuando se trata realmente de democratizar y descentralizar las decisiones políticas, el federalismo adquiere el carácter de proceso o de hecho en construcción y bajo la lógica de esta última línea argumental, se suele reconocer que el federalismo mexicano, pese a sus apariencias formales, tiene un carácter fundacional respecto de los poderes locales, que no pueden ser sino el producto constructivo de los órganos centrales.³³

³³ Véase, en el mismo sentido Tena Ramírez, Fernando, *op. cit.*, p. 126; García-Pelayo, M., *op. cit.*, p. 215, y Mouskheli, M., *op. cit.*, p. 147.

B. *El dualismo infuncional*

Si es verdad que México es un país en vía de democratización y que dicho proceso debe pasar por la activación de los ámbitos estatales como instancias políticas de tipo federal, lo primero que tendríamos que concluir es que nuestro sistema constitucional es el principal escollo para realizar tal proceso, porque la fórmula clásica del federalismo dual no es la adecuada cuando se trata de favorecer un proceso de construcción periférica a partir de la acción de los poderes centrales. El federalismo dual obedece a un pacto de entidades autónomas que ceden determinadas competencias a los órganos centrales que constituyen, pero sin renunciar totalmente a su autodeterminación; ésta queda protegida por una competencia residual que los deja seguir actuando como entidades políticas dentro de su territorio. En Canadá, por ejemplo, el proceso federal presenta un sentido inverso, ya que los poderes centrales son reconocidos constitucionalmente como artífices de las entidades periféricas. En este caso, la fórmula constitucional que se utiliza tiene un sentido opuesto a la estadounidense: así, mientras las potestades locales se enumeran taxativamente, el ámbito competencial de los poderes centrales se beneficia con la cláusula residual. La descentralización, entonces, ocurre como una decisión impulsada desde los poderes centrales y, por eso, como un proceso que se arbitra por los mismos órganos federales, según las directrices de la propia Constitución.

La falta de idoneidad de la fórmula dual del federalismo para acompañar un proceso de descentralización paulatina, se manifiesta en una prevalencia total de los órganos federales respecto de los estatales. La carga competencial correspondiente a los poderes del centro termina siendo abrumadora respecto de la competencia definida a partir de la cláusula residual que delinea los ámbitos locales. Así, mientras el núcleo de atribuciones federales se va engrosando de manera constante, los espacios competenciales de los Estados miembros se tornan precarios, incompletos, o bien, interferidos por las potestades de tipo transversal, definidas a favor de los órganos centrales. Materias como trabajo, educación, turismo, desarrollo urbano, tienen por naturaleza fuertes connotaciones regionales; sin embargo, forman parte de la enorme franja de potestades federales con la cual los órganos del centro atraviesan la vida comunitaria de las entidades federativas.

Como quiera que haya sido, antes de que ocurriera formalmente la adulteración de la fórmula dual por la recepción de importantes procesos cooperativos, en el ordenamiento jurídico mexicano se asumía que la distribución de competencias debía tener siempre sede constitucional. Aunque la Constitución se hubiera reformado en innumerables ocasiones

para dar paso a nuevas potestades de los poderes federales, a nadie se le ocurría pensar que una atribución competencial llegara a tener un origen que no fuera directamente la norma constitucional;³⁴ sin embargo, nuestro sistema federal habría de cambiar y en sus hechos posteriores hemos tenido que descubrir la ruptura de este principio. En la actualidad, el llamado “Constituyente Permanente” ha conferido atribuciones “concurrentes” a la federación y a los estados en materia de educación, salud, asentamientos humanos y conservación, y protección del ambiente. En todos estos casos, la distribución de competencias la realiza el legislador secundario a través de una ley general o ley marco, como también se les conoce, con la consecuente “desconstitucionalización” del proceso distributivo.

2. La “desconstitucionalización” de la atribución de competencias

A. Las “conurrencias” mexicanas

Queda claro que las llamadas *facultades concurrentes* en el federalismo estadounidense, no tienen una equivalencia puntual en la práctica jurídica mexicana. Aquí no se ha dado el caso de que las legislaturas locales produzcan leyes sobre materias atribuidas a la federación y, mucho menos, que la Suprema Corte haya decidido al respecto que los legislativos estatales tuvieran una especie de facultad provisional para regular aquellas actividades no cubiertas por la legislatura central, aun cuando esta última estuviera investida para hacerlo. En México, se ha utilizado el concepto de *facultades concurrentes* para caracterizar, sin mucho rigor, un conjunto de fenómenos más bien heterogéneos; a saber:

a) *Concurrencia de jurisdicciones*. El artículo 104 constitucional al definir la jurisdicción de los tribunales federales, dispone en su fracción I que, “cuando dichas controversias —las del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales— sólo afectan intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del

³⁴ En el sentido apuntado se puede atar la siguiente tesis jurisprudencial: “La Constitución señala la competencia de las autoridades federales y locales, y es notoriamente falso que cuando se trate de disposiciones de orden público, pueden intervenir las autoridades locales en las cuestiones reservadas a las federales o la inversa, pues *de admitirse esta solución, se destruirían los principios básicos del sistema federal, se perdería el principio de orden al aplicar la Constitución, se destruiría la relación que existe entre las diversas autoridades, y se produciría una verdadera anarquía en la aplicación de las leyes*”; t. LVII, p. 991, Amparo de revisión en materia de trabajo 1659/38, Planas Juana, 29 de julio de 1938, unanimidad de 5 votos (tomado de *La Constitución...*, nota 32), t. II, p. 1037.

actor, los *jueces y tribunales del orden común* de los Estados y del Distrito Federal”. En este caso, como puede constatarse, la Constitución no obliga a una discriminación tajante de jurisdicciones; al contrario, permite que la competencia judicial para resolver controversias privadas sobre asuntos civiles o penales quede a la elección del actor. Debe aclararse, sin embargo, que una vez determinado el órgano judicial —local o federal— que conoce del asunto en cuestión, el cauce procesal seleccionado deberá mantenerse hasta su terminación ordinaria dentro de la jurisdicción elegida. Ello quiere decir, que los tribunales federales y los locales no convergen simultáneamente en el conocimiento del caso; lo que sucede es que en determinado momento, ambas jurisdicciones son elegibles de manera disyuntiva por el actor.

b) *Concurrencia de tipo ejecutivo*.³⁵ De manera muy cuestionable, el Constituyente de 1917 recibió de su antecesor de 1857, un precepto francamente incompatible con la lógica que consagra el artículo 124 vigente; este es el caso del artículo 120 constitucional, donde se dispone que: “Los gobernadores de los Estados están obligados a publicar y *hacer cumplir las leyes federales*”. Dejando a un lado el problema de la publicidad local de las leyes federales, ya de por sí complicado, resulta muy difícil brindar una explicación satisfactoria que armonice la última parte del precepto transcrito con la lógica mutuamente excluyente del federalismo dual. Según los términos puntuales del artículo 120 constitucional, los ejecutivos locales están capacitados *para aplicar disposiciones jurídicas de la federación*. Esta norma orilla a confundir los ámbitos materiales de acción ejecutiva entre la federación y los estados, porque según el sentido del precepto, los gobernadores actuarían como agentes de la federación dentro de su propio territorio; ello sin excluir la acción ejecutiva —en este caso sí concurrente— de la federación. Cabe efectuar otra lectura sobre el artículo 120 que, aunque menos plausible desde el punto de vista gramatical, llevaría a reconocer en el precepto una intención ultra federalista. Según este segundo criterio, el 120 constitucional estaría apoyando la descentralización ejecutiva sin propiciar la descubertura federal.

La jurisprudencia poco o nada ha aportado para resolver el alcance de la segunda parte del artículo en cuestión; por su lado, Tena Ramírez —quien mejor enfoca los asuntos de distribución de competencias en el medio mexicano— se pronuncia por desaparecer de plano este precepto de la carta constitucional, ya que no encuentra ninguna fórmula inteligente para

³⁵ Cfr. Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, UNAM, 1994, t. II, p. 12.

compatibilizar su sentido con el sistema del 124 constitucional.³⁶ Detrás del análisis sentencioso de Tena Ramírez pueden encontrarse, en efecto, problemas muy graves de incertidumbre jurídica, ya que de reconocerse una competencia ejecutiva indistinta a la federación y a los estados, podría quedar cuestionada la certeza y la responsabilidad de los actos de autoridad. Los gobernados no tendrían cómo esperar razonablemente la acción de uno u otro de los poderes ejecutivos en el caso de la aplicación de las leyes federales.

Hoy existe un precepto constitucional que produce un efecto parecido al del artículo 120; me refiero a la fracción VI del artículo 116 de la Constitución. Allí se establece que “La Federación y los Estados, en los términos de *ley*, podrán convenir la asunción por parte de éstos del ejercicio de sus funciones, la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos cuando el desarrollo económico y social lo haga necesario”. De la fracción transcrita se pueden extraer consecuencias muy importantes: que la federación está facultada, si lo autoriza una ley, a convenir con los estados la transferencia de cualquier acto ejecutivo; que la competencia del órgano estatal que se llegare a beneficiar de este tipo de traslado estaría sustentada por la disposición genérica de una ley federal y por la atribución específica proveniente de las cláusulas de un convenio y, finalmente, que no existe más un coto cerrado para la distribución de potestades entre la federación y los estados, sino que, por esta vía, la federación podría consumir cualquier proceso de descentralización de atribuciones ejecutivas.

Para brindar un marco que ayude a la comprensión cabal de las concurrencias de tipo ejecutivo, es necesario ubicarlas dentro de la gran tendencia alternativa de construcción del federalismo mexicano, que parte de la “desconstitucionalización”³⁷ de la distribución de competencias y de la reasignación de potestades entre los distintos órdenes de gobierno, a través de leyes generales del Congreso de la Unión.

c) *Concurrencias de tipo legislativo*.³⁸ En nuestro lenguaje constitucional se llaman concurrencias legislativas las que derivan de la atribución combinada, segmentaria y hasta compartida, que efectúa el Constituyente en favor de los distintos órdenes de gobierno, en relación con una materia competencial específica, a través de la distribución que se establece en una ley del Congreso llamada “ley general”. Los casos más típicos en

³⁶ Tena Ramírez, F., *op. cit.*, pp. 172-174.

³⁷ Véase Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, p. 211.

³⁸ El uso específico de “concurrencias legislativas” está tomado de diversas conferencias sustentadas en foros académicos por Manuel González Oropeza.

nuestra experiencia constitucional los representan las materias de salud, educación, asentamientos humanos y protección al ambiente. Aunque con algunas diferencias importantes participan también de este tipo de procesos la materia tributaria y las comunicaciones. No es aquí el lugar para desarrollar en forma pormenorizada la historia constitucional de cada una de las materias apuntadas, pero sí debe hacerse un señalamiento mínimo para cada una de ellas:

- 1) *Salud*. Desde 1908 en que se formó la Constitución de 1857 para conferir algunas atribuciones a la federación en materia de salubridad general, relacionadas con puertos y zonas fronterizas, se ha desarrollado poco a poco un proceso de consolidación de un Sistema Nacional de Salud, cuyos parámetros los fija el poder central a través de una ley del Congreso que distribuye segmentos complementarios de regulación y ejecución entre la federación y los estados. Los pasos intermedios para llegar a la concepción del Sistema Nacional de Salud fueron: la ratificación en la Constitución de 1917 del sentido de la reforma de 1908; la federalización de otras actividades relacionadas con la salubridad general (véase bases de la actual fracción XVI del artículo 73 constitucional) y, finalmente, la definición de la atribución del Congreso Federal para determinar cuáles son los temas de salubridad general a través de la legislación secundaria.³⁹ Los puntos de llegada del proceso al que nos referimos lo constituyen, por un lado, la adición al artículo 4o. constitucional del 3 de febrero de 1983, según la cual: “Toda persona tiene derecho a la protección a la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y *establecerá la concurrencia* de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución” y, por el otro, la propia Ley General de Salud, publicada el 7 de febrero de 1984, la cual reúne todas las condiciones de una auténtica ley-marco, como veremos después.
- 2) *Educación*. Originalmente la Constitución de 1917 establecía una genuina concurrencia de la federación y los estados. Como excepción al artículo 124 constitucional, tanto uno como otro orden de gobierno eran capaces para regular y organizar el servicio educativo. Este panorama comenzó a variar en 1921, año en el que se perfilaron en la Constitución algunos rubros de acción educativa específicamente federal. El giro definitivo del sistema ocurrió en 1934, cuando se adi-

³⁹ Tena Ramírez, F., *op. cit.*, pp. 408-414.

cionó la fracción relativa del artículo 73 constitucional, para autorizar al Congreso a “dictar leyes encaminadas a *distribuir* convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, buscando ampliar y coordinar la educación en toda la República”. Como se observa, esta reforma habilitó al Congreso para distribuir potestades a los distintos órdenes de gobierno, generando con ello la desnaturalización del sistema del artículo 124 constitucional.⁴⁰ La tendencia persistió con la reforma de 1946 y sus efectos se extienden hasta la fecha, encontrando el proceso su momento cenital con la Ley General de Educación del 15 de julio de 1995. Este instrumento legal persigue dos propósitos centrales: mantener la organización del sistema educativo nacional y catalizar el proceso de descentralización del servicio educativo a los estados, rompiendo así el “monolito” que se había gestado a lo largo de seis décadas en torno a la Secretaría de Educación Pública.

- 3) *Asentamientos humanos*. La materia constituye un nuevo enfoque de la propiedad inmobiliaria dentro los centros de población, la que tradicionalmente se había considerado materia local. El proceso tiene origen en la adición al artículo 27 constitucional que se efectuó en 1976. En el párrafo 3o. de dicho precepto, se estableció que la nación sería competente para “ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población”. Complementariamente se introdujo la actual fracción XXIX-C del artículo 73 constitucional: (El Congreso tiene facultad) “Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir con los fines previstos en el párrafo 3o. del artículo 27 de esta Constitución”. De las disposiciones transcritas llama la atención que el objeto de la nueva materia en realidad lo constituyen acciones para conseguir la ordenación y la planeación urbanísticas, y que el sistema de planeación de los asentamientos humanos supone la participación explícita de los municipios, al grado de que la ley-marco deberá también fijar la competencia de éstos, en franca postración de los órdenes locales. Es también notorio que en esta materia se hace explícito, por primera vez, el sistema de concurrencias legislativas, ya

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 422-432.

que la ley-marco tiene el propósito no sólo de fijar el horizonte general de la materia, sino también de que los legislativos de los Estados respondan dentro de sus ámbitos con sendas leyes que regulen los temas de competencia local. Como en los casos de las materias anteriores, la culminación legal del sistema lo constituye la Ley General de Asentamientos Humanos del 26 de mayo de 1976.

En relación con las facultades municipales en materia urbanística, el proceso fue redondeado en 1983 con la reforma al artículo 115 constitucional, con la cual, se intentó fortalecer la gestión de ese ámbito de gobierno a través de una iniciativa procedente del centro. Con todo lo laudable que esta intención reúna no es posible desentenderse del vicio de origen que supone un sometimiento afrentoso de los poderes locales, así haya sido en aras de la consolidación municipal.⁴¹

- 4) *Protección al ambiente*. Desde sus orígenes, el artículo 27 constitucional introdujo un criterio de aprovechamiento responsable de los recursos naturales, apartándose así de los criterios exclusivamente explotacionistas de la legislación administrativa del porfiriato. Al respecto, hay que rememorar el célebre fragmento del párrafo 3o. del artículo 27 constitucional, donde puede leerse que la nación tendrá en todo tiempo el “derecho de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y cuidar su conservación”. En momentos mucho más recientes —6 de julio de 1971—, el Constituyente atendió por primera vez la materia ambiental, pero la enfocó de manera parcial aludiendo a la contaminación como factor de riesgo para la salud; tal adición recayó en la base 4a. de la fracción XVI del artículo 73 constitucional.

La protección al ambiente no fue recibida como materia autónoma en la Constitución, sino hasta que se reformó el artículo 25 de la carta en 1983.⁴² A dicho precepto se le agregó una disposición que corresponde al actual párrafo 6o., del siguiente tenor: “Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolas a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de

⁴¹ Véase Azuela, Antonio, “La distribución de competencias en la regulación de los usos del suelo”, Carmona Lara, Carmen (coord.), *Ambiente y energía*, México, UNAM-Pemex, 1995, pp. 13-21.

⁴² Véase para una amplia reseña del proceso Brañes, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, México, Fondo Cultura Económica-Fundación mexicana para la educación ambiental, 1994, pp. 61-92.

los recursos productivos, cuando su conservación y *el medio ambiente*". No obstante esta incorporación, hubo todavía que esperar hasta 1987, en el que se modificaron los artículos 27 y 73 constitucionales para dar cabida expresa a las acciones de "preservación" y "restauración" del equilibrio ecológico, reconociéndolas desde entonces como cometidos de los poderes públicos. La técnica de la ley-marco volvió por sus fueros y se positivizó una vez más, ahora en la fracción XXIX, inciso G del artículo 73 constitucional; allí se facultó al Congreso "para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Gobiernos de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico". Como se aprecia, en este caso se reproduce íntegramente la solución que se dio con la incorporación de la fracción XXIX-C del mismo artículo 73 constitucional, en el caso de los asentamientos humanos. Y como sucedió con la cuestión urbanística, también en materia ambiental hubo actividades y materias que antes se encontraban sujetas a la jurisdicción local y que pasaron desde entonces al ámbito federal, bajo una óptica novedosa: en este caso, la de la protección y conservación del ambiente.

Como en las distintas materias mencionadas, al final del proceso mediante el que se reconoció la materia ambiental, se encuentra también una ley-marco: la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; a partir de ella, se han expedido las leyes locales que atribuyen competencia en sus respectivos ámbitos a los gobiernos estatales y municipales.

- 5) *Coordinación fiscal*. La materia tributaria fue, junto con la de educación, una verdadera excepción a la fórmula del federalismo dual que existió desde el origen de la Constitución. La necesidad de facultar simultáneamente a la federación y a los estados para fijar, regular y recaudar contribuciones es de fácil justificación: no se entendería la dualidad de órdenes de gobierno, si cualquiera de los ámbitos reconocidos no contara con los recursos fiscales necesarios para llevar a cabo su operación relativamente autónoma. Aun bajo este supuesto, la realidad centralista del Estado mexicano terminó por imponerse: primero, la Constitución empezó reconociendo algunas fuentes de recaudación exclusivas para el centro; después, el órgano judicial que interpreta la Constitución determinó que la federación estaba facultada para fijar impuestos sobre todas las materias atribuidas expresamente al poder central;⁴³ sin embargo, esta técnica no fue la adecuada para eliminar

⁴³ Tena Ramírez, F., *op. cit.*, pp. 362-370.

el rango donde la doble tributación puede aparecer en perjuicio de los gobernados; en tal virtud, durante las últimas cuatro décadas, las cosas se han orientado hacia la construcción de un sistema fiscal único con participaciones proporcionales para la federación y los estados. Dicho sistema no puede ser, sino potestativo para las entidades federales; sin embargo, en los hechos ha devenido fórmula única para que las autoridades locales hayan podido allegarse de los recursos necesarios para su gestión administrativa.

La facultad tributaria parcialmente convergente no ha tenido salida por la vía de la ley-marco, porque en este caso no se trata de distribuir competencias fragmentarias en torno a una misma materia, sino de coordinar un ejercicio simultáneo sobre ámbitos recaudatorios parcialmente coincidentes. La solución en este caso se ha concretado en dos leyes sucesivas de coordinación fiscal, la de 1953 y la de 1978 que está vigente. El objeto de esta ley, consiste en armonizar las tareas impositivas entre la Federación y los Estados para evitar tributaciones dobles, constituir un Fondo General de Participación y regular la forma específica de concurso para las entidades que deciden convenir con la federación su incorporación al sistema. La Ley de Coordinación Fiscal no es entonces una ley-marco, pero sí un instrumento jurídico que participa de la tendencia cooperativa del federalismo y que apunta a la consolidación de los poderes periféricos a partir de un proceso paulatino de descentralización arbitrado desde el centro.

B. Las leyes generales o leyes-marco

En México se le ha dado el nombre de leyes-generales a las que elabora el Congreso de la Unión para cumplir con dos propósitos simultáneos: primero, distribuir competencias entre la federación y los estados, otorgando las bases para el desarrollo de las leyes locales correlativas y, segundo, establecer en su propio cuerpo normativo el régimen federal para regular la acción de los poderes centrales en la materia de que se trate. El objeto de una ley-marco puede consistir en la regulación de un sistema nacional de servicios, como sucede con la educación y la salubridad general, o bien, puede enfocarse al establecimiento de un sistema nacional de planeación, como en la hipótesis de los asentamientos humanos. En todo caso estas leyes ordenan verdaderos complejos de actividades, cuya naturaleza transversal impide que sean atendidas desde un solo nivel de gobierno.

Cabe mencionar, que las leyes-marco han hecho eco de la tendencia constitucional que ha desembocado en las reformas del artículo 115 de

la carta constitucional con el propósito de fortalecer el municipio. En casos como el de la Ley General de Asentamientos Humanos, se definen de manera directa las atribuciones de los ayuntamientos, cerrando así la posibilidad de que sean las legislaturas de los estados las que distribuyan competencias entre los órganos de la entidad federativa y los municipios.

Desde el punto de vista de la estructura del orden jurídico, las leyes-marco constituyen una novedad por dos causas fundamentales: por un lado, “desconstitucionalizan” la atribución de competencias entre los dos órdenes de gobierno, dejando la función de reparto en el Congreso Federal que, de este modo, se transforma en juez y parte del proceso. Este rasgo conlleva el reconocimiento solapado de la superioridad jerárquica de los poderes centrales y de la necesidad correlativa de que sean éstos los principales artífices en la construcción de los poderes periféricos. El segundo aspecto, es también una novedad trascendente porque las leyes-marco, al supraordinar formalmente el nivel legislativo federal respecto del local, violentan la lógica del federalismo dual, que en todo caso se refiere a dos órdenes competenciales separados y coextensos, como los ha calificado nuestra doctrina.

Como argumentos favorables a las leyes generales suelen esgrimirse los siguientes: se concilian mejor con la realidad de un federalismo que se construye del centro hacia la periferia; son instrumentos normativos proclives a la regulación de procesos, más que de situaciones fijas y, finalmente, clarifican de forma precisa las competencias que corresponden a cada uno de los ámbitos de gobierno, pero así como existen apologistas de las leyes-marco, éstas también tienen detractores, quienes las han tachado principalmente porque: rompen el diseño constitucional básico que deriva del artículo 124 constitucional; suscitan desconfianza y falta de certeza por la excesiva flexibilidad de sus mecanismos distribuidores de competencias y, también, porque no promueven un auténtico federalismo, sino que concentran las decisiones básicas en los órganos centrales. En los dos polos de la discusión hay razones de peso; sin embargo, las leyes-marco son una realidad jurídica que ha probado eficacia y que muy difícilmente dejará de ser utilizada; en tal virtud, ha llegado la hora de encontrar mejores fórmulas constitucionales para su fundamentación y su manejo.

Para una descripción somera del modelo normativo de una ley-marco deben tomarse en cuenta los siguientes elementos:

a) El *apartado teleológico*, donde se enumeran los criterios rectores y las finalidades del sistema competencial que regula la ley;

b) La *definición de su objeto*, que puede consistir en la organización de un sistema nacional de servicios, de un sistema de planeación o en la simple distribución de actos de autoridad dentro de una determinada materia;

c) El *mecanismo distribuidor de competencias*, el cual admite variantes como se muestra en los siguientes casos:

- 1) *La Ley General de Asentamientos Humanos* distribuye competencias entre la Federación, los estados y los municipios, estableciendo primero todas las acciones que integran el ejercicio público que se considera concurrente (regular, planear, etcétera); luego, proporciona la enunciación taxativa de las potestades para cada uno de los niveles de gobierno, incluyendo a los ayuntamientos. Cabe mencionar que, además, la ley fija de manera expresa las facultades que corresponden a los poderes locales según la división de poderes, es decir, se refiere específicamente a las facultades legislativas y a las ejecutivas. La mayor parte de su articulado se dedica a la regulación de un sistema para la adecuación y planeación del desarrollo urbano a nivel “macro”, reservando a las leyes de desarrollo urbano de los estados la regulación de la mayor parte de los actos ejecutivos hacia los gobernados.
- 2) *La Ley General de Salud* efectúa la distribución de competencias sólo por lo que se refiere a la materia de salubridad general, dejando a las legislaturas locales la regulación de la salubridad local. Esta ley se dirige a establecer la participación regional de los distintos niveles de gobierno en la realización de las acciones que componen el sistema nacional de salud. Uno de sus aspectos más llamativos es que, en alguna de sus disposiciones, se alude a las acciones que “temporalmente” deben desarrollar los órganos centrales en las entidades federativas, dejando entrever que el propósito del legislador sobre tales potestades es que los poderes locales terminen asumiendo por cuenta propia dichos ejercicios (artículo 13, fracción III). La ley regula de manera franca un proceso de descentralización y, por lo tanto, su articulado no se refiere sólo a materias fijas, sino que también establece directrices para normar las transferencias paulatinas de los servicios de salud hacia los estados.
- 3) *La Ley General de Educación* atribuye competencias ejecutivas de carácter exclusivo para normar la participación de la entidades centrales y locales en la presentación del servicio educativo nacional; después, se regulan determinadas materias cuyo ejercicio se considera concurrente, es decir, que se pueden desarrollar indistintamente por cada uno de los niveles de gobierno involucrados. En un artículo aparte, se faculta a los ayuntamientos de los municipios para prestar servicios educativos de cualquier naturaleza o modalidad (artículo 15).

4) *La Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente*. Hace una distribución de competencias poco precisa porque se utilizan categorías de rango abierto, por ejemplo: política general; criterios ecológicos generales; hechos que por su “naturaleza y complejidad requieren de la participación de la federación”; etcétera. Sobre estas bases es difícil obtener certeza en la atribución de potestades, lo que complica la técnica de la ley-marco, cuyo propósito principal consiste en distribuir las competencias de manera específica, tal como lo exige la base constitucional contenida en la fracción XXIX-G del artículo 73 de la carta constitucional. Debe mencionarse que esta ley, deja en libertad a las legislaturas locales para hacer el reparto de competencias entre los poderes de la entidad y los ayuntamientos.

Es probable que los evidentes defectos que presenta esta ley en su sistema distributivo respondan a una intención deliberada de que la autoridad central aproveche la oportunidad que brindan sus criterios abiertos para ocupar tales espacios, ello porque posiblemente se hubiera considerado inviable el desarrollo de las acciones a las que se refiere la ley por parte de las entidades federativas, las cuales no contaban de inicio con los instrumentos técnicos y administrativos para desarrollar sus atribuciones en torno a las cuestiones ambientales.

d) *La atribución específica a la autoridad federal para la aplicación de la ley*. Por regla general esta función recae en una Secretaría de Estado que funge como órgano coordinador del sistema de servicios o de planeación previsto por la ley.

e) *Los mecanismos de coordinación*. En virtud de que las leyes generales persiguen un propósito descentralizador, todas contienen disposiciones relativas a la cooperación competencial entre los distintos niveles de gobierno. El instrumento generalmente aceptado para los efectos cooperativos son los *convenios de coordinación*.

f) *Los mecanismos de concertación*. En los procesos mexicanos de planeación, las leyes-marco operan bajo la convicción de que la gestión pública debe mantener un amplio nivel de apertura hacia los gobernados, e incluso, definir cauces específicos para la participación corresponsable de los ciudadanos. En tal virtud, todas las leyes-marco prevén la posibilidad de concertar acciones con los agentes sociales interesados.

C. Consideraciones sobre la coordinación de competencias

Cuando los acuerdos de coordinación tienen por objeto trasladar potestades originalmente definidas a favor de la federación hacia los gobiernos locales y éstas no implican actos que produzcan efectos hacia los gobernados, no presentan ningún problema desde el punto de vista de la legalidad; sin embargo, cuando estos mecanismos pretenden ser utilizados como cauces para transferir actos de autoridad que afectan la esfera de derechos de los gobernados, las cosas adquieren un matiz más complejo, que conviene analizar a la luz de las experiencias existentes.

- Primera hipótesis: La ley-marco define una zona específica de concurrencia, independiente de las facultades exclusivas de la federación y de los estados, y que en general, no implica actos de molestia hacia los gobernados (artículo 14 de la Ley General de Educación).
- Segunda hipótesis: La ley-marco autoriza expresamente el traslado de actos ejecutivos, competencia de la federación a los poderes locales. Vale citar el ejemplo del artículo 161 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente: “Las entidades federativas y los municipios, podrán realizar actos de inspección y vigilancia, para la verificación del cumplimiento de esta ley en asuntos del orden federal. Para tal fin, la Federación y las entidades... con la intervención de los municipios, celebrarán los acuerdos de coordinación pertinentes” (en el mismo sentido puede citarse el artículo 14 de la Ley de Coordinación Fiscal).
- Tercera hipótesis: La ley-marco establece mecanismos de coordinación que dan origen a entidades públicas descentralizadas, en cuya integración participan tanto los poderes federales como los locales; a dichas entidades la ley les atribuye capacidad para realizar actos de autoridad según lo dispongan los convenios de coordinación respectivos (fracción III del artículo 20 y fracción IV del artículo 21, ambos de la Ley General de Salud).

El problema técnico-jurídico que se plantea en torno a los convenios de coordinación atañe precisamente a la determinación de la extensión que puede otorgarse al objeto de dichos instrumentos. Se debe dilucidar concretamente si es posible, que la federación traslade en forma temporal o definitiva a través de tales instrumentos potestades específicas a los estados y, además, si el convenio de referencia puede servir de base para que la autoridad local ejerza la potestad transferida, realizando incluso actos “de molestia” a los particulares. La solución del problema depende de dos po-

los opuestos: por una parte, el de la necesidad de certeza que se concreta en el principio de legalidad, según el cual toda potestad pública debe provenir directamente de la ley. Del otro lado, pesa el imperativo de la descentralización de la vida nacional, que supone transferencias de atribuciones a los poderes periféricos de un modo parsimonioso y responsable.

Si se tratara de acercar razonablemente los dos polos antes referidos sin violentar el marco constitucional vigente podría afirmarse que:

- Para trasladar determinado cúmulo competencial que implique actos de autoridad a través de un convenio de coordinación, es necesario que la ley-marco autorice de manera expresa dicha transferencia. Este es el caso de los artículos 20 y 21 de la Ley General de Salud, del artículo 14 de la Ley de Coordinación Fiscal y del artículo 161 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.
- En cualquier caso, la competencia que vaya a ser objeto de traslado debe corresponder exclusivamente a actos de tipo administrativo. No pueden incluirse actividades reglamentarias, normalizadoras y mucho menos legislativas.

En apoyo de estos criterios, hay que recordar dos preceptos constitucionales que rondan necesariamente sobre el tema: el malhadado artículo 120 y el 116 en su fracción VI. En todo caso, la transmisión competencial a través de convenios que proyectan sus efectos más allá de las simples acciones de colaboración, contravienen el sentido hermético del principio de legalidad. Queda todavía por ver, cuál será la recepción de este tipo de proyecciones en las decisiones judiciales en el mismo texto constitucional. De cualquier modo, los mecanismos de coordinación de tipo traslativo son coherentes con la *ratio legis* de las leyes-marco y con la intención de descentralización que las alienta. Por otro lado, hay que tener claro que estos procedimientos no serán nunca armónicos con la fórmula semicerrada de distribución de competencias que consagra el artículo 124 constitucional.

V. APUNTES PROVISIONALES PARA LA VALORACIÓN DEL SISTEMA DE CONCURRENCIAS

1. Premisas

Antes de sacar conclusiones apresuradas sobre el sistema constitucional de potestades concurrentes, es necesario establecer algunas premisas que operen como supuestos del tema, a saber:

- En nuestro ordenamiento jurídico, tradicionalmente la distribución de competencias entre la federación y los estados se había efectuado por vía constitucional a través de un sistema semicerrado, cuya sede principal era el artículo 124 de la carta. Las únicas excepciones a este mecanismo básico estuvieron dadas en torno a las materias de tributación y educativa.
- En apego estricto al principio de legalidad, en México siempre se ha entendido que la competencia de cualquier órgano ejecutivo debe tener un sustento expreso en la ley, aun más, si el acto de que se trata es de los llamados “actos de molestia” a los particulares, porque su realización afecta o pueda afectar la esfera de los derechos privados.
- En nuestro medio no se ha dado reconocimiento y eficacia a la fórmula que establece la “conurrencia” ejecutiva a la que se refiere el artículo 120 constitucional, por lo que las leyes federales han sido comúnmente ejecutadas por los órganos de la administración pública federal a través de sus propios aparatos, salvo en los casos de coordinación fiscal y de coordinación en materia de salud.
- Ya se ha aceptado que la tendencia centralista en el ejercicio del poder ha desvirtuado la idea fuerza del sistema federal y, por lo tanto, se ha perfilado una tendencia descentralizadora o de construcción del sistema federal desde el centro, que se expresa en diversas reformas constitucionales y en una intención cada vez más clara de transferencia paulatina de potestades a las entidades federativas y a los municipios.
- Las reformas constitucionales “descentralizadoras” no son compatibles con la letra del sistema dual recogido en el artículo 124 constitucional, porque este último precepto opera sobre la base de un ámbito cerrado y otro semiabierto que se ofrecen como referencias fijas; por lo tanto, su sistema no favorece la gradualización de las transferencias del centro hacia la periferia, sino que se refiere a campos competenciales de tipo estático.
- Que en contravención a la lógica del 124 constitucional, hoy existen *leyes generales* que distribuyen competencias entre los distintos órdenes de gobierno, con el propósito de lograr una descentralización paulatina de la vida nacional y que dichas leyes suponen acciones coordinadas y cooperativas de los poderes constituidos en los distintos ámbitos de gobierno, las cuales van más allá de las simples acciones de colaboración, al grado que involucran en numerosas ocasiones auténticas transferencias competenciales de actos de autoridad.

2. Consideraciones conclusivas

Las premisas expuestas orientan la conclusión al reconocimiento que en nuestra carta constitucional coexisten dos tendencias distributivas distintas: una que se basa en el diseño ortodoxo del federalismo dual, cuya sede se ubica en el artículo 124 de la carta, y otra que propende a la descentralización decidida y arbitrada desde el centro, cuyos referentes normativos se encuentran en el artículo 4o., párrafo cuarto; 73, fracciones XXV, XXIX, XXIX-C y XXIX-G y 116, fracción VI, estos preceptos, aunados a la lectura ultrafederalista del artículo 120, constituyen un bloque muy importante de disposiciones que relativizan el sistema del artículo 124 constitucional.

Cuando Tena Ramírez trata el asunto de las facultades del Congreso de la Unión para legislar en materia de educación y salubridad general, habla de éstas como excepciones al ámbito del artículo 124 constitucional;⁴⁴ sin embargo, a la vista del importante desarrollo que han tenido las llamadas facultades concurrentes, para las que se ha adoptado la técnica de las llamadas leyes-marco, no es posible mantener la calificación de situaciones “excepcionales” o “impurezas” del sistema federal sobre tales procesos. La técnica de distribución de competencias según la cual, la ley federal reparte potestades entre la federación y los estados, incluyendo las de tipo legislativo, obedece a un sistema opuesto al del federalismo dual. Esta contratendencia supone un proceso cuyo desarrollo ocurre en varias fases:

- La primera, implica la ampliación del régimen competencial de los órganos centrales, a los que se atribuye “nuevas materias” —la planeación de los asentamientos humanos o la protección al ambiente, por ejemplo—.
- La segunda, conlleva al reconocimiento de la transversalidad de tales materias que hace imposible un ejercicio integralmente centralizado y, por lo tanto, conduce a la definición de espacios competenciales de naturaleza parcial y complementaria entre los distintos ordenes de gobierno.
- La tercera, donde se concreta la determinación de zonas exclusivas de ejercicio para cada tipo de autoridad y la apertura de una franja de coordinación, que supone la asunción paulatina de los actos ejecutivos por parte de los poderes locales.

El tipo de proceso descentralizador descrito arriba, responde muy claramente al rumbo que ha tomado la construcción de autonomías regionales

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 408 y 430.

en países con regímenes unitarios, por ejemplo Italia. En tales casos, es a través de leyes-marco que los órganos centrales responsabilizan paulatinamente a las autoridades regionales del ejército de determinados cometidos públicos, cuyas decisiones ameritan una mayor proximidad geográfica y comunitaria con los gobernados.⁴⁵ Este tipo de descentralización parsimoniosa se dirige al afianzamiento de las autonomías regionales, pero sin que ello implique la renuncia final de los órganos centrales al arbitraje del proceso en su nivel de decisión más general. Cabe decir que esta guisa de desarrollo se aviene mucho mejor a las circunstancias históricas mexicanas; sin embargo, como nuestra carta constitucional profesó desde su origen una militancia formal dentro del federalismo de tipo pactista, no ha sido, sino hasta décadas recientes, que esta forma de distribución de facultades ha tomado rasgos propios, constituyéndose como una alternativa importante para el federalismo mexicano.

La dificultad que entraña retrotraer el sentido del discurso oficial en torno al federalismo de tipo pactista, ha provocado que la nueva tendencia cooperativa no encuentre todavía acogida entre los constitucionalistas ni entre los miembros del órgano judicial encargado de interpretar la Constitución. Ello explica por qué los especialistas tratan hasta ahora el sistema de concurrencias legislativas simplemente como una anormalidad de los principios del federalismo dual. Resulta difícil prever hasta qué punto es posible armonizar los dos sistemas; en principio, se debe reconocer que tales mecanismos obedecen a procesos de curso histórico antitético: en el caso del federalismo dual, la base es un desarrollo de tipo pactista; en la hipótesis del sistema de concurrencias legislativas, se trata de un trayecto descentralizador a partir de poderes concentrados que ejercen en forma unitaria. Dentro de la experiencia mexicana, la técnica de las concurrencias legislativas se ha utilizado para consolidar la posición funcional y participativa de los poderes estatales en procesos extensivos arbitrados desde el centro. Bajo esta perspectiva, podría sugerirse que la fórmula primigenia del federalismo dual es el objetivo, mientras que la fórmula cooperativa resultaría el medio para alcanzarlo; sin embargo, este orden de conceptos no coincide con la secuencia formal del federalismo mexicano, donde se asumió la existencia originaria de entidades políticas autónomas, como en el caso estadounidense. Otra posibilidad para entender el federalismo cooperativo que surge de las concurrencias legislativas, consiste en caracterizarlo como una fase o tramo de ajuste del federalismo dual respecto del proceso histórico mexicano; pero aun en este segundo entendido, sigue

⁴⁵ Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, p. 209.

siendo difícil explicar cómo coexisten en la misma carta preceptos que regulan procesos de signo contradictorio.

En la misma línea socio-histórica, quienes han estudiado al federalismo más allá de sus contornos específicamente jurídicos, han concluido que el sistema de tipo dual es difícil de conciliar con realidades que no se atienden a un sistema desarrollado de mercado. En cambio, el federalismo cooperativo responde con más coherencia a los requerimientos de una economía interferida por la acción pública.

Los mecanismos de tipo cooperativo presentan problemas muy importantes desde el punto de vista de su legalidad. La progresiva flexibilización que supone el traslado de competencias del centro a la periferia entraña dos momentos riesgosos: primero, la “descontitucionalización” de la distribución de competencias y sus reubicación a nivel de la ley secundaria, y segundo, el otorgamiento de facultades a las entidades locales a través de convenios de coordinación, así se encuentren estos procesos normados de una manera genérica en la ley. Según estas consideraciones, a mayor flexibilidad en el proceso de distribución de competencias, cabrían mejores condiciones para la descentralización, aunque ello no implicaría el sacrificio de condiciones importantes de legalidad y certeza.

El problema principal del federalismo mexicano en este momento, no es eliminar las contratendencias que históricamente se han generado, sino ofrecer condiciones de relativa estabilidad para sortear el trayecto que debe llevar a la revitalización de las dimensiones locales. La regulación del movimiento descentralizador seguramente exigirá algunos costos transitorios inevitables, los cuales, lamentablemente, recaerán sobre los gobernados, porque son estos en última instancia, quienes habrán de resentir la incertidumbre de la transición.

Jurídicamente la cuestión a dirimir consiste en cómo aplicar dentro del texto constitucional las dos orientaciones a las que se encuentra sujeto el sistema federal; para ello pueden perfilarse varios escenarios:

Primero: Mantener la ambigüedad y apostar a que la acción paulatina del poder judicial produzca certidumbre a través de la jurisprudencia. Las sentencias judiciales pueden orientarse a su vez en dos sentidos: optar por sostener la “pureza” del federalismo dual y, en consecuencia, detener las transferencias de atribuciones por vía de convenios de coordinación; o bien, decidir en favor del carácter vinculante de estos últimos, siempre que las transferencias encuentren apoyo expreso en la ley. Cabe aclarar que las situaciones de ambigüedad son frecuentes en la historia de la Constitución de 1917, basta recordar cómo coexistieron durante muchas décadas los pa-

rámetros clásicos de organización de un Estado moderno, con un proyecto autoritario de reforma social que interfirió continuamente los espacios privados.

Segundo: Modificar la distribución de competencias en la Constitución reduciendo los campos de acción federal a favor de las entidades federativas; esto haría involucionar el proceso de centralización natural de nuestro régimen político y fijaría de manera cierta los nuevos ámbitos de acción de los distintos niveles de gobierno.

Tercero: Afianzar constitucionalmente el federalismo cooperativo, estableciendo de manera expresa dentro del artículo 124 un ámbito restrictivo al sistema dual. Tendría que introducirse al efecto un párrafo nuevo que autorizara de manera expresa al Congreso de la Unión para que las leyes generales pudieran habilitar los convenios de traslado de atribuciones a los poderes locales. De este modo coexistirían dos sistemas de distribución de atribuciones y no cabría duda sobre la constitucionalidad del ejercicio de las potestades descentralizadas.

De los tres escenarios descritos es probable que el segundo no tenga ni siquiera oportunidades mínimas de viabilidad. El primero tiene la desventaja de la enorme presión que la realidad ejerce sobre el orden jurídico en su conjunto, apremiando una respuesta cierta en un breve plazo; sin embargo, es el más acorde con la forma habitual de solución en nuestro país: la no solución. El tercero de los escenarios tiene a su favor la energía actual de la tendencia descentralizadora que se impulsa desde la presidencia y que responde a la aspiración regional de agentes importantes del proceso político. La tacha que puede recaer a este escenario es que finalmente neutralizará la ambigüedad, legitimándola. No obstante, este tercer escenario ofrece tanto certeza como oportunidad; por eso, quizás a la postre sea el que se imponga.

Todavía tendremos que esperar para que la auténtica maduración del federalismo mexicano sea una realidad completa, mientras tanto, la interpretación constitucional del Poder Judicial será un factor de suma importancia para fincar los perfiles definitivos del sistema federal en México. Si bien, como lo afirma Tena Ramírez, “el Poder Judicial sólo puede verificar la competencia de las autoridades a la luz de la ley que la establece, y no puede crearla por sí mismo, porque suplantaría en sus funciones al poder legislativo”;⁴⁶ también es cierto que la adaptación genuina de cualquier institución jurídica a las prácticas sociales depende en buena medida de su consolidación por la vía jurisdiccional. Esto es todavía más pertinente

⁴⁶ Tena Ramírez, F., *op. cit.*, p. 410.

cuando el contexto constitucional es en sí paradójico y da cabida a dos tendencias de sentido diverso. En circunstancias tan equívocas, la definición precisa de los límites competenciales depende, en mayor grado, de la interpretación constitucional que efectúe el Poder Judicial a la luz de las tendencias efectivas de la sociedad. Son pertinentes al respecto las palabras de Giancarlo Rolla sobre el tema de la distribución de competencias: “La distribución de competencias no opera en el plano abstracto sino en el concreto, no siendo suficiente para determinarla la mera referencia al dictado de la Constitución”.⁴⁷

⁴⁷ Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, p. 213.

LA CONSTITUCIÓN AMBIVALENTE. NOTAS PARA UN ANÁLISIS DE SUS POLOS DE TENSIÓN*

SUMARIO: I. *La falta de un acercamiento realista a la Constitución.* II. *La heterodoxia mexicana.* III. *Los polos de tensión.* IV. *Comentario final.*

I. LA FALTA DE UN ACERCAMIENTO REALISTA A LA CONSTITUCIÓN

1. *Los usos doctrinarios dominantes*

Las ocho décadas que comprende la vigencia de la Constitución de 1917, en la perspectiva de un país joven donde los modelos de organización demuestran ser efímeros, ofrecen ya un marco prudente para aventurar algunos juicios sobre la suerte histórica del documento. Lo primero que cabría destacar es que la Constitución promulgada en Querétaro, aún al considerar sus numerosas enmiendas, prueba su viabilidad como instrumento básico para la regulación de la vida institucional del Estado mexicano. A diferencia de los textos constitucionales que antecedieron a la carta vigente, ésta logró permear las directrices efectivas de la vida política del país. En términos generales, las disposiciones que contiene reflejan las vicisitudes orgánicas de una sociedad que evoluciona hacia la modernidad, desde el reducto de su pasado colonial. No es casual que la Constitución queretana deba su éxito histórico al reconocimiento de ciertas peculiaridades premodernas y autoritarias que los autores de la Constitución de 1857 intentaron obviar, sin conseguirlo.

La Carta constitucional vigente es un documento que, desde cierto punto de vista ortodoxo, puede considerarse “hechizo”, porque no contiene sólo las instituciones típicas del constitucionalismo occidental moderno, sino que en su articulado campean también los trazos de un régimen reformista, cuya verticalidad e injerencia en los ámbitos privados, desdicen la lógica

* Publicado en *80 Aniversario Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Senado de la República-UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 59-85.

del Estado gendarme. La Constitución de 1917 acopla penosamente sus perfiles occidentales con los rasgos de una sociedad que reconoció su heterogeneidad y, de forma implícita, su incapacidad inmediata para el ejercicio democrático.

El acoplamiento de estratos normativos diversos en un texto constitucional —que por su naturaleza requiere de procesos unitarios para proyectar su potencial orgánico— no es un dato menor; podría afirmarse incluso que esta peculiaridad determinará en lo sucesivo la heterodoxia del constitucionalismo mexicano, ya que en nuestro país la viabilidad de la Carta constitucional no se cifró en la coherencia uniformadora de su discurso, sino en la elasticidad interpretativa que proporciona la ambigüedad de su contenido.

Bajo el signo de un poder político constructor de la vida civil, la Constitución asume más el carácter de un código simbólico de justificación, que el de una norma efectiva y absolutamente regular a la que debe ceñir se el ejercicio político. La ambivalencia que alberga un texto constitucional contradictorio permite a los poderes constituidos conjugar alternativamente dos surtidores distintos para construir su legitimidad: por una parte, se acoge a la apariencia sensata de la legalidad, por otra, se actúa discrecionalmente al amparo de las finalidades reformistas. De cualquier forma, una Constitución que engloba dos perfiles jurídicos dispares, termina por encontrar unidad en la función que proporcionan ambas vertientes dentro de una misma lógica política: la del desarrollo capitalista verticalmente impulsado.

Es lamentable que la Carta constitucional mexicana pruebe más su eficiencia como recurso legitimador que como cauce específico de comportamiento público; sin embargo, es todavía más llamativo que sus tendencias y peculiaridades fueran en general soslayadas por los intérpretes del texto constitucional. Podría incluso afirmarse que, como discurso político y como instrumento jurídico, la Constitución de 1917 ha estado por encima de la capacidad crítica de sus analistas, quienes preponderantemente dedican su esfuerzo al trabajo exegético, desatendiendo las particularidades del proceso genético y de las condiciones en las que la Carta produce su eficacia. Los constitucionalistas permanecen ajenos a la crítica del texto y, sobre todo, minimizan los rasgos específicos que determinan su heterodoxia.

La falta de compromiso crítico por parte de los especialistas es una razón poderosa para que la Constitución queretana no se convirtiera hasta ahora en un desafío consciente para una sociedad como la mexicana, que vive ante la disyuntiva de asumir una opción democrática que propenda a su madurez política, incluso a riesgo de su seguridad inmediata; o bien, de optar por una solución que permita contemplar de manera pasiva la erosión paulatina

de su andamiaje institucional. En la medida en que el sentido interno del proceso constitucional mexicano continúe sin merecer respuestas analíticas que engloben su sentido político, seguirán disminuyendo las oportunidades de la sociedad para promover definiciones alternativas que involucren a un número mayoritario de ciudadanos interesados. Lo anterior, porque en todo caso la comprensión del mensaje constitucional pasa al conjunto de la sociedad a través del cernidor de sus intérpretes especializados.

Entre las posiciones doctrinarias, quizá la que menos colabore al esclarecimiento de los problemas constitucionales mexicanos, sea aquella que se propone como tarea principal la apología. Al respecto no faltan los comentarios exaltados que ubican a la Constitución de 1917 como parteaguas del constitucionalismo universal.¹ Tales opiniones equiparan el proyecto de reformas sociales que produjo el Constituyente mexicano, a la incorporación del paradigma del Estado social que se efectuó durante la primera década del siglo en algunos países europeos. Sin embargo, es dudoso que los hallazgos mexicanos resulten extrapolables de manera lineal a las experiencias de los estados trasatlánticos. En México, los giros sociales del modelo constitucional son apenas los movimientos preparatorios para facilitar el tránsito de una sociedad en estado oligárquico a otra de perfiles más abiertos. Los inicios del siglo XX mexicano constituyen, si acaso, el preludio de una modernidad no realizada; en cambio, dentro de los países europeos, el Estado social se produjo como una fórmula para atemperar los excesos de la modernidad exacerbada.

Con mayor rigor que los apologistas, un grupo numeroso de constitucionalistas mexicanos emprendió el análisis de la Carta desde una perspectiva preponderantemente dogmática. Sus aportaciones a la constitución de un lenguaje técnico para el manejo utilitario de los contenidos constitucionales son invaluable. Dentro de este estilo de trabajo doctrinario la obra de Tena Ramírez resulta paradigmática;² sin embargo, si algo debe reprocharse a esta corriente es la obnubilación sistemática del contexto social en el que se produce el derecho. El precio inevitable que pagan los enfoques dogmáticos es el extravío de los datos concretos que acreditan la eficacia y las funciones sociales de los ordenamientos jurídicos. Bajo este signo metodológico, la Constitución mexicana puede estudiarse como si se tratara de la estadounidense o la francesa; al final de cuentas la historia

¹ Sayeg Helú, Jorge, “Las reformas y adiciones constitucionales de carácter económico a la luz de los orígenes y evolución del constitucionalismo mexicano”, en Ruiz Massieu, José Francisco y Valadés, Diego (coords.), *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 19 y ss.

² Véase Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 15a. Ed., México, Porrúa, 1977.

sólo se invoca como anécdota erudita y no como un conjunto de acciones con significados políticos específicos.

Las aproximaciones dogmáticas miran de soslayo la heterodoxia del proceso constitucional mexicano, y en lugar de volcar sus explicaciones a los datos peculiares de la Carta y del proceso que ésta expresa, insisten en explicar sus rasgos particulares como meros accidentes de la tradición constitucional de occidente. Paradójicamente, casi todos los dogmáticos son deudores de la obra de Rabasa; por lo tanto, saben que la envoltura constitucional de la sociedad mexicana se amolda mal a las especificidades de su proceso político; no obstante, prefieren eludir estos extremos y mantener su análisis en el reducto apacible de la técnica.

Las explicaciones más críticas —y al mismo tiempo las más poderosas— de la Constitución de 1917, se producen con más frecuencia fuera del ámbito jurídico. Son los politólogos y los sociólogos los que proporcionan las notas más agudas, sobre las que hoy puede alzarse la comprensión profunda del proceso constitucional mexicano.

2. *La miseria del objeto*

La postergación del contexto social en los análisis del derecho mutila el sentido que corresponde a las instituciones jurídicas en el curso de la interacción grupal. En el caso del derecho constitucional, es particularmente claro que la Constitución —en cuanto documento formalmente expedido— no alude sino al momento oficial en el que se fija en términos normativos la organización política del Estado. Desde esta perspectiva, la Carta constitucional recoge e institucionaliza el compromiso básico de un régimen político, define el campo de acción de los poderes constituidos y de los gobernados, y fija, al mismo tiempo, el sentido de sus relaciones. La Constitución estabiliza normativamente la regularidad de las relaciones que conforman el sentido de un determinado régimen de gobierno.³

Pero apenas la Constitución fija en términos modélicos el sentido de la acción pública, el texto resiente la presión que le provocan los flujos dinámicos de los otros niveles de la realidad social. Los recambios que se generan en la acción grupal tienen un carácter imprevisible que pronto provoca desajustes entre los moldes constitucionales y la realidad que éstos regulan. En este sentido, los ajustes de fuerzas, las redefiniciones en la forma de inserción en el concierto internacional, los arreglos regionales y, en fin, otros fenómenos

³ Véase Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, México, Editora Nacional, 1981, p. 25.

análogos, constituyen una red inconmensurable de estímulos que comprometen la permanencia y la funcionalidad de los modelos normativos. La única salvaguarda que tienen los ordenamientos jurídicos contra la imprevisibilidad de la acción de los sujetos sociales es la apertura relativa de sus ámbitos de regulación; ésta se consigue a través de la indefinición controlada de sus disposiciones, o bien por medio de los procedimientos de reforma. Por lo tanto, en la interpretación —judicial y dogmática— y en los cambios legislativos radican las probabilidades para contemporizar los órdenes jurídicos con la dinámica de la acción grupal.

Si reconocemos que el texto constitucional concreta sólo el momento formal de un amplio proceso histórico de conformación política, y si al mismo tiempo admitimos que la función principal de las Cartas constitucionales es expresar en términos prescriptivos los afanes de regularidad dentro de un régimen, debemos afirmar que el verdadero objeto del derecho constitucional no es la Constitución, sino el proceso instaurador del que forma parte. Bajo esta misma lógica, el problema principal de la teoría constitucional debe ser el de la relación entre la Carta como dato formal y el proceso político, considerado como infraestructura fáctica del modelo normativo. Para una teoría constitucional de esta naturaleza son necesarias categorías analíticas de tipo dialéctico, ya que los conceptos deben fundamentalmente expresar el significado de ciertas funciones y, asimismo, favorecer las remisiones mutuas entre el texto y su contexto (intencionalmente no se colocan bis a bis los polos texto-realidad, porque las constituciones —como cualquier fenómeno normativo— integran también la realidad social). Las normas jurídicas sólo pueden concebirse como producto de la acción social y su sentido prescriptivo es legible exclusivamente a la luz de la función de las normas jurídicas en cuanto se identifican como guías del comportamiento grupal, mayoritariamente aceptadas.

Entre quienes consideran que el objeto de la teoría constitucional será el proceso genético de instauración política de un Estado y no sólo la Constitución, destaca de manera singular Hermann Heller, quien al efecto, desarrolló un conjunto de herramientas analíticas de tipo dialéctico; tal es el caso de las categorías: organización de la acción concreta/forma o estructura de una situación política real; estática/dinámica; normalidad/normalidad normada, etcétera.⁴ Los conceptos hellerianos sirven puntualmente al propósito de mantener el conocimiento constitucional en su adecuado nivel de complejidad. Esto quiere decir que tales categorías permiten resta-

⁴ Véase Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, México, 1942, pp. 267-275.

blecer en cualquier momento las conexiones y entrelaces que existen entre la Constitución escrita y el proceso político al que se refiere.

Un acercamiento al objeto constitucional de tipo helleriano (dialéctico), remueve *ipso facto* los límites del análisis dogmático, ya que permite una conjugación provechosa de variables jurídicas y extrajurídicas. Este tipo de enfoque obliga a revalorar la presencia de los influjos ordenadores no jurídicos que se producen en la vida social, y conduce a reconocer que los andamiajes institucionales y jurídicos se construyen siempre sobre los procesos sedimentarios del significado de la acción social. Las normas jurídicas generalmente extreman el nivel de seguridad de ciertas regularidades y sólo de forma excepcional son, en sí mismas, un factor eficiente para tales regularidades.

Cabe mencionar que la doctrina mexicana, por lo común, se sirve poco de este tipo de instrumental teórico, pese a que su uso hubiera resultado pertinente al estudio de nuestro proceso constitucional y a que autores como Heller son ampliamente difundidos en el medio jurídico del país. Si en nuestro caso se abriera el armario de las categorías dialécticas, se haría posible la localización de ciertas claves interpretativas, necesarias para enfatizar las peculiaridades del proceso constitucional. El instrumental dialéctico permitiría priorizar la identificación de autoritarismo como un valor tradicional de la organización política mexicana, y a la vez haría factible confrontar las tendencias del régimen a la verticalidad con los principios antitéticos de la organización democrática moderna. Asimismo, un enfoque dinámico podría ayudar a explicar el enorme peso político que en México adquieren las relaciones de propiedad y las organizaciones culturales y étnicas de cuño tradicional. Desde este mirador, la carta de 1917 surgiría a la vista como un ámbito complejo en el que se confrontan —sin un aparente carácter conflictivo— los influjos autoritarios de nuestra tradición política con las instituciones que se prohicieron al calor de las democracias modernas. La concepción dialéctica del texto exhibiría irremisiblemente el carácter contradictorio del *telos* constitucional mexicano; una visión de esta naturaleza demostraría seguramente la funcionalidad que una forma de organización autoritaria mantiene como prelude de la organización democrática. Igualmente, la perspectiva dialéctica colaboraría a comprender la importancia que tiene, para el armado constitucional, la incorporación al texto de los procesos de: asignación de recursos, diseño territorial, integración corporativa, uniformación cultural, centralismo presupuestal y otros similares.

3. *La fractura en los procesos de comprensión*

No resulta fácil de entender porqué en México, donde hubo ya un constitucionalismo realista como el que esbozaron los teóricos del porfiriato, hoy prevalece una situación de vigilia analítica. Si comparamos los estilos doctrinarios de Rabasa o de Molina Enríquez con el de los especialistas contemporáneos; es inevitable constatar que los esfuerzos críticos de los precursores de la teoría constitucional mexicana se han diluido sin dejar huella en sus discípulos. Particularmente, atrae la atención el caso de Rabasa, porque por su cátedra desfilaron un buen número de los constitucionalistas contemporáneos; sin embargo, los trazos realistas que atraviesan *La Constitución y la dictadura* o el *Juicio constitucional* carecen de continuidad y de relevos.

Nadie que se acerque a la obra rabasiana podrá dejar de percibir que el asunto toral sobre el que trabaja su autor es de la inadecuación del texto constitucional de 1857, en relación con el contexto histórico y social del país donde se produjo. Entre numerosas citas y remisiones que podríamos efectuar, hay algunas que resultan especialmente claras para ilustrar las afirmaciones anteriores: “Así se firmo la Constitución mexicana – dice Rabasa, refiriéndose al trabajo legislativo del Congreso Constituyente-, y medio siglo de historia nos demuestra que no acertaron sus autores con una organización política adecuada a *nuestras condiciones peculiares*”.⁵ Mas adelante, Rabasa insiste en la necesidad de subordinar el diseño constitucional a la conformación efectiva de la sociedad: “la acción persistente de la Constitución social impone poco a poco y día a día sus formas características y hace ceder a la Constitución Política, que siempre tiene mucho de artificial y matemática”.⁶ Como se observa, el proceso constitucional no puede encerrarse en sus dimensiones formales normativas; por el contrario, existe una conexión continua entre el contexto regulado y el instrumento regulador. Los flujos de ambas vertientes tienen un carácter comunicante; si la Constitución formal no logra aprehender el sentido de la conformación política efectiva, no sólo fracasa como guía de la acción pública, si no que la sociedad termina por rectificar su sentido y desvirtúa en la práctica sus determinaciones prescriptivas.

Tal vez cause extrañeza que se invoque el nombre de Andrés Molina Enríquez entre los precursores del constitucionalismo nacional; pero en reali-

⁵ Véase Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura. Estudios sobre la organización política de México*, 5a. ed., México, Porrúa, 1976, pp. 65 y ss.

⁶ *Ibidem.* p. 145.

dad su inclusión esta justificada por su participación como coadyuvante en el Congreso de Querétaro y, también, por sus notables interpretaciones del artículo 27 constitucional. Nadie como Molina Enríquez puso en evidencia la valoración del autoritarismo como factor constructivo de la democracia; nadie como él, pudo establecer con precisión el nexo de las experiencias políticas virreinales con la organización del régimen constitucional contemporáneo. Para ejemplificar estos extremos conviene hacer dos referencias puntuales extraídas del *Boletín de la Secretaría de Gobernación*, cuya compilación y presentación se encomendaron a Molina Enríquez en el año de 1922:

Es evidente que la Constitución quiso que la forma de Gobierno de la Federación, fuera la forma de Gobierno Presidencial en toda su amplitud, es decir, una forma de Gobierno en que el presidente de la República tuviera cierta suma de facultades discrecionales. Esas facultades son indispensables para que las reformas prevenidas por los artículos 27 y 123, puedan hacerse efectivas con rapidez, a fin de que causen los menores daños posibles.⁷

En relación con la importancia de los antecedentes coloniales Molina expresó: “La Constitución de 1917 se apoya en la realidad, toma como punto de partida la legislación perfectamente adaptada a los hechos en el curso de los siglos, relaciona esa legislación con el Estado social presente, y desenvuelve la misma legislación orientándola a la realización de los principios jurídicos más avanzados...”⁸

Como resulta obvio, el pensamiento constitucional mexicano tuvo en sus orígenes los parámetros claros; incluso los autores dogmáticos como Tena Ramírez, que conoció los desplantes realistas como sesgos eficientes para la solución del problema central del constitucionalismo en el país; aunque indebidamente se considera que tales referencias devienen exorbitantes al ámbito del análisis jurídico. Así, semiocultas en una nota a pie de página de sus obra fundamental, Tena Ramírez esgrime las siguientes reflexiones: “El problema *fundamental* de México, desde el punto de vista político y constitucional, consiste en el divorcio frecuente entre la normalidad y la normatividad”, y unos renglones adelante, afirma: “Tenemos un instrumental político que nos sirvió en el pasado, cuando otros pueblos lo aprovecharon hábil y eficazmente; y lo seguimos conservando ahora, cuando en esos pueblos empieza a ser instrumental de desecho”.⁹ Estas importantes elucidaciones

⁷ Véase Molina Enríquez, Andrés, “El espíritu de la constitución de Querétaro”, *Boletín de la Secretaría de Gobernación, El artículo 27 de la Constitución Federal*, México, Imprenta de la Secretaría de Gobernación, 1922, p. 9.

⁸ *Ibidem*. p. 8.

⁹ Véase Tena, *op. cit.*, p. 26 (en especial la nota a pie de página número 6).

no tienen el desarrollo que hubiera sido dable atribuirles; apresuradamente, la obra de Tena Ramírez reencuentra sus derroteros dogmáticos y continúa sus explicaciones con la caracterización formal de la soberanía de la Constitución y del “Constituyente Permanente”.

De Tena en adelante, la doctrina constitucional fluyó como exégesis y, en general, se desentendió de la responsabilidad de crear un cuerpo teórico que favorezca el engrace de los mecanismos formales de la Constitución con los factores extrajurídicos que determinan el curso del proceso constructivo de los regímenes políticos. Esta omisión es de tal manera grave que se puede afirmar sin vacilaciones que, sin cierta dosis de exterioridad del observador, el análisis de las Constituciones contemporáneas está condenado a la insuficiencia explicativa.

La fisura teórica del constitucionalismo mexicano se inicia con la paradoja que produce la obra de Rabasa en el Constituyente de 1917. Por una parte se trata de un autor proscrito, cuyas filiaciones políticas le habían vuelto inelegible. Pero por otro lado, los Constituyentes no pudieron exorcizar el fantasma de las tesis rabasianas y, en numerosas ocasiones, discutieron usurpando sus argumentos y utilizándolos como soluciones a los problemas orgánicos de la Carta.¹⁰ El ocultamiento de la teoría rabasiana y su anatema definitivo fueron la causa de que la Constitución de 1917 transcurriera sin una teoría crítica que acompasara su desarrollo, lo que generó una mayor y más sana interacción entre los agentes sociales y la Carta que los rige. Como se expuso en otra parte, no será sencillo restañar las rupturas interpretativas del constitucionalismo mexicano, pero tampoco cabe duda de que nuestro establecimiento teórico pasa necesariamente por la recuperación de los autores positivistas que iluminaron el origen constitucional y por la utilización de los elementos dialécticos, generados en el constitucionalismo clásico; sobre todo en aquél que permite la elaboración de un análisis abierto del proceso constitucional.

II. LA HETERODOXIA MEXICANA

1. *El telos contradictorio*

Corresponde a Kart Loewenstein el mérito de haber propuesto una fórmula conceptual sintética para significar el sentido valorativo y cultural

¹⁰ Véase Díaz y Díaz, Martín, *Emilio Rabasa*, teórico de la dictadura necesaria, México, Escuela Libre de Derecho-Miguel Ángel Porrúa, 1991, pp. 19 y ss. (Col. Varia Jurídica).

profundo de una Constitución. En todo caso, la historia del constitucionalismo “no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder...”¹¹ Caracterizado así el *telos* constitucional, cabe agregar que, en el constitucionalismo moderno, la traducción técnica de las directrices antiabsolutistas se concreta en mecanismos técnicos de garantía de la acción privada. Contención de los poderes públicos en esferas competenciales bien acotadas y procedimientos de rechazo a las injerencias públicas conculcatorias de los derechos individuales, son los elementos que componen el núcleo ordenador en las Constituciones modernas. Además, los controles jurídicos se completan con la regulación de un régimen representativo, a través del cual la sociedad participa idealmente en el gobierno y en la conducción normativa del Estado.

La Constitución mexicana de 1917 recibió en su texto, en términos generales, el *telos* del constitucionalismo ortodoxo de orientación garantista; sin embargo, las peculiaridades históricas de nuestra sociedad adoptaron un trasfondo valorativo paralelo y distinto. Si la ortodoxia de las cartas occidentales nos conduce a entronizar los procesos del sufragio como fuente principal de legitimidad, las circunstancias de la sociedad mexicana de principios de siglo nos reorientan hacia un ejercicio autoritario del poder que se legitima a través de las reformas sociales; en el México incipiente de principios de siglo, nadie pensaba seriamente que el proceso electoral pudiera de terminar la selección de los gobernantes. Por otro lado, mientras los textos modernos insisten en mantener una distancia institucional entre los ámbitos público y privado; en México, el papel constructor de los poderes públicos resultaba insoslayable. Mientras las cartas europeas y norteamericanas enfatizaron la relación entre el individuo y el gobierno; la Constitución mexicana dejó algunas puertas abiertas para la reconstrucción de una relación corporativa dentro del régimen político. En alguna medida los sistemas garantistas protegen de manera preponderantemente la situación patrimonial de los sujetos privados, la Constitución de 1917 define un régimen patrimonialista que refuerza la posición de los órganos públicos frente a una esfera de derecho civil bastante permeable y permisiva.

Como se aprecia, el programa de reformas sociales que contiene la Constitución mexicana de 1917, no puede ser concebido como el desarrollo lógico del sistema garantista de la carta; en realidad se trata de un estrato normativo con un trasfondo distinto. Aquí, las instituciones del modelo ortodoxo no fueron el producto de un desarrollo paulatino de la vida

¹¹ Véase Loewenstein, Kart, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte 2a. Ed., Barcelona, Ariel, 1976, p. 150 (Col. Demos).

pública ni la respuesta emergente a una necesidad peculiar de organización, como sucedió con el modelo de acoplamiento federal en los Estados Unidos de América. La modernidad constitucional mexicana tiene un regusto extralógico que no resulta sencillo disimular. Las instituciones públicas de la Europa ilustrada fueron, por sus propios impulsos colonialistas, un producto de exportación frecuente. Pero su recepción en América Latina fue complicada; son los países con bases étnicas europeas mayoritarias que estuvieron en condiciones de aclimatar eficientemente los modelos importados. Los Estados con un fuerte sedimento poblacional indígena y mestizo padecieron para hacer extensibles los efectos de las instituciones modernas. México precisamente es un ejemplo de que la modernidad constitucional importada no tuvo viabilidad. La dictadura fue la más cruda rectificación que la Constitución de 1857 pudo recibir, la incorporación de un paquete de reformas sociales a la Constitución de 1917, no puede verse como la reorientación progresista del individualismo de las Constituciones ortodoxas; sino acaso como un intento por generar las condiciones mínimas para homologar el sentido cultural y económico de la vida pública. No puede entonces presentarse como innovación, lo que es apenas un movimiento defensivo de afianzamiento nacional frente a una modernidad que de momento se consideraba impracticable.

La reforma agraria, la tesis de la armonía entre los factores de la producción y la hegemonía pública de las conciencias no pueden, en sí mismas, tratarse como factores de vanguardia en relación con las Constituciones europeas. Menos aún, la fórmula patrimonialista de la Constitución de Querétaro, que preserva la acción pública como un factor sucedáneo de un mercado incipiente. El patrimonialismo mexicano es descendiente consanguíneo de las fórmulas indianas que se desarrollaron en el período colonial. La asignación central de los recursos apropiables que consagra la Constitución en su artículo 27, es algo impensable para una sociedad que se sustente genuinamente en el mercado. Sin embargo, en un ámbito político que carece casi por completo de vida civil, está absolutamente justificada la existencia de un gobierno que organiza circuitos públicos para impulsar la economía.

No podemos perder de vista que la Constitución liberal de 1857 fue el cobijo involuntario de la dictadura porfirista; que a su sombra se produjo una sociedad de claros perfiles oligárquicos y no una organización en el sentido jacobino; luego, el liberalismo que fluyó en los discursos porfirianos fue de tono aristocrático. Como reacción, los proyectos de reforma social de fines del siglo pasado e inicios del presente se orientaron bajo dos directrices básicas: el ideal de la sociedad de pequeños propietarios que persistió en la ideología mexicana desde los tiempos de Mora, y la am-

pliación de las bases sociales del Estado, entendida como antídoto de las realidades oligárquicas. Bajo este orden de cosas, los proyectos de reforma social en México sirvieron de discurso intermediario entre las condiciones auténticas de una sociedad con fuertes resabios tradicionales, y las exigencias de la modernidad institucional. Sólo a través de un proceso de nivelación material y de cierta homologación cultural, nuestro país podría quedar en condiciones de iniciar una vida civil al gusto de las proclamas ilustradas.

2. *Hacia una visión no armónica del texto constitucional*

Todo lo apuntado en el párrafo anterior lleva a sostener que el proyecto de reformas sociales que enmarca la Constitución de 1917, no es armónico en relación con los otros principios e instituciones que contiene el texto constitucional, especialmente en la parte que recoge la ortodoxia occidental. La pregunta inevitable que surge, interroga sobre la forma concreta de subsistencia de los dos estratos normativos dentro de una misma Constitución.

Este tipo de problema se planteó a los constitucionalistas alemanes a partir de la promulgación de la Constitución de Weimar. Forsthoff, por ejemplo, descubre el asunto al preguntarse si es posible armonizar, dentro de un mismo texto constitucional, la coexistencia de los principios que alientan el Estado de derecho con los que animan al Estado social. La respuesta de Forsthoff es demoledora: “El Estado de derecho y el Estado social *no son compatibles en el plano constitucional* y la Ley Fundamental debe ser entendida primariamente como una Constitución liberal”.¹² Bajo esta perspectiva, no sólo no hay compatibilidad entre los dos modelos organizativos, sino que además, a la postre, uno deberá al terminar prevalecer sobre el otro. La ventaja del modelo liberal radica en la conexión precisa que existe entre los derechos y prerrogativas que consagra, y los mecanismos procesales que garantizan su efectividad. En cambio, el modelo de los “derechos sociales” carece de una adecuada concretización y de afianzamiento en un sistema técnico de garantías, equivalente a las que otorga el Estado de derecho. Las garantías individuales en sentido liberal surgen de la naturaleza del individuo y se realizan fundamentalmente en el mercado. Las prerrogativas sociales, en cambio, tienen una base asistencialista y su génesis se encuen-

¹² Véase Forsthoff, Ernest, “Problemas constitucionales del Estado social”, en Abendroth, Wolfgang, *et al.*, *El Estado social*, trad. de José Puente Egido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45 (Col. Estudios Constitucionales).

tra en las situaciones de compromiso que establecen las fuerzas sociales en relación con su destino político. Mientras las garantías individuales fueron fruto de las asambleas burguesas deliberativas, las prestaciones sociales son consecuencia del reconocimiento que efectúa la administración pública de las prerrogativas que les son arrancadas en la negación con los grupos sociales emergentes. En el Estado social o de providencia, el Ejecutivo suele desarrollar funciones que desbordan los cauces que clásicamente le atribuye el paradigma de la división de poderes. Este factor que hace pensar en un esfuerzo real para el poder gubernativo, motiva en el mediano plazo una creciente fragilidad jurídica, ya que expone las acciones providentes a una paulatina rectificación por parte del Poder Judicial, que normalmente actúa a favor del Estado de derecho y de sus mecanismos procesales. Así, en el largo plazo, las directrices liberales resultan imbatibles para las orientaciones asistencialistas. De este proceso ha dado cuenta la Suprema Corte de los Estados Unidos, que por la vía judicial revirtió en unos cuantos años los efectos de las políticas benefactoras derivadas del *New Deal*.

En México, la contradicción entre bloque normativo clásico y estrato reformista, depara un pronóstico diferente. En primer término, porque hasta hace poco tiempo el Poder Judicial se había desentendido de interpretar genuinamente la Carta constitucional. La falta de independencia real respecto del Ejecutivo inhibió por un período extenso la función judicial orientada al análisis constitucional de fondo. Por otro lado, un amparo desnaturalizado por sus desvaríos casacionales, devino insuficiente como mecanismo de defensa constitucional en el sentido más ambicioso del término. En tanto las flaquezas judiciales son cubiertas por la actividad del Ejecutivo; el presidente de la República ejerce en la práctica la interpretación y el arbitraje del texto constitucional. Así las cosas, entre un modelo limitante de la gestión pública, como el del constitucionalismo ortodoxo, y otro de características intervencionistas y de perfiles discrecionales, como el reformista, el Ejecutivo hace prevalecer el segundo, ya que en éste encuentra la legitimación segura para sus desplazamientos autoritarios.

Los artículos 3o., 27, 123, 115 y ahora el 4o. son los que dan sentido político a la Carta y, al mismo tiempo, los que se perfilan como hegemónicos en el juego del *telos* contradictorio. La discrecionalidad, el autoritarismo, el centralismo, el corporativismo y el patrimonialismo constituyen los rasgos auténticos y prevalecientes dentro del proceso constitucional mexicano. La legitimidad constitucional, como se expuso antes, no proviene primordialmente del sufragio; los gobiernos mexicanos obtuvieron y buscaron su aceptación entre los gobernados como realizadores del proceso de reforma social.

En México, grandes grupos de la sociedad siguen aún marginados de los cauces jurídicos: son escasos los agentes sociales que asumen los mecanismos garantistas como un instrumento viable para situarse en el contexto socio-político. Las decisiones de gobierno más importantes no se producen todavía con normalidad dentro de las vías jurídicas; aún la composición extralógica y el disimulo, juegan un papel importante en la solución efectiva de los conflictos sociales. México no termina de tipificarse adecuadamente dentro de los márgenes normales de un genuino Estado de derecho. Ya se mencionaba que la Constitución funciona más en su papel de símbolo, que como cauce prescriptivo para la vida pública.

La falla de armonía entre los modelos contradictorios que acoge la Constitución se resuelve a favor del bloque reformista; sin embargo, hoy parece que este modelo de acción pública discrecional encontró techo. En general, las piezas de control del régimen político mexicano muestran un grado avanzado de desgaste. Pero aún bajo esas condiciones, no se percibe con claridad que la involución del modelo reformista, en aras de la privatización, sea un movimiento con posibilidades de involucrar a un grupo significativo de ciudadanos, que en el futuro llegaran a fungir como los auténticos practicantes de un modelo constitucional rectificado. Hasta ahora, el repliegue del paradigma reformista parece simplemente un retorno pendular a la etapa oligárquica de nuestra sociedad.

Habiéndose reconocido la hegemonía del modelo interventor y reformista sobre el perfil liberal de la Constitución de 1917, otra vez se echa de menos que la doctrina constitucional no trabajara bajo esta convicción. Con el instrumental limitado de la dogmática, los especialistas tratan el estrato liberal de la Carta como el único técnicamente viable. Se distancian en general de cualquier visión problemática del texto y no han evidenciado la enorme tensión que radica en sus principios. El caso más dramático es el artículo 27 constitucional, que al ser un precepto anular, apenas mereció una atención tangencial. Algo parecido sucede con la interpretación de la Suprema Corte, órgano que redujo su acción a los aspectos judiciales de menor relevancia para iluminar el complicado trasfondo de la Carta queretana. Y en las escasas ocasiones que el judicial se acentúa sobre el fondo de un asunto, ha hecho prevalecer la lógica de la acción discrecional del Poder Ejecutivo. Al respecto, hay que tener presente la interpretación sobre la expropiación, las modalidades a la propiedad privada, los asentamientos humanos, por sólo mencionar algunos casos. Las estrecheces de la “fórmula Otero” han hecho del juicio de amparo un instrumento infuncional para la auténtica individualización de los artículos constitucionales. La inmensa mayoría de los amparos promovidos fenecen en las trampas de

las causas de improcedencia o de sobreseimiento; en pleno ejemplo de la acción de un poder que renuncia a su papel fundamental, y que ni siquiera mostró capacidad de reconocerlo expresamente.

3. Contradicción en el texto y contradicción con la realidad

La Constitución de 1857 es más que un mero antecedente en el proceso constitucional mexicano; su significación especial se cifra en la calidad del Constituyente que la emite y en la plenitud moderna de su contenido; pero aún asumidas sus virtudes, es innegable que los críticos acertaron al descalificar la Carta por su absoluta inadecuación de las circunstancias mexicanas. Tanto Justo Sierra como Emilio Rabasa pusieron en evidencia la imposibilidad de la Constitución para ordenar la vida pública de un pueblo carente de vida civil y de rasgos modernos. La Carta de 1857 marcó la experiencia mexicana con el signo de la tensión entre modelo normativo y realidad social. Por esta razón, los Constituyentes de 1917 detectaron con acierto que su trabajo debía orientarse de otro modo. Si la nueva Constitución insistía sin más en el sentido de su antecesora, era seguro que encontraría el mismo camino de inaplicación y desprestigio. Aunque el discurso al respecto nunca se explicitó, es un hecho que los Constituyentes de Querétaro, por la vía de introducir a la Carta el proyecto de reformas sociales, dieron paso a una serie de datos y elementos provenientes de la experiencia mexicana y no de los principios europeos o estadounidenses.

Es proverbial el nacionalismo del Constituyente de 1917, sin embargo, a este reconocimiento básico hay que agregar algunas explicaciones. En primer lugar, debemos apuntar que la influencia del pensamiento positivista en el país preparó las condiciones mentales para darle un mayor peso a las variables históricas. Los positivistas mexicanos fueron estudiosos profundos de la realidad nacional y sabían con certeza que en nuestro país el pueblo no pesaba como elemento subjetivo del Estado. La población se encontraba en un estado profundo de heterogeneidad étnica y cultural. Este hecho se ofrecía como obstáculo insalvable a cualquier proyecto modernizador que hubiera supuesto la homogeneidad de los agentes sociales. La Nación, más que una realidad, debía entonces asumirse como una tarea pública y como un proceso constructivo que, a la postre, llegaría a generar las condiciones para la vida civil en términos modernos. No era lo mismo legislar para los pueblos dotados de una madurez y un ejercicio participativo previo en la vida pública, que dar Constitución a una sociedad cuyos miembros, en términos mayoritarios, no reunían las condiciones mí-

nimas para comprender el texto de la Carta. No debe resultar extraño que los Constituyentes de 1917 hayan pensado más en dar cauce a un proceso evolutivo, que a un Estado social determinado. Mientras la Constitución de 1857 representaba en términos normativos la organización fija de una sociedad moderna, la Constitución de 1917 se propuso como un texto que, de forma dialéctica, intento regular el movimiento; es decir, el tránsito de la sociedad mexicana hacia la modernidad.

Visto a distancia este proceso, hoy se puede afirmar que, si a mediados del siglo pasado la tensión del proceso constitucional se entabló entre texto y realidad, ya en las primacías del siglo actual, el Constituyente de 1917 consiguió trasladar dicha contraposición al interior de la propia Carta constitucional. La Constitución vigente, en la medida que alberga dos modelos contradictorios, permite que disminuya la tensión entre la Carta y el curso concreto de los hechos. De este modo. La actual Constitución, aunque pretensa la ambigüedad, puede mantener su vigencia más tiempo que cualquiera de sus antecesoras. La ambivalencia de sus parámetros normativos favorece la estabilidad del texto porque, en cuanto nuestra sociedad alcanza rasgos de madurez moderna, se acoge al bloque normativo de la ortodoxia occidental y, en cuanto su desarrollo se retarda, los problemas se reconducen normativamente por la lógica del autoritarismo y la reforma social. Así, los efectos del movimiento evolutivo de la sociedad mexicana se absorben en las oscilaciones interpretativas a que autoriza la ambigüedad de la Carta. Al interiorizar la tensión entre modelo y realidad, la Constitución vigente logra adecuar las condiciones del texto a las situaciones, también ambivalentes, del desarrollo y de la vida política nacional.

El riesgo mayor que conlleva una Constitución contradictoria en manos de un poder vertical y concentrado, es la manipulación del propio texto con un sentido arbitrario y en todo opuesto a la lógica del sistema de garantías y controles que involucra el Estado de derecho. En estos términos, es válida la aserción según la cual la Constitución vigente logra consolidarse gracias a que no negó el peso específico que tiene el autoritarismo en la vida política mexicana; pero a cambio de su vigencia ininterrumpida, la Constitución no consigue fincar las bases de un estado de derecho en toda su magnitud.

Más allá de la Carta constitucional se agita una sociedad con inercia propia que, en cuanto madura, se vuelve menos tolerante a la prestidigitación jurídica de los gobernantes; se torna, necesariamente, menos resistente a la ambivalencia y al juego de sentidos simbólicos. Cuando una sociedad evoluciona, comienza a reivindicar las prerrogativas latentes que le ofrece el constitucionalismo ortodoxo. Por eso, el verdadero techo de un modelo constitucional ambiguo se encuentra en la tolerancia que le brindan los

ciudadanos. En México, a pesar de que algunos sectores de la población muestran signos de madurez política y de que estos agentes principian a ejercer sus prerrogativas jurídicas, el estrato constitucional que conserva el perfil autoritario del régimen político sigue incólume. Su remoción no es sencilla, porque en la vertiente reformista de la Constitución se halla implícita una posición nacionalista, que hoy sirve de contrapeso a los afanes neoliberales que prevalecen entre algunos miembros de la capa gobernante. Hasta hoy, aun no se localiza una fórmula política que permita deslindar el nacionalismo del patrimonialismo, y la falta de reemplazo viable para este último es lo que mantiene enhiestos algunos de los principios importantes del artículo 27 constitucional. Algo análogo sucede con el presidencialismo: ante los severos síntomas de ingobernabilidad que presenta actualmente la sociedad, las normas que apuntalan el predominio presidencial se ofrecen todavía como un resguardo relativamente seguro para el régimen.

4. *Algunas interpretaciones convergentes*

En relación con la reevaluación de la experiencia autoritaria mexicana que realiza el Constituyente de 1917, conviene señalar el pensamiento coincidente que expresa Arnaldo Córdova. Al preguntarse si los Constituyentes tuvieron razón para otorgar al presidente de la República, facultades potenciadas Córdova contesta: “Yo pienso que tuvieron razón en términos generales. Dar al Ejecutivo facultades extraordinarias se justificaba plenamente. En donde se equivocaron fue en el hecho de que ellos pensaron que el Ejecutivo cumpliría ‘a pie juntillas’ con los postulados constitucionales”.¹³ Como se observa, en el fragmento transcrito hay un reconocimiento claro de la opción vertical del ejercicio presidencial. Es difícil imaginar la consolidación de cualquier Estado sin un periodo previo de purga autoritaria. Pero esta opción no elimina al avance del ejercicio discrecional del poder y, en sí misma, no promueve tampoco la plenitud civil. Para que el remedio del autoritarismo opere sus virtudes, es necesario que la sociedad encare con responsabilidad sus acciones protagónicas.

En conexión con los dos modelos fincados en la Constitución vigente, Patricio Marcos expresa que el estrato que contiene el proyecto de reformas conlleva un impulso antioligárquico (popular) y democrático, contrario en sus sentido básico a los aspectos liberales de la Carta constitucional. Reconoce que los dos bloques normativos se hallan en tensión, al respecto ma-

¹³ Córdova, Arnaldo, *La nación y la Constitución. La lucha por la democracia en México*, México, Claves Latinoamericanas, 1989, p. 101.

nifiesta: “Conviene advertir que tal es el sentido exacto de la Constitución de 1917, muy a pesar de que la otra vertiente contenida en ella, de manera adjetiva que no sustantiva, justamente el liberalismo y pretenda imponer su propia interpretación sobre los artículos 27 y 123 constitucionales”.¹⁴ Con precisión, Marcos apunta que una lectura liberal de la carta mexicana implica una traición a su sentido, toda vez que colocaría cabeza abajo lo que representa la pulpa ideológica del proceso constitucional mexicano.

Las diferencias con Marcos estriban en que sus tesis pueden resultar desmesuradas en cuanto a las virtudes democráticas que atribuye al estrato reformista de la Constitución. Como antes se explicó que la reforma social que se plasmó en la Carta, supone una dosis alta de impulso autoritario y, por sí misma, tal solución no ofrece ninguna salida hacia la genuina participación civil.

III. LOS POLOS DE TENSIÓN

1. *Tempo moderno vs. tempo evolutivo*

Admitido que la relación entre los dos bloques normativos es de naturaleza conflictiva, toca identificar algunos de los polos de tensión que concretan el carácter contradictorio de la carta. Entre ellos, destaca la contraposición de *tempos* regulativos, si vale la expresión. En general, los códigos racionalistas y los productos legislativos modernos son instrumentos en los que sus autores depositan fuertes expectativas de perennidad. Los años post-revolucionarios en Europa dieron paso a interpretaciones entusiastas que colocaron la recién sociedad organizada burguesa, como el punto culminante del proceso social. El orgullo que adoptó la modernidad occidental impidió la previsión de los procesos posmodernos. Las codificaciones racionalistas de la Europa continental no repararon en los reacomodos posteriores y se establecieron como normas atingentes a un solo *tempo*; sus modelos regulativos atendieron sólo a las interrelaciones sociales propias de una economía de intercambios relativamente simples. El desgaste previo, provocado por los movimientos revolucionarios, hacía albergar a las sociedades modernas ilusiones desmesuradas sobre la estabilidad del nuevo orden.

El surgir del pensamiento organicista y del evolucionismo planteó nuevas interrogantes sobre la dinámica histórica de los pueblos. Aceptados los

¹⁴ Marcos, Patricio, *El fantasma del liberalismo*, México, UNAM, 1986, p. 13.

postulados darwinianos, no había porque suponer que la evolución culmina siempre en los estados modernos. Aún más, se hizo evidente que no todos los pobladores del mundo mostraban signos de un ritmo evolutivo homólogo. Las sociedades pluriétnicas y por añadidura mal acrisoladas, de las cuales la mexicana era ejemplo, dieron pie a que las interpretaciones darwinianas produjeran un escepticismo profundo sobre el estado de progreso de la sociedad del país. Cupo a los positivistas percatarse de que los ritmos evolutivos de los distintos grupos étnicos no se encontraban sincronizados. Bajo este reconocimiento, cualquier esfuerzo de gobernabilidad debía pasar por la homologación del tiempo evolutivo de los distintos componentes del pueblo. Para progresar en conjunto, era menester sintonizar el tiempo cultural de los distintos sustratos étnicos.

Los positivistas llegaron a la acertada conclusión de que nuestro país no era moderno y de que el diseño de sus instituciones no podía obviar esa verdad, como contrapartida, se ofrecieron distintas soluciones: en un caso —por ejemplo el de Rabasa— se pensaba que, al poner en contacto a la población marginal con las prácticas civiles, se conseguiría que la masa impreparada terminara asimilando los significados modernos, siempre que el proceso fuera arbitrado por una oligarquía ilustrada. Bajo otra perspectiva, autores como Molina Enríquez propusieron una época mestiza, según la cual los individuos de raza mezclada, a través de la conducción pública de un proceso de reforma social, predominaría y marcaría su ritmo al resto de la sociedad.

De cualquier forma, los positivistas tenían claro que la Constitución tendría que acompañar las transformaciones sociales con su sentido normativo; debía favorecer el paso a la modernidad, pero sin negar los propios rasgos históricos, particularmente los derivados del pasado colonial. Bajo estas bases críticas, hoy podemos afirmar que la Constitución de 1917 acrisoló dos ritmos: el *tempo* moderno y el evolutivo. La conciliación cínica de estas dos secuencias culturales consiste en reflexionar que el *tempo* evolutivo es provisional y que su desarrollo conlleva muy probablemente a hacer posible la modernidad. Sin embargo, esta afirmación no está autorizada directamente por el texto constitucional, es solo una inferencia a partir de las intenciones de los pensadores positivistas que aportaron las ideas que hoy se encuadran en el contenido de la Carta. En todo caso, hay que establecer que el *tempo* moderno tiene características estáticas, mientras que el evolutivo se aviene mejor a una concepción dinámica del proceso constitucional.

2. *La asimetría presidencial y el pretendido equilibrio de funciones*

Esfuerzos muy destacados merece la explicación del presidencialismo mexicano para arriesgar ahora una interpretación apresurada del tema; sin embargo, no se puede dejar de apuntar que la institución presidencial es la beneficiaria de la reevaluación que efectuó el Constituyente de Querétaro de las experiencias autoritarias de la historia política mexicana. El Ejecutivo que perfila la Constitución de 1917 excede en posibilidades de acción a cualquier otro de los poderes emanados de las constituciones que optan por un régimen presidencial. La unipersonalidad potenciada es una puerta abierta a la verticalidad, a la concentración, a la discrecionalidad y al carisma.

La subordinación del Legislativo y del Judicial al Ejecutivo implica, para decirlo crudamente, la inhibición rotunda de la lógica del Estado de derecho. Un Estado son controles reales, sin contrapesos efectivos, no puede ser desde ningún punto de vista ningún ámbito favorable para la consolidación de un sistema garantista. No faltan los puntos de vista que reconocen en la institución presidencial ciertos valores impersonales, favorables a la estabilización de los comportamientos públicos; pero aún estos enfoques deben ceder ante la evidente incompatibilidad del presidencialismo exacerbado, con cualquier lógica de controles jurídicos eficientes. La mera existencia de “poderes” constitucionales degradados, frente a otro fortalecido, desnaturaliza el telos distribuido del constitucionalismo moderno.

Desde el punto de vista de un régimen que atribuye al gobierno un carácter constructor de la realidad política, el presidencialismo siempre resulta funcional. El *telos* reformistas es prevalente sobre el estrato ortodoxo porque sus principios se asientan sobre el sentido de la política efectiva del Estado mexicano. Sin embargo, si en algún momento los poderes subordinados recuperan su empaque y su entereza, la acción presidencial desorbitada quedará exhibida como un ejercicio ilegal que no se sostiene desde el punto de vista de su legitimidad jurídica, o dicho de otro modo, de su legalidad.

3. *Federalismo y centralismo*

De los distintos factores que los Constituyentes mexicanos tomaron de la experiencia estadounidense, quizá el más difícil de reproducir fue el federalismo de origen pactista. Declarar la república federal sin contar previamente con entidades políticas autónomas, fue exponer la práctica jurídica territorial a una centralismo, que a fuerza de ser real, tuvo que convertirse también en espurio. Para organizar la distribución territorial

del poder existen diversas alternativas; hay federalismos que se construyen del centro a la periferia, como el canadiense; sin embargo, en México, la opción se dio por el modelo geográficamente más cercano, así fuera el más alejado histórica y culturalmente. Por más que se fueren las cosas; las diferencias entre el colonialismo español y anglosajón son abismales y, por ser tan opuestos los orígenes, no era esperable que la solución de uno resultara adecuada para el otro.

Ante la carencia de un pacto federal en nuestro preludio constitucional, se hizo clara la necesidad de que el poder público genere previamente las condiciones para hacer operativo este tipo de sistema. Bajo el influjo de esta convicción se llevan a cabo procesos descentralizadores impulsados desde el centro y, para dar cabida a tales movimientos centrífugos, se ha reformado varias veces la Constitución. Cabe mencionar que las adecuaciones y los virajes hacia el federalismo construido se efectuarán sin remover el sentido básico de los preceptos que consagra el federalismo pacticio; en consecuencia, conviven, mal conjuntados, los principios de modelos federal ortodoxo, con otros mejor adaptados a las circunstancias mexicanas, que se orientan por las directrices del llamado federalismo cooperativo.¹⁵

Un sistema federal con perfiles duales muy acentuados resulta demasiado rígido para normar la realidad de un país que transita, en forma paulatina, de un esquema en el que prevalece la concentración efectiva del poder, a otro donde se intenta su descentralización territorial. El modelo que recibió la Constitución de 1917 en el artículo 124 responde linealmente al carácter del federalismo dual. De una forma ortodoxa plantea la atribución de facultades expresas a las entidades federativas. Pero los años de vigencia de la Constitución enseñan que este sistema distributivo no tiene viabilidad. En numerosas oportunidades, la Carta fue enmendada para incrementar el radio de acción de los poderes centrales, porque en los artículos de los que se enunciaron aquí el bloque constitucional reformistas, con sus proyecciones discrecionales a favor del Ejecutivo, provocaron que la indeterminación de las fórmulas genéricas de atribución, trabaje en pro de los poderes del centro.

Para revertir las tendencias centralistas y dar lugar al “nuevo federalismo”, se requieren soluciones constitucionales que reconozcan al sistema de distribución de competencias como un mecanismo de flujos móviles; es menester constar con respuestas dúctiles para regular los trasvases de

¹⁵ Díaz y Díaz, Martín, “México en la vía del federalismo cooperativo. Un análisis en torno a los problemas de distribución de competencias”, *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*, México, Themis, 1996, pp. 129 y ss.

facultades del centro a la periferia. Actualmente, la Constitución prevé un mecanismo de transferencia en forma de convenios. Sin embargo, este proceso es aún frágil, en la medida en que desdice el principio del Estado de derecho, según el cual la competencia de los poderes públicos debe ser otorgada por medio de actos legislativos. Dar una naturaleza estable a los traslados competenciales conlleva el efecto lateral de tener que relativizar el contenido actual del artículo 124 constitucional. Mientras el ámbito de este precepto se mantenga intacto, la ambigüedad subsistirá con grave daño a las previsiones de los gobernados, que no gozarán de la certeza competencial que les permita orientar decisiones futuras.

En el tema del federalismo, la realidad pesa de manera brutal; más allá de cualquier opción constitucional, es obvio que la distribución territorial de la actividad social se centra de un modo casi total en la capital del país. Bajo esta perspectiva, aunque la Constitución absorba parte de la tensión con la realidad, y abra su propio seno a la contradicción, el manejo normativo del problema resulta a todas luces insuficiente. Dicho en términos más claros: México podrá asumir con plenitud las soluciones federales cuando sea en realidad una Federación. Las leyes pueden favorecer el tránsito en este sentido, pero para ello tendrán que espiarse los mentices de su origen.

4. Mercado y distribución central de recursos estratégicos

El modelo constitucional de las sociedades occidentales modernas es, sin muchos ambages, la estructura normativa de las economías del mercado. Liberalismo y mercado son dos vertientes complementarias que se buscan y se encuentran en su destino moderno. La consagración del individuo como factor nuclear del sistema garantista es, al mismo tiempo, la protección de las acciones de intercambio privado; es decir, de la operación del mercado. Agentes autónomos, voluntades no determinadas, libertad de ocupación, de movimiento territorial y de derecho a la apropiación privada de los bienes que están en el comercio, son las condiciones básicas de una economía capitalista. Lo esperable es que un Estado nacional que tiene un cierto grado de desarrollo en términos del mercado, busque su definición constitucional a través de un modelo que resulte funcional a su realidad. Sin embargo, cuando el mercado no existe como codificador dominante del sentido de las relaciones sociales y aun así se verifica la opción por un sistema constitucional que lo supone, las cosas se complican hasta un grado crítico. De hecho, esto fue lo que sucedió en México, con la promulgación de la Constitución de 1857.

Ya con la experiencia asimilada, el Constituyente de 1917 tuvo que introducir matices importantes al modelo constitucional. Primero, optó por no reconocer la apropiación privada como la única solución a las situaciones patrimoniales. En lugar de reconocer el derecho natural a la apropiación privada, como correspondería a cualquier texto legal que se precia de moderno, el Constituyente de Querétaro esbozó un modelo patrimonialista, según el cual todo atributo sobre las cosas se entiende como una prerrogativa derivada de la propiedad originaria de la Nación.

Asimismo, el Constituyente recogió las experiencias coloniales y reservó a la Nación la determinación del aprovechamiento de una serie de recursos estratégicos para el desarrollo; con ello sustrajo una gama importante de los bienes de la lógica del mercado y también garantizó que los poderes constituidos, particularmente el Ejecutivo, tuvieran una gran capacidad para determinar el rumbo del desarrollo económico.

Casi parecía inútil destacar el conflicto subyacente en la Carta entre la propiedad privada y la lógica de atribución central de los elementos apropiables. Sin embargo, a la vista de la importancia que tiene el artículo 27 constitucional como parámetro de acción política y económica del gobierno, se hace necesario subrayar que dicho precepto es el que autorizó al Ejecutivo para establecer las condiciones materiales para el desarrollo de la sociedad mexicana. La construcción del capitalismo, por eso, tiene una paradoja de origen, ya que es el proyecto de una capa burocrática antes que de los agentes privados; asimismo, el desarrollo capitalista, se realizó a través de mecanismos no modernos y, aparentemente en nada compatibles con la propia lógica del mercado.

Una vez que la sociedad moderna se actualiza y que los parámetros del capitalismo se tornan efectivos; todo el instrumental patrimonialista que contiene la Constitución de 1917 aparece como estorbo al desarrollo y como una causa inhibitoria del progreso material. Pero a pesar de los señalamientos de anacronismo que recaen al diseño patrimonialista, éste resiste, porque en lo político es funcional, y también porque en su naturaleza simbólica radica una fuerza persuasiva, en torno de la cual sectores importantes de la sociedad encuentran las claves nacionalistas que reclaman como norma de acción para los poderes públicos. Ya antes mencionamos que el método del proyecto de reformas sociales del Constituyente de 1917, es difícilmente extrapolable a la dimensión de los Estados sociales europeos, o al *Welfare State* estadounidense. El intervencionismo mexicano es del tipo constructor, no rectificador; su acción sobre el mercado es conformadora y no simplemente terapéutica. El Constituyente mexicano apostó al poder creativo de derecho sobre las circunstancias de una socie-

dad en estado premoderno; los europeos y los estadounidenses en cambio, esperan del derecho la atemperación de los excesos mercantiles; o, en el mejor de los casos, el acceso igualitario a los beneficios del desarrollo. Las prácticas neoliberales de la última década parecieran comprometer la hegemonía de modelo reformista de la Constitución en favor del bloque normativo que consagra la ortodoxia; pero como quedó expuesto, el diseño heterodoxo no resulta linealmente revertible y tal parece que si los propósitos neoliberales triunfan, tendrá que ser a la sombra de ciertas definiciones constitucionales antagónicas.

IV. COMENTARIO FINAL

Los ochenta años de vigencia de la Constitución profundizan en las paradojas que la atraviesan desde su origen. Por otra parte, el afianzamiento del nacionalismo y los mimos mecanismo de legitimación del gobierno, continúan pasando por el estrato reformista de la Constitución; pero dicho bloque guarda entre sus valores implícitos el ejercicio autoritario del poder, por lo que resulta un sendero inviable para el crecimiento democrático en sentido moderno. Por otro lado, en el estrato que contiene las disposiciones de corte ortodoxo, aguarda un cierto potencial democratizador —al menos en el sentido de la democracia como procedimiento— y, además allí se encuentran los perfiles clásicos del Estado de derecho. Sin embargo, en este componente normativo no hay respuestas para la transición de la premodernidad a la modernidad; tampoco hay rutas claras de acceso hacia la post-modernidad, estado que algunas sociedades europeas viven ya con plenitud.

Los avances hacia la vigencia del Estado de derecho tienen todavía como freno principal las prácticas autoritarias, que por cierto el gobierno no realiza al descampado, sino con apoyo en la legitimidad que le confieren las disposiciones de corte reformista. Estas últimas son coherentes con el estilo mexicano de gestión pública. La completa homologación a las realidades constitucionales modernas tiene entre nosotros el inconveniente de que abrir demasiado el flujo de las decisiones políticas, provoca que éstas se desplacen con facilidad hacia los centros de poder localizados fuera del país. Por esta razón, en México prevalecen un cierto nacionalismo defensivo que aún conserva sus perfiles básicos, los cuales han permanecido intocados incluso en periodos como los recientes, que se caracterizan por la enorme apertura del país, ante la necesidad de integrar bloques económicos de dimensión regional.

Hasta ahora no hay ningún signo contundente de que las paradojas constitucionales pudieran ceder su lugar a una lógica unitaria. Entre los salvoconductos relativos que se perciben en el horizonte inmediato hay que contar la mayor autonomía del Poder Judicial y el desgravamiento de las funciones casacionales de la Suprema Corte. Estos hechos pueden favorecer la interpretación judicial de la Constitución en los temas de fondo. Los enjuiciadores oficiales del sentido de la Carta, por la necesidad de coherencia técnica que entraña su trabajo, deberán resolver algunas disyuntivas constitucionales y hacer que el *telos* contradictorio de la Constitución disminuya sus rasgos de ambigüedad. Pero hay que tener presente que el Poder Judicial, como cualquier otro aparato constitucional, se debe en su ejercicio al contexto en el que actúa. Con esto se quiere expresar que en el papel del órgano judicial están presentes las expectativas, los valores y las exigencias de la propia sociedad; los miembros del Poder Judicial no integran una realidad aparte; son miembros del grupo en el que realizan su función y, como tales, encarnan un momento cultural e histórico específicos. Así, la Constitución, su interpretación y el desarrollo del texto sólo podrán seguir el sentido que le fijen, en última instancia los agentes sociales que la operan, o bien, los que resienten su aplicación. Al final de las cuentas, la Carta constitucional no tiene cuerda propia.

Otro factor que puede favorecer la expiación de las contradicciones constitucionales mexicanas, es sin duda la expectativa de contar con un proceso electoral cada vez más genuino. Con legisladores electos de manera clara es dable pensar en un desarrollo legislativo que confiera un énfasis menor a la razón del Estado. La pluralidad de las Cámaras ayudará a fijar, en el mediano plazo, un curso más interiorizado de acción para la legislación y para los cambios constitucionales. Este factor, como los anteriores, está condicionado a que los mecanismos representativos lleguen a ser eficaces en un grado razonable y, a que verdaderamente expresen los sentimientos y convicciones de los votantes.

Como quiera que sea, hoy México vive un proceso en el que por primera vez la sociedad contrapesa al gobierno en las definiciones constitucionales. Por decirlo de un modo acorde con la tesis de este ensayo, por primera ocasión el proceso constitucional pone en juego la participación integral de sus agentes naturales. Hasta ahora, el texto de las Cartas se había determinado sin contrapesos civiles importantes.

EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES. HACIA UN NUEVO DISCURSO PATRIMONIAL*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Mundialización del sistema de mercado.* III. *La transcripción jurídica del tema.* IV. *El derecho de propiedad: ¿recomposición o descomposición?* V. *El aprovechamiento de los elementos naturales en México: las bases constitucionales.* VI. *La regulación de los elementos naturales en particular.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo se propone como una revisión de las posibilidades que albergan los derechos patrimoniales de tipo clásico para convertirse en instrumentos eficientes de las estrategias por las que se realiza actualmente la conservación de los elementos que integran nuestro entorno natural.

La primera mitad del trabajo está dedicada a una valoración de carácter teórico, a partir de la cual se sopesan las propuestas europeas más recientes, y especialmente, las de aquellos teóricos del patrimonio que consideran a esta institución como un factor idóneo para la conservación de los bienes culturales y ambientales. Dentro de esa primera parte del trabajo, destaca la idea de la superposición de distintas franjas o capas regulatorias que se proyectan sobre un mismo bien o conjunto de bienes. La propiedad privada ya no abarca, como pudo hacerlo en el periodo moderno, la totalidad del espectro regulatorio que se despliega en torno a los bienes susceptibles de apropiación. Hoy, los derechos patrimoniales comparten su espacio normativo con las disposiciones que componen el régimen que regula la conservación.

El trabajo, en su primera mitad, deja ver el declive de las instituciones patrimoniales clásicas, las cuales se muestran poco pertinentes para brindar garantías a cualquier tipo de intereses extramercantiles. Por otra parte, se evidencia el reconocimiento de la inevitabilidad del mercado, fenómeno que obliga a repensar las estrategias públicas, las que, en adelante, difícilmente podrán prescindir de la acción envolvente que se desarrolla

* Publicado en: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 24.

alrededor de los procesos de intercambio privado. El predominio mercantil, consustancial a las sociedades contemporáneas, evita el desplazamiento definitivo de las fórmulas patrimoniales típicas de la modernidad. Aunque las nuevas condiciones son, en muchos sentidos, antiestatistas, de todas formas permiten la recomposición de los órganos públicos, como verdaderos organizadores de mercados.

La segunda parte del ensayo contiene un análisis puntual y comparativo de las fórmulas de aprovechamiento de algunos recursos naturales en nuestro país. Allí se revisa la situación del agua, de los bosques, de la pesca y de los componentes orgánicos de la vida silvestre.

El contraste entre los dos cuerpos que integran el ensayo lleva a concluir que las fórmulas jurídicas vigentes en México brindan oportunidades privilegiadas para el desarrollo normativo de las estrategias de conservación, si bien en algunos casos los regímenes de aprovechamiento muestran rezaños e insuficiencias.

El mecanismo categorial del análisis es en realidad muy sencillo: se parte de la idea de la dualidad elemental, que se establece entre el derecho patrimonial básico que envuelve los derechos de aprovechamiento, y la banda o franja jurídica en la que se construye el régimen tutelar de los elementos naturales, a la que aquí se le denomina franja de la conservación.

El predominio de la línea de los derechos patrimoniales básicos conlleva al debilitamiento correlativo de la banda normativa que regula la conservación; viceversa, la posición hegemónica de la franja relativa a la conservación implica la relativización de la capa de los derechos básicos. La situación dialéctica que atraviesa la dualidad que se entabla entre el interés individual por el disfrute y el interés social por la conservación, conduce a diseños de balance muy diverso, según muestra el análisis casuístico que se efectúa en la segunda parte del presente ensayo.

La relación entre los extremos ambiguos del disfrute y la conservación, no se agota en la simple proporcionalidad inversa, sino que implica también un proceso en el que un extremo intenta subordinar al otro, no eliminándolo de plano, sino sólo funcionalizándolo en el sentido de su propia lógica.

A nivel de los derechos patrimoniales básicos prepondera una visión subjetivista y estática que privilegia los atributos de la titularidad, en cambio, a nivel de la conservación prevalece un enfoque objetivista y dinámico que pretende reconocer y mantener el valor ecosistémico de los elementos naturales. Para poder atestiguar la forma en que se balancean en la práctica social los polos aquí apuntados, será conveniente que el lector nos acompañe en la experiencia del presente análisis.

II. MUNDIALIZACIÓN DEL SISTEMA DE MERCADO

1. *Los límites necesarios*

La severa crisis que sacudió en un pasado, todavía reciente en los países europeos del este en los que se desarrolló el socialismo real, despejó abruptamente el horizonte para la mundialización definitiva del sistema de mercado. Esto, sin embargo, no significa, bajo ninguna circunstancia, que los problemas estructurales del capitalismo y las insuficiencias de sus procesos de legitimación hayan sido saldadas. Por el contrario, hoy más que nunca se agudizan algunos de los efectos perniciosos que genera la ambivalencia de este modelo económico bajo el que se organiza la rentabilidad contemporánea.

Fenómenos como el refinamiento de la alta tecnología, la reducción de los costos de transporte y, naturalmente, la liberalización del comercio, parecen sumarse como argumentos a la afirmación de que el mundo actual se encuentra integralmente inmerso en la atmósfera de un mercado ingente, que abarca y redefine los espacios políticos, sociales y culturales, a partir de las macrovariables de la inversión y de la competencia.

La globalización puede ser calificada como el último eslabón de la cadena económica que se inicia con la Revolución industrial. Paradójicamente, la mundialización del intercambio implica la sustitución de la producción y del consumo de mercancías como factores hegemónicos en la generación de capital; hoy, la especulación financiera se ha entronizado como la actividad económica de mayores rendimientos y alcances comunicativos. La representación simbólica del dinero ofrece un medio idóneo para la autonomización de la actividad económica y para la subordinación de las otras funciones sociales a la lógica del intercambio.

Una de las cuestiones no resueltas del modelo de desarrollo económico que rige a nivel mundial radica, precisamente, en el grado de agresividad que sus actividades representan para los componentes no humanos de la naturaleza. Sin dramatizar las expresiones, es evidente que la depredación del entorno natural, debida a los excesos en el consumo y a los vertimientos incontrolables, cuestiona la suficiencia de sus elementos constitutivos para seguir siendo utilizados indefinidamente como insumos del proceso productivo. La revaluación del carácter finito de la naturaleza fuerza a una nueva forma de cálculo en la que se pondere la variable ambiental como un límite para la acción económica.¹ Este reconocimiento, a su vez,

¹ Marín Mateo, Ramón, *Tratado de derecho ambiental*, Madrid, Trivium, 1997, t. III, p. 18.

conlleva al imperativo de reprogramar aspectos muy importantes de la operación del mercado y de los patrones culturales que normalmente se le asocian.

Habida cuenta de que la permanencia de los procesos de intercambio se ha vuelto hoy un factor altamente probable, es apremiante intensificar los diagnósticos de sus problemas estructurales, con objeto de trazar las estrategias que permitan aprovechar las inercias mercantiles de cara a la rectificación de sus efectos nocivos. Con el propósito de mesurar las consecuencias perturbadoras del mercado se han ensayado numerosas fórmulas, la mayor parte de ellas dirigidas a frenar las tendencias monopólicas, que han demostrado ser el sino de cualquier ámbito mercantil sin intervenciones.

Desde otra perspectiva, hay que interpretar el surgimiento de los Estados providentes o benefactores como un esfuerzo extremo de las sociedades occidentales por paliar las grandes crisis del capitalismo. Los Estados providentes se ofrecen como escenarios para los nuevos arreglos sociales y políticos; su pretensión principal ha consistido en abrir espacios para la incorporación de las grandes masas de asalariados emergentes de la industrialización. A través de la acción redistributiva por la vía del gasto social, se ha intentado romper los márgenes sociales del mercado; sin embargo, los Estados providentes no han encontrado hasta ahora una fórmula efectiva que los ayude a sortear tanto las crisis fiscales como la excesiva burocratización de sus pesados aparatos de gobierno. En cualquier caso, al quedar conjurada la alternativa socialista, el Estado benefactor se mantiene como una instancia elegible para propiciar el acceso de los no propietarios a los beneficios del desarrollo.

Los sonoros fracasos presupuestales en los que se han visto envueltos los Estados providentes han hecho volver, con más fuerza que nunca, a los auspiciadores fervientes del mercado; sin embargo, este retorno vengativo, que se expresa en una ola interminable de reprivatizaciones, no ha vuelto más sabios ni más eficientes los criterios de la operación mercantil. A pesar de que el capitalismo es hoy espacial, tecnológica y financieramente más potente, sus recursos para reasumir los factores que excluye siguen siendo muy limitados. Incluso se puede afirmar que, a más potencia en la capacidad de generar riqueza, mayores resultan las desigualdades que genera su distribución a nivel internacional. Y que, a mayor desarrollo tecnológico y productivo, corresponden efectos más devastadores sobre el medio ambiente.

2. *Las disyuntivas frente al medio ambiente*

Conscientes de las proyecciones destructoras que generan los actuales patrones de producción y de consumo sobre el entorno no humano de la naturaleza, cabe preguntarse por algunos escenarios de reprogramación de las decisiones económicas que pudieran identificarse como alternativas probables en el horizonte más cercano. Al respecto vale considerar las siguientes opciones:

- 1) La primera alternativa consiste en la *reorientación pública de los procesos económicos*. Al haberse aceptado la insuficiencia del mercado para actuar como surtidor integral de las necesidades sociales, se ha visto en la injerencia pública sobre los procesos económicos una solución posible. Son muchas las formas en que los órganos gubernamentales pueden actuar sobre el medio económico. Quizá la vertiente de acción más importante atañe a la planeación; al respecto, Galbraith alguna vez afirmó: “Puede haber planificación dentro del marco del mercado y planificación que subsuma al mercado”.² De estas dos modalidades, la primera es servil a los procesos mercantiles; se efectúa precisamente para potencializarlos; la segunda, en cambio, pretende suplir por completo la lógica de autoorganización del intercambio. Para los efectos contemporáneos, resulta importante la planeación que cuenta con el mercado, no la que lo niega. Se trata de corregir y reencauzar lo que los procesos mercantiles no pueden operar por sí mismos, y no de abatirlos.

Colocados en la perspectiva de los mecanismos públicos para intervenir en el ámbito económico, además de la planeación, existen otros instrumentos de control que se ponen en juego a través de las funciones clásicas de la autoridad y que tienen por objeto disminuir las consecuencias dañosas de la acción libre de los procesos de intercambio, de producción y de consumo. Bajo este rubro de actos hay que clasificar las autorizaciones, concesiones y, en general, todos los actos de comando y control con los que se persigue medir los impactos de la actividad económica sobre el medio ambiente. Al respecto, se han diseñado instrumentos como la evaluación de los impactos ambientales significativos, la normalización de las actividades riesgosas bajo parámetros estrictos de operación, la ordenación ecológica del territorio, o incluso la sustracción total o parcial de ciertos bienes con valor ambiental de los

² Galbraith, J. Kenneth, *El nuevo estado industrial*, trad. de Manuel Sacristán, Madrid, Ariel, 1974, p. 38.

circuitos de la producción y del consumo. En todas estas situaciones, la acción pública se propone como contrapeso a los excesos probables del mercado; en ningún caso, sin embargo, se pretende suprimir o sustituir integralmente la lógica de los rendimientos que orienta los movimientos del capital. Se trata de condicionar la acción económica, ubicándola dentro de los márgenes de viabilidad que permitan la regeneración de la naturaleza y de sus elementos.

A favor de esta alternativa se puede argumentar que, prácticamente no hay lugar del mundo en que no existan, en algún grado, controles públicos sobre el mercado con la finalidad de proteger el ambiente; como factor en contra, se debe mencionar que la recepción de este conjunto de instrumentos no reúne, sobre todo en el caso de los países denominados megadiversos, el grado de eficacia necesaria para revertir, a través de su sola operación, las tendencias depredadoras que campean sobre el ambiente.

La opción por los instrumentos públicos de ordenación debe ser prudente. Sobre todo, hay que admitir que el desarrollo del derecho ambiental es aún muy incipiente, y que tal vez su ritmo de crecimiento nunca empate con el paso galopante de las catástrofes ambientales motivadas por los impactos de la actividad humana y de la explosión numérica de la población. No obstante, los logros parciales de esta alternativa no son tampoco desdeñables; con ellos al menos se cuenta con un código unitario de controles administrativos y jurídicos que, en la medida que logre ser propulsado por una palanca política de mayor precisión, mantendrá todavía un potencial considerable para aumentar su eficacia ordenadora.

- 2) Otro enfoque para evitar la destrucción de los elementos naturales, apunta a relajar los controles públicos que se ejercen sobre los bienes ambientales a los que puede atribuírseles un cierto valor de mercado.

Se trata, en síntesis, de operar una transformación del valor ambiental en valor de cambio. Esta conversión supone que cualquier propietario de un bien del que se pueden obtener ventajas mercantiles, presentes o futuras, estará obligadamente interesado en su conservación. En consecuencia, el primer paso para evitar el uso destructivo de la naturaleza consiste en colocar sus elementos bajo una forma segura de tutela patrimonial privada. Al decir de François Ost, tal forma de privatización “descansa en tres pilares: la propiedad privada, el mercado que asegura su circulación y la responsabilidad que garantiza su perennidad...”³

³ Ost, François, *Naturaleza y derecho. Para un debate ecológico en profundidad*, trad. de Juan Antonio de Irazábal y Juan Churraca, Bilbao, Mensajero, 1996, p. 122.

Una posición semejante implica depositar toda la apuesta sobre una sola carta: la probada suficiencia del mercado para conseguir supervivencia a partir de su propia operación. Dicho en términos más económicos, mientras el valor ambiental no se internalice en la gran espiral de la actividad mercantil, queda expuesto a no ser considerado como un interés económicamente relevante. Bajo estas ideas, la lógica del precio, considerado como valor de cambio, es la única capaz de redimir a los elementos ambientales de una destrucción segura. Así las cosas, las tareas urgentes consisten en privatizar los recursos naturales y en eliminar cualquier resistencia que se oponga a su circulación. Una vez reconocido el carácter salvífico de la *mano invisible*, no deberían demorarse las decisiones para insertar en los procesos de intercambio privado elementos tales como la tierra, el agua, el aire, los animales o las plantas; asimismo, deberán incorporarse a esa dinámica todos los usos que se vinculan a los bienes mencionados.⁴

Esta perspectiva, a la que bien podría denominársele “ecologismo de mercado”, desdeña las variables sociales y políticas que frecuentemente distorsionan el equilibrio “espontáneo” de los procesos privados de intercambio. Para el caso de aquellos países con formaciones mercantiles emergentes, este tipo de análisis resulta demasiado simple, ya que, en medios tales, los factores externos al intercambio por lo general devienen preponderantes. Pero aún bajo la óptica de un mercado maduro, este enfoque renuncia a considerar la complejidad de los fenómenos sociales al reducir la visión del mundo a una sola de sus variables: la económica.

Pese a sus manifiestas inconsistencias, el “ecologismo de mercado” acierta en la virtualidad protectora que atribuye a ciertas vertientes del derecho de propiedad privada. Igualmente, son plausibles sus señalamientos acerca de la importancia que reúne la noción de responsabilidad patrimonial para cualquier política moderna de protección de los elementos naturales. Bajo este orden de ideas, responsabilidad equivale a corresponsabilidad o, dicho en otros términos, a la posibilidad de descentralizar y redistribuir las tareas públicas de protección y conservación de la naturaleza, generalmente calificadas como insuficientes.⁵ La privatización de los elementos naturales coloca a cada propietario en la situación potencial de acudir a los tribunales para perseguir cualquier daño que se ocasione a sus componentes patrimoniales. El interés natural del propietario por la compensación supone, como correlato

⁴ *Ibidem*, p. 129.

⁵ *Ibidem*, p. 132.

lógico, el cálculo de los no propietarios, quienes a todo trance tratarán de evitar el ser responsabilizados por eventuales acciones dañosas a los elementos naturales privatizados.

A pesar de que el funcionamiento óptimo de cualquier mercado supone un alto grado de indiferencia de éste hacia los márgenes sociales que produce, no deja de resultar sugerente la idea de procurar la neutralización de los efectos ambientales nocivos a partir de mercantilizar lo que, en principio, el mismo mercado había desechado al no haberlo asimilado como mercantilizable. Con este juego incluyente se pretende operar la transmutación de los valores naturales del ambiente en valores económicos.

La acción excluyente es un fenómeno inherente a los procesos mercantiles, porque éstos encuentran su basamento natural en la propiedad privada, y ésta, a su vez, sólo tiene sentido “cuando hay rivalidad y exclusión en el uso de los bienes”;⁶ sin embargo, estamos en presencia de una tesis que sostiene como viable la inversión de esta tendencia y que, por lo tanto, apela a una manipulación constructiva de los factores espontáneos de valorización, con objeto de incluir en los circuitos mercantiles ciertos elementos que el propio mercado había marginado de su zona de funcionamiento. Aún si se concede que esta suerte de prestidigitación fuera posible, cabría enseguida formular una pregunta sobre la índole de los nuevos márgenes; porque, unidos los elementos naturales al circuito de exclusividad que instaura la propiedad privada, necesariamente quedarán fuera de los beneficios que genere su intercambio todos aquellos sujetos a los que no favorezca la condición de propietarios. Cualquier privatización de recursos naturales que se consume bajo esta óptica, constituirá sólo el polo positivo de una relación que colocará en el otro extremo a quienes permanecen excluidos de la disposición de los bienes que constituyen el objeto precioso de los procesos de intercambio.

Bajo la perspectiva de los argumentos planteados, se tiene que concluir que el mercado sólo puede ofrecerse como un ámbito de salvaguarda para los elementos naturales en la medida en que el sistema de intercambio logre atemperar su propensión a generar márgenes sociales. Porque si la mercantilización de los factores que componen la naturaleza aparejara sólo más desigualdad y pobreza, difícilmente se podría aceptar que por ese medio se estarían generando condiciones favorables para la conservación.

⁶ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 152.

- 3) Las perspectivas eclécticas. Bajo una perspectiva ecléctica, es posible concebir que en un medio social coexistan zonas de mercado libre con otras en las que se detecte una clara interferencia gubernamental. Este tipo de diferenciación es común en el contexto de la globalización contemporánea. En la sociedad actual existen circuitos económicos de distintos alcances, y es común que ciertos sectores de la actividad productiva o mercantil muestren una mayor proclividad a empalmarse con los circuitos supranacionales. En cambio, hay otro tipo de actividades que encuentran un mejor cobijo dentro de las dimensiones nacionales, e incluso, bajo la batuta pública.

No es sencillo determinar coyunturalmente cuánto mercado es necesario para cada medio social; esta es una cuestión que ni siquiera es susceptible de resolverse a través de una determinación deliberada; a cada gobierno nacional, en su oportunidad, le corresponde favorecer o restringir los alcances de los ámbitos mercantiles. A la postre, los mejores balances serán los que resulten funcionales a cada sociedad; de lo que no se puede prescindir es de la necesidad de arbitrar este proceso desde la perspectiva de la política económica.

Es regla que en los contextos nacionales contemporáneos el mercado prevalezca como referente central del desarrollo económico y, al mismo tiempo, como gozne para la articulación de las economías internas con los circuitos internacionales. Pero, pese al predominio del modelo orientado al intercambio, es habitual que los mercados se encuentren acotados por diversos instrumentos de control que se proyectan desde núcleos públicos. Por más virtudes que se atribuyen a un sistema mercantil, resulta obvio que éste nunca podrá abarcar toda la gama de fenómenos que concurren a la integración de una sociedad compleja y funcionalmente diferenciada. Pero señalar los límites sociales del mercado no conduce a negar la funcionalidad total de este sistema; desde luego que los procesos de intercambio integran redes de interacción muy vigorosas; sin embargo, siempre hay que tener en cuenta que, aun en las economías más florecientes, surgen contratendencias a la lógica de los negocios; aun allí, se suscitan movimientos sociales, políticos y culturales, cuya dinámica difícilmente aceptaría una reducción a moldes económicos. Tales movimientos generan sus propias identidades y sus respectivos procesos autológicos.⁷

En los países menos desarrollados, la presencia pública en la actividad económica suele tener un carácter incluso más enfático. Tal desplie-

⁷ Touraine, Alain, *¿Cómo salir del liberalismo?*, trad. de Javier Palacio, México, Paidós, 1999, pp. 26 y 27.

que obedece a la necesidad de integrar todo aquello que la insipiente de los circuitos mercantiles no ha permitido estructurar. En la mayor parte de las economías emergentes, la acción pública conlleva una dosis elevada de autoritarismo. El subdesarrollo económico y la inmadurez política son factores que se implican recíprocamente y que generan zonas sociales en las que se mantiene una lógica de tipo tradicional. En estos casos, la globalización se presenta como un factor externo que presiona enérgicamente contra las estructuras premodernas; especialmente, contra los rasgos anacrónicos de los regímenes políticos. Pero el empuje hacia la mundialización no produce de forma automática la modernización de los segmentos tradicionales; muchas veces, en cambio, condiciona reacciones defensivas que previenen contra la asimilación de las pautas modernizadoras.

Después de lo dicho, resulta sospechoso el discurso de ciertos liberales contemporáneos que ven en el predominio del mercado una tendencia del mundo a unificarse. Una visión más realista tiene que admitir que la secuencia de los procesos económicos actuales no conduce sino a una mayor fragmentación de los órdenes sociales. El mercado, por norma general, no recupera lo que excluye. Touraine lo expresa en los siguientes términos: “Hemos pasado de los modelos nacionales integrales a una situación internacional en la que las diferentes dimensiones de la vida económica, social y cultural se han dispersado, se han separado las unas de las otras”.⁸

Frente a una sociedad escindida entre lo mercantil y aquello que no se aviene a su lógica, cualquier intento de hacer prevalecer un “pensamiento único” tendrá que culminar en un resultado poco convincente. El discurso en torno a la conservación de los elementos naturales, por estas razones, no puede perfilarse como un asunto liso y llano de incorporación al mercado. Y tampoco la antítesis resulta completamente cierta; es decir, los procesos mercantiles no son un dato soslayable en el diseño de cualquier política ambiental que se pretenda establecer. En las sociedades complejas hay que planear con el mercado a cuestas; éste es uno de sus retos más apremiantes. La utilización de las inercias del mercado de modo que resulten favorables para la conservación de la naturaleza es algo que requiere decisiones públicas, apoyadas en un amplio nivel de consenso. Cada decisión de esta índole deberá confrontarse con la fuerza expansiva del interés privado, pero sólo remontando esas presiones adversas resultará viable encapsular al mercado a través de la construcción de límites afianzados en el interés público.

⁸ *Ibidem*, p. 25.

Proteger los elementos naturales no significa sustraerlos de cualquier posibilidad de aprovechamiento económico, sino construir en torno a ellos una barrera adicional de salvaguarda. Esta protección suplementaria pretende prevenir contra cualquier desbordamiento del interés individual. La nueva banda protectora tendría que englobar sentimientos, intereses y valores comunitarios, los cuales generalmente no tienen ningún origen de tipo comercial. Si esta forma de protección se logra, los elementos naturales, aun considerados parcialmente como valores de cambio, serían portadores de otro tipo de interés para la colectividad. El interés por la conservación deberá prevalecer sobre las prerrogativas privadas de aprovechamiento; sin embargo, dicha prevalencia no se encaminará a suprimir toda posibilidad de aprovechamiento, sino sólo acondicionarlo de modo que resulte compatible con la conservación.

III. LA TRANSCRIPCIÓN JURÍDICA DEL TEMA

1. *La clausura del sistema*

El derecho contemporáneo se presenta como un sistema de referencias normativas para la conducta social, cuyos componentes se ordenan de modo jerárquico y con un grado de formalización muy acentuado. La función social que el derecho desempeña está vinculada con la estabilización de las expectativas del comportamiento, supone, como afirma Luhmann, el establecimiento de estructuras que mantienen intacta su validez, aun en el caso de que sean infringidas por parte de sus destinatarios.⁹

Una visión estrictamente técnica del ordenamiento jurídico no incluye a sus operadores sociales, sean éstos los autores o los destinatarios de las normas. Los sujetos no son para el sistema sino una referencia básica de orientación, pero nunca integran de manera sustantiva los procedimientos jurídicos como tales. Dicho en términos de la teoría de sistemas: los sujetos sociales forman parte del entorno del derecho, no se encuentran dentro del sistema. Lo que activa los procedimientos jurídicos es la existencia de conflictos. Cuando las alternativas disponibles no colman las pretensiones de los agentes sociales, el derecho puede ofrecer cauces prácticos para la canalización de las inconformidades, reconduciendo las pretensiones de quienes se encuentran involucrados en una disputa, a través de su complejo aparato de normas y procedimientos. La condición para que el derecho fun-

⁹ Luhmann, Niklas, “La comunicación jurídica”, *Confluencias, órgano de difusión de la reforma democrática*, Xalapa, vol. I, núm. 1, septiembre de 1996.

cione y se active eficazmente impone la pérdida de referencias subjetivas; es decir, de las identidades de las partes litigantes. El sistema jurídico elabora la tematización de las pretensiones de los actores en términos abstractos, que, al mismo tiempo, resultan reconocibles para todos los miembros del contexto social en el que se produce la disputa.¹⁰

La forma en que el derecho atiende la complejidad social, lo hace partiendo de una pretensión ordenadora que se despliega a través de programas normativos referidos a un código que permite distinguir las conductas apegadas a derecho, de aquellas que lo contravienen. Pero, para que el sistema jurídico pueda operar eficazmente y realizar sus pretensiones, es necesario que establezca parámetros autónomos de validez. La validez es el símbolo que permite distinguir a los elementos del sistema y, al mismo tiempo, constituye su referencia autológica principal. En torno a la validez, el derecho se clausura sobre sí mismo. Bajo el amparo de ese signo nuclear, resiste a sus propios ajustes y transformaciones, conservando a buen resguardo su sentido operativo básico.¹¹ Tanto la proyección del derecho hacia el entorno social como su permeabilidad, es decir su apertura a la sociedad, sólo se hacen posibles bajo la premisa de la clausura previa.¹² El sistema aprende de su entorno sólo en la medida que es capaz de afianzar sus operaciones autológicas. Sin autonomía para construir sus referentes simbólicos, el derecho pierde por completo su identidad; deviene, ya sea sedimento moral o, simplemente, voluntad política.

El sentido jurídico no se genera en los márgenes del derecho, sino que es producto de una elaboración intrasistémica. El desplante del edificio jurídico se realiza en dos niveles perfectamente diferenciables: por un lado, el del control en sentido amplio de los comportamientos sociales y, por otro, el de las normas que regulan la producción, adecuación y aplicación del material jurídico.¹³ Bajo esta secuencia de ideas, se puede asentar que el derecho proyecta su energía ordenadora sólo a partir de la forma en que se ordena a sí mismo. La eficacia del derecho, es decir, el grado en el que sus disposiciones son acatadas, es algo contingente al sistema. La suerte social del ordenamiento jurídico depende de condiciones que el sistema no controla integralmente; sin embargo, su tarea consiste precisamente en actuar sobre

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Luhmann, Niklas, "La validez del derecho", *Teoría de los sistemas sociales*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Iberoamericana, 1998, p. 169.

¹² Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrete, versión mimeo, México, 2000, p. 54.

¹³ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrío, México, Nacional, 1978, p. 120.

un medio aleatorio para reducir el grado de incertidumbre. El derecho opera, en síntesis, como un antídoto institucional y normativo contra el riesgo, el cual se manifiesta con más fuerza y nitidez en los casos en que afloran los conflictos sociales.

La forma hermética que asumen los órdenes jurídicos contemporáneos tiene su origen en las necesidades de diferenciación funcional que acusan los contextos sociales complejos. En otras etapas históricas, los fenómenos jurídicos se encontraban mucho menos singularizados con respecto a otros factores de ordenación. Las normas jurídicas apenas se distinguían de las costumbres, de las reglas morales o de los mandatos políticos. Las sociedades estratificadas no plateaban la necesidad de una diferenciación funcional tan aguda; sin embargo, con el incremento de la complejidad social las exigencias son mayores. Ahora, para que el derecho ordene efectivamente los comportamientos, debe reexpresar la realidad en símbolos jurídicos. El sistema no puede operar con hechos, sino sólo con referencias normativas. Cualquier estímulo externo al sistema cobra significado sólo en la medida que puede ser previamente interiorizado y convertido normativamente dentro de los cauces discursivos del sistema. El derecho responde a la complejidad social a través de la complejidad jurídica.

2. Las relaciones con el mercado

Las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico no cruzan por un cauce que conduzca a una complementariedad lineal entre ambas dimensiones. Desde luego, hay numerosos ejemplos que podrían traerse a colación para inferir una relación armónica y complementaria entre derecho y mercado; sin embargo, dicha vinculación no surge de un proceso de interacción causal y directo. Se trata de dos sistemas autónomos, con operaciones independientes, que se acoplan y se entrelazan sólo a través de relaciones de autocontacto. Tanto la economía como el derecho experimentan su propia clausura operativa, y si en ocasiones se orientan hacia los mismos fenómenos, lo hacen bajo dos enfoques perfectamente distinguibles uno del otro.

Para que la economía y el derecho traben relaciones de mutuo reforzamiento, es necesario que cada uno de estos sistemas se autorrealice de acuerdo con sus propios parámetros. El derecho no apoya la economía transformándose en objeto comerciable; su función estabilizadora alcanza un nivel de beneficios transferibles sólo cuando se realiza como derecho. Tratando de ilustrar esta tesis, puede pensarse en la propiedad. Este fenómeno tiene, para el caso que nos ocupa, una referencia jurídica y otra eco-

nómica. Para el derecho, invoca un mecanismo de garantía que mantiene el sentido de la distinción entre los propietarios y aquellos que no lo son. Para la economía, la propiedad opera como una condición del intercambio, en tanto concreta una forma provisional de asignación de recursos que asegura y clasifica las transacciones del mercado.¹⁴ Ambos tipos de observación del fenómeno se benefician de la coincidencia, pero la potenciación recíproca ocurre solamente en la medida en que la distinción de los sistemas de origen se mantiene y, por ende, se logra evitar la promiscuidad operativa.

La coevolución de la economía y del derecho cuenta con un banco muy rico de referencias históricas. Baste, por caso, tener presente la relación que existe entre la formación jurídico-política de los Estados nacionales y la integración de los mercados, espacialmente coincidentes con la delimitación político territorial de los primeros. Por citar otro ejemplo, vale recordar que no es dable pensar en un sistema financiero en torno a una banca central, hasta que no exista un régimen de transacciones que descanse de manera uniforme en el basamento de un aparato burocrático concentrado, bajo el imperio de un orden jurídico unitario. Las citas podrían multiplicarse indefinidamente, pero por ahora, baste con tener presente que el fenómeno económico denominado mercado sería absolutamente impensable sin el soporte de nociones jurídicas como las de propiedad, contrato o responsabilidad patrimonial. La función estabilizadora del derecho constituye un auténtico surtidor de regularidad a las transacciones mercantiles. La vigencia del sistema jurídico dispara las posibilidades de cálculo acerca del comportamiento de los agentes potenciales del mercado y vuelve pre-visibles las transacciones futuras.¹⁵

Pero no se piense que los procesos mercantiles no albergan en sí mismos una forma de orden; el mercado sintetiza el sentido básico del código económico al introducir la distinción entre los que cuentan con recursos y pueden acceder al intercambio y aquellos que de plano se ubican en los márgenes. El mercado —afirma Reich— “determina de forma esencial el reparto y la distribución de la renta... , es asimismo responsable de la estabilidad de precios y de la inflación”.¹⁶ Desde este enfoque, la lógica de la operación mercantil apuesta a su propia regularidad; sin embargo, el orden de los negocios promueve un tipo de estructura muy frágil. La disfunción monopólica constituye un sesgo prácticamente inevitable creando el fun-

¹⁴ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, pp. 367 y ss.

¹⁵ Weber, Max, *Economía y sociedad*, trad. de Medina *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 254.

¹⁶ Reich, Norbert, *Mercado y derecho*, trad. de Antoni Font, Barcelona, Ariel, 1985, p. 25.

cionamiento espontáneo del mercado sin contrapeso. Su lógica expansiva es señaladamente depredadora. Ello porque el patrón productivo mantiene un enfoque de uso intensivo de los recursos naturales, a los que concibe exclusivamente como insumos, porque los vertimientos que provoca son en buen grado incontrolables, y su impulso depende de un incremento galopante en los promedios de consumo.

La idea de libertad genera un ambiente en el que se favorece el encuentro entre el mercado y el derecho. Jurídicamente, la libertad se define como la posibilidad de actuar discrecionalmente dentro de los límites de un marco acotado por las leyes vigentes. Desde la perspectiva económica, libertad significa la concurrencia de las siguientes condiciones: autonomía para decidir la ocupación; ausencia de trabas para la circulación del dinero, las mercancías y la fuerza de trabajo, y finalmente, capacidad de decidir sin cortapisas acerca de la inversión y del consumo.

En la sociedad moderna, la libertad se enfoca a través de su versión práctica que es la voluntad. Voluntad del sujeto jurídico, del consumidor o del ciudadano, según sea el plano de acción al que las decisiones individuales se orientan. No obstante, todos los críticos de la modernidad han puesto en evidencia que, más allá del engatusamiento que provoca la exaltación de la voluntad autónoma, la noción moderna de libertad conlleva un condicionamiento fuerte de los comportamientos sociales. La libertad no es solamente la potestad individual que se pretende; en realidad, es sólo uno de los polos que integran la relación, no siempre visible, en la que todos los excluidos de la atribución quedan correlativamente limitados en sus posibilidades de acción.

En el plano técnico del sistema jurídico, la noción de derecho subjetivo es la que cumple la función de acoplar en una síntesis viable, aunque problemática, los extremos de la condicionalidad y la libertad. La potestad conferida al titular del derecho puede observarse como una ampliación de su rango conductual; pero, desde otro ángulo, esa misma potestad representa el encuadramiento de las posibilidades de acción del sujeto en el marco del derecho objetivo, del que procede la facultad. Otra virtud técnica de los derechos subjetivos es que, a partir de ellos, sus titulares, bajo la forma de un facultamiento personal, disponen de la posibilidad de movilizar a su favor la fuerza coactiva del ordenamiento jurídico en caso de que vean frustradas sus expectativas normativas.¹⁷ Esta posibilidad descentralizada de activación de la fuerza pública sumaría las garantías que

¹⁷ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 89.

concede el derecho a la acción individual de los sujetos. Con esta coraza de facultades, los sujetos pueden comparecer relativamente confiados a las relaciones privadas de intercambio.

Los derechos subjetivos constituyen el flanco del sistema jurídico que propicia y apoya el acoplamiento con el sistema económico. La noción de intereses protegidos por el derecho indica que el sistema jurídico “ha construido una estación hipersensible de recepción y transformación de noticias provenientes de la economía”, como lo afirma Luhmann.¹⁸ Entre los diversos derechos de carácter subjetivo es, desde luego, el de propiedad el que se ofrece como bisagra entre los dos sistemas. La propiedad privada moderna funge como vehículo jurídico a través del cual los valores tradicionales asumen su nueva fisonomía de bienes comercializables.¹⁹ De este proceso deja constancia la forma en que se perfiló la noción de bien dentro del Código de Napoleón; esa pauta ha sido después acogida en todos los países que forman la estela de influencia del Código francés; de ahí en adelante, el derecho civil se ha encargado de regular exclusivamente las transacciones de las cosas que se encuentran ubicadas dentro del comercio.

3. *La propiedad desde el mercado*

Históricamente, la noción moderna de propiedad surge de un contexto económico en el que el desarrollo industrial era apenas un presagio. Por lo tanto, la propiedad emergente en los códigos decimonónicos conserva todavía un referente preponderantemente agrario y, por esa razón, su modelo básico se construyó en torno a la propiedad fundaria. Estas limitaciones de origen no impidieron, sin embargo, que los rasgos civiles de la institución enraizaran con gran fuerza en la tradición jurídica occidental, al grado de convertirse en la verdadera matriz normativa de los negocios privados en general.

Lo primero que destaca en el surgimiento positivo de la propiedad es la consubstancialidad que este derecho tiene con el proceso de codificación civil, hasta el punto que resultan prácticamente inexplicables el uno sin el otro. Para el código, la propiedad funge como hilo conductor de las instituciones que perfila; se instala como el verdadero núcleo de la axiomática civil. Para la propiedad, el código es el ámbito en el que se expande su poder simbólico. La noción abstracta de sujeto y de bien, son la consecuencia

¹⁸ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, p. 364.

¹⁹ Rodotá, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1987, p. 94.

final de un largo proceso de depuración en el que, paso a paso, se fueran eliminando las ataduras con los elementos de la vieja propiedad feudal. La existencia de un sistema jurídico unitario que reposa sobre la fuerza monopólica del Estado moderno favoreció el que la propiedad se despojara de las rémoras nobiliarias y que sintetizara, bajo una misma titularidad, lo que antes se encontraba dividido entre las facultades correspondientes al dominio directo y aquéllos que atañen al dominio útil. Para que la propiedad pudiera convertirse en la matriz y la unidad del sistema patrimonial moderno tuvo antes que operar su propia reconciliación y reunir en una misma línea jurídica de decisión las facultades de disposición sobre los bienes y las que eran atingentes al disfrute.

La construcción abstracta que caracteriza a la propiedad moderna le confiere un nivel de referencialidad que ningún derecho había reunido con antelación. Son múltiples las situaciones fácticas que pueden reconducirse al modelo normativo de la propiedad moderna. Asimismo, la caracterización del propietario como centro de imputación permite suponer una igualdad potencial de los agentes sociales para asumir, llegado el caso, ese rol normativo. Qué decir del concepto de bien que se define de cara a su mercantilidad. Las cosas, a partir de esta noción, no requerirán ser algo ontológicamente específico; cualquier factor comercializable admitirá el ser tratado como receptáculo del derecho del titular. La propiedad moderna no depende siquiera del hecho del ejercicio definitivo de sus atributos; el titular puede, a discreción, ejercer o no las prerrogativas que su posición le arroja.

Desde la perspectiva social, la propiedad privada proyecta una cara luminosa y obviamente visible, pero oculta otra, que de mostrarse, seguramente le acarrearía un menoscabo a su prestigio. Por el lado positivo, define los contornos modernos de la situación de pertenencia, y dota al titular de poderes amplísimos sobre el objeto del derecho; pero, por su lado menos evidente, conlleva la exclusión tajante de los no propietarios, y se constituye en un dique formidable entre éstos últimos y el titular del derecho, reforzado por el respaldo coactivo que le confiere su título. Las crisis del modelo moderno de apropiación han influido en el núcleo básico de la propiedad y ello, a su vez, ha ocasionado que a este derecho se le asocien ahora deberes relativos a su forma de ejercicio. Cada vez son más frecuentes las modalidades legislativas que se imponen a los titulares, condicionando el rumbo de su ejercicio a la conservación de valores culturales, urbanísticos o ambientales. Pese a su relativización, la propiedad privada sigue considerándose como el gran símbolo de las relaciones patrimoniales contemporáneas, lo que sin duda indica que prevalece un tipo

de condiciones económicas en las que los agentes sociales aún compiten por el consumo.²⁰

Para atender los requerimientos de un sistema económico moderno, no basta que la propiedad quede incuestionablemente definida como un derecho; además, es necesario que las prerrogativas que concede circulen con libertad. Aunque las ventajas que se ofrecen al titular del derecho tienen que ver con facultades directas de goce y disfrute del bien, su verdadero atractivo radica en las oportunidades que se abren para poder efectuar intercambios rentables. La propiedad moderna plantea un escenario en el que las cosas se valorizan principalmente como mercancías.

Una visión optimista del mercado supone que éste es el mejor camino para lograr una asignación eficiente y *descentralizada* de los recursos apropiables. Ello, porque la propiedad privada condiciona la necesidad de su propia maximización. Siempre que hay rivalidad por el uso de los bienes, deben surgir fórmulas negociables entre los propietarios, y entre éstos y los no propietarios. Tales arreglos privados implican tanto el abatimiento de costos burocráticos, como el incremento de posibilidades de los titulares para obtener mayores beneficios personales.²¹

La triada motivacional perfecta se integra con la propiedad, el mercado y la noción de responsabilidad. Cualquier privatización de algún recurso acarrea como efecto necesario el que cada uno de los beneficiarios del derecho persiga y proteja su propio interés, y actúe judicialmente contra cualquiera que le haya infligido un menoscabo en sus prerrogativas. Precisamente la convertibilidad de su titularidad en precio, favorece que la reclamación adquiera carácter compensatorio de forma casi natural. La idea de la responsabilidad se construye sobre la premisa de que todos los sujetos son titulares de un patrimonio y de que sus haberes constituyen una especie de prenda universal ejecutable, en caso de que el sujeto resulte responsable del daño a los derechos de terceros. Esta visión apologética del mercado que venimos desarrollando, sostiene el principio de que, siempre resulta más barato un ejercicio de conservación de los recursos apropiables sujetos a un esquema de persecución privada del daño, que bajo la premisa de crear un órgano público que realice esa misma labor de forma centralizada.

Para cualquier partidario del funcionamiento del mercado, sus fallas operativas son imputables a las interferencias públicas. Entre menos distorsiones se infrinjan a la forma espontánea en que el sistema actúa, mayores serán las posibilidades de que éste colme sus pretensiones ordenadoras.

²⁰ Cooter, Roberto y Ulen, Thomas, *op. cit.*, p. 144.

²¹ *Ibidem*, p. 146.

En cambio, para quienes están convencidos que el mercado por sí mismo no puede evitar sus propias disfuncionalidades, la intervención pública aparece como una condición de viabilidad para el ejercicio de las acciones de intercambio. La apuesta por un mercado autónomo casi siempre se relaciona con el señalamiento de los altos costos que genera la función burocrática de los Estados providentes. Por su parte, quienes previenen contra el absolutismo mercantil, aluden a los desbalances sociales que genera un intercambio sin controles. Visto este asunto desde la perspectiva de la propiedad, pueden extrapolarse dos tipos de conclusiones. Para quienes desean un mercado completamente libre de ataduras públicas, la propiedad debe garantizar a su titular un rango muy amplio de decisión que le permita enhebrar cálculos donde exista algún tipo de ganancia. Bajo esta perspectiva, el límite de la propiedad se encuentra en la noción de responsabilidad. Desde la óptica contraria, el ámbito de autonomía del propietario para decidir sobre los bienes de su propiedad debe cerrarse parcialmente, de modo que la titularidad se ejerza sólo dentro de un rango acotado previamente por la ley y, en consecuencia, bajo un control que habrá de realizarse desde la dimensión pública.

4. *La reducción de las disyuntivas*

Un aspecto que debe quedar sentado es que, hoy en día, prácticamente no existen mercados sin controles, así como tampoco subsisten nociones irrestrictas acerca de los poderes que contiene el derecho de propiedad. Esta afirmación supone, por lo menos, otras dos aseveraciones: a la fecha no hay ya sociedades que no presenten algún grado de mercado, pero tampoco se da el caso de que se localicen mercados sin interferencias. Así las cosas, parece que la discusión no puede entablarse acerca de la existencia o inexistencia del mercado; tampoco, por ende, podrá versar, sobre si es o no necesario proyectar controles sobre el intercambio privado. La cuestión ronda más bien en torno al peso específico de las intervenciones públicas, a sus modalidades y a su frecuencia. La sociedad, como fenómeno integral, muestra una adaptación innegable al mercado, y éste por su parte, a la posibilidad de existir bajo controles públicos.

Otro aspecto que hay que considerar es el de la versatilidad de las fórmulas jurídicas para adecuarse a las necesidades del modelo económico y, al mismo tiempo, la maleabilidad de éste para poderse filtrar y establecer en los moldes normativos más disímbolos. Para ejemplificar, baste pensar en un contexto en donde exista un derecho de propiedad fuertemente modalizado por leyes que proyecten valores distintos a los intereses privados del

propietario, y otro en el que no se reconozca derecho de apropiación sobre ciertos bienes, sino que el acceso a ellos se logra únicamente a través de concesiones de la autoridad pública. Desde el punto de vista del mercado, en ambos contextos se pueden generar efectos funcionales equivalentes, veamos:

- 1) La propiedad, en la primera hipótesis, aunque fuertemente modalizada, conserva algunas facultades importantes a favor del titular y, aun con restricciones, este derecho continúa siendo parcialmente apto para la circulación. Pensemos, por caso, en un inmueble de propiedad privada al que le ha recaído una declaratoria de estatus monumental. El efecto principal de tal declaratoria consiste en que el propietario se ve impedido para atentar contra la integridad física del bien, pero aún así conserva la facultad de transmitirlo. La propiedad dura hasta que el titular del derecho sigue manteniendo ventajas potenciales; para ello se requiere que la comerciabilidad del bien no se anule totalmente.
- 2) Si el propietario del bien arriba mencionado deja de tener un atractivo de utilidad sobre el bien, lo más probable es que tampoco se interese por su conservación. En este caso, la conservación del monumento tendría que ser asumida por el poder público a costos presumiblemente muy elevados. Lo ideal sería conservar el interés privado del propietario en un nivel que no neutralice por completo sus expectativas de utilidad, y montar sobre esa base patrimonial privada los deberes de conservación.
- 3) En la segunda hipótesis, pensemos, por ejemplo, que estamos ante una concesión para aprovechar ciertos volúmenes de agua. El punto de arranque es, presumiblemente, una situación de dominio en virtud de la cual el agua, al considerarse un bien público, ha sido parcialmente sustraída de la lógica del intercambio. Para ello se ha eliminado la posibilidad de establecer derechos privados de tipo patrimonial; sin embargo, el aprovechamiento del recurso puede lograrse a través de un acto de habilitación pública. Por lo tanto, el agua no ha quedado excluida de un modo absoluto de los circuitos mercantiles; sólo que su circulación está condicionada por una decisión gubernativa.
- 4) Si en esta segunda hipótesis se considera al concesionario la posibilidad de transmitir los derechos derivados de su título, se abrirá una posibilidad para una especie de remercantilización del recurso hidráulico, porque si, por un lado, la situación de dominio lo sustrae del comercio, por otro, la capacidad de circulación de los derechos derivados de la concesión, lo reintegra.

Como se observa, ni la sola propiedad privada garantiza una circulación irrestricta de los bienes apropiables; ni la sustracción de ciertos bienes de la circulación anula fatalmente las posibilidades de su comerciabilidad. Con esto se quiere expresar que el mercado penetra aún en los ámbitos de los que fue originalmente excluido, como es el caso del dominio público, y que, por otra parte, el derecho se filtra en los procesos mercantiles, y neutraliza parcialmente la circulación de ciertos bienes, así hayan sido éstos definidos originalmente como bienes apropiables.

Un tercer factor a considerar dentro de este rubro es que, en cualquier caso, las decisiones de reservar ciertas zonas económicas al control público o el privatizar ciertos recursos liberándolos a la lógica del intercambio, es algo que de ninguna manera se decide dentro del mercado. Aquí, como en muy pocos temas, se hace visible la especificidad del sistema político, cuya lógica de operación no se reduce al ámbito de los procesos mercantiles. En este orden de ideas, aunque el mercado surja como una condición hasta ahora ineludible de la sociedad contemporánea, el volumen y la dimensión de éste parece algo susceptible de decidirse desde el ámbito político. La reducción de la disyuntiva parece obedecer precisamente a esto: a determinar la extensión del mercado y a evaluar la viabilidad de los controles para limitarlo.

Las manifestaciones globalizadoras del mercado imponen un patrón de comportamientos que se refleja en la conducta social hacia los elementos naturales y en una presión constante contra las dimensiones político-territoriales. El mercado embiste contra la naturaleza y contra los Estados nacionales, en cuanto éstos se conservan como espacios alternativos de decisión. Las estrategias de conservación de los elementos naturales se proyectan a dos niveles: el nivel supranacional, cuya expresión fundamental se plasma en acuerdos y tratados, y el nivel nacional, donde las medidas de protección se manifiestan como políticas públicas. La política ambiental puede fácilmente asumir un carácter defensivo contra la globalización; en especial, si sus directrices recuperan para la dimensión nacional ciertos espacios de maniobra, a los que favorece el manejo estratégico de ciertos recursos naturales. Así las cosas, las decisiones públicas por la conservación, a la luz de las economías globalizadas, adquieren un valor político estratégico que pugna con la mera valorización mercantil.

La globalización, al reducir las disyuntivas, genera una mayor presión sobre las instituciones jurídicas orillándolas a la homogeneización. Como nunca, los rasgos de los sistemas jurídicos de la tradición romano-franco germánica se acercan a los perfiles del *Common Law*. Los derechos patrimoniales, los contratos y las acciones para demandar la responsabilidad alcanzan la cúspide como instituciones funcionales al intercambio de bienes

y servicios; sin embargo, entre más se cierra el núcleo de los instrumentos jurídicos para el intercambio, más se afianza y prolifera una serie de nuevos institutos normativos que operan en los márgenes de la actividad mercantil, en ocasiones, incluso de forma sobrepuesta. Entre las nuevas piezas jurídicas hay que mencionar a todas las normas que protegen la integridad de los bienes culturales, urbanísticos o naturales. Así, sin que se diluya el interés del propietario de un recurso natural, por ejemplo, surge un estatuto protector que subordina el aprovechamiento del titular del derecho de propiedad a la conservación del recurso. Un mismo bien puede, desde esta perspectiva, ser objeto de regulación a partir de distintas bandas normativas de tutela.²² Esta circunstancia de plurirregulación rompe, a querer o no, con la concepción monolítica de la propiedad, característica del periodo propiamente moderno.

IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD: ¿RECOMPOSICIÓN O DESCOMPOSICIÓN?

1. *Insuficiencia de las soluciones patrimoniales clásicas*

Cuando se piensa la sociedad contemporánea desde la perspectiva de la cultura, emergen aspectos a los que difícilmente se les puede encontrar un acomodo integral dentro de la dimensión del mercado. Existen afectos, valores étnicos y comunitarios, tradiciones, símbolos artísticos y otros fenómenos similares que, cuando mucho, admiten una inmersión parcial en la lógica de los negocios privados. A este tipo de bienes resistentes a la mercantilidad pertenecen los elementos naturales, al menos cuando se les considera desde la perspectiva ecosistémica. Bajo este enfoque, los componentes del ambiente no pueden ser tratados lisa y llanamente como mercancías porque, antes que otra cosa, son factores que se integran y pertenecen a distintas unidades funcionales de la naturaleza.

La conciencia ecológica contemporánea lleva a plantear el imperativo de *preservar* la biodiversidad y, con ella, las funciones básicas de regeneración y recarga que hacen posible la reproducción de los elementos naturales. La obligación de conservar, reconocida como eje rector de cualquier aprovechamiento de los elementos del ambiente, se proyecta como una fuerte restricción a las capacidades patrimoniales de disposición que pudieran haberse definido a favor de ciertos agentes sociales.

²² Prieto de Pedro, Jesús, “Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la constitución”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II, p. 1571.

De lo dicho, no deriva, sin embargo, una prohibición para actuar sobre los elementos naturales; lo que se pretende es fijar límites dentro de los cuales su aprovechamiento se puede efectuar de un modo sustentable; es decir, permitir que los ecosistemas puedan desplegar sus capacidades de recarga. La evolución de la conciencia ecológica lleva a replantear las posibilidades de largo alcance de un sistema económico indiferente a la incorporación de variables no rentables y que impulsa la especulación, la producción y el consumo sin reparar en los efectos laterales de estas actividades. Aun a contracorriente, se empieza a señalar cada vez con mayor claridad la necesidad de matizar el antropocentrismo moderno y de abrir espacios a un tipo de pensamiento que valore la naturaleza y atienda a sus cualidades intrínsecas.²³

Habida cuenta de la irreductibilidad de los procesos naturales a la lógica del intercambio comercial, cabe analizar, en términos críticos, si la complejidad que caracteriza a la interacción ecosistémica es un valor susceptible de ser tutelado a partir de los instrumentos jurídicos existentes. Al respecto, las alternativas son: la propiedad privada, con sus respectivas técnicas de modalización; el dominio público, o un régimen mixto que, a través de directrices de política ambiental, combine las ventajas y mitigue los inconvenientes que presentan las dos primeras opciones.

La inevitabilidad del mercado fuerza a tener que pensar la propiedad privada como un eventual factor de una estrategia más compleja de conservación de los elementos naturales. Una solución de esta índole implica el tener que asumir las inercias positivas de un sistema de apropiación privada, pero enmarcándolas en un paquete de acciones políticamente dirigidas, que trascienda, en todo caso, las estrecheces del interés individual. La tarea supone indagar sobre las probabilidades sinérgicas de la propiedad, porque necesariamente deberán moderarse sus efectos excluyentes. Asimismo, habría que anticipar la creación de herramientas jurídicas que permitan efectuar la tutela de intereses por medio de instituciones de protección que puedan sobreponerse a los criterios clásicos acerca de la propiedad.

Parece haber consenso en que el derecho de propiedad, entendido como dominio excluyente sobre las cosas, sin el apuntalamiento que aporta la tesis de la función social, no soporta demasiadas cargas adicionales.²⁴ Pensado y diseñado para garantizar los intereses del propietario en su versión estrictamente individual, este derecho no es naturalmente permeable a la garantía de intereses paralelos, y menos si éstos expresan matices de tipo comunitario. La propiedad moderna envuelve las cosas sobre las que se

²³ Ost, François, *op. cit.*, p. 92.

²⁴ Rodotá, Stefano, *op. cit.*, p. 30.

proyecta de una forma celosa y sofocante. Aísla los bienes, precisamente para hacerlos proclives a la recepción de facultades exclusivas. Tal encapsulamiento de las cosas en la esfera de atribuciones del propietario, cancela cualquier posibilidad de que el objeto reservado por el derecho sea posteriormente atravesado por algún otro halo protector, como puede ser, por ejemplo, el que provenga de la tutela del valor cultural del bien. En este caso, el interés nacional o público en la preservación de las características físicas de la cosa, trasciende y condiciona las capacidades decisorias del propietario. Pero esto sucede a costa de la exclusividad que la propiedad moderna atribuye al titular del derecho.

La idea de una propiedad orientada a la satisfacción de una función social, tal como la perfila el constitucionalismo europeo contemporáneo, es mucho más proclive a la recepción de intereses que compiten con el interés individual. Esta forma matizada de dominio es menos envolvente que la propuesta por la propiedad privada en sentido moderno. La función social que se impone al propietario, como sentido del ejercicio de su titularidad, relativiza en un grado importante la capacidad genérica de excluir. Más aún, la tesis de la función social legítima, de entrada, la delimitación política del derecho de propiedad a través de la acción de los poderes legislativos. Con ello se elimina la unilinealidad de un derecho de propiedad absolutamente servil a los intereses mercantiles.

Vistas las cosas desde la perspectiva de la protección a los elementos naturales, la pregunta que se impone tendrá que indagar acerca de cuál es la fórmula de propiedad más adecuada a la conservación. La respuesta no es unánime. Para unos la decisión tiene que apuntar a un derecho de la apropiación con las menores injerencias públicas posibles. Para otros, en cambio, la solución está en un conjunto de políticas que subordinan el sentido de la propiedad a ciertos intereses de tipo colectivo, los cuales funcionan como límites para el aprovechamiento que eventualmente pueda llevar a cabo el propietario.

Quienes no son partidarios de las intervenciones públicas en los ámbitos económicos, no estiman necesarios los instrumentos que regulan la injerencia pública. Quienes así piensan, están convencidos de que la propiedad privada, al realizarse como tal, proyecta su impacto mucho más allá de sus contornos y, por lo tanto, creen que puede aparejar incluso la protección de elementos naturales o culturales, siempre que éstos resulten traducibles a los términos del lenguaje comercial. Bajo esta perspectiva, el mercado es capaz de realizar su autocontrol y permite además que, cada uno de los sujetos propietarios, al maximizar su interés, logre impactar de forma mediata el nivel social, y evite la destrucción de factores que se han vuelto valiosos para el mercado. Aunque esta forma de pensar implica el retorno

al origen liberal de la propiedad moderna, presenta como innovación la responsabilidad que se imputa al gobierno, al cual se le endilga la función de convertirse en un verdadero promotor de los mercados.

Antes de inquirir sobre los diseños probables de instrumentos públicos para una gestión ambiental encaminada a la conservación vía el aprovechamiento sustentable, resulta conveniente evaluar lo que puede ofrecer la fórmula de la propiedad privada bajo condiciones extremas. Un ejercicio de esta naturaleza impone la revisión de los elementos técnicos del derecho de propiedad, como una ayuda para determinar con precisión sus capacidades de adaptación a requerimientos emergentes.

2. Redefinición técnica de la propiedad

A. La presión sobre la concepción individual del sujeto

La tesis que sitúa al individuo como eje de la acción social tiene cada vez más detractores, especialmente en el plano sociológico. Hoy en día, cada vez son más los adeptos a las corrientes que se manifiestan por la idea de un actuar socialmente condicionado. Cuando menos, se admite que entre el individuo y la sociedad existe un tipo de vínculo dialéctico en virtud del cual el sujeto deviene producción del medio y éste, a su vez, un resultado de la interacción de los sujetos. Las proposiciones de esta índole niegan un papel preponderante a la voluntad individual; desde esta perspectiva, cada despliegue decisional del sujeto se encuentra impregnado de cierta información social previa. No hay, en síntesis, libertad sino para arbitrar de forma limitada las condiciones que son atribuidas al sujeto desde la sociedad. Todo esto desdice de forma rotunda el axioma de la autonomía de la voluntad sobre el que se desplanta la dogmática jurídica moderna. Y no es que en adelante sus principios vayan a ser abandonados, sino que su artificialidad ha quedado ya abiertamente en evidencia.

A partir de lo expuesto, el derecho no se puede autocaracterizar más como derecho natural. Las huellas de su hechura social se tornan inocultables. Y con ello, se trasluce tanto su carga ideológica como los sesgos que mantiene a favor de ciertos agentes sociales. La abierta revelación del carácter instrumental que mantienen hoy los ordenamientos jurídicos los hace proclives a la tecnificación. La única forma de neutralizar la parcialidad ideológica de los fenómenos jurídicos es acudiendo al expediente de su formalización.

“La desmitificación de la voluntad de poder, afirma Pietro Barcellona, lleva consigo inevitablemente la desaparición de todo sujeto en sentido

fuerte”.²⁵ En efecto, la idea de un agente individual, presente de manera protagónica en los procedimientos jurídicos, es un dato de la historia. Por su parte, la noción de sistema se ha vigorizado hasta lo indecible, al grado que el sujeto no es ahora sino una referencia de los destinos normativos. En lugar de hombres y mujeres concretos, el derecho trabaja exclusivamente con diseños conductuales normativamente tipificados. Dichas expresiones modélicas no tienen compromisos con la representación del individuo como referente ontológico del derecho; al nivel de abstracción en el que operan los sujetos jurídicos, éstos pueden ser también entes colectivos o institucionales de diversa índole.

Para redondear las afirmaciones anteriores, vale traer a colación el terreno ganado por ciertos movimientos sociales de tipo colectivista o, cuando menos, comunitarista. Al respecto, es oportuno recordar las movilizaciones étnicas o de inmigrantes; las reivindicaciones feministas, homosexuales o raciales; la emergencia de las organizaciones civiles para la defensa de los derechos humanos o del medio ambiente. En todos estos procesos, sus agentes manifiestan pretensiones encaminadas a abrir espacios públicos para regularizar su presencia en la sociedad contemporánea. Jurídicamente esto se traduce en el surgimiento de acciones procesales colectivas (*class action*), o en el reconocimiento de legitimidad procesal a quienes alegan la defensa de los llamados “intereses difusos”. Esta gran corriente contemporánea ha terminado por horadar los bastiones de las viejas concepciones procesales de cuño individualista; pero no sólo eso, sino que también presiona sobre la caracterización individual del sujeto jurídico, relativizando lo que antes era para éste un ámbito exclusivo.

Si en el derecho moderno el *individuo*, en tanto categoría jurídica, había desplazado a la sociedad; hoy es ésta la que impone un repliegue a las nociones singularistas, y trae a escena la pervivencia de ciertas condiciones colectivas, antaño completamente relegadas. Este reconocimiento no impone la negación de toda vigencia al concepto del sujeto jurídico individual; lo que se pretende es sólo mostrar que dicha noción ha dejado de representar un signo único para la comunicación jurídica.

Cada vez parece más claro que un control de nuevo tipo sobre la naturaleza, es decir, un proyecto sustentable de aprovechamiento de sus recursos, no puede ser una empresa de tipo individual, sino un programa colectivo de grandes alcances desde el punto de vista de la organización;²⁶ sin embargo, considerando que los logros evolutivos de la modernidad parecen hoy irre-

²⁵ Barcellona, Pietro, *El individualismo propietario*, trad. de Jesús Ernesto García, Madrid, Trotta, 1996, p. 36.

²⁶ *Ibidem*, p. 44.

versibles, el nuevo proyecto colectivo no podrá pergeñarse sin una referencia correlativa a la individualidad de los participantes. Mientras la sociedad siga concediendo identidad a los individuos, dentro del derecho, será necesario, seguir pensando en la subjetividad como abstracción; sólo de ese modo, la noción de sujeto podrá reunir las condiciones de neutralidad que la hagan justificable.

B. *Adecuaciones a la noción de objeto*

El objeto de la propiedad moderna se condensa en la noción jurídica de bien. En cuanto cosas comercializables, los bienes se caracterizan por su intercambiabilidad, no por sus características físicas.

El *propium*, vuelve otra vez Barcelona, es reificado mediante la mercantilización y se constituye en una objetividad separada del individuo, una potencia objetivada que parece tener vida propia e incluso gobernar las relaciones entre los hombres, que así se transforman en relaciones entre cosas, por una parte, y en relación entre sujetos abstractos de derechos, por la otra.²⁷

Esta separación del objeto de apropiación parece servir, en un primer momento, a la manipulabilidad de los bienes; sin embargo, detrás de dicha autonomización, el mercado opera una especie de entronización de las cosas, a la que Marx se refirió en su momento como “fetichismo de la mercancía”.

Son las cosas las que imponen su vocación mercantil a las decisiones del sujeto, y no viceversa. En los códigos civiles, por ejemplo, al definirse la noción de frutos industriales, éstos surgen como productos de las cosas a las que se incorpora trabajo; por lo tanto, como una prolongación de la propiedad sobre el bien principal, la cual, obviamente, beneficia al propietario. El trabajo queda así degradado como fuente de apropiación; pareciera que sólo se aplica con el propósito de hacer fértiles las cosas.

Jurídicamente, un bien existe para decidir sobre él; tal capacidad subjetiva para disponer corresponde de manera exclusiva al titular del derecho de propiedad. La noción de bien lleva ínsita la idea de la exclusividad; el hecho de que la cosa sea susceptible de apropiación, prefigura un ejercicio excluyente sobre ella. La cosa, como dijimos antes, se vuelve intangible desde el punto de vista de su destino y aprovechamiento, para cualquiera que no resulte ser su propietario. En este proceso, el uso generalizado del dinero como medio universal del intercambio tuvo desde luego una influencia de-

²⁷ *Ibidem*, p. 48.

cisiva, que se refleja en la evolución de las concepciones acerca de las cosas y en su asimilación a la condición de mercancías. El dinero ejemplariza la posibilidad de convertir las cosas en símbolos; a partir de ahí, prácticamente cualquier bien pudo ser aludido a través de una categoría abstracta referida a sus posibilidades de circular mercantilmente y no a sus cualidades físicas. El dinero cataliza las probabilidades del intercambio y su manejo institucionalizado confiere a las transacciones una velocidad antes desconocida. La recursividad ágil del sentido de los negocios es el mejor ambiente para efectuar una identificación abstracta de las cosas que se intercambian a través de un medio monetario.

La noción de bien, en el sentido aquí expresado, no representa una solución adecuada para aquellos elementos que muestran resistencia a la integración a los circuitos del mercado. Los recursos naturales, en cuanto continúe su integración ecosistémica, no pueden ser lisa y llanamente desprendidos de su ambiente. Su aprovechamiento extractivo queda drásticamente condicionado por la necesidad de conservar el entorno natural, entonces, tales actividades sólo pueden realizarse dentro de los márgenes que permita la capacidad regenerativa del medio de que se trate. Bajo esta perspectiva, las cosas no se encuentran simplemente disponibles, dado que su articulación funcional a otros bienes naturales dificulta la atribución de una facultad irrestricta a favor de un eventual propietario.

No resulta sencillo pensar en la ruptura de la mancuerna que forman propiedad y consumo. Por eso mismo, no es fácil imaginar un objeto que imponga al titular del derecho la necesidad de atender sus propias necesidades de conservación. Y no es que el mercado sea absolutamente disfuncional para incorporar, a través de vías sofisticadas, valores que a primera vista parecen no mercantilizables; sino que existe una pretensión general y justificada de la sociedad dirigida a la conservación de la biodiversidad, y es justo este último interés, el que difícilmente podría realizarse por el cauce normal de los negocios privados. El balance entre disposición del bien y conservación corresponde, por lo tanto, a una decisión exorbitante al mercado.

C. Propiedad desde el sujeto y propiedad desde el objeto

Si nos atenemos al desarrollo histórico de las relaciones patrimoniales dentro de las sociedades occidentales, pueden localizarse dos enfoques prevalecientes: o se define la propiedad desde la perspectiva del sujeto y, entonces, como sucedió en el periodo moderno, las cualidades del objeto se obnubilan para favorecer la recepción irrestricta de los atributos de la

titularidad patrimonial, o bien, se asume el punto de vista contrario, según el cual la relación patrimonial quedará determinada por las características propias de los bienes a los que se refieren las titularidades.²⁸

En la sociedad medieval, por ejemplo, la escisión de los derechos relativos a la pertenencia de la tierra es un dato revelador. La atribución a diferentes sujetos de potestades distintas, como eran el dominio directo y el dominio útil, reflejaba, sin duda, que las consideraciones sociales sobre el bien al que se valoraba como la fuente más importante de riqueza, perseguían, por un lado, fijar la situación de los dueños de la tierra de una manera estable dentro de la jerarquía social y, por el otro, definir condiciones de utilización del recurso para garantizar la situación de autoconsumo propia de este periodo. La tierra se trabajaba porque alguien era siervo, y se era siervo porque trabajaba la tierra. Alguien era dueño de la tierra porque era señor, y señor porque era dueño. Pero ni el mismo señorío otorgaba potestades para mantener ociosos los fundos de labor; el derecho de cultivar las heredades tenía una justificación más profunda que el simple derecho a ejercer sobre la tierra actos de disposición.

En la antítesis, el concepto moderno de propiedad se construyó con la intención de potencializar la posición del sujeto y de favorecer sus capacidades de decisión. Desde este ángulo del problema, las cualidades intrínsecas de las cosas no merecen un tipo de atención especial, y mucho menos, pueden ser consideradas como un factor de contención para las proyecciones voluntarias del sujeto. Lo deseable bajo este tipo de enfoque, consistiría en pensar la fórmula técnica que permitiera concebir al bien como un receptáculo de las decisiones del dueño, dado que de esa forma se medía el sentido práctico de su libertad. Las necesidades de la vida moderna exigieron que la propiedad, o cualquiera de los derechos que derivan de ella, se ejerciera lo mismo sobre un bien corpóreo que sobre otro incorpóreo; sobre un mueble que sobre un inmueble. Incluso la propiedad sobre el dinero se convirtió, desde entonces, en la forma de riqueza con mayor fuerza simbólica.

La idea de la fragmentación del dominio sobre las cosas constituye un avance más o menos consciente, contra el libre arbitrio del titular del derecho patrimonial. Esta especie de freno o censura a las facultades de disposición del propietario, puede proceder de los más variados orígenes y referencias. Baste recordar que, en Roma, el surgimiento del usufructo como un derecho autónomo, estuvo ligado a la intención de proteger el patrimonio de los incapaces o de impedir la prodigalidad de los vástagos

²⁸ Grossi Paolo, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, trad. de Ángel M. López y López, Madrid, Civitas, 1992, p. 86.

irresponsables. En la sociedad contemporánea, las justificaciones de contención tienen también móviles más o menos homogéneos, por ejemplo, la armonización de los usos del suelo en los centros de población, o la preservación de los elementos culturales y naturales, por sólo citar los casos más reconocibles.

La posibilidad de dividir el dominio sobre los bienes permite, asimismo, diversificar los tipos de intereses que se proyectan sobre un mismo objeto o clase de ellos. Esto a su vez, favorece el hecho de que el mercado involucre en sus procesos a alguna de estas bandas de tutela jurídica, pero deje a salvo a las otras. Vale la pena plantear un ejemplo: alguien puede ser propietario de la obra plástica de un artista, cuya producción en su conjunto ha sido objeto de una declaratoria que la convierte en monumento artístico. Para determinar qué consecuencias se suscitan bajo esta situación, hay que decir: primero, que el propietario del bien conserva la posibilidad de uso y disfrute, e incluso, una facultad atemperada de disposición, porque no puede, ni destruir el bien, ni exportarlo definitivamente. Desde el punto de vista de su circulabilidad, el bien está limitado, aunque, dentro de ese rango, continúa siendo una mercancía; segundo, las características estéticas del bien son objeto de protección a través de las disposiciones legales que regulan la situación del patrimonio artístico del país. El estatus monumental de la obra impide que exista un libre aprovechamiento de su imagen, la cual sólo podrá comercializarse con autorización de la oficina pública que administre los bienes artísticos a los que ha recaído el estatus monumental. Ni siquiera el propietario puede autorizar la reproducción de la imagen de la obra con fines comerciales. Algo similar sucede en el caso de los llamados derechos de autor, los cuales se dividen en dos cauces de intereses distintos: los llamados derechos morales, que no son objeto de comercialización, y las regalías, las cuales son susceptibles de cualquier transacción privada.

3. *Hacia un nuevo discurso patrimonial*

A. *La búsqueda de una nueva categoría*

Colocados en el extremo histórico en el que estamos, es imposible no atender el imperativo de conservar los elementos que integran el ambiente natural. Cualquier fórmula jurídica que se proponga para ordenar el aprovechamiento de la naturaleza tiene que atenerse, por lo tanto, a la condición de la sustentabilidad. Al respecto, hay que declarar la falta de adecuación del concepto moderno de propiedad, el cual fue diseñado y desarrollado con el

énfasis puesto en la capacidad de disposición que se concede al titular del derecho. Asimismo, es necesario precaverse contra una conducta linealmente reactiva a la anterior, que diera por sentado que todo aquello que no pueda mercantilizarse en términos óptimos, por ese solo hecho, debe ser asumido como tarea pública en condiciones idóneas de eficiencia. Así las cosas, ni los propietarios privados abandonados a su libre arbitrio, ni la gimnasia intervencionista de las burocracias de los Estados providentes, parecen, en sí mismos, instrumentos cabales para hacer frente, desde la dimensión jurídica, al problema de la conservación de los elementos naturales.

Una sociedad compleja, como se admite que es la actual, requiere de instituciones sinérgicas que, más allá de las limitaciones de cualquier lógica lineal, atiendan a la polivalencia de los conflictos contemporáneos. El viejo corte de cuño moderno que separó a la sociedad en un espacio público y otro privado, ahora debe relativizarse a partir de proyecciones de tipo transversal. La conservación de los elementos naturales, habida cuenta de las tendencias negativas que presionan, no es algo que pueda realizarse desde la perspectiva privativa, ya sea de lo público, o bien, de lo privado. Cualquiera de estos dos ámbitos parcializaría el enfoque, dejando de lado aspectos trascendentes desde el punto de vista de la conflictiva ambiental.

Los daños a los elementos naturales no tienen su origen profundo en los actos materiales por los que físicamente se ejecutan; obedecen más bien, a un cierto patrón de relación de la sociedad con la naturaleza, en el que prevalece el engreimiento del factor humano y la forma de organización que asume la satisfacción de las necesidades materiales. Bajo esta perspectiva, la protección de los elementos naturales involucra variables económicas, científicas, políticas, jurídicas y, especialmente, éticas. Si en la atención de los conflictos medioambientales se sacrifica cualquiera de las dimensiones que complejizan su estructura, la simplificación no acarreará el efecto estabilizador que con una decisión de esta índole hipotéticamente se pretende.

Buscar la reorientación de las actitudes sociales hacia el ambiente, exclusivamente en la dimensión del mercado, de la propiedad y del interés privado, es renunciar a entender que existen factores exógenos a la lógica económica moderna, los cuales deben comprenderse en cualquier estrategia de programación social. Pareciera incluso que el mayor reto consiste, precisamente, en sumar los efectos sinérgicos de los factores no mercantilizables, y no en excluirlos. La aportación, desde la dimensión jurídica, a este tipo de estrategias debe proponer categorías normativas que soporten la colocación de los factores mercantiles, de cara a los no mercantiles, y que permitan estabilizar las expectativas de los comportamientos socia-

les desagregando y distinguiendo las distintas bandas de intereses que se entretujan en cada relación. Prieto de Pedro cita a Gianni al afirmar que, en relación con el patrimonio cultural —y esto podría decirse también del natural— es necesario encontrar categorías normativas que establezcan “sobre un mismo soporte físico (cosa)”, la posibilidad de proteger diversos intereses.²⁹

La búsqueda de categorías jurídicas pertinentes al problema ambiental supone pugnar por un diseño con un grado de abstracción superior al que ofrecen hasta hoy las distintas fórmulas de pertenencia. Dicho en otros términos, se trata de dar con un tipo de institución jurídica, cuya eficacia no se encuentre condicionada de manera definitiva por el tipo de régimen de apropiación al que se encuentra sujeto el aprovechamiento de los elementos naturales. Dicha institución debería fungir como facilitadora de la sinergia de aquellos factores sociales normalmente excluidos del cálculo económico, para hacer factible un aprovechamiento cabal de los esfuerzos sociales a través de un tipo de organización con orientaciones incluyentes.

El no despegar la indagación por las nuevas herramientas jurídicas del nivel en el que se organizan las formas de apropiación, implicaría el conformarse con las ventajas exiguas que ofrece, en materia de conservación, cualquiera de las tres soluciones siguientes: la privatización lisa y llana de los elementos naturales, la privatización sujeta a modalidades, o bien, la inclusión de estos bienes en el dominio público. Ninguna de estas opciones, singularmente consideradas, parece idónea para el desarrollo de una estrategia de tipo sinérgico. Lo aconsejable es la utilización combinada de estas alternativas, pero para lograr dicha conjugación es necesario pensar en un tipo de complejo normativo capaz de organizarse y de actuar en un plano superior de la pertenencia. La razón determinante del nuevo estatus jurídico de los componentes de la naturaleza debe ordenarse desde el criterio de conservación. Bajo esta secuencia de ideas, las formas de apropiación y de aprovechamiento deberán subordinarse al principio de sustentabilidad.

B. *La tercera edad del patrimonio*

Para algunos autores contemporáneos, la búsqueda de una clave jurídica para la atención de los conflictos medio ambientales culmina en una reformulación de la teoría del patrimonio. François Ost, por ejemplo, arguye dos razones para justificar la elección del patrimonio como el referente jurídico central en aspectos relativos al ambiente. El primer argumento consiste en

²⁹ Prieto de Pedro, Jesús, *op. cit.*, p. 1571.

que la noción patrimonial se coloca más allá de la distinción dual entre sujeto y objeto; por ello, permite, simultáneamente, aludir a facultades subjetivas de aprovechamiento acotado y a ciertos intereses sociales vinculados a la conservación de los elementos naturales. La segunda línea argumental se refiere a lo que Ost llama “el carácter transhistórico del patrimonio”, al que identifica como una noción que, con distintos acentos culturales, ha surgido en épocas tan diversas como la antigua Roma, la sociedad medieval, el mundo moderno y aún en los años que actualmente transcurren.³⁰

En su primera edad, la edad romana, el patrimonio fue considerado como la potestad principal del jefe de familia, aunque también como el soporte material de la organización gentilicia. Esto quiere decir que el ejercicio del padre ponía en juego no sólo un atributo de índole económica, sino que se refería además a ciertas funciones sociales, políticas y religiosas, que se encontraban asociadas a aquélla y que se entretrejan complementariamente con la idea de pertenencia.³¹

Puesta en las circunstancias en las que surgen los códigos modernos, la noción de patrimonio reaparece con un perfil mucho más individualista en el que prácticamente se confunde con la persona de su titular.³² La consustancialización de los conceptos de patrimonio y persona, obra de los juristas de la exégesis, lleva a la afirmación extrema de que no existen personas sin patrimonio, ni patrimonio sin titular, lo cual a todas luces resulta una exageración del discurso. Para darle soporte a esta tesis, sus autores tuvieron que suponer que el patrimonio no está sólo compuesto de bienes y derechos evaluables en dinero, sino que también lo integran las deudas que eventualmente contrajo su titular. De este modo, o se es derechohabiente de un patrimonio con activos, o bien, se es titular de otro en el que predominan los números negativos.

A raíz de los planteamientos exegéticos, la consecuencia técnica más importante que se extrajo de la teoría del patrimonio fue la de considerar a éste como cobertura o garantía de los actos de su titular. Una conclusión de este tipo permitió un desarrollo muy importante de la noción de responsabilidad civil; en lo sucesivo, cualquier sujeto tendría que hacerse cargo de sus compromisos pecuniarios hasta el monto de su patrimonio. Bajo este tipo de doctrina es obvio que la noción de patrimonio queda enérgicamente empalmada con la noción de pertenencia y, específicamente, con la de pertenencia individual.

³⁰ Ost, François, *op. cit.*, p. 295.

³¹ *Ibidem*, p. 298.

³² Véase Bonnetcase, Julien, *Elementos de derecho civil*, trad. de José M. Casica Jr., Puebla, Cajica, 1945, vol. I, pp. 619-621.

Aún dentro de la dogmática del derecho privado hubo intentos como el de Ferrara que hicieron evidente que la noción de patrimonio no tenía por que ser totalmente tributaria de una concepción individualista. La teoría del *patrimonio afectación* quiso desligar la universalidad de bienes y derechos que lo componen de la idea de pertenencia, para situarlo en la perspectiva del fin a que el patrimonio se dirige. Afectar bienes es, por esto, destinarlos al cumplimiento de una meta necesariamente transpersonal. En el ámbito del derecho de sociedades, la teoría del patrimonio afectación ha gozado hasta el presente de una gran aceptación.

En el derecho administrativo, la noción de patrimonio admite varios matices. En algunos órdenes jurídicos nacionales se utiliza para designar la totalidad sobre las cosas que componen lo que, con algunas reservas, se puede denominar la “propiedad pública”. En México, por ejemplo, la Ley General de Bienes Nacionales alude al “patrimonio nacional” con este sentido. Pero en España, por citar otro caso, se utiliza el término para distinguir los bienes públicos que no se encuentran afectados al dominio público. En sentido aún más restrictivo, los españoles usan el concepto patrimonio nacional para referirse a los bienes de la Corona. Los bienes que integran el patrimonio real no están destinados al uso público, sino al servicio del rey.³³ Pero aun considerando las diferencias puntuales acerca de la noción de patrimonio, es claro que, en el derecho administrativo, prevalece asimismo la idea de pertenencia como referente central del concepto.

Actualmente comienza a despuntar una noción de patrimonio mucho más compleja. Con este nuevo concepto se pretende romper la estricta relación que existe entre la noción exegética de patrimonio y las situaciones modernas de pertenencia privada. Bajo esta perspectiva, se afirma, por ejemplo, que ciertos bienes forman parte del patrimonio cultural de la humanidad, lo cual significa que, independientemente de la ubicación temporal que mantengan y del régimen de propiedad al que se encuentran sujetos, tales bienes están resguardados por una tutela jurídica de alta jerarquía. Dicha protección responde al interés de la humanidad en la conservación de un cierto tipo de bienes. La declaratoria de pertenencia al patrimonio de la humanidad restringe los derechos específicos que determinados sujetos, públicos o privados, pudieran tener en relación con los bienes de referencia.³⁴

El nuevo concepto de patrimonio se pretende dialéctico en el sentido más rico del término. Por principio, dicha noción no opta por enfatizar

³³ Parejo, Luciano *et al.*, *Manual de derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 1998, vol. 2, pp. 90 y ss.

³⁴ Ost, François, *op. cit.*, pp. 302 y 303.

la posición del sujeto respecto de las cosas apropiables, aunque tampoco establece una prioridad definitiva a favor de las cosas a las que se dirige. La fórmula dialéctica consiste, precisamente, en mantener un interés alternativo y, al mismo tiempo, en los dos extremos de la relación. Para ese efecto es necesario reconocer primero, un derecho básico de apropiación que puede ser público o privado; después, un derecho difuso, en el que se concreta el interés general orientado a la conservación del bien. El resultado se puede expresar de distintas maneras, según el acento que se busque conferir en cada caso, por ejemplo:

- El derecho básico de apropiación llega hasta donde no se impide un derecho similar a las generaciones futuras.
- Los elementos naturales tienen un valor que no procede de la atribución que le confieren los agentes sociales.
- El valor intrínseco del bien y su valor de mercado pueden ser ambos funcionales para su conservación.
- El valor que el bien alcanza en el mercado, no es superior a su valor intrínseco.
- La tutela jurídica del bien alcanza dos vertientes: la del derecho básico de apropiación y la patrimonial, relativa a su conservación.
- La tutela patrimonial del bien se orienta a mantenerlo como objeto útil de la praxis futura.

Estas conclusiones, u otras equivalentes, demuestran la idea fuerza de la nueva institución: el patrimonio, en su tercera edad, pretende aprovechar su propia ambigüedad para constituirse en una auténtica “reserva de posibilidades”.³⁵ A través de un ejercicio de superposición de tutelas jurídicas se intenta situar a la conservación, ya sea de bienes culturales o naturales, en un nivel de abstracción superior al de los regímenes de propiedad. El criterio de sustentabilidad, ya fincado como gran condición, debe envolver y subordinar a cualquier otro tipo de interés sobre los bienes protegidos. Por su grado de precisión es conveniente citar (textualmente) un pasaje de la obra de Ost: “El bien patrimonializado queda como transfigurado; todavía pertenece al mundo de las cosas ordinarias y las más de las veces sigue siendo susceptible de apropiación, en adelante queda bajo la protección de un interés superior, que marca el objetivo de su régimen jurídico”.³⁶

³⁵ *Ibidem*, p. 313.

³⁶ *Ibidem*, p. 318.

Cabe mencionar que la nueva noción de patrimonio no se encajona en las estrecheces del Estado nación; su ámbito pretende ser, por cierto, el de la sociedad globalizada. A la mundialización del mercado, este concepto trata de oponer la mundialización de los factores no mercantilizables, y a la centralidad univalente del Estado nacional, le confronta el ejercicio difuso de las organizaciones civiles emergentes.

Al patrimonio rejuvenecido hay que endilgarle además los instrumentos procesales necesarios para que su discurso resulte jurídicamente operativo. Por lo tanto, es menester perfilar acciones constitucionales populares, o simplemente, ampliar el espectro de la legitimidad procesal, para permitir el acceso litigioso a cualquier interesado en la conservación de los bienes patrimonializados. Sin instancias procesales, esta suerte de derechos transversos quedaría completamente en la ineficacia, o mejor aún, a merced de los derechos básicos de apropiación, ya fuesen estos públicos o privados.

4. *Un llamado emergente a la cordura*

El nuevo discurso patrimonial brota de sus autores con un optimismo que no siempre encuentra asideros razonables. La sola posibilidad de que exista una categoría jurídica con la versatilidad suficiente para acoger simultáneamente intereses disímolos, no garantiza su viabilidad. Por otra parte, el concepto parece no tener tampoco la originalidad que se le atribuye. En efecto, hoy existe una noción de patrimonio que funciona como tutela de ciertos intereses generalizados de conservación; es también cierto que dicha protección se construye por encima de las formas específicas de apropiación y, en muchos casos, a una escala internacional. Pero hay, sin embargo, algunos reparos para echar las campanas a vuelo:

Primero. La nueva noción de patrimonio no ha alcanzado un nivel de homogeneidad conceptual que permita establecer un manejo generalizado de la misma. Por lo tanto, no todos los órdenes jurídicos nacionales procesan de igual forma su desarrollo y su recepción.

Segundo. Como proceso de *lege ferenda* esta categoría jurídica lleva al menos cinco décadas, sin que hasta la fecha cuente con un desarrollo técnico cabal. En algunos órdenes jurídicos en los que existe la garantía procesal a los intereses difusos, los logros son potencialmente mayores; sin embargo, donde no se suscita este reconocimiento, la eficacia de esta noción deja todavía mucho que desear.

Tercero. Los énfasis de los ordenamientos nacionales, generalmente, se depositan en el desarrollo de los instrumentos básicos, es decir, el derecho

de propiedad y sus encauzamientos públicos. Esto se refleja, incuestionablemente, en el pulimento de las formas por las que se realiza la apropiación y el aprovechamiento de los elementos naturales.

Cuarto. Los nuevos teóricos del patrimonio no atienden aún de manera suficiente a la génesis del proceso que conduce a la autonomización jurídica de los intereses difusos y de sus procesos de garantía. En ocasiones, el punto de arranque es el desarrollo de la función social de la propiedad; en otros casos, de las nociones de dominio público y, en otros más, de conceptos clásicos como el de usufructo o el de servidumbre.

Quinto. El nuevo concepto de patrimonio no es producto de la generación espontánea, sino que su proceso de desarrollo debe apalancarse desde las instancias públicas. Por más que se pretenda que el nuevo concepto sea parcialmente manejado por las organizaciones civiles, es necesario, de todos modos, que su recepción sea apuntalada a través de una estrategia legislativa y de política, ambiental y cultural. Quienes hoy son partidarios de esta noción penetran poco en el esclarecimiento del papel que corresponde a los órganos públicos en tal estrategia.

Sexto. Como el mismo François Ost lo reconoce, la noción de patrimonio que defiende, no gana adeptos fácilmente entre los ecologistas de mercado, porque a éstos les parece un concepto que obstruye los derechos de propiedad y, en ese caso, también bloquea el libre juego de los procesos de intercambio. Asimismo, para quienes son partidarios de las intervenciones públicas contundentes, la noción aparece como demasiado tibia, dado que no interfiere de manera directa con los derechos básicos que definen el aprovechamiento de los bienes patrimonializados.³⁷

Séptimo. Un aspecto importante a considerar es que, mientras los derechos básicos que regulan el aprovechamiento de los elementos naturales o de los bienes culturales que proceden de la ley, lo que les asegura por lo menos es la legitimidad formal y política propia de esta fuente; los intereses patrimoniales, por su parte, no se sostienen de un asidero similar. La noción de patrimonio tiene su origen en convenciones internacionales y en la propia praxis de las organizaciones civiles; su inserción en las leyes nacionales es aún un dato excepcional.

Los argumentos críticos esgrimidos no conducen a la descalificación de la nueva noción de patrimonio, sólo intentan establecer un espacio de reflexión para señalar que el camino en la búsqueda de las aportaciones jurídicas para medir los daños sociales sobre la naturaleza es todavía arduo. Muy probablemente las fórmulas que el derecho tenga que proponer

³⁷ *Ibidem*, p. 314.

al respecto, tengan como condición el desarrollo y la maduración de instrumentos procesales que hasta hoy han sido utilizados sólo en un mínimo grado. Asimismo, debe señalarse que las estrategias de conservación no tienen un solo derrotero, sino que su avance obedece a desarrollos simultáneos en el plano de la legislación, de la función judicial y aun de los actos ejecutivos. Este juego debe orientarse bajo una táctica de pinzas, lo mismo hay que apretar por la vía de la matización de los derechos subjetivos, que por la de los instrumentos públicos de control y de regulación de los procesos mercantiles.

Hay que advertir que, si en un medio jurídico determinado no existen previsiones constitucionales acerca de la nueva noción de patrimonio, la recepción en la legislación ordinaria puede dificultarse a un grado insuperable. Asentado lo anterior, cabe concluir que el desarrollo constitucional de esta noción, es una condición fundamental para la maduración posterior del concepto en las prácticas jurídicas.

V. EL APROVECHAMIENTO DE LOS ELEMENTOS NATURALES EN MÉXICO: LAS BASES CONSTITUCIONALES

1. *Perfiles del régimen patrimonial*

El artículo 27 constitucional es, sin duda, el precepto más discutido de todos los que contiene la carta vigente, y los motivos que están detrás del debate no son menores. Este artículo vino a modificar drásticamente el espectro de los derechos patrimoniales que habían estado vigentes durante el Porfiriato, aunque quizá haya que efectuar un matiz a esta afirmación: después de haberse practicado una política de concesiones generosas para la explotación de los recursos naturales durante los primeros años de la dictadura, hacia los últimos, se detecta un viraje. La legislación administrativa restauró algunos controles a favor de la autoridad, ampliando ligeramente su margen de maniobra política. Pero aun aceptando este giro nacionalista en la política económica de los años postreros de la presidencia de Porfirio Díaz, los cambios que planteó la promulgación de la Constitución de Querétaro fueron muy importantes.

El primer punto a destacar es que la Constitución de 1857, en su artículo 27, perfiló un régimen de propiedad de rasgos típicamente modernos. Definió la propiedad como prerrogativa individual, suponiendo, erróneamente, que las relaciones patrimoniales en el país podrían orientarse por ese único patrón.

La Constitución de 1917, por su parte, modificó este panorama al consagrar un sistema patrimonial con innegables resabios coloniales. Sobre la

fórmula de la propiedad originaria de la nación, los constituyentes implantaron un régimen complejo de asignación central de los recursos apropiables. Las formas patrimoniales que se establecieron como derechos derivados de la titularidad anterior de la nación fueron: la propiedad privada, la propiedad comunal, la propiedad ejidal y el dominio directo o propiedad de la nación. Todas estas vertientes de organización de los derechos de apropiación encuentran apoyo en la potestad primigenia de la nación, que funciona como actor de legitimación para el régimen plurimorfo que contiene la carta constitucional.

La forma en que quedó regulada la propiedad privada hizo que se apartara de los cánones liberales que veían en las prerrogativas del propietario un derecho natural e impenetrable para el poder público. La propiedad privada a la que se refiere el artículo 27 constitucional es un derecho permeable, de rango inferior a la titularidad originaria de la nación y, por todo ello, receptivo a la imposición de las modalidades legislativas que sugiera el interés público. Cabe mencionar que la carta de Querétaro constriñó este derecho a aquellos bienes que no quedaron definidos como del dominio directo o de propiedad de la nación. Además, limitó en varios sentidos las posibilidades de los extranjeros para convertirse en propietarios inmobiliarios dentro del territorio nacional. La propiedad privada perdió la exclusividad que le había conferido la Constitución de 1857 como fórmula única de apropiación; en la carta vigente, este derecho tuvo que compartir su espacio regulatorio con otros modos de apropiación, a los que sin mucho apuro podría calificárseles de premodernos.

El artículo 27 consagró además el programa de reforma agraria que había bocetado la Ley del 6 de enero de 1915. En dicho precepto se recogió la idea del fraccionamiento de los latifundios por la vía de las expropiaciones. Las acciones agrarias se dividieron en dos vertientes: las restitutorias, cuyo objeto era devolver a sus antiguos dueños (pueblos, condueñazgos, rancherías, tribus y congregaciones), las tierras perdidas por la aplicación de las Leyes de Reforma y de las leyes de colonización y deslinde. La otra fórmula se refirió a las acciones de dotación, que podían hacer valer los grupos de campesinos sin tierra, con objeto de que las propiedades circunvecinas les fueran repartidas para su aprovechamiento, dejando a salvo solamente la pequeña propiedad. De este modo, los procedimientos agrarios produjeron dos tipos de propiedad: la comunal, con perfiles étnico ancestrales, y la ejidal, abierta a la parcelización, pero sin el reconocimiento del derecho de disposición para sus titulares. En ambos casos, la tierra se vio limitada desde la perspectiva de su circulación en términos modernos.

El dominio directo de la nación abarcó elementos tan importantes como los minerales, el petróleo y los demás carburos de hidrógeno. En todos

estos casos, la nación se reputó propietaria y, en tal virtud, quedó investida para ejercer el control final sobre el destino de estos recursos, los cuales, en lo sucesivo, sólo podrían aprovecharse a través de concesiones. Con esta decisión constitucional se mermó de manera importante el potencial mercantil de tales bienes, que con todo y su significado estratégico para el desarrollo, quedaron a merced de los designios públicos.

Algo parecido sucedió con los principales recursos hidráulicos del país. Las aguas se enmarcaron dentro de la propiedad de la nación y su aprovechamiento, igualmente, se subordinó al otorgamiento de las correspondientes concesiones.

Amén de lo anterior, en el artículo 27 se continuó la política de afectación de los bienes del clero; el Constituyente desarrolló el régimen de los procedimientos de nacionalización de bienes eclesiásticos, concediéndoles así una base constitucional indubitable.

Por otro lado, los autores de la Constitución regularon la potestad expropiatoria con una amplitud hasta entonces desconocida. Por un lado, abrieron la posibilidad de diferir el pago de las indemnizaciones; por otro, dejaron a las legislaturas de los estados y al Congreso de la Unión, una discrecionalidad, casi completa, para definir las causas de utilidad pública bajo las que habría de considerarse procedente la expropiación. Adicionalmente, restringieron el papel del Poder Judicial a los casos en los que hubiera inconformidades con el monto de la indemnización. Este diseño normativo permitió al Ejecutivo una función protagónica que se extiende desde la declaratoria de utilidad pública, hasta la ocupación del bien expropiado y el pago de la indemnización. Un aspecto poco explorado de la institución expropiatoria en la Constitución de 1917 consiste en el papel que desempeñan estos actos para facilitar, por vías públicas, la circulación de los bienes entre las distintas formas de apropiación previstas en el artículo 27. A través de los actos expropiatorios un bien privado puede convertirse en objeto de propiedad pública, comunal o ejidal; un bien ejidal o comunal, a su vez, queda en posibilidad de volver al patrimonio del Estado, o incluso, de convertirse en un objeto de apropiación privada.

Los perfiles del régimen de propiedad del 27 constitucional son fuertemente centralistas, ya que dejan al Congreso de la Unión y al presidente de la República el arbitraje y la distribución de los principales recursos apropiables. En un principio, los gobernadores de los estados tenían asignado un papel más activo en los procedimientos agrarios, aunque con las reformas posteriores perdieron dicho protagonismo. Si además pensamos en la proverbial docilidad que caracterizó al Congreso mexicano hasta décadas recientes, no se puede sino concluir que el Ejecutivo recibió, por vía de lo

dispuesto en este precepto, facultades patrimoniales de alcances insospechados. Asimismo, no hay que perder de vista la función marginal que en materia de regulación de la propiedad quedó asignada a los legisladores de los estados, los cuales están siempre expuestos a que el régimen patrimonial privado que definan a través de su función legislativa, sea posteriormente rectificado por el Congreso de la Unión a través de la imposición de modalidades en las leyes federales.

La confusión entre las categorías de soberanía y propiedad es también un rasgo del artículo 27. Dicha falta de especificación es un dato que se ha imputado a los Estados premodernos; en cambio, en los Estados de derecho siempre se ha hecho énfasis en la demarcación estricta de los espacios privados respecto de los públicos. La forma en que se perfiló el régimen patrimonial mexicano no favoreció la consolidación de un ámbito privado exclusivo y, por lo tanto, de una perspectiva garantista confiable. La propiedad suele ser una piedra angular para cualquier sistema de prerrogativas individuales; al quedar debilitado este derecho en sus perfiles excluyentes, se dejó abierta la posibilidad para la constante injerencia pública en la esfera de derechos de los gobernados.

La evolución del artículo 27 constitucional a través de sus años de vigencia está marcada por vicisitudes que han resultado también trascendentes para la historia del país. Al respecto, hay que señalar que el modelo patrimonial básico se modificó para dar lugar a un sector de actividades propiamente nacionalizadas. Tal fue el caso de la industria petrolera en 1940, año en el que se incorporó al texto la prohibición de otorgar concesiones para el aprovechamiento del petróleo y sus derivados. En 1960, sucedió lo mismo con el suministro público de la energía eléctrica, y en 1975, con los minerales radioactivos.

Además de lo anterior, al párrafo cuarto del precepto, que enlista los bienes pertenecientes al dominio directo de la nación, se le agregaron los conceptos de plataforma continental, zócalos submarinos y espacio aéreo. El párrafo quinto, por su parte, ha sido rectificado también varias veces; en una de esas oportunidades, a los recursos hidráulicos originalmente clasificados dentro de la propiedad de la nación, se sumaron las aguas marítimas interiores, así como sus respectivos vasos y cauces.

En materia agraria, las modificaciones significativas estuvieron vinculadas a la supresión del amparo para los pequeños propietarios y a la posterior restauración de este derecho litigioso. Posteriormente, en 1992, se efectuó la reforma de más envergadura que ha experimentado el artículo 27 constitucional, por la que prácticamente se canceló el programa de reforma agraria que se había puesto en marcha con la Constitución. A partir de la

reforma se suprimieron las acciones de dotación y de restitución y, sobre todo, se abrieron las posibilidades para que la propiedad ejidal y comunal se liberara de algunas de las trabas constitucionales que impedían su circulación mercantil. Asimismo, se retiraron los impedimentos a las sociedades comerciales y civiles para adquirir propiedades agrarias, y se propusieron las bases para que pudieran concretarse diversas fórmulas de asociación con ejidatarios y comuneros.

Como se puede concluir, las numerosas reformas al artículo 27 constitucional, excepto la de 1992, dejan a salvo el perfil básico de su texto y más bien, lo pulen y desarrollan, extrapolarlo las soluciones que el Constituyente había ya insinuado en su trabajo original.

2. La protección de los elementos naturales en el texto original

La legislación administrativa del periodo porfirista mostraba sesgos muy pronunciados hacia los intereses de los inversionistas que desarrollaban labores empresariales en el país. Quienes se beneficiaron de las concesiones para aprovechar recursos naturales, gozaban de prerrogativas amplísimas, las cuales les permitieron orientar su trabajo con criterios preponderantemente extractivos. Esta situación resulta hasta cierto punto explicable, si se asume que México, en esos años, se proyectó como un país proveedor de materias primas agrícolas y mineras en el marco de la economía mundial.

El escaso énfasis en la protección y cuidado de los recursos naturales que caracterizó a las explotaciones de la época porfirista, puede ser abundantemente documentado. Sólo por rememorar los casos más significativos, se puede aludir a los numerosos accidentes producidos en los pozos petroleros de la huasteca, o la forma irresponsable en que fueron abatidas extensas superficies de selva tropical en las monterías del sur de la República. Estos hechos difícilmente hubieran podido estar ausentes de la mente de los diputados constituyentes, cuando éstos decidieron consagrar el principio de conservación al regular lo relativo a los elementos naturales. La forma decidida en que los autores de la Constitución plantearon límites al aprovechamiento, conscientes de que la permanencia de los elementos naturales no es compatible con actitudes desmesuradas de explotación, puede calificarse incuestionablemente como vanguardista.

Para entender la magnitud de la reacción nacionalista de los diputados constituyentes, hay que traer a colación su decisión de revisar todos los contratos y concesiones hechos por los gobiernos anteriores desde el año de 1876, que hayan traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la nación, y el facultamiento correlativo al

Ejecutivo de la Unión “para declararlas nulas, cuando impliquen perjuicios graves para el interés público”. Esta disposición, que habilitó al gobierno para afectar las concesiones otorgadas, fue el contundente remate con el que el Constituyente cerró el texto del artículo 27 constitucional. Tal atribución, abrió la posibilidad de afectar derechos adquiridos, como tanto lo proclamaron en tono de denuncia los detractores del precepto; además, fortaleció la posición gubernamental al permitirse al Ejecutivo la oportunidad de redistribuir los recursos concesionables bajo mejores perspectivas de control público. Es obvio, asimismo, que el Constituyente insistió en que el aprovechamiento de los elementos naturales se efectuase en beneficio de la sociedad, evitando en todo caso las situaciones de concentración y de acaparamiento de estos recursos.

A continuación fijaremos los términos originales del párrafo tercero del artículo 27 constitucional, para luego referirnos a la evolución de su contenido. En dicho párrafo, después de que el Constituyente otorgó facultad a la nación para imponer modalidades a la propiedad privada cuando lo ameritase el interés general, se le confirieron también atribuciones para “regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación”. Y más adelante, los autores del texto dispusieron: “Con este objeto se dictarán las medidas necesarias... para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad”.³⁸

De la forma en que se estableció la posición del Constituyente de Querétaro pueden extraerse las siguientes conclusiones:

Primera. La Constitución distingue los elementos naturales susceptibles de apropiación de aquéllos que no lo son. Quedan fuera de tal condición, los bienes que la propia carta consideró del dominio directo o de propiedad de la nación (minerales y carburos de hidrógeno, en el primer caso; recursos hidráulicos de propiedad nacional, en el segundo). Los elementos naturales susceptibles de apropiación a los que se refiere el texto constitucional, deben ser, entre otros: la fauna silvestre, terrestre y marina; la flora, incluyendo los bosques y selvas; el suelo; las aguas no previstas en el párrafo quinto del artículo 27 como de propiedad de la nación y el aire.

Segunda. Bajo los criterios centralistas de la Constitución, la regulación del aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación corresponde al Congreso de la Unión, ya que, como la Suprema Corte

³⁸ Texto original del artículo 27 constitucional.

lo ha resuelto reiteradamente en ejecutorias anteriores a la década de los noventa, dicho órgano es el único que representa la totalidad de la dimensión nacional.

Tercera. A pesar de que los elementos naturales susceptibles de apropiación pueden, en principio, ser aprovechados por sus propietarios, el Constituyente perfiló un control regulatorio fuerte, con objeto de garantizar tanto la conservación como la distribución equitativa de tales recursos, considerados como componentes de la riqueza pública. La propuesta constitucional implica un sistema de tutela jurídica compleja, puesto que, por una parte, garantiza el derecho del titular de la propiedad, pero, por otro lado, condiciona el ejercicio de ese derecho a la permanencia del recurso, lo que significa el reconocimiento del interés de la nación en la conservación de tales elementos. La consecuencia lógica de este planteamiento es que, en este caso, el derecho de propiedad no implica libre disposición para su titular, sino un ejercicio restringido por las pautas regulatorias que subordinan dichas prerrogativas al interés que suscita la conservación.

Cuarta. Las dos directrices a las que habrá de tender la regulación del aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación son: la distribución equitativa de la riqueza pública y su conservación.

Quinta. El derecho de propiedad que pudiera derivarse a los eventuales aprovechadores, constituye una prerrogativa permeable, la cual puede ser interferida por las medidas que el Constituyente “dicte” para evitar la destrucción de los elementos naturales. En este caso, el criterio de imposición de modalidades a la propiedad está resuelto por el mismo Constituyente.

Tratando de resumir algunos de los aspectos de este análisis, se puede formular la siguiente aserción: en el modelo patrimonial original del artículo 27, los elementos naturales se sujetaron a dos vertientes jurídicas para su aprovechamiento: las concesiones, en el caso de los párrafos 4o. y 5o. del precepto, o bien, el reconocimiento del derecho de propiedad, aunque sujeto a la doble condición; por una parte, de no favorecer el acaparamiento de la riqueza pública, y por otra, de atenerse a las necesidades de la conservación. Ninguno de estos dos mecanismos de aprovechamiento supuso, por cierto, el desarrollo de los medios del mercado como estrategia principal de conservación. Al contrario, parece que el Constituyente hubiese asumido la insipiente de los procesos mercantiles y que, en virtud de ello, desarrollara sendos mecanismos públicos de control, los cuales trataron de ofrecerse como alternativa a la circulación mercantil —caso de las concesiones—, o bien, como límites a la capacidad de disposición de los sujetos propietarios: tal es la consecuencia de anteponer

los criterios de distribución de la riqueza pública y de conservación, a los aprovechamientos privados. El Constituyente pergeñó un protagonismo muy importante del Poder Legislativo para la delimitación de los derechos de aprovechamiento, tanto en los casos de los recursos mencionados en los párrafos 4o. y 5o. del artículo 27 constitucional, como en los que considera “elementos naturales susceptibles de apropiación”; sin embargo, en relación con estos últimos, no cerró la pinza previendo en el artículo 73, relativo a las facultades del Congreso, una definición expresa para que el legislativo actuara en dicha materia. Esta omisión ha llevado a que las leyes forestal, de pesca y ahora la de vida silvestre tengan que fundarse aludiendo a la fracción XXX del artículo 73 constitucional, la cual dispone que el Congreso de la Unión tiene atribuciones “para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y *todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión*”. Esta fracción debe correlacionarse, a su vez, con las atribuciones para “regular” y “dictar medidas” previstas en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, en lo referente al aprovechamiento, la distribución y la conservación de los elementos naturales susceptibles de apropiación.

Los cuestionamientos al fundamento constitucional de las leyes forestales o pesqueras no han sido extraños. Casi en todos los casos se argumenta que no existe un apoyo constitucional explícito para estas materias, o bien, que no se justifica la exclusión de las entidades federativas en la regulación de dichos elementos. Para responder a la primera objeción, baste decir que la existencia de la fracción XXX del artículo 73 constitucional es la mejor prueba de que el Constituyente no constriñó las facultades del Congreso a las enunciadas en las primeras veintinueve fracciones del artículo que se comenta. En nuestro derecho existen las llamadas *facultades implícitas* y, en este caso, las disposiciones contenidas en el tercer párrafo del artículo 27 constitucional dan sentido a la remisión del Constituyente, que establece: “... y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión”.

Respecto al argumento que inquiriere sobre la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para “regular” y “dictar medidas” en relación con el aprovechamiento, la distribución y la conservación de los elementos naturales susceptibles de apropiación, hay que traer a colación las numerosas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia en relación con la capacidad para imponer modalidades a la propiedad privada. Hasta antes de la década de los noventa, la Corte mantuvo el criterio de que el único órgano legislativo que representa los intereses nacionales es el Congreso de la Unión. El sentido de estas resoluciones apoya la directriz centralista del artículo 27

constitucional, interpretando fielmente su sentido. Ello no quiere decir, sin embargo, que el argumento resulte plausible en el contexto de un Estado federal. Un criterio de este tipo supone, como argumento básico, que el término nación, en cuanto representación de la totalidad estatal, equivale a poderes federales, debido a que son éstos los únicos que representan la idea de la Unión.

Una interpretación distinta, como la que ha sostenido la Suprema Corte en los años recientes,³⁹ implica el reconocimiento de que el Congreso de la Unión sólo puede hacerse de la representación de los intereses legislativos atinentes a las materias establecidas en la Constitución como asuntos federales; sin embargo, dicha asamblea no puede pretender la representación de los intereses legislativos locales. Bajo esta perspectiva se rompe la equivalencia entre nación y federación, ya que la representación total de la primera sólo se conseguirá, en lo federal, por los órganos de la Unión y, en lo local, por los órganos estatales y municipales. Un criterio de este tipo traiciona la intención centralista del Constituyente, aunque probablemente no la literalidad del texto del artículo 27 constitucional. Este argumento parece haber pesado en la Suprema Corte, porque dicho tribunal orienta cada vez más sus decisiones por directrices que coadyuvan con la realización efectiva del sistema federal. Esta interpretación ha sido favorecida por las reformas constitucionales que han incorporado los principios del federalismo cooperativo, los cuales se tratarán en un momento posterior de este trabajo.

3. La evolución de la fórmula constitucional para regular los elementos naturales susceptibles de apropiación

Existen dos reformas al párrafo tercero del artículo 27 constitucional que son trascendentes desde la perspectiva del régimen jurídico de los elementos naturales a los que se refiere este texto. La primera de ellas data del 6 de febrero de 1976. La intención principal de esa modificación constitucional consistió en introducir bases normativas específicas para la materia

³⁹ Véase Pleno de la Suprema Corte de justicia de la Nación, “Asentamientos Humanos. El art. 32, fracción I, de la Ley General correspondiente, no es violatorio del art. 27 constitucional al establecer que corresponde a las legislaturas locales asignar modalidades a la propiedad privada”, en Tesis: P. IX/98, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. VII, febrero de 1998, p. 42; así como Tribunal Colegiado de Circuito, “Desarrollo Urbano del Distrito Federal, Ley de, el jefe del Departamento es autoridad competente para imponer las modalidades a la propiedad privada previstas en ella”, en Tesis: I.4o.A.755A, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIV, septiembre, p. 310.

de asentamientos humanos. En esa ocasión, se efectuaron las siguientes modificaciones al texto del párrafo tercero:

Se estableció que el derecho de la nación para regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación debería ejercerse *“en beneficio social y con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de la población rural y urbana”*. La adición se completó con el texto siguiente: *“(en consecuencia) se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas, bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población...”*.

La adición comentada se vinculó a la introducción de la fracción XXIX del artículo 73, en la que se especificó que el Congreso quedaba facultado para *“expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los estados y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos”*.

De la adición planteada se infiere que el suelo quedó clasificado entre los recursos naturales susceptibles de apropiación, y que la legislación en la materia debería orientarse a conseguir el beneficio social; finalmente, también fue claro que el desarrollo equilibrado del país se perfiló como un propósito explícito para dirigir el trabajo del legislador secundario.

Es interesante observar cómo, en el caso de la materia de asentamientos humanos, el llamado constituyente permanente deja atrás las estrecheces del federalismo dual, para adoptar en lo sucesivo una proyección transversal de competencias hacia los tres niveles territoriales de gobierno. La Ley General de Asentamientos Humanos vendría a distribuir competencias de forma segmentaria entre la federación, los estados y los municipios con el fin de que, en cada uno de estos ámbitos de gobierno pudiesen desarrollarse acciones complementarias para lograr una ordenación urbana coherente a lo largo de todo el territorio nacional.

En apoyo al nuevo federalismo cooperativo se pronunció la Suprema Corte en una ejecutoria relativamente reciente. La sentencia mencionada declaró que la previsión de la Ley General de Asentamientos Humanos que establece que las legislaturas estatales establecerán los criterios normativos para asignación de usos y destinos compatibles, no es violatoria del artículo 27 constitucional. La Corte afirmó textualmente que, en dichas disposiciones:

se está coordinando el ejercicio del derecho de la nación para imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público... definiendo que tal función corresponde a las legislaturas de las entidades federativas, en virtud del ejercicio *concurrente* que sobre la materia ejercen la federación, los estados y los municipios, y que requiere de una delimitación clara de las funciones que cada uno debe realizar conforme al sistema de competencias que les determina la Constitución.⁴⁰

Hemos citado en extenso por la importancia que entraña el criterio vertido. Como se observa, *concurrentia* significa *coordinación* entre tres ámbitos gubernativos. Pero tal coordinación sólo puede efectuarse a partir de un modelo de roles de competencia definidos por una ley general o ley-marco, en la que se establezcan las directrices de la materia. La competencia no la distribuye en realidad la Constitución como se afirma en la tesis, sino que prácticamente se efectúa dentro de la ley secundaria, en virtud de la cual se asignan los roles de competencia respectivos.

A la reforma por la que se adicionó el tercer párrafo del artículo 27 constitucional para incorporar la materia de Asentamientos Humanos en 1973, siguió otra en 1987, para dar cabida en el mismo precepto al tema medioambiental. A continuación se transcribe la parte conducente de la adición: “La nación tendrá en todo tiempo el derecho... de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación... En consecuencia se dictarán las medidas para... *preservar y restaurar el equilibrio ecológico...*”.

Al igual que con la reforma sobre Asentamientos Humanos, en la de 1987, el paquete de movimientos constitucionales incluyó la adición de la fracción XXIX-G al artículo 73 constitucional, concediendo al Congreso de la Unión, en una fórmula gemela a la de la materia urbanística, la atribución para expedir “leyes que establezcan la concurrencia... en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico”.

Valorando el conjunto de la reforma constitucional de 1987, se pueden obtener las siguientes inferencias:

Primera. Se introduce en la Constitución una perspectiva ecosistémica en relación con los componentes de la naturaleza; esto conlleva el reconocimiento de que los elementos naturales no se encuentran desarticulados en su medio, sino que se integran en unidades sinérgico-funcionales, las cuales pueden ser alteradas y perturbadas por la acción humana.

⁴⁰ *Ibidem*, en especial, el primero de los textos jurisprudenciales citados.

Segunda. La perspectiva ecosistémica apareja el reconocimiento de la biodiversidad y de los procesos operativos de la naturaleza como valores a tutelar por el ordenamiento jurídico. Cabe además pensar que dicha forma de protección no anula los derechos de apropiación ni de aprovechamiento, sino más bien, condiciona su ejercicio a través de normas que se les sobreponen.

Tercera. La protección de los componentes medioambientales se organiza desde las leyes de la materia y se concibe generalmente, como un conjunto de políticas públicas y de instrumentos de control que se despliegan para hacer posibles las primeras. Las leyes ambientales estatales se organizan en torno a una ley-marco o ley general que les sirve de referencia y que articula como módulo básico, la unidad del sistema. La ley-marco establece, al mismo tiempo, las directrices normativas para la acción de los poderes federales.

Cuarta. La perspectiva de la regulación medioambiental no impone la anulación del aprovechamiento de los elementos naturales; éstos pueden seguirse utilizando, tanto por sus dueños, en los casos en que los elementos naturales sean susceptibles de apropiación, como por los concesionarios, en los casos que no lo sean. Ello quiere decir que la legislación sectorial, como la hidráulica, pesquera, forestal o de vida silvestre, continúa vigente sólo que condicionada por las normas generales de la ley ambiental.

Quinta. El solapamiento de la ley ambiental con las distintas leyes sectoriales que regulan el aprovechamiento de los elementos naturales puede mover a contradicciones de no fácil solución, debido a que se trata de normas de la misma jerarquía, de acuerdo con el artículo 133 constitucional. Ante esta situación, la prevalencia de las normas contradictorias tendría que obedecer a los criterios tradicionales de que norma posterior deroga la anterior, o de que la ley especial lo hace con la general. Ninguno de estos mecanismos de descarte normativo es favorable para la conservación de los elementos del medio ambiente. La única solución a la vista tendría que venir de una reforma constitucional, la cual habría de perseguir la jerarquización de las leyes ambientales y la participación de las legislaturas de los estados en los procesos de aprobación de las leyes que distribuyen competencias.

Sexta. La lógica de distribución y coordinación de competencias que deriva de la fracción XXIX-G del artículo 73 constitucional, obviamente no se aviene a las rigideces del federalismo dual; sin embargo, el régimen de aprovechamiento de los principales elementos naturales sigue todavía en buena medida los perfiles del federalismo dicotómico, lo que genera, por una parte, desconcierto entre los destinatarios de las leyes y, por otra, una obstrucción para el desarrollo cabal del federalismo coope-

rativo, bajo el que se organizan materias como la educación, la salud, el ordenamiento urbano y la protección al ambiente.

Séptima. La directriz medioambiental incorporada a partir de la reforma de 1987, debe considerarse hoy complementada con las directrices sobre sustentabilidad provenientes de la Cumbre de Río de Janeiro de 1992. De hecho, la reforma a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1996, se realizó en buena parte para recoger este nuevo perfil.

4. *El rumbo de la transición*

Los cambios que experimenta el país tanto en el ámbito económico como en el político, lógicamente presionan sobre el régimen constitucional y, de forma más intensa, sobre las piezas del modelo que reflejan los perfiles autoritarios y corporativos de nuestra tradición. En la última década, por citar algunos ejemplos, se reformó el artículo 27 constitucional para cancelar el proyecto de reforma agraria y para permitir la reincorporación de las propiedades agrarias a la circulación mercantil. En el plano político, se creó el Instituto Federal Electoral para devolverle al sufragio la credibilidad perdida; asimismo, hubo reformas para conferir una mayor autonomía a los órganos de gobierno del Distrito Federal, los cuales ahora son electos por la ciudadanía. Por otro lado, la revitalización del Congreso de la Unión ha tenido como correlato favorable, las reformas encaminadas a fortalecer la organización y el funcionamiento autónomo del Poder Judicial. A resultas de los últimos cambios, la Suprema Corte adquiere un perfil cada vez más cercano al de un tribunal constitucional y la función judicial tiene también mejores condiciones para su profesionalización y desarrollo, con la creación del Consejo de la Judicatura Federal. Todas estas modificaciones sintetizan una transición positiva hacia la efectividad del Estado de derecho. Ello no quiere decir, sin embargo, que deben echarse las campanas al vuelo, porque son apenas los inicios de un proceso de maduración constitucional que, de consumarse, podría cambiar el rumbo de las experiencias jurídicas nacionales.

El ámbito sobre el que se operan los cambios arriba señalados, es el de una carta heterodoxa y octogenaria que logró pervivir sólo porque sus autores entregaron al presidente la posibilidad de arbitrar su contenido. Si la Constitución pudo correr una suerte distinta a la de su antecesora fue gracias a la ambigüedad de sus postulados, ya que recogió en su propio seno regulatorio los perfiles del constitucionalismo moderno, pero los colocó de

cara a los rasgos autoritarios y premodernos de la sociedad mexicana. Tanto en el perfil del Ejecutivo como en el diseño plurimorfo del régimen patrimonial, se hacen visibles las huellas de la ambivalencia de la Constitución. Es difícil reconciliar estas soluciones con la ortodoxia de la división de poderes y del garantismo, tal como han sido entendidas bajo el influjo de los modernos Estados de derecho.⁴¹

Uno de los elementos más difíciles de acoplar a la realidad mexicana ha sido el federalismo de tipo dual que asimiló el Constituyente emulando la solución estadounidense. La historia de nuestro país presenta un paralelismo muy acusado entre efectividad de las experiencias gubernativas y centralismo. A pesar de que desde la Constitución de 1824 se consagró la fórmula federal como alternativa para el ejercicio territorial del poder; la realidad ha apuntado permanentemente en otro sentido. Es hasta años recientes que la federalización ha cobrado con impulso genuino; a ello han colaborado factores muy diversos, aunque quizás el de mayor peso haya sido el de la conquista por parte de los partidos opositores de un buen número de gubernaturas y de alcaldías. Hoy, la política fiscal parece estar virando y los mecanismos de coordinación en esta materia comienzan a viabilizar una descentralización auténtica.

Si revisamos las tendencias constitucionales hacia la federalización, advertiremos que no son los mecanismos propios del federalismo dual los que se ofrecen como vehículos más eficientes para la consecución de este propósito. En las áreas en las que se registran mayores logros (coordinación fiscal, educación, salud, asentamientos humanos y medio ambiente), las fórmulas constitucionales empleadas son más bien compatibles con un federalismo de tipo cooperativo. En estos casos, las leyes federales han dejado su espacio a las denominadas leyes generales o leyes marco; éstas últimas, las emite el Congreso de la Unión con atribuciones expresas y se dedican, además de fijar la competencia de las autoridades federales, a definir el papel competencial de los estados y los municipios en el logro de una política común. De esa forma, cada nivel de gobierno queda habilitado para actuar en un determinado segmento competencial, el cual resulta complementario con las atribuciones conferidas a los órganos territoriales de los otros niveles. El resultado esperado es que, dentro de una misma materia, se distribuyen tareas entre las distintas instancias territoriales y, generalmente, se deja en manos de los órganos centrales la función norma-

⁴¹ Díaz y Díaz, Martín, “La Constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión”, *80 Aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Senado de la República-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 79 y 80.

tiva de más amplio espectro, con objeto de mantener la unidad de propósitos como guía de las distintas acciones gubernamentales.

La tendencia transitiva hacia la reactivación de las instancias locales de gobierno, tiene una connotación contraria al centralismo proverbial de la experiencia mexicana y, especialmente, significa un aspecto de presión contra las fórmulas centralistas del texto constitucional vigente. De manera puntual, la federalización constituye un factor que empuja contra la centralidad del sistema patrimonial previsto en el artículo 27 de la carta. La asimilación lineal entre el concepto de nación y de poderes federales, es algo que difícilmente podrá seguirse sosteniendo después de la incorporación de las materias relativas a los asentamiento humanos y al medio ambiente. Hemos ya expuesto en un pasaje anterior que la Suprema Corte, en la única ejecutoria que ha pronunciado en relación con la función distributiva que efectúa la Ley General de Asentamientos Humanos, se manifestó a favor de la constitucionalidad de dicha ley y, por ende, legitimó su propuesta cooperativa.⁴²

El reconocimiento de que en materia urbanística las legislaturas de los estados pueden imponer modalidades a la propiedad privada, tarde o temprano conducirá a que, con los mismos argumentos, los Congresos locales reivindiquen la capacidad para poder intervenir en la regulación del aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Actualmente, la legislación pesquera y la forestal, por citar dos casos conocidos, establecen sendos regímenes centralizados para la regulación de las actividades de aprovechamiento, aunque se prevé que las demandas de los estados para intervenir en las actividades que dichas legislaciones serán cada vez más apremiantes. Especialmente en el caso forestal, hay varios intentos por parte de las legislaturas locales para efectuar una regulación local de la materia, haciendo caso omiso de la ley federal. En este aspecto la materia pesquera se encuentra a la zaga, seguramente porque la fauna marina habita y se desarrolla en aguas nacionales.

El argumento que podría oponerse por la federación a las reivindicaciones estatales a las que se refiere el párrafo anterior es que, el reconocimiento de la Suprema Corte a la capacidad de las legislaturas locales para imponer modalidades a la propiedad privada en materia urbanística, no puede alcanzar aquellos aspectos que se encontraban regulados en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional (antes de la reforma sobre asentamientos humanos), sino que sólo se refiere a su propio ámbito. Este tipo de razonamiento defensivo se podría apoyar en el hecho de que, la compe-

⁴² *Op. cit.*, *supra*, nota 39 (en especial, el primero de los textos jurisprudenciales citados).

tencia de las legislaturas locales a que nos venimos refiriendo, no procede directamente del artículo 27 en mención, sino de la fracción XXIX-C del artículo 73 constitucional, ya que es este precepto el que autoriza expresamente la acción concurrente entre los tres niveles territoriales de gobierno.

Cualquiera que fuera el resultado de la decisión planteada, es un hecho que la reforma por la que se adicionó a la Constitución lo relativo a la materia medioambiental trae también algunos aspectos que conducen a una reflexión más profunda. Está fuera de duda que los congresos locales tienen atribuciones para dictar, en la esfera de su competencia, leyes para la protección del medio ambiente; sin embargo, hasta ahora, la regulación sobre los elementos naturales, sean o no susceptibles de apropiación, permanece al margen de cualquier ejercicio legislativo local. La atribución para dictar leyes en materia de agua, de bosques y de pesca, sigue reconociéndose como propia del legislativo federal.

No obstante lo asentado renglones arriba, es viable otro tipo de interpretación, la cual podría bocetarse a partir de las siguientes directrices:

Si los elementos naturales forman parte del medio ambiente, como parece obvio, habría que admitir que su preservación y restauración, términos que utilizó el constituyente permanente en su adición al párrafo tercero del artículo 27 de la carta, estarían sujetos a la distribución de competencias que establece la fracción XXXIX-G del artículo 73 constitucional y, por esa vía, podrían quedar a merced de la legislación local, al menos en algunos de sus aspectos. Hasta ahora, los balances de competencia que mantiene la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, no autorizan a la descentralización en las materias pesquera y forestal; sin embargo, está abierta la posibilidad de que, sin modificarse el texto actual del artículo 27, pudieran alterarse los arreglos competenciales actuales. Ello, quizás traicionaría la intención centralista del Constituyente, pero no la literalidad de la carta.

La hipótesis arriba planteada fue ya objeto de desarrollo por el Congreso de la Unión en la recién promulgada Ley General sobre Vida Silvestre. Este instrumento regulatorio se propone como una ley-marco, que tiene por objeto regular la concurrencia de los poderes territoriales para conseguir la conservación y el aprovechamiento sustentable de “los organismos que subsisten sujetos a los procesos de evolución natural y que se desarrollan libremente en su hábitat” (artículo 3o.).

Cabe mencionar que la ley en cuestión distribuye competencias, señalando aquello que corresponde ejercer de manera exclusiva a la federación y a los estados. Adicionalmente, señala cuáles de las atribuciones federales pueden transferirse a los estados por vía de convenios de coordinación;

asimismo, otorga las bases para que los estados puedan hacer lo propio con los gobiernos municipales. La ley impone candados normativos para garantizar que las atribuciones transferibles, una vez que fueren solicitados por los estados, pasen obligatoriamente a su ámbito de ejercicio, siempre que la entidad manifieste contar con los medios necesarios para su desarrollo.

En lugar de la solución centralista que caracteriza las materias pesquera y forestal, en este caso el Congreso optó por una fórmula cooperativa, según la cual la federación queda investida de una capacidad normativa e integradora, pero deja a los estados la mayor parte de la función ejecutiva de los preceptos de la ley. Asimismo, como sucedió en el caso de la materia de salud, la ley regula la paulatina descentralización de los asuntos de la vida silvestre, evidenciando la convicción de los legisladores de que el verdadero federalismo mexicano se construye de espaldas al artículo 124 constitucional y con un impulso de tipo centrifugo. La ortodoxia del federalismo dual supondría, en cambio, la previa construcción de los poderes centrales por parte de las entidades federadas; caso a ojos vistas disímulo al de la experiencia mexicana.

Como puede colegirse de lo expuesto, el esquema de distribución central de los recursos apropiables previstos en el artículo 27 constitucional, se encuentra hoy sujeto a un desgaste intenso. Las causas de presión no provienen en su totalidad de las vicisitudes patrimoniales; también la transición constitucional hacia un federalismo más auténtico erosiona el contenido básico del precepto. Si hubiera que resumir las fuerzas que actúan sobre el artículo 27, cabría referirse a los siguientes procesos:

- Desmantelamiento de las piezas reformistas más radicales, debido al impulso de las políticas privatizadoras y a los procesos de integración económica que fuerzan a un sistema patrimonial más homogéneo desde la perspectiva de la modernidad.
- Presión contra las actividades nacionalizadas; en este caso, se ha hecho evidente que el aprovechamiento del petróleo y sus derivados, cada vez se encuentra sujeto a un enjuiciamiento político más agudo. No se diga el suministro público de la energía eléctrica, que ya enfrentó una iniciativa del gobierno en turno, la cual apuntaba a su privatización.
- Empuje contra la lógica centralista del precepto y prevalencia paulatina de las fórmulas del federalismo cooperativo; se podría afirmar que los perfiles de tipo concentrador que alberga el precepto se están ya desmontando a través del sistema de concurrencia.
- Sobrelapamiento del régimen de protección de los elementos naturales, cuya regulación relativiza cada día más los perfiles del régimen de

apropiación. Ya no es tan relevante si una cosa sólo puede aprovecharse a través de concesiones, como el agua, o si los trabajos deben efectuarse a través de la autorización a un programa de manejo, como en el caso de los bosques; lo que cuenta es la posibilidad de hacer circular mercantilmente esos derechos.

Como se observa, la transición constitucional se encuentra en marcha y, por cierto, en una etapa que no podría calificarse como inicial. La nueva organización territorial es fruto del federalismo cooperativo, y la regulación de los elementos naturales difícilmente podrá sustraerse a la lógica de la coordinación y la distribución segmentaria de competencias. Pudiera darse el caso de que la realidad territorial se modifique y el texto del artículo 27 constitucional permaneciera incólume. Ello, porque la función interpretativa del Poder Judicial podría hacer surgir nuevas posibilidades, especialmente a partir de la reinterpretación al término nación.

Las tendencias reseñadas ponen al artículo 27 de cara a una encrucijada fuerte; la supervivencia del precepto quizá dependa más en este momento de sus proyecciones hacia la conservación de los elementos naturales, que a los perfiles de su régimen patrimonial. Igualmente, cabría afirmar que el artículo 27 descansa más en lo que apoya como atribución modalizadora que en lo que define como propiedad o propiedades desde la perspectiva garantista. Para evaluar con más precisión las posibilidades del régimen patrimonial de la Constitución a la luz de la conservación de los elementos naturales, conviene analizar el régimen particular de algunos de los recursos comprendidos en el vasto horizonte del precepto.

VI. LA REGULACIÓN DE LOS ELEMENTOS NATURALES EN PARTICULAR

1. *El régimen del agua*

A. *Base constitucional*

Los mares territoriales; las aguas marinas interiores; las lagunas y esteros comunicados con el mar; los lagos ligados a corrientes constantes; los ríos y sus afluentes cuando desemboquen en cuerpos de agua de propiedad nacional; las corrientes, cuyo cauce sirva de límite a dos estados, o atraviesen su territorio desembocando en otro, o que sirvan de límites fronterizos o que salgan del territorio nacional; los lagos, lagunas y esteros, cuyos vasos o cauces se encuentren sobre el territorio de dos entidades federativas o sirvan de frontera; los manantiales que broten en zonas federales; las aguas

que se extraen de minas; los cauces, lechos y riberas de lagos y corrientes interiores y, finalmente, las aguas del subsuelo, son de propiedad nacional.

Como se observa, los principales cuerpos de agua y depósitos hidráulicos están excluidos del ámbito en que se hace posible el derecho de propiedad privada, y tampoco son susceptibles de ser regulados por las legislaturas de los estados. La propiedad privada sobre las aguas sólo se reconoce a los propietarios de la tierra, cuando el acuífero, cauce o vaso de que se trate no sea de los enunciados en el párrafo quinto del artículo 27 constitucional y, aun entonces, si el agua se distribuye en dos o más predios, quedará sujeta a la regulación que establezca la entidad federativa correspondiente.

Las aguas del subsuelo en principio pueden ser libremente alumbradas; sin embargo, existe la posibilidad de que su aprovechamiento sea regulado cuando, a juicio del Ejecutivo, así lo exija el interés público.

En el párrafo sexto del mismo 27 constitucional, se dispone que el uso y aprovechamiento de los recursos a los que se refieren los párrafos cuarto y quinto del precepto, sólo podrá realizarse mediante concesiones “otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes”. Además, el mismo párrafo se refiere a la inalienabilidad y a la imprescriptibilidad de los recursos regulados en los dos párrafos que le sirven de antecedente.

Hasta la fecha, no existen dudas acerca de la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia de aguas nacionales, ya que la fracción XVII del artículo 73 constitucional expresamente se la confiere. Por otra parte, en el manejo del lenguaje que contiene el artículo 27 de la Constitución, es obvio que el uso del término *propiedad de la nación* remite en este caso al ámbito de las materias federales.

B. *El uso y aprovechamiento*

A partir de la promulgación de la carta constitucional vigente, el Congreso de la Unión ha expedido cinco leyes para regular el uso y aprovechamiento de las aguas nacionales. Los años de promulgación de estos instrumentos legislativos son los siguientes: 1929, 1934, 1946, 1972 y 1992. En todos los casos, el esquema de aprovechamiento tiene como base los actos de concesión, siguiendo en ello, el mandato del párrafo sexto del artículo 27 constitucional. Las tres primeras leyes plantean un esquema regulatorio muy similar: se concretan a reiterar la propiedad nacional de las aguas previstas en la Constitución con ese carácter, y aluden de manera específica a que la nación se encuentra representada por los poderes

federales; establecen, asimismo, lo relativo al régimen de concesiones y permisos, y dejan a salvo la capacidad del Ejecutivo Federal para efectuar (por sí mismo) el aprovechamiento del recurso en los casos que establecen las propias leyes. La ley de 1972, denominada Ley Federal de Aguas Nacionales, tiene el sello de la legislación del periodo echeverrista: es exhaustiva, trata de perfilar la acción pública con un sentido fuerte, aunque en realidad las innovaciones de fondo que efectúa no tienen gran relevancia. Acaso entre sus rasgos más destacables valga mencionar el mejor perfil que otorga al régimen de las asignaciones y el desarrollo del régimen de los distritos de riego; en realidad sus novedades no van más allá.

Mención aparte merece la Ley de Aguas Nacionales de 1992, la cual es mucho más precisa en la distinción de los tipos de uso del agua; perfila mejor las atribuciones de la autoridad; establece un régimen más claro de derechos y obligaciones para los usuarios, pero sobre todo, introduce las variables ambientales para condicionar el aprovechamiento del agua al criterio de sustentabilidad. Al efecto, la ley cuenta con un título completo sobre prevención y control de la contaminación del agua, en el que desarrolla un régimen específico para las descargas de agua contaminada a los cuerpos receptores. Asimismo, perfila un conjunto de disposiciones para regular lo relativo al desarrollo de la infraestructura hidráulica. Y por cierto, establece la privatización de los distritos de riego; lo mismo que la ley de 1972 había colocado con tanto énfasis bajo la férula pública.

El perfil de las concesiones hidráulicas en la ley de 1992, es en principio similar al de la tradición mexicana; lo que cambian son las condiciones que rodean a tales actos administrativos. En primer lugar, es claro que el aprovechamiento del agua se sujeta a un proceso de planeación por cuenca hidráulica. Esto quiere decir que la autoridad fue investida de la potestad técnica para acotar los márgenes de aprovechamiento del recurso, debiendo cuidar la capacidad de recarga de los acuíferos. Los límites establecidos dentro de cada cuenca hidráulica hacen las veces de una burbuja de mercado, dentro de la cual se autoriza la libre circulación de los derechos derivados de las concesiones otorgadas, al grado que tales prerrogativas se autonomizan de la propiedad de la tierra y pueden llegar a transferirse de forma independiente. Además, para facilitar el mismo efecto, se autorizan los cambios de uso del agua a los concesionarios bajo las condiciones que la propia ley establece.

La planeación por cuencas supone un ejercicio centralizado de la política hidráulica, ya que por razones obvias, los límites territoriales de las entidades federativas no corresponden a las regiones hidráulicas naturales. Por otro lado, la organización del aprovechamiento de una cuenca permite

la participación de los usuarios del agua y de las autoridades territoriales involucradas en las decisiones sobre el aprovechamiento del recurso. Una ventaja adicional de trabajar a esta escala es que se puede efectuar una planeación que correlacione usos y aprovechamientos, con el otorgamiento de permisos de descarga de aguas residuales. Los cálculos públicos sobre la cuenca deben considerar tanto los límites de aprovechamiento, como los márgenes de resistencia de los cuerpos receptores, con objeto de lograr un uso sustentable del recurso hidráulico.

El esquema de aprovechamiento previsto en el instrumento legal de 1992, intenta replegar la acción pública a niveles preponderantemente normativos, de control del intercambio y la contaminación, y de coordinación en la ejecución de las grandes obras hidráulicas. En forma concomitante, la ley pretende corresponsabilizar a los sectores social y privado en el manejo y conservación del agua. Se parte del principio de que una definición precisa y estable de las prerrogativas de aprovechamiento desempeña un papel esclarecedor, similar al que desempeña el derecho de propiedad, es decir, se convierte en un factor de interés para el titular, quien, al tratar de maximizar sus beneficios, deviene custodio natural del recurso. Para dar seguridad a los concesionarios, la ley establece plazos de vigencia a los derechos de los beneficiarios de los títulos, los cuales van de los cinco a los cincuenta años, siendo además prorrogables por periodos similares. Adicionalmente, se prevé el establecimiento de un registro público que pretende dar certeza a las transacciones en el mercado de derechos.

El régimen de prevención y control de la contaminación del agua se expresa a dos niveles distintos: el de la verificación por parte de la autoridad a quienes son titulares de los permisos de descarga, y el del autocontrol, ya que la ley supone que, cuando coincide la titularidad de un permiso de descarga con la de una concesión para uso y aprovechamiento, el usuario del recurso mantiene un interés natural en su conservación. La ley busca el efecto sinérgico de los dos niveles de control.

C. Las peculiaridades de los derechos

Es oportuno inquirir sobre la naturaleza de los derechos derivados de las concesiones, y aún más, de las asignaciones hidráulicas. Al quedar definidas aguas previstas en el párrafo quinto del artículo 27 constitucional como de propiedad nacional, pareciera lógico concluir que sobre dichos recursos no puede establecerse un derecho privado de apropiación; máxime si se tiene en cuenta que el párrafo sexto del mismo artículo dispone que el dominio de la nación, en este caso, es inalienable e imprescriptible. Aun bajo

esta advertencia, conviene no apresurar ningún juicio al respecto; no sin antes analizar cuál debe ser la naturaleza de los derechos de uso, aprovechamiento y explotación a los que se refieren las concesiones hidráulicas. Al respecto conviene asentar algunas premisas:

- El titular de una concesión al realizar su objeto, sustrae o extrae el agua, ya sea del subsuelo, o de la fuente o vaso superficial del que se trate.
- La explotación, uso o aprovechamiento la realiza el concesionario en su propio beneficio, y no es raro que el uso tenga incluso efectos consuntivos.
- El agua objeto de las concesiones otorgadas por la autoridad tiene un valor de mercado, tanto que los derechos derivados del título son en sí mismo circulables.

Tomando en cuenta lo anterior, es necesario explicar con argumentos jurídicos suficientes, cómo se hace posible que el titular de una concesión se beneficie del agua de forma privada apropiándose realmente del recurso, mientras el párrafo sexto del artículo 27 constitucional dispone que esos bienes son inalienables e imprescriptibles. Con ese objeto se perfilan los siguientes argumentos:

Primero. Existe una diferencia entre el volumen de agua extraído o sustraído por el concesionario y el cuerpo de agua del que se toma. Es obvio que el concesionario, al realizar el objeto de la concesión, se apropia de determinados volúmenes del recurso, aunque no dispone de la fuente o cuerpo de agua del que realiza la sustracción o la extracción. El dominio de la nación se refiere al cuerpo de agua. El derecho del concesionario sólo a los volúmenes que usa de acuerdo con lo que establece el título respectivo.

Segundo. Los bienes del dominio público entre los que se encuentran las aguas consideradas en el párrafo quinto del artículo 27 constitucional como de propiedad de la nación, es inalienable e imprescriptible; esto quiere decir, que se encuentran fuera del mercado, o dicho en otros términos, excluidos de la posibilidad de circular por los cauces del derecho privado. La inalienabilidad no puede significar una restricción absoluta a la circulación de los bienes del dominio público; en el caso del agua, es obvio que ésta puede integrarse a la lógica del intercambio privado, pero sólo a través de los instrumentos concesionales previstos en la ley, y en forma de volúmenes específicos a utilizar; nunca como cuerpo de agua o como acuífero.

Tercero. Bajo estas premisas, la concesión revela un régimen de mercado acotado, más que una solución no mercantil. El dominio público en este caso, afianza las posibilidades de control de los órganos de gobier-

no en la administración del recurso hidráulico. La autoridad, al planear los aprovechamientos de una cuenca, acota espacios de intercambio, pero siempre cotejando el volumen y el número de los aprovechamientos, con las posibilidades de recarga de los cuerpos de agua y de los acuíferos. Estas limitaciones a los actos de disposición de los beneficiarios de las concesiones son las que traducen (en términos prácticos) los alcances del principio de sustentabilidad.

Cuarto. La circulabilidad que se reconoce a los derechos derivados de la concesión atempera la injerencia pública, en la medida en que reconstituye al nivel abstracto de los títulos, lo que en otras circunstancias hubiera tenido que expresarse como un derecho liso y llano de propiedad.

Quinto. En este caso, el principio de conservación de los elementos naturales combina para su eficacia la situación de dominio de los cuerpos de agua, con el interés de los concesionarios por mantener el recurso al que tienen derecho, en condiciones de seguir siendo utilizado.

El caso hidráulico demuestra las posibilidades de un sistema que no concede en principio un derecho típico de propiedad a quienes usan el agua, sino que les confiere un derecho derivado, aunque seguro, para aprovechar volúmenes específicos. El control público se concreta en la capacidad de planear el aprovechamiento de las cuencas hidráulicas y de verificar el cumplimiento de los títulos de concesión, asignación o permiso por parte de sus beneficiarios. Asimismo, el control sobre las descargas de aguas residuales, debería permitir a la autoridad hidráulica balancear los efectos de las externalidades que generan los usos contaminantes del agua.

El análisis anterior no juzga sobre la eficacia de la Ley de Aguas Nacionales, simplemente explora sus posibilidades como modelo de aprovechamiento del recurso hidráulico. De hecho, existen muy pocos avances en el saneamiento de las cuencas; no se ha logrado canalizar un flujo importante de inversiones hacia el tratamiento de aguas residuales; sigue habiendo numerosos usuarios del agua que actúan al margen de los instrumentos legales de control; el conocimiento profundo del recurso es todavía incipiente y, finalmente, en la mayoría de los casos, los acuíferos abiertos al aprovechamiento se encuentran al borde de la sobreexplotación. El panorama hidráulico nacional es incierto; aquí sólo tratamos de explorar las posibilidades jurídicas del modelo de aprovechamiento previsto en la ley vigente.

2. *El régimen forestal*

A. *Bases constitucionales*

La materia forestal ha estado sobreatendida por el Congreso de la Unión, ya que de 1917 a la fecha se han producido seis leyes de la materia; sus años de expedición fueron: 1926, 1943, 1948, 1960, 1986 y 1992. En todos los casos, los congresistas entendieron que el fundamento constitucional de su trabajo habrían de situarlo en el párrafo tercero del artículo 27 de la carta, en el que se confieren atribuciones a la nación para regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación; tales facultades se relacionaron, lógicamente, con las conferidas al Congreso en la última fracción del artículo 73 constitucional, donde se le autoriza para emitir leyes que hagan viables las atribuciones otorgadas a los Poderes de la Unión. Como se observa, la interpretación del Congreso, en relación con la materia forestal, se ha orientado (hasta ahora) por un criterio abiertamente centralista.

De las leyes forestales que anteceden a la vigente, hay que decir que todas hacen explícitas en su objeto las pretensiones acerca de la conservación de los recursos forestales. Algunas, incluso se han referido a una obligación social genérica de proteger la riqueza forestal del país; otra intentó responsabilizar del cuidado del recurso a los dueños o poseedores de los terrenos donde se localiza. En general, las primeras leyes forestales fueron muy parcas en el desarrollo de un régimen claro y explícito de los derechos y obligaciones derivados del aprovechamiento. El cambio cualitativo al respecto lo representa la ley de 1960, que perfila un modelo normativo con mayor madurez regulatoria. La ley de 1960 consigna como instrumentos de su estrategia al fondo forestal, para las acciones de fomento, y al registro forestal, para construir un inventario y una base de control del recurso. En otros aspectos, utiliza el expediente de las vedas, acoge la figura de los parques nacionales, regula las acciones de restauración del recurso, define mejor el régimen de aprovechamiento, e incluye algunas disposiciones sobre recursos forestales no maderables.

La ley de 1986 deja sentir un sistema regulador más exhaustivo, a partir del cual se recoge la idea de la planeación pública para el mejor aprovechamiento del recurso. Introduce el concepto de cuenca hidrográfica como unidad para el proceso de planeación; regula el aprovechamiento, en concomitancia con el desarrollo de los servicios técnicos forestales, e integra el concepto de estudios de manejo integral como una condición para los aprovechamientos. En esta ley se insiste en un criterio ultranacionalista, según el cual el aprovechamiento de bosques debe corresponder exclusi-

vamente a mexicanos o a sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros. En el caso de aprovechamientos a cargo de ejidos y comunidades esta ley impone la intransferibilidad de los permisos. La ley optó por el monopolio público de los servicios forestales y sólo admite que los presten sujetos particulares a través de concesiones. Los mecanismos de control priístas en este instrumento, son burocráticamente pesados y queda abierta todavía la cuestión acerca de si alguna vez éstos resultarán eficaces.

La ley de 1992 forma parte de la generación de instrumentos legales emitidos a partir de la reforma al artículo 27 constitucional. A diferencia de su predecesora intenta aligerar controles públicos, reservando la injerencia gubernamental a ciertas acciones estratégicas. Su intención principal es fomento de la inversión privada en el sector, ya fuese a través de la asociación con ejidatarios y comuneros, o bien, de mecanismos directos, sobre todo en los trabajos de forestación. Esta ley es un testimonio de fe ciega de las condiciones favorables que ofrece el territorio mexicano para desarrollar un sistema de plantaciones comerciales a gran escala. Para conseguir este propósito, el legislador quiso brindar seguridad en la tenencia de la tierra y simplicidad en los trámites y en los mecanismos de control; éstos últimos, sin embargo, se aflojaron tanto, que en 1996 fue necesario reformar la ley para fortalecer de nueva cuenta los mecanismos de verificación. Asimismo, con la reforma citada se buscó acotar el régimen de las plantaciones forestales a aquéllos sitios degradados por los cambios de uso del suelo, y se estableció la prohibición de efectuar plantaciones en sustitución de bosques nativos. La reforma de 1996 pretendió establecer un vínculo más estrecho entre la ley forestal y la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Con este giro se produjo un reconocimiento cada vez mayor a las externalidades que genera la devastación de los recursos forestales. No obstante, en la ley vigente, la principal estrategia de conservación del bosque continuó siendo el aprovechamiento, si bien bajo criterios estrictos de sustentabilidad del recurso.

B. *El aprovechamiento*

Es claro que, desde el punto de vista patrimonial, los bosques no pertenecen a la nación; sus propietarios son los dueños de los terrenos donde se desarrolla la capa vegetal. Cabe mencionar que, alrededor del 80% de las superficies en las que existen bosques nativos en el país, pertenecen a ejidos o a comunidades. Y aunque existe el reconocimiento del derecho de propiedad sobre el recurso forestal, éste no está abierto a cualquier tipo de decisión por parte de quien ejerce la titularidad sobre la tierra.

Para aprovechar el bosque se requiere una autorización, la cual implica la aprobación de los términos de un programa de manejo en el que se acredita la viabilidad del aprovechamiento en términos de la sustentabilidad del recurso. Sin la autorización pública el aprovechamiento del bosque se convierte en un delito.

En el caso de los recursos forestales, existe un derecho patrimonial básico conferido a favor del dueño de la superficie en la que se desarrollan las plantas; sin embargo, a ese basamento atributivo elemental, se sobrepone otro régimen: el atingente a la conservación del recurso. En este segundo nivel interviene la autoridad para mesurar los aprovechamientos exhaustivos y ubicar los trabajos sobre el bosque dentro de un gradiente que permita la regeneración del ecosistema al que pertenecen las plantas objeto del aprovechamiento. El control pretende llevarse a cabo a través de la evaluación técnica del programa de manejo, elaborado, al decir de la ley, por un prestador de servicios forestales, a cuya asesoría deberá acudir todo aquél que pretenda realizar trabajos de aprovechamiento.

La línea de control que establece la ley se prolonga, porque sobre una base documental la autoridad habrá de seguir el destino de la madera hasta los centros de acopio y comercialización. Las facturas sucesivas funcionarán a guisa de prueba diabólica, con objeto de establecer el origen legal de la madera.

En el caso de las plantaciones comerciales, es necesario contar también con la aprobación del plan de manejo y, dependiendo del tipo y la extensión del cultivo, los requisitos se incrementan hasta constituir una auténtica evaluación del impacto ambiental por parte de la autoridad.

La materia forestal no está cruzada por criterios de dominio como en el caso del agua; aquí la pretensión se orienta a optimizar el aprovechamiento del recurso bajo condiciones de sustentabilidad. Se pretende que la actividad genere recursos para los productores, y que sean éstos últimos, los principales protagonistas en la conservación del bosque; sin embargo, a juzgar por los resultados, deben existir fisuras en los circuitos de valorización de la madera y de otros productos forestales, porque hasta hoy no es fácil que el trazo de racionalidad que pretende la ley para los aprovechamientos se consume. Es todavía muy frecuente que los recursos forestales cedan ante cambios ilícitos en el uso del suelo; que los bosques se quemem intencionalmente para abrir terrenos al cultivo o a la ganadería. Asimismo, es común la presencia de aserraderos ilegales y otras formas de explotación furtiva del recurso. Gran parte de la madera circula por el mercado negro y no por el mercado controlado que la ley ha apuntado a establecer. Las consecuencias de este descontrol, ya añejo, se manifiestan de forma

evidente: en estragos erosivos y en la falta de humedad en regiones que antaño gozaban de lluvias regulares.

Desde el punto de vista social, es obvio que la elusión de los controles de la ley no favorece a quienes realizan la tala clandestina de los montes; los beneficios fluyen por cauces no visibles hasta los grandes comercializadores de la madera. No deja de inquietar que, en esta materia, tanto el modelo de controles exhaustivos de la ley de 1986, como el más liberal de la de 1992, dejen un regusto común de insuficiencia. Dada la presencia mayoritaria de ejidatarios y comuneros en la composición de este sector, es muy probable que la única salida viable apunte al fortalecimiento de la organización y de la tecnificación de los productores, sobre todo en el ámbito del bosque nativo. Las forestaciones siguen semiparalizadas, porque implican sistemas de asociación de los inversionistas con los propietarios de la tierra, que aún parecen aleatorios; sobre todo a luz de los dilatados plazos que requieren las plantas para su desarrollo y posterior aprovechamiento comercial.

No faltará quien afirme que la materia forestal no ha tenido en México el desarrollo esperado, porque a pesar de que no existen criterios de dominio al respecto, el recurso continúa atrapado en la maraña de los derechos agrarios en la que se encuentra envuelto el medio rural. Esta visión menosprecia el hecho de que muchos de los bosques que subsisten, deben su existencia presente, al carácter poco agresivo de ciertos sistemas de aprovechamiento comunitario de origen ancestral.

3. El régimen para el aprovechamiento pesquero

A. Base constitucional

La materia pesquera, como la forestal, carece de un fundamento constitucional explícito. El apoyo para emitir leyes lo ha encontrado el Congreso de la Unión en el consabido párrafo tercero del artículo 27 constitucional, que atribuye a la nación facultades para establecer el régimen regulatorio de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Como ha sucedido en otros casos, esta disposición se vincula con la fracción XXX del artículo 73 de la carta, que contiene las llamadas atribuciones implícitas del Congreso de la Unión.

Al criterio anterior se ha sumado el de quienes han señalado que, al realizarse la pesca en aguas nacionales, ésta debe considerarse como una atribución del gobierno central, con exclusión de las legislaturas de los estados. Pero cualesquiera que hayan sido los argumentos a favor de la centrali-

zación de esta materia, el hecho es que los cuestionamientos acerca de la constitucionalidad de esta solución han sido escasos cuando se han planteado, la Suprema Corte ha sostenido como criterio invariable el del carácter federal de la pesca.

El Congreso de la Unión ha sido particularmente prolijo al regular los asuntos pesqueros; para ello ha expedido nada menos que ocho leyes: 1925, 1932, 1938, 1948, 1950, 1972, 1986 y 1992. Las tres primeras apuntan apenas el régimen de concesiones y permisos, al tiempo que establecen las atribuciones básicas de la autoridad para la administración de este recurso. Las leyes de 1948 y 1950 revelan ya la irrupción de los motores para las embarcaciones marinas, hecho que aumentó considerablemente su potencial de captura y su importancia económica. Cabe hacer mención que la ley de 1948 es la primera que a ese nivel normativo reserva determinadas especies (con alto valor comercial) a la actividad de las cooperativas pesqueras. Dicho régimen de exclusividad pervivió hasta antes de la entrada en vigor de la ley de 1992, en la que finalmente se franquea el paso a cualquier agente social para aspirar a las concesiones, permisos y autorizaciones previstas en dicho instrumento legal. La ley de 1972 pretendió ofrecer las bases para un nuevo lanzamiento de la política pesquera y, con ese propósito, previó un incremento en los subsidios a las cooperativas, que debían canalizarse a través del denominado Fondo Nacional de Fomento Cooperativo Pesquero. Los recursos económicos encauzados por esa vía, aun habiendo sido importantes, resultaron insuficientes; no pudieron involucrar a todas las cooperativas, ni tampoco fue posible que las aportaciones públicas lograran extenderse para cubrir el mantenimiento y la renovación de la flota pesquera. Aun considerando las limitaciones anteriores, tanto la ley de 1972 como la de 1986, avanzaron en la depuración de los instrumentos públicos para la gestión de la política pesquera; así, estos códigos insistieron en la regulación de órganos como la Comisión Nacional Consultiva, el Registro Nacional Pesquero y el Instituto Nacional de la Pesca, órgano este último que habría de encargarse de la investigación aplicada a los recursos marinos con potencial de aprovechamiento.

B. *La realidad rebelde*

Para entender cabalmente la importancia de la Ley de Pesca de 1992, es necesario reseñar brevemente las situaciones de simulación a las que se había reducido el principio de la organización cooperativa de los pescadores y, consecuentemente, la reserva de ciertas especies a su favor. Al respecto, vale recordar que el presidente Cárdenas emitió varios decretos para hacer

reservas de especies a determinados grupos de cooperativistas; este tipo de sociedades habían sido motivo de fomento público prácticamente desde los inicios de la tercera década del siglo XX; sin embargo, tales disposiciones presidenciales carecían por completo de apoyo legal y constitucional. Fue la ley de 1948, la primera que hizo una reserva expresa de especies para las cooperativas; después, alguna de las leyes posteriores extendió dicha exclusividad a las actividades agrícolas, restringiendo de modo importante las posibilidades de inversión privada en ese sector.

Es importante destacar que el régimen de reserva para las sociedades cooperativas fue siempre una mascarada; detrás de las disposiciones legales vigentes se registró un flujo creciente de recursos privados hacia la actividad pesquera, si bien simulado por los más ingeniosos embalajes jurídicos. Se hizo habitual que los barcos pesqueros fueran en apariencia propiedad de los cooperativistas, cuando en realidad pertenecían a empresarios privados; por su parte, los pescadores que se valían de las embarcaciones, eran auténticos asalariados de los inversionistas, aunque en la superficie conservaran ufano el título de cooperativistas. La última fórmula jurídica para estabilizar esta irregularidad fue incluso promovida por la autoridad. Se trataba de un contrato para incrementar la productividad pesquera, que suscribían las cooperativas con los dueños de las embarcaciones, admitiéndose que en dichos instrumentos los inversionistas aportarían la embarcación, y los cooperativistas su trabajo. La mal simulada situación de fondo acarrió que los cooperativistas, precisamente por su carácter de socios, quedaran al margen de la protección del régimen laboral mexicano, escamoteándose así su condición de genuinos asalariados.

Como se puede deducir, el régimen de reserva de especies a las sociedades cooperativas no prohió el mejoramiento social de los pescadores, sino la subordinación de éstos bajo fórmulas espurias, a los designios del capital. Este régimen irregular tampoco fue fértil para el fomento de la actividad empresarial privada en la materia, ya que marcaba a los inversionistas con el estigma de la simulación y, por otra parte, impedía a éstos un cálculo confiable de sus expectativas futuras. Las autoridades, por su lado, quedaron situadas en un papel de cómplices que poco abonó a su prestigio y legitimidad.

La atipicidad de la situación apuntada se reflejó también en el régimen de las autorizaciones previsto en la ley de 1986, en cuyo articulado (fracción II, del 44) se dio paso a una situación de verdadero estanco comercial, pues se dispuso que habría de ser el titular de una autorización, el que realizara en exclusiva la adquisición de primera mano del producto de las especies reservadas. Con una previsión de este tipo, el gobierno consiguió controlar la comercialización de los productos reservados a las cooperati-

vas, ya que le bastaba con asegurarse la lealtad del sujeto autorizado para conseguir dicho propósito.

Bajo estas perspectivas, el presidente Salinas se decidió a terminar con el mito cooperativo: para ese efecto preparó una iniciativa de ley que liberalizaba las reservas, permitiendo a cualquier inversionista interesado aspirar al otorgamiento de concesiones y permisos. La iniciativa presidencial, como era usual entonces, salió airosa del Congreso sin mayores contratiempos y pudo también resistir los parcos embates de algunos cooperativistas que expresaron inconformidades con su contenido, reivindicando para sí el viejo privilegio de las especies reservadas.

C. El aprovechamiento pesquero

La ley de 1992 fue enfática al señalar que su objeto se orientaba a “garantizar la conservación, la preservación y el aprovechamiento racional de los recursos pesqueros...”. Desde el inicio, los legisladores condicionaron el aprovechamiento a la conservación de los recursos marinos. Para ello, dotaron a la autoridad pesquera de la atribución de:

establecer los volúmenes de captura permisibles; regular el conjunto de instrumentos, artes, equipos, personal y técnicas pesqueras; el número de embarcaciones y sus características...; fijar la época, talla o peso mínimo de los especímenes susceptibles de captura y proponer las normas para su manejo, conservación y traslado.

Este cúmulo de facultades constituye un paquete de herramientas rotundas a favor del Ejecutivo Federal, aunque la capacidad de ejercerlo quedó expuesta a las continuas presiones de los sectores pesqueros y al desarrollo de las posibilidades técnicas que proporciona la investigación y el conocimiento de los recursos marinos. Hasta la fecha, dichas atribuciones se ejecutan al filo de la disputa entre los pescadores ribereños y los grandes empresarios que realizan la pesca en altamar. Las vedas sirven para arbitrar la distribución de las cuotas entre ambos sectores; esto se observa con claridad en el caso de la pesca del camarón, cuyo ciclo de reproducción se verifica en aguas estuarinas, mientras que la mayor parte de su ciclo vital ocurre en altamar.

Otro factor importante se refiere al incremento tan intenso que muestra el cultivo de especies frente a las actividades de captura. La liberalización en este ámbito, hizo fluir capitales muy importantes a la acuicultura. A la fecha, sin embargo, el problema principal en torno a las empresas acuícolas es

el del enorme impacto ambiental que generan sus instalaciones; por regla general, ubicadas en zonas de mangle y en humedales. Es muy conocida la fragilidad que caracteriza a los llamados ecosistemas costeros.

Las concesiones pesqueras se expiden por plazos prorrogables que van de cinco a cincuenta años. En la parte inicial del título suele insertarse una disposición que sujeta el otorgamiento de la concesión tanto a las modalidades que dicte el interés público, como a la disponibilidad y a la conservación del recurso. En la ley vigente se optó por la circulabilidad relativa de los derechos derivados de los títulos, los cuales se reconocieron transmisibles, siempre que la autoridad concedente hubiera expresado su conformidad con el traslado. Tanto concesiones como permisos, se otorgan por embarcación o unidad de esfuerzo pesquero. El control de la autoridad puede llevarse a cabo en cualquier momento; las bases de verificación son físicas y documentales, como en el caso del aviso de arribo, por citar un ejemplo conocido.

Cabe mencionar que la autoridad no está obligada para responder de manera directa a las solicitudes de concesiones o permisos; su aprobación depende de los estudios técnicos y económicos que se efectúen para demostrar la viabilidad del aprovechamiento, siempre de cara a la conservación del recurso.

El derecho de los concesionarios y de los permisionarios abarca la captura, la extracción o, en su caso, el cultivo y la comercialización de las especies en cuestión. Los tipos de pesca pueden variar: para la de consumo doméstico no se requiere un acto público de habilitación; en cambio, éste es indispensable para la pesca comercial o deportiva y para la acuicultura. De lo expuesto pueden extraerse algunas conclusiones:

Primera. Los recursos pesqueros se manejan como corresponde a un bien de dominio; por lo tanto, no se reconoce el derecho previo de propiedad a los aprovechadores, éstos actúan en virtud de concesiones o permisos de la autoridad, los cuales definen a su favor los beneficios que producen los actos de extracción, captura y, en su caso, cultivo.

Segunda. Los derechos derivados de las concesiones o permisos dan lugar a la apropiación del producto capturado, extraído o cultivado. Se puede afirmar, como en el caso del régimen del agua, que existe una apropiación del recurso por vías públicas, la cual, una vez consumada, deja al titular de la concesión con la posibilidad de disponer del producto como corresponde a un auténtico propietario.

Tercera. El derecho de aprovechamiento a favor del concesionario permisionario es una prerrogativa condicionada por los criterios de conservación del recurso y, por lo tanto, un derecho totalmente dependiente de las

determinaciones públicas al respecto. No se trata entonces de un derecho excluyente respecto del poder público, como suelen ser los derechos reales conocidos en el derecho común, sino de un derecho permeable a la injerencia gubernativa y subordinado a los intereses generales que apuntan a la conservación.

Cuarta. La banda de intereses tutelados, bajo el propósito de la conservación, es fuerte; su perfil jurídico le confiere un carácter supraordinado respecto del derecho básico derivado de la concesión o del permiso que se otorga a favor del derechohabiente.

Quinta. La circulabilidad de los títulos de concesión les confiere un sesgo mercantil que relativiza (en cierto modo) la injerencia pública; aunque en este caso, se hace necesario contar con el consentimiento de la autoridad para la transmisión del título.

Sexta. En este caso, dominio del recurso no implica la eliminación de los procesos mercantiles, sino sólo el control por parte de la autoridad. Consumada la proyección pública inicial, el titular de la concesión o permiso queda en poder del recurso capturado, extraído o cultivado; en ese momento, el dominio de origen se trueca en un poder reglamentario y de verificación que la autoridad realiza con apoyo en la legislación de la materia, para constatar que el ejercicio de los derechos derivados de la concesión o el permiso correspondiente, se realiza dentro de los límites y condiciones que imponen las disposiciones jurídicas aplicables.

4. *La regulación de la vida silvestre*

A. *Base constitucional*

La recién promulgada Ley General de Vida Silvestre menciona en su artículo inicial, que dicho instrumento es reglamentario del artículo 27 y de la fracción XXIX, inciso G, del artículo 73, ambos de la Constitución vigente; asimismo, define su objeto como el “establecer la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias”, en relación con la conservación y el aprovechamiento sustentable de la vida silvestre y de su hábitat.

Por lo que se refiere al artículo 27 constitucional, pueden efectuarse dos tipos de inferencias: la primera, es análoga a la que se ha producido en la materia forestal, y en cierto modo, también en la pesquera; según ese criterio, los componentes de la vida silvestre (organismos que subsisten sujetos a procesos de evolución natural y que se desarrollan libremente en su hábitat), estarían comprendidos dentro de la categoría de “elementos naturales susceptibles de apropiación”, a la que se refiere el párrafo tercero

del artículo 27 constitucional. Bajo el influjo de este razonamiento, los componentes de la vida silvestre tendrían que regularse en su calidad de cosas privadas, susceptibles de ser aprovechadas.

Bajo un segundo enfoque, habría que considerarla vida silvestre desde su dimensión ambiental y, por ende, ecosistémica; ello implicaría buscar el fundamento constitucional de la ley de la materia en lo que dispone el mismo párrafo tercero del artículo 27 constitucional, al facultar a la nación para “dictar las medidas necesarias... para preservar y restaurar el equilibrio ecológico”. A la luz de este segundo punto de vista, los componentes de la vida silvestre se regulan en su calidad de factores funcionales de los ecosistemas a los que pertenecen. Bajo este parámetro, la relación entre los organismos silvestres y su hábitat adquiere un nivel protagónico en el sistema que perfila la ley. Queda claro que no se intenta salvaguardar a los organismos como entidades aisladas, sino que la protección legal que se les brinda los considera como componentes sinérgicos de un medio de vida.

Ninguna de las dos posibles lecturas, acerca del fundamento constitucional de la Ley General de Vida Silvestre en el artículo 27 de la carta vigente, desautoriza en realidad a la otra. Algunos componentes de la vida silvestre pueden, al unísono, calificarse como elementos naturales susceptibles de apropiación y, también, como integrantes de los ecosistemas que conforman el medio ambiente de los seres humanos. Lo que no se podría bajo ningún motivo sería negar la pertinencia de la lectura ambiental, puesto que el mismo artículo primero de la ley remite a la fracción XXIX-G del artículo 73 de la Constitución. Dicho precepto, como se recordará, es el que faculta al Congreso para “expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de *protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico*”.

En el proceso de discusión de la ley no faltó quienes afirmaran que, con la expedición de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, el Congreso de la Unión agotó la facultad conferida en la fracción XXIX-C del artículo 73 constitucional. Esta objeción no prosperó, en primer término, porque en el mismo texto de la Constitución, sus autores utilizaron una fórmula plural al hablar de “las leyes”; por otro lado, la denominación de “Ley General” que ostenta la ley ambiental no se refiere, como es obvio, al horizonte material de dicho código, sino al carácter de la ley-marco, en virtud del cual dicho instrumento legal define los campos de acción de los tres niveles territoriales de gobierno. Como se observa, la Ley General de Vida Silvestre, que también organiza los respectivos ámbitos competenciales en su materia, comparte el fundamento constitucional de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente; no

obstante, su objeto se especifica en un mayor grado, al referirse a la conservación y al aprovechamiento de ciertos organismos silvestres y a la relación de éstos con su hábitat. Hasta antes de la expedición de la ley sobre vida silvestre, esta materia se encontraba insuficientemente regulada en el seno de la ley ambiental, específicamente en el título relativo a la biodiversidad. En dicho instrumento se perfilaron algunos criterios genéricos a observarse en las acciones de protección y aprovechamiento de la flora y fauna silvestre. Asimismo, se estableció la atribución de la autoridad para imponer vedas en esta materia.

Además de las previsiones de la ley ambiental, en la vetusta Ley Federal de Caza, recién abrogada por la Ley General de Vida Silvestre, se regulaba el aprovechamiento cinegético de la fauna. Las carencias del régimen de la Ley Federal de Caza en los últimos años de vigencia de ese instrumento, condujeron a sobrecargar el llamado calendario cinegético con disposiciones reglamentarias, obviamente sin apoyo claro en la ley, lo cual motivó una lluvia anual de amparos, promovidos por las organizaciones de cazadores contra las restricciones impuestas a su actividad, a través de un instrumento que no se mostraba como el idóneo para ese propósito.

La Ley General de Vida Silvestre vino a integrar las lagunas de la ley ambiental y a superar, con un enfoque más orientado hacia la sustentabilidad, las rancias disposiciones de la Ley Federal de Caza. En la nueva ley se desarrolla un sistema de concurrencias que seguramente permitirá la paulatina asunción de las facultades ejecutivas de la materia por parte de los gobiernos de las entidades federativas. A los poderes federales se les reservó, a largo plazo, una función preponderantemente normativa. La Ley General de Vida Silvestre pretende regular la paulatina descentralización de las atribuciones ejecutivas que prevé, pero mientras el proceso se consuma, propone un régimen transitorio que permite al Ejecutivo Federal desarrollar cualquiera de las atribuciones que la ley otorga a la autoridad. Las entidades federativas, por su parte, tienen la prerrogativa de reivindicar todas las facultades ejecutivas que se encuentren en capacidad de ejercitar. El mecanismo que permite las transferencias es el de los acuerdos de coordinación, autorizado por la propia Constitución en la fracción VII, de su artículo 116. En este sentido, la ley que se comenta aparece como un émulo de la Ley General de Salud, cuyo articulado claramente regula el proceso de descentralización de una buena parte de los servicios que integran el sistema nacional de esa materia, reservando a los poderes federales en el largo plazo sólo las atribuciones normativas.

Generacionalmente, la Ley General de Vida Silvestre corresponde al grupo de instrumentos legales (educación, salud, asentamientos humanos,

ambiente) que concretan la transición del sistema constitucional mexicano hacia el federalismo cooperativo. En todo caso, este enfoque aparece en tensión con el sistema dual previsto en el artículo 124 de la Constitución. Sólo el tiempo podrá establecer cuál de las dos tendencias moldeará de manera definitiva el federalismo mexicano.

Un aspecto que vale la pena mencionar es que la Ley General de Vida Silvestre, al definir su objeto con un criterio de palpable transversalidad, incluyó a los recursos forestales y pesqueros en cuanto atañe a su régimen de conservación, dejando a las leyes sectoriales que regulan su aprovechamiento, exclusivamente las actividades extractivas o de cultivo a las que se refieren las citadas leyes, en relación con sus respectivos recursos.

B. Algo sobre las formas de apropiación

La Ley General de Vida Silvestre intencionalmente soslaya el aspecto de lo que aquí hemos denominado los derechos patrimoniales básicos; su enfoque se desliza de plano hacia los propósitos centrales de la ley: la conservación y el aprovechamiento sustentable de los componentes de la vida silvestre. En el caso de la fauna, la antigua Ley Federal de Caza disponía que debía considerarse como propiedad de la nación. Por su parte, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente no hizo previsiones al respecto. En el caso de la flora, tradicionalmente se ha considerado como un accesorio de la propiedad del suelo; en este sentido se han pronunciado los Códigos Civiles y también la Ley Forestal, en el ámbito regulatorio que les corresponde. En la nueva ley sobre vida silvestre, el legislador se concentra en la definición de los alcances que corresponden a los derechos de aprovechamiento, sin efectuar ninguna manifestación específica en torno al régimen de propiedad de los componentes naturales que son objeto de regulación.

La fórmula legal establece: “Los propietarios o legítimos poseedores de los predios en donde se distribuye la vida silvestre, tendrán derechos de aprovechamiento sustentable sobre sus ejemplares, partes y derivados en los términos de la presente ley y demás disposiciones aplicables” (artículo 4o.).

Como puede constatarse, la propiedad o la legítima posesión constituyen sólo un indicio o una referencia para la atribución de la facultad de aprovechamiento. Tales derechos básicos no se proyectan de manera fuerte sobre el régimen de la ley; primero, porque no determinan en última instancia la posibilidad de aprovechamiento, ya que éste puede también conferirse sin ser titular de los derechos patrimoniales en cuestión, en aquellos casos

en que la propia ley autoriza el traslado a terceros de las prerrogativas de aprovechamiento. En segundo lugar, el condicionamiento normativo que la ley impone al aprovechamiento, se trueca en la evidente subordinación de cualquier derecho básico. En realidad de poco vale ser calificado como propietario en el contexto de un régimen que restringe el aprovechamiento a los cauces específicamente autorizados por la propia ley. Las modalidades impuestas son tan fuertes que prácticamente vuelven irrelevantes las decisiones del titular patrimonial, acerca del destino final de los bienes que constituyen el objeto de su derecho.

La hipótesis contraria a la que se refiere el párrafo anterior también puede ser analizada: habría que suponer, por ejemplo, el dominio de la fauna silvestre; en una situación tal, la titularidad de la nación se resolvería siempre en actos de facultamiento a sujetos privados para realizar el aprovechamiento —incluso extractivo— de los individuos de la fauna silvestre. Un dominio así, sólo cobraría relevancia si se lo entiende como una forma de control no mercantil sobre los recursos objeto del aprovechamiento; fuera de esa circunstancia, la titularidad pública de la fauna silvestre no tendría otro cauce práctico, como ya lo demostró la última ley de caza que estuvo vigente.

De lo expuesto, se puede obtener una conclusión preliminar: no es determinante el tipo de derecho patrimonial básico, ni para definir el régimen de la conservación de los componentes de la vida silvestre, ni tampoco para establecer los alcances de las prerrogativas de aprovechamiento previstas en la ley. Uno y otro cauce —el de la conservación y el del aprovechamiento— acontecen dentro de la banda jurídica que norma el régimen tutelar del recurso.

C. Consideración sobre el deber universal de conservar

Las concepciones contemporáneas de la propiedad, tal como aparecen expuestas en los textos constitucionales europeos del presente siglo, suponen un derecho permeable, sujeto a la modalización continua de las prerrogativas que se otorgan a los propietarios. Bajo esta concepción, el fin del derecho de propiedad trasciende la satisfacción individual de su titular y, sólo tiene sentido, en la medida en que la acción interesada de los propietarios puede transformarse en un estímulo para la riqueza pública. La concepción contemporánea de la propiedad no mantiene la linealidad propia del modelo normativo de las codificaciones burguesas; ahora a la par de los derechos que se otorgan al propietario, se establecen los deberes que también entraña su ejercicio. La tesis de la función social de la propiedad

marcó un hito en la historia patrimonial de las sociedades occidentales; sin embargo, sus planteamientos no fueron más allá de la imposición de deberes correlativos a los titulares. Si pensamos en cambio en el concepto moderno de propiedad, dentro de éste, nunca se planteó el problema de la responsabilidad social del titular, sino que, de forma enfática, quedaron definidas sus prerrogativas de exclusividad, a las que se opuso un deber universal de respeto a cargo de los no propietarios.

En el caso que nos ocupa, la Ley General de Vida Silvestre, en el primer párrafo de su artículo 4o., estableció un deber extensivo a “todos los habitantes del país, de conservar la vida silvestre, prohibiendo, al mismo tiempo, cualquier acto que implique su destrucción, daño o perturbación”. Si comparamos lo previsto en este artículo con los deberes que se imponen a los propietarios a partir de la tesis europea de la función social de la propiedad, podríamos evidenciar los siguientes contrastes:

Las limitaciones o cargas que se imponen al titular de la propiedad en el caso de la tesis de la función social, provienen de una visión que supone la coexistencia de fines individuales y de propósitos colectivos. La idea fuerza de esa doctrina, consiste en condicionar el disfrute individual de los bienes apropiables, al incremento de la riqueza pública y del bienestar general. Bajo esa lógica, al derecho patrimonial básico, se le contrapesa con el deber de realizar una función transindividual, que consiste en mantener activos los propios bienes y en generar el máximo provecho social con su utilización. Todo sin renunciar a una remuneración justa para el propietario.

El deber de conservar al que se refiere la Ley General de Vida Silvestre, no tiene como correlato un derecho patrimonial específico; es un deber que se construye desde la teleología de los valores ambientales; por lo tanto, como hemos dicho aquí, parte de la dimensión normativa en la que se conforma la tutela de los ecosistemas. La conservación es un imperativo que no atañe de manera exclusiva a quienes aprovechan los componentes de la vida silvestre; se trata de una decisión legislativa que involucra a todos los destinatarios de la norma. La garantía de esta decisión no depende de forma exclusiva del interés de quienes se benefician de los elementos que integran la vida silvestre, sino que se sustenta en un régimen regulatorio de alcance general que prende, a su vez, del apalancamiento que le proporcionan las disposiciones de la ley relativas a la responsabilidad por el daño que se cause a los organismos silvestres o a su hábitat (artículos 104-109).

De acuerdo con los postulados acerca de la función social de la propiedad, las consecuencias de que un propietario no ejercite las prerrogativas patrimoniales que le concede su titularidad, no tienen efectos sancionadores precisos, salvo en algunos casos excepcionales; en cambio, bajo la

perspectiva del deber prescrito por la Ley General de Vida Silvestre, hay efectos puntualmente definidos que se traducen en la imputación de responsabilidad al sujeto activo del daño. El deber de conservar engloba los derechos de aprovechamiento sometiénolos a su imperativo, pero además, comprende la posibilidad de fincar a cualquier sujeto la responsabilidad por sus actos perjudiciales contra los organismos silvestres o contra su hábitat. El deber legal en cuestión, es una solución jurídica que se corresponde puntualmente con el reconocimiento de los llamados intereses difusos porque, bajo esta óptica, cualquier persona puede convertirse en persecutor o al menos en denunciante, de los daños ambientales.

D. Las peculiaridades del aprovechamiento

Cabe mencionar que no todo aprovechamiento de los componentes de la vida silvestre implica su extracción del medio en el que habitan; la ley vigente autoriza también el aprovechamiento no extractivo, al que define como “las actividades directamente relacionadas con la vida silvestre en su hábitat natural que no impliquen la remoción de ejemplares, partes o derivados... que pudieran causar impactos significativos sobre eventos biológicos, poblaciones o el hábitat de las especies silvestres” (artículo 3o.). Las dos formas de aprovechamiento previstas en la ley suponen, ya sea el derecho de propiedad, o bien, la legítima posesión sobre el predio en el que se distribuyen los componentes de la vida silvestre. El derecho patrimonial básico —propiedad o posesión— funge en este caso, como una referencia para reivindicar los beneficios que otorga el aprovechamiento, pero a diferencia de lo que acontece en los códigos civiles cuando éstos se refieren a la accesión, la ley de vida silvestre no atribuye al predio el carácter de cosa principal a la que obligadamente se incorporan ciertos accesorios, los cuales, por el mero hecho de la agregación, pasan a ser propiedad de quien tiene la titularidad de la cosa que se califica como principal. De los componentes de la vida silvestre, quizá sea la flora la que presente más afinidad con el régimen de apropiación civil; sin embargo, la fauna silvestre y los microorganismos difícilmente podrían encajar en ese molde, ya que su movilidad y su forma de distribución espacial distorsiona a ojos vistas el criterio de la accesoriedad. Y aun en el caso de los organismos vegetales, hay que considerar que la propiedad sobre sus individuos no concede derechos sobre las características genéticas de la especie.

Si la legislación civil no penetra hasta el nivel de los genomas, la ley ambiental en cambio, sí debe hacerlo; ello, porque en el propósito de la conservación de una especie está implícita la necesidad de mantener sus

características biológicas básicas. El aprovechamiento que eventualmente pueda efectuarse de los individuos o poblaciones de una especie, ha de realizarse de modo que no comprometa la existencia de esta última. Además, el principio de sustentabilidad abarca también la protección de la función ecosistémica; dicho criterio se basa en el cálculo de la tolerancia de los sistemas ambientales al uso de sus componentes; éste nunca debe comprometer la capacidad de recuperación de los elementos naturales en el corto plazo (artículo 3o.). Así las cosas, el aprovechamiento de los componentes de la vida silvestre está sujeto a un doble límite: el de la conservación del elemento propiamente dicho, y el de la protección de su valor ecosistémico.

Otro factor que la Ley General de Vida Silvestre pondera como relevante para la consecución de su objeto, es el de la conservación del hábitat de las especies. En todo caso, el aprovechamiento autorizado tendrá que considerar el grado de afectación que éste implique respecto al medio vital en el que se desarrollan los individuos o poblaciones sobre las que se actuará (artículo 18). Pero la conservación del hábitat no es sólo responsabilidad privada; en el articulado de la ley se señalan una serie de medidas a las que la autoridad debe acudir para la protección de los medios vitales de las especies. Tal es el caso, por ejemplo, de la potestad para declarar hábitats críticos (artículo 63), o bien, áreas de refugio para proteger especies acuáticas (artículo 65). En estas situaciones, la autoridad aparece como un garante supraordinado del medio vital de las especies.

Quizá el dato más peculiar de la forma en que la Ley General de Vida Silvestre perfila el aprovechamiento consista en que éste se caracteriza siempre como un factor estratégico para la conservación (artículo 5o.). El aprovechamiento como fin en sí mismo, no existe dentro del articulado de la ley. Los factores que el legislador pretendió conjugar al disponer así las cosas fueron los siguientes:

- El interés del propietario o poseedor legítimo de un predio en servirse de los elementos naturales que subsisten en él, ya sea de forma permanente o transitoria (artículos 4o. y 18).
- La necesaria retribución social y económica que debe corresponder a los agentes que realizan labores de conservación; premiar la protección de los elementos naturales es, a fin de cuentas, una forma de garantizar supervivencia a largo plazo (artículo 5o.).
- La valorización en términos mercantiles de los organismos que componen la vida silvestre, ya que de otra suerte resultaría inviable mantener vigente el interés del propietario o poseedor en su conservación (artículos 20 y 89).

- La organización de mercados controlados para permitir la apreciación de los productos del aprovechamiento de la vida silvestre (artículos 89-91 y 96).
- La consolidación de un sistema de control público que se pretende complementario de las acciones individuales de conservación, y que se ejecuta a través del cálculo preciso de la capacidad de tolerancia de los ecosistemas sobre los que se efectúan los actos de aprovechamiento (artículos 82-91 y 99-103).
- La homologación de la textura legal de las distintas formas de aprovechamiento, con objeto de eficientar los procesos públicos de control (artículo 39).
- El agravamiento de los controles en los casos de las especies en riesgo, condicionando fuertemente el sentido del aprovechamiento a la realización de labores favorables a la conservación (artículo 85).
- La participación corresponsable de las distintas instancias territoriales de gobierno en el control del aprovechamiento, pero sin abandonar el papel cohesionador que corresponde a los órganos centrales de gobierno (artículos 7o.-14).
- El desarrollo concomitante del conocimiento sobre las condiciones naturales y de aprovechamiento de los organismos que comprende la vida silvestre, así como de sus respectivos hábitats (artículos 21, 38, 48, 49, 97 y 98).

El esquema de control público, sobre el que conviene abundar brevemente, está compuesto por distintas piezas: el registro de los predios e instalaciones en las que se realizan actividades de aprovechamiento; la autorización del plan de manejo en el caso de aprovechamientos extractivos, o del programa de actividades si se trata de aprovechamientos no extractivos; la verificación de la legal procedencia tratándose de especies silvestres que se encuentran fuera de su hábitat; la declaración de situaciones emergentes de conservación, y la imposición de medidas de seguridad y de sanciones. En conjunto, estos elementos de control debieran resultar suficientes para evitar daños significativos a la vida silvestre, aunque la evaluación sobre su grado de eficiencia está todavía por venir, considerando la fecha recientísima de promulgación de la ley, que fue apenas el 3 de julio de 2000.

5. *Algunas conclusiones preliminares*

Primera. El régimen de la Ley General de Vida Silvestre es, sin lugar a dudas, el más desarrollado dentro de la legislación mexicana. En estricto sentido, quizá sea el único que ha perfilado un modelo de aprovechamiento desde la perspectiva ambiental.

Segunda. Llama significativamente la atención que la ley regule el aprovechamiento como una estrategia para la conservación, y que desdeñe la especificación de los derechos patrimoniales básicos sobre los componentes de la vida silvestre. Esta omisión intencional favorece el dar prioridad a la tutela de la conservación y diluir, parcialmente, la rigidez de los derechos patrimoniales de viejo cuño.

Tercera. Los controles públicos sobre el aprovechamiento dependen en gran medida de la capacidad técnica de la autoridad para apreciar y calcular los niveles de tolerancia de los ecosistemas que involucran los componentes de la vida silvestre.

Cuarta. Si bien la ley concede una importancia especial al interés privado como incentivo para la conservación y utiliza al mercado como vehículo para la valorización de los componentes ambientales, nunca renuncia a un manejo público de las situaciones que regula.

Quinta. La Ley General de Vida Silvestre es el testimonio más acabado de un régimen normativo que se edifica desde la perspectiva de la conservación; por primera vez en el derecho mexicano, se logra invertir el peso de los factores en torno a los cuales se estructuran los intereses en conflicto. En este caso, no es la conservación un límite o una condición del aprovechamiento, sino que la tutela de los componentes de la vida silvestre asume el nivel protagónico que, en los otros modelos, siempre ha correspondido a los derechos básicos patrimoniales.

Sexta. Al invertirse el sentido de la construcción jurídica, el aprovechamiento ya no aparece como una prerrogativa patrimonial del propietario o del legítimo poseedor, sino como un cauce estratégico de la conservación. Los derechos patrimoniales básicos constituyen, bajo esta óptica, sólo referencias para la atribución de los actos de aprovechamiento.

Séptima. La prioridad puesta en la banda normativa que regula la conservación diluye, parcialmente, la relevancia de los criterios territoriales, que hasta hace poco habían sido predominantes, sobre todo en el ámbito de los derechos patrimoniales inmobiliarios. La distribución de los organismos y los microorganismos que componen la vida silvestre no se atiene, salvo en el caso de los vegetales, a un principio fijo de organización territorial.

Octava. La aprehensión normativa de la función ambiental de los componentes de la vida silvestre se realiza mejor si la regulación se construye

al margen de los modelos patrimoniales que derivan de la noción técnica del derecho subjetivo. La libertad, en sí misma, no es un valor desde la perspectiva ambiental; la facultad de los agentes sociales de decidir sobre el destino de los bienes es, en realidad, un elemento prescindible desde la óptica de la conservación.

Novena. Los móviles individuales suelen resultar funcionales a la conservación sólo cuando pueden engarzarse a una estrategia global que define de forma condicionada el sentido genérico de su ejercicio. Cualquier iniciativa individual que se produzca fuera de los cauces ordenadores que impone la legislación no resulta aprovechable para los propósitos de la conservación.

Décima. Es innegable que el perfil de una ley como la que regula actualmente la materia de la vida silvestre, apuesta mucho más a la eficacia de las soluciones conductistas, que a la autonomía de la voluntad. Asumida la conclusión anterior, puede afirmarse que el mercado, precisamente por su inevitabilidad, condiciona la existencia de un tipo de leyes que propenden al aprovechamiento de sus efectos sinérgicos, aunque no por ello eliminan la función de los órganos públicos que, en este periodo histórico, se proyectan como ordenadores de los mismos procesos mercantiles. El desarrollo de los mecanismos de intercambio privado no neutraliza la necesidad de la acción pública, sino que solamente asigna nuevas posiciones a los órganos gubernativos, los cuales logran reconstituir su función política e integradora a través de la reordenación de las inercias mercantiles.

