

LA DEFENSA POSESORIA DEL CONCESIONARIO DE BIENES PÚBLICOS

Jorge ADAME GODDARD*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El régimen en el derecho romano clásico*. III. *El régimen mexicano actual*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva política económica vigente hoy en términos generales, llamada neoliberalismo, postula la intervención creciente de empresas privadas en la administración y explotación de los bienes públicos. Esto mismo justifica una reflexión acerca de las reglas jurídicas conforme a las cuales se puede llevar a cabo esa explotación, que son fundamentalmente las reglas de lo que hoy se llama concesión de bienes públicos.

Propongo aquí una reflexión de carácter comparativo. Para ello presento primero el régimen de aprovechamiento y uso de los bienes públicos practicado conforme al derecho romano clásico, y luego el régimen mexicano actual, definido principalmente en la nueva Ley General de Bienes Nacionales, publicada el 25 de mayo de 2004.

De la comparación de ambos sistemas resultan observaciones y sugerencias que pueden servir para entender y modificar el régimen mexicano actual, a fin de que la explotación privada de los bienes públicos sirva verdaderamente al pueblo.

Es este trabajo un modesto ejemplo de lo que puede servir el estudio del derecho romano para el jurista actual. Independientemente de cualquier consideración histórica que presente este derecho como ligado al derecho

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

actual como antecedente, o lo presente como desligado de la actualidad, el conocimiento de la ciencia jurídica romana se muestra como una herramienta importante, insustituible, para reflexionar con profundidad sobre los problemas jurídicos urgentes hoy.

II. EL RÉGIMEN EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Me voy a referir a las nociones comúnmente aceptadas por la romanística en relación con el aprovechamiento privado de los bienes públicos, sin intentar hacer aportaciones originales a ella. Las conclusiones que propondré a su consideración serán las relativas al juicio comparativo con el derecho mexicano.

1. *Los bienes públicos*

Entre los juristas clásicos se consideran bienes (*bona*) las cosas en cuanto son susceptibles de apropiación privada. Las cosas que de momento no tienen dueño pero pueden ser objeto de apropiación privada, mediante ocupación, son las cosas de nadie (*res nullius*), y las que temporalmente no tienen dueño pero tienen uno destinado, como la herencia yacente destinada al heredero, son las cosas sin dueño (*res sine domino*).

Las cosas que no pueden ser objeto de propiedad privada son llamadas cosas sobre las cuales no hay comercio humano (*res quarum commercium non est*, o “*extra commercium*”). Entre éstas se cuentan las cosas que pertenecen a los dioses (cosas sagradas o religiosas), las cosas que son de todos, como el aire, el mar y aun el agua corriente, y las cosas del pueblo romano, como las vías, las plazas públicas, las murallas, los terrenos públicos (*ager publicus*), entre otras.

Las cosas del pueblo romano forman el conjunto patrimonial junto con el dinero público que constituyen el erario (*aerarium*). Este conjunto se rige por un derecho público con un régimen diferenciado del que es común entre particulares.

Conforme a esta distinción, las cosas del pueblo romano no pueden ser objeto de propiedad privada, a menos de que dejen de ser públicas. Para esta concepción propia de la república romana, la idea moderna de un patrimonio privado del Estado es una contradicción. Lo que es del pueblo es siempre público.

Sin embargo, son propiamente públicas, y forman parte del erario, las cosas que son del pueblo romano en su conjunto, pues las cosas pertenecientes a los municipios o ciudades siguen un régimen más próximo al derecho privado, según lo atestigua Gayo (3 *ad edictum provinciales* D50,16,16) cuando afirma que las ciudades se consideran como particulares (*civitates enim privatorum loco habentur*).¹ Sin embargo, considerando su titularidad, los bienes de las ciudades se consideran cosas públicas, como lo afirma Ulpiano (10 *ad Edictum* D 50,16,17).

Al establecerse el Principado se va a distinguir otro conjunto del erario público y de los distintos patrimonios de los municipios. Este es el fisco (*fiscus caesaris*), que es el patrimonio del príncipe y del cual él dispone con libertad, como cosa propia y privada. Al irse institucionalizando este régimen, se hará una distinción entre el patrimonio privado del príncipe y el fisco propiamente tal. Como quiera, los bienes del fisco siguieron siendo bienes de los que dispone el príncipe con libertad siguiendo las reglas del derecho privado, aunque no total ni exclusivamente. Las controversias que se planteaban respecto de estos bienes se llevaban por medio del procedimiento cognitorio, que finalmente controlaba el mismo príncipe. Con el paso del tiempo, en la época posclásica, los ingresos públicos en su mayoría se destinaban al fisco con progresivo detrimento del erario, y se dejó al emperador su libre disposición, por lo que incluso llega a llamarse el patrimonio del fisco *res privata*. Esto, como afirma Kaser,² era un paso decisivo a favor del absolutismo.

2. *El uso común de los bienes públicos*

En principio, los bienes del pueblo romano son para el uso común del pueblo romano, entendido éste no como una colectividad abstracta, sino como todos y cada uno de los ciudadanos, de suerte que cualquiera de ellos, en lo particular, puede usar de los bienes públicos. Este uso común de los bienes públicos lo puede exigir y defender cualquier ciudadano mediante una serie de interdictos, que son decretos u órdenes que da el pretor, a petición de cualquier ciudadano y sin necesidad de juicio, para la protección de los bienes públicos; unos son de carácter prohibitorio con el

¹ Así también Kaser, *RPR* II, p. 304, núm. 7.

² Kaser, *RPR* II, p. 306.

objeto de impedir que alguien estorbe o deteriore el uso de un bien público, otros de carácter restitutorio con el fin de que quien hizo algo que impide o deteriora el uso público lo deshaga a su costa y restituya el bien al estado que tenía.

Entre esos interdictos se pueden mencionar los siguientes: el interdicto que prohíbe que se haga algo en un lugar o camino público que impida o deteriore su uso, y el consiguiente que ordena la restitución de lo hecho ilícitamente ahí (*ne quid in loco publico vel itinere fiat*, Lenel, § 237); el que prohíbe que se impida a alguien transitar o conducir por una vía pública (*ut via publica itinereve publico ire agere liceat*, Lenel, § 238); el que prohíbe que se impida al arrendatario de un bien público hacer el uso y disfrute convenido (*de loco publico furendo*, Lenel, § 239); el que prohíbe que se impida a alguien reparar o abrir una vía pública (*de via publica et itinere publico reficiendo*, Lenel, § 240); el que prohíbe que se haga algo en un río público o en su ribera que deteriore la navegación y, en su caso, ordena la restitución de lo hecho (*ne quid in flumine publico ripave eius fiat quo peius navegetur*, Lenel, 241); el que prohíbe, y en su caso ordena la restitución, de lo que se haga en un río público o en su ribera que provoque que el agua fluya de modo distinto a como lo hizo el estío pasado (*ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit*, Lenel, § 242); el que prohíbe que se impida a alguien navegar por un río, lago o canal público, o se le impida cargar o descargar la nave desde la orilla (*ut in flumine publico navigare liceat*, Lenel, § 243), y el que prohíbe que se impida a uno hacer una obra en el río o en la orilla para proteger la ribera o el campo adjunto (*de ripa munienda*, Lenel, § 244).

Los bienes públicos cuyo uso protegen estos interdictos son los ríos, las riberas, los caminos y los lugares públicos; estos últimos comprenden, según Labeón (Ulpiano, *18 ad Edictum* D 43,8,2, 3), los predios urbanos (*area*), las casas para vivienda de varios pisos (*insulae*) y los fundos rústicos (*agri*), todos, se entiende, pertenecientes al pueblo romano o a los municipios.

Esta concepción del uso público implica el uso privado, pero no exclusivo, de todos y cada uno de los ciudadanos respecto de los bienes públicos. Por eso, al comentar el interdicto que prohíbe que se haga algo en lugar o camino público, Ulpiano (*ibidem*, § 2), dice que se propone tanto por la utilidad pública como por la utilidad de los particulares (*et tam publicis utilitatibus, quam privatorum*), y lo explica diciendo que los lugares públi-

cos sirven al uso de los particulares, no por ser éstos propietarios, sino por el derecho de la ciudad, es decir por ser ciudadanos.

Para hacer posible este uso común de los bienes públicos, se permite, en principio, que cualquier ciudadano pueda usar libremente de ellos, y también que cualquiera pueda impedir el uso que otro hace si es en detrimento de su uso particular. Por esto, Ulpiano, a propósito del interdicto que prohíbe hacer algo en un lugar o camino público que estorbe su uso común, dice: “si acaso se hiciere alguna obra en lugar público que redunde en perjuicio de un particular, puede uno ser demandado por el interdicto”. De aquí se infiere que el uso común significa más o menos lo siguiente: cualquier ciudadano puede usar libremente los lugares y caminos públicos siempre que con ello no perjudiquen a otro ciudadano.

Se entiende que alguien sufre un daño cuando pierde el provecho, cualquiera que sea, que obtenía de un bien público, de modo que se considera que hay daño, incluso por perjuicios económicamente no muy importantes, como el que se pierda o deteriore la vista desde una casa, se mengüe la luz que recibía o se vea reducida su entrada a ella (Ulpiano, *ibidem*, §§ 11, 12 y 14). Es tan clara la intención de proteger los usos privados de los bienes públicos, que si uno obtiene del príncipe un permiso para construir en un lugar público, se entiende que puede construir siempre que no perjudique a nadie (Ulpiano, *ibidem*, § 16);³ con el incremento del poder del príncipe, se aceptó posteriormente que alguien pudiera edificar en lugar público con perjuicio de algún ciudadano, cuando el príncipe le había concedido el permiso expresamente, lo cual significa una pérdida del concepto de que los bienes públicos son para uso común, en favor de la idea de que el príncipe es quien determina el uso de los bienes públicos.

El régimen de uso común de los bienes públicos se aclara por contraste respecto del propio de los bienes que integran el fisco; respecto de estas cosas, dice Ulpiano (*ibidem*, § 4) que los particulares no pueden hacer nada ni prohibir (mediante el interdicto) nada, puesto que las cosas del fisco (*res fiscales*) son como propias y privadas del Príncipe.

³ Un caso discutido (Papiniano, *10 responsorum*, D 41,3,45 pr) es el de un ciudadano que había edificado en un lugar público, sin oposición de los demás, cuando luego derriba la construido y hace una nueva edificación, se discute si otro ciudadano le puede prohibir que edifique con el interdicto de que nada se haga en un lugar público o si el que construye tiene una excepción, por haber pre-ocupado ese bien público (el llamado *ius praeoccupationis*) como parece decir Papiniano. Véase la interpretación que hace D’Ors de este texto en *AHDE*, 1981, p. 651.

3. *El uso privado de los bienes públicos*

Los bienes públicos, especialmente los de los municipios, pueden ser dados en arrendamiento (*locatio conductio*) a un particular para que haga un uso o aprovechamiento exclusivo de ellos, a cambio del pago de un precio en dinero llamado *vectigal*. Este ingreso era considerado un ingreso público que, en el tiempo del Principado, percibía el fisco (Ulpiano, *10 ad Edictum* D 50,16,17,1).

De estos arrendamientos de bienes públicos, el más frecuente fue el arrendamiento de tierras rústicas conocido como *conductio agri vectigalis*, por el cual el arrendatario o colono podía usar, cultivar y aprovechar los frutos del campo arrendado. Originalmente se cedía el uso por periodos de cinco años, con las condiciones establecidas por los censores (*leges censoriae*); en tiempo del Principado ya se concede a perpetuidad, e incluso esta duración parece haber llegado a ser característica propia de este negocio, como lo dice Paulo (*21 ad Edictum* D 6,3,1 pr) al afirmar que los campos de las ciudades se llaman “vectigales” cuando son arrendados a perpetuidad (*vectigales vocantur; qui in perpetuum locantur*).

También podían darse en arriendo otro tipo de bienes públicos como minas de piedras o metales, bosques, lagos, salinas y otros lugares públicos, siempre a cambio de un pago en dinero o *vectigal*.

Este uso privado y exclusivo de bienes públicos se consideró de interés público puesto que generaba un ingreso a favor de la ciudad o del fisco (según fuera el bien y la etapa política —República o Principado— cuando se contrajo). De ahí que el pretor otorgó el interdicto *de loco publico fruendo*, por el que prohíbe que se impida al arrendatario de un bien público el usar y disfrutar del mismo, conforme a los términos establecidos en la ley del arrendamiento (*lex locationis*). Cuando Ulpiano comenta este interdicto (*48 ad Edictum* D 43,9,1,1) dice que es evidente (*palam est*) que defiende la utilidad pública pues protege un ingreso público, esto es el pago del *vectigal*. Puede así el arrendatario de un bien público, o incluso su socio, defenderse con el interdicto de quienes pretendan estorbarle el uso o aprovechamiento concedido.⁴

⁴ Ulpiano *48 ad Edictum* D 43,14,1,7, dice que en el caso de arrendamiento de un lago para navegar, se dará un interdicto “útil” a favor del arrendatario a quien se le impide pescar, por razón del *vectigal* que paga (*ob vectigalis favorem*). Quizá se hable aquí de un

Por la misma razón de proteger el ingreso público, tampoco prospera contra el concesionario de un bien público el interdicto que prohíbe que se haga algo en lugar público que impida su uso común, ya que en la misma fórmula del interdicto se exceptuaba de la prohibición a quien tuviera un derecho concedido de usarlo y disfrutarlo exclusivamente.

El arrendatario de bienes públicos con el tiempo llegó a considerarse, igual que los colectores de impuestos, un publicano. Ulpiano (55 *ad Edictum* D 39,4,1,2) da un concepto amplio del publicano diciendo que es todo aquel que disfruta de lo público (*qui publico fruuntur*), sea que pague al fisco un vectigal, por el uso de un bien público, sea que recolecte los impuestos; por esto concluye sumariamente que todo arrendatario del fisco puede llamarse publicano. Gayo (13 *ad Edictum provinciale*, D h.t. 13 pr y 1), más explícitamente, dice que son publicanos los que disfrutaban de salinas, minas de piedra de afilar o de metales, y añade que también se consideraba tales a quienes tienen arrendado algo de cualquier municipio.

Esta asimilación a los publicanos venía a agravar la responsabilidad de los arrendatarios de bienes públicos, pues les hacía aplicable la acción *in factum*, con pena al doble, dada contra los recaudadores de impuestos por lo que ilícitamente hubieran cobrado de los contribuyentes. De acuerdo con esta asimilación, el arrendatario de bienes públicos podría ser demandado por el doble de lo que hubiera obtenido ilícitamente, esto es, sobrepasando los términos de la *lex locationis* o concesión.

4. La posesión de bienes públicos por el concesionario

La posesión en el derecho clásico no es un derecho sino el hecho de que una persona tenga físicamente un bien. Inicialmente la palabra *possessio* designó el asentamiento lícito de un particular en un *ager publicus*. Su posición era primariamente la de un arrendatario, con plazo de cinco años, lo cual era una duración importante que pudo justificar que el pretor le diera un recurso para que él defendiera por sí mismo el predio que había obtenido en arrendamiento. El predio, por ser *ager publicus* no podía ser objeto de propiedad privada, mas como dicho asentamiento es lícito en

interdicto “útil” y no del interdicto de *loco publico fruendo*, pues éste se limita a proteger el uso concedido, que en este caso era navegar, y aquí el arrendatario parece hacer un uso adicional: pescar.

virtud del arrendamiento (*lex locationis*), pareció al pretor conveniente protegerlo mediante una decisión imperativa o decreto, posteriormente conocida como interdicto.

El primer interdicto posesorio fue el llamado *uti possidetis*, que consistía en una orden del pretor que prohibía que se estorbase la posesión de quien había obtenido el interdicto, de suerte que no se le impidiera poseer como había venido poseyendo. A partir de este supuesto se fue extendiendo la protección interdictal otorgada a los concesionarios del *ager publicus* (o “vectigalistas”), a otras personas que estuvieran en una situación semejante respecto de un bien inmueble, a las que también se pudo llamar poseedores, tales como quienes se presentan como propietarios, aunque no lo sean; los precaristas, que usan o disfrutan gratuitamente de un bien inmueble; los acreedores pignoratícios, los secuestrarios y, en general, quienes tienen una cosa ajena con cierta independencia respecto de su propietario.

Además del interdicto prohibitorio, el pretor otorgó otros de carácter restitutorio (int. *unde vi* y *unde vi armata*) por el que ordenaba que se restituyera la posesión de un fundo a quien hubiera sido violentamente despojado.

Esta posesión defendida por los interdictos puede ser llamada posesión pretoria y el concesionario de tierras públicas puede ser considerado poseedor de bienes públicos en este sentido.

Distinta es la posesión que se requiere para adquirir la propiedad de un bien mueble o inmueble por usucapión. Esta fue la posesión civil (*possessio civilis*), concepto elaborado por la jurisprudencia, y ligado a la teoría de la propiedad. Esta posesión, tal como la formuló la última jurisprudencia clásica, requiere dos elementos: la tenencia efectiva de la cosa o *corpus*, que supone que el poseedor controle físicamente la cosa, si bien lo puede hacer por medio de otra persona; y el *animus* o voluntad de comportarse como propietario respecto de la cosa, la cual puede ser de buena fe, cuando el poseedor ignora que hay un propietario, o de mala fe porque sabe que hay un propietario; ordinariamente la buena fe presupone que el poseedor tiene una justa causa (un acto jurídico previo) para poseer. Sólo quien es poseedor civil de buena fe y con justa causa puede adquirir la propiedad del bien poseído por usucapión.

A la posesión civil se contraponen la posesión natural (*possessio naturalis* o *nuda possessio*) que es la de quien tiene una cosa pero no pretende ser propietario. Pero un poseedor natural puede ser al mismo tiempo poseedor pretorio por tener su posesión defendida por los interdictos posesorios,

como es el caso del concesionario del *ager publicus*, que no pretende ser propietario pero puede defender su posesión.

Hay finalmente quienes tienen físicamente un bien ajeno y pueden estar obligados a cuidarlo y a responder por su pérdida o deterioro, pero no son poseedores pretorios puesto que no tienen a su favor los interdictos, ni poseedores civiles pues no poseen con ánimo de dueño, como el arrendatario o el comodatario. Éstos, desde la perspectiva de la posesión civil, serían poseedores naturales, y desde la perspectiva de la posesión pretoria, simples detentadores.

Los concesionarios del *ager publicus* llamados “vectigalistas” eran considerados poseedores pretorios y podían defender la posesión de los bienes concesionados con el interdicto prohibitorio *uti possidetis* y con los interdictos restitutorios *unde vi* y *unde vi armata*. Su posesión, con el tiempo, llegó a convertirse en un derecho real, como consecuencia de que los arrendamientos se otorgaban a perpetuidad (a veces eso se indicaba diciendo que el término eran cien años). Entonces se dio a los vectigalistas, a quienes Paulo describe como los que arrendaron a perpetuidad el disfrute de un fundo de los municipios (*qui in perpetuum fruendum fundum conduxerunt a municipibus*), una acción real por la cual pueden reclamar contra cualquier poseedor, incluso contra los mismos munícipes.⁵ No obstante, la propiedad sigue siendo pública, y esto se evidencia por el pago, de parte del colono, del vectigal o renta anual.

Los concesionarios de otro tipo de bienes, considerados como meros arrendatarios que tienen un derecho personal de usar y disfrutar oponible al arrendador, no tendrían a su favor el interdicto *uti possidetis*, pues éste reclamaba que quien lo solicitara tuviera la posesión. Pero es posible que tuvieran a su disposición, lo mismo que el usufructuario,⁶ el interdicto *unde vi* contra quien violentamente los expulsara, ya que en ese interdicto no se requiere la prueba de la posesión sino sólo de la expulsión violenta.

Además, todos los concesionarios tenían a su disposición el interdicto *de loco publico fruendo*,⁷ por el que el pretor prohibía que se les hiciera

⁵ Lenel & 70.

⁶ Es sabido que se admitió, al menos en tiempo de Ulpiano (69 *ad Edictum* D43,16,3,13 y ss.), que los usufructuarios pudieran pedir el interdicto *unde vi* para que no se les impidiera violentamente su derecho de usar y disfrutar.

⁷ Ulpiano 58 *ad Edictum* D 43,13,1,7 habla de un interdicto *utile* que dieron Labeón y Sabino, a favor de un concesionario (publicano) que arrendó un lago para navegar, para que no se le impidiera pescar.

violencia que les estorbara o impidiera usar y disfrutar de los bienes concesionados en los términos establecidos. Pero cabe notar aquí que el objeto de este interdicto no es la protección de la posesión, sino del derecho de usar y disfrutar.

5. *Síntesis: la posición jurídica del concesionario de bienes públicos*

El concesionario de bienes públicos tiene, en principio, la posición jurídica que corresponde a un arrendatario de cosa (*conductor*). La relación que tiene con la ciudad es la de un contrato de arrendamiento de cosa (*locatio conductio rei*), por la cual adquiere un derecho personal de usar y disfrutar de un bien público, a cambio del pago de una renta en dinero.

Las condiciones y limitaciones de ese derecho vienen fijadas unilateralmente por la ciudad arrendadora (*locator*) en lo que se llamó la *lex locationis*. Seguramente la posibilidad de que los munícipes celebren este tipo de contratos viene regulada por disposiciones gubernativas de las propias ciudades respecto de los munícipes y sus representantes. En todo caso, el hecho de la imposición unilateral de condiciones y de la regulación del modo de celebrar el contrato, no quita a la relación, entre el concesionario y la ciudad, su carácter contractual.⁸ Éste ciertamente se ve oscurecido o desaparece cuando el concesionario de tierras públicas adquiere un derecho real oponible a los mismos munícipes; su posición es entonces más bien la de un propietario que debe pagar un impuesto alto por la tierra.

Los concesionarios del *ager publicus* son considerados poseedores pretorios que pueden defender la posesión de sus tierras por los interdictos *uti possidetis* y *unde vi*. No son poseedores civiles ni pueden adquirir la propiedad por usucapión, pero llegaron a tener un derecho real de usar y disfrutar, transmisible a sus herederos y enajenable, que no altera la titularidad de la propiedad que sigue siendo, en principio, propiedad pública.

El concesionario de otro tipo de bienes puede defender el uso y disfrute de los bienes públicos mediante el interdicto prohibitorio *de loco publico*

⁸ En la cláusula fórmula del interdicto *de loco publico fruendo* se habla de *locare* para indicar la acción del representante de la ciudad de ceder el uso y disfrute del bien, y de *conduire* para indicarla acción correlativa del concesionario. Lo mismo en el comentario de Ulpiano (68 *ad Edictum* D 43,9,1) sobre este interdicto. En el título del Digesto sobre el arrendamiento (19,2) en algunos fragmentos (15,4; 49 y 53) se hace referencia al arrendamiento de bienes públicos.

fruendo, y tiene una excepción contra el interdicto *ne quid in loco publico* que pudiera algún ciudadano intentar contra él, siempre que use en los términos concedidos en la *lex locationis*. También pudo ejercitar los interdictos *unde vi* y *unde vi armata* para defenderse contra el desporador violento.

A modo de tener un control popular de los bienes públicos se asimiló a los concesionarios a los publicanos, por lo que se puede dar contra aquellos la acción por el doble del daño causado cuando abusen de los bienes públicos.

III. EL RÉGIMEN MEXICANO ACTUAL

1. *La propiedad de los bienes públicos en la Constitución*

El régimen mexicano de los bienes públicos parte de la Constitución Política, principalmente en su artículo 27 constitucional. De conformidad con las disposiciones constitucionales se suelen distinguir diversos tipos de propiedad pública.

La propiedad originaria de la nación (párrafo primero) sobre las tierras comprendidas en el territorio nacional. El propietario es la nación, la cual puede enajenar ese dominio en favor de los particulares para constituir la propiedad privada. En los bienes comprendidos por esta propiedad de la nación cabe incluir los que el artículo 42 constitucional menciona como integrantes del territorio nacional: las islas, cayos, arrecifes, los zócalos submarinos de los mismos y la plataforma continental.

La propiedad o dominio directo (párrafo cuarto) de la nación sobre: los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; sobre todos los “minerales o sustancias” que se encuentren en el subsuelo, y sobre el espacio aéreo encima del territorio nacional.

La propiedad de la nación sobre las aguas de los mares territoriales y, en general, sobre todas las aguas interiores, salvo algunas pocas que pueden considerarse de la propiedad del dueño del predio donde están depositadas o por donde corren (párrafo quinto).

Los derechos de soberanía y jurisdicciones que ejerce la nación sobre la “zona económica exclusiva” adyacente al mar territorial.

De todos estos bienes la Constitución dice expresamente que la titular o propietaria es la nación.

Hay otros bienes de propiedad pública previstos en la Constitución (artículo 132), que son: los fuertes, cuarteles, almacenes de depósito y los “demás inmuebles destinados por el gobierno de la Unión al servicio público o al uso común”. De ellos no se dice que la nación sea su propietaria o titular, pero por el hecho de ser bienes que el gobierno federal destina a un servicio público o un uso común, puede inferirse que son bienes cuyo titular es el propio gobierno federal.

La Constitución establece dos categorías de bienes: unos son los bienes propiedad de la nación, a que se refiere el artículo 27 constitucional, y los otros los inmuebles destinados al uso común o a un servicio público que vienen a ser propiedad del gobierno federal.

Esta distinción constitucional entre los bienes de la nación y los bienes del gobierno federal ha sido prácticamente eliminada por una interpretación de la Suprema Corte de Justicia que ha sido seguida por la doctrina publicística mexicana, según la cual la palabra “nación” debe entenderse en el sentido de Estado federal o Federación. El punto de partida fue un párrafo del mismo artículo 27 constitucional (noveno párrafo, inciso II, actualmente derogado) que decía que los templos “son de la propiedad de la nación representada por el gobierno federal”. De ahí partió la Suprema Corte para interpretar que cuando dicho artículo habla de “nación” “se refiere a la Federación” (amparo civil en revisión, 17 de mayo de 1929). Por eso, los administrativistas que estudian el régimen de estos bienes (Gabinio Fraga,⁹ Andrés Serra Rojas,¹⁰ Miguel Acosta¹¹) los consideran llana-

⁹ Fraga, G., *Derecho administrativo*, México, 1993, p. 343, habla del “conjunto de bienes materiales... que sirven al Estado”, a los que denomina también como “patrimonio nacional”, y que clasifica en “bienes de dominio público de la federación” y “bienes de dominio privado de la federación”, y entre los bienes de dominio público menciona aquellos que la Constitución dice que son de la nación.

¹⁰ Serra Rojas, A., *Derecho administrativo*, México, 2002, pp. 261 y ss. sigue también la distinción introducida por la ley de bienes nacionales vigente en su momento, entre bienes del dominio público y del dominio privado de la federación, y considera que los bienes que la Constitución afirma que son de la nación son en realidad bienes del dominio público de la Federación.

¹¹ Acosta Romero, M., *Segundo curso de derecho administrativo*, 2a. ed., México, 1993, pp. 205 y ss., dice que son del titulares “dominio público” la Federación, pero además “las entidades federativas” y “los municipios”, pero esto no supone reconocer que

mente como bienes del Estado federal, o bienes del dominio de la Federación, sin reparar que el Estado no es la nación ni el pueblo, y mucho menos lo es el “Estado federal”. Ésta me parece una interpretación equivocada pues es un error claro afirmar que el representante del propietario (el gobierno federal) es en realidad el propietario. El Código Civil Federal (artículo 25) contempla expresamente que la nación es una persona jurídica y, por lo mismo, con capacidad para ser titular o propietaria de los bienes mencionados, pero esta afirmación de la personalidad jurídica propia de la nación no ha tenido el debido desarrollo.

El régimen de los bienes mencionados en la Constitución lo establece principalmente la Ley General de Bienes Nacionales, cuya última versión fue publicada el 20 de mayo de 2004, en sustitución de la publicada el 8 de enero de 1982. Dicho régimen se complementa con otras leyes que regulan especialmente ciertos bienes nacionales, como la Ley Minera, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 constitucional en el Ramo del Petróleo, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Energía Nuclear, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, entre otras.

2. La propiedad de los bienes públicos según la Ley general de bienes nacionales

Esta ley habla, como su nombre lo indica, de los “bienes nacionales”, lo que haría suponer que se trata de los bienes de la nación a que se refiere la Constitución. Efectivamente en el artículo 3 de esta ley que menciona cuáles son los bienes nacionales, su primera fracción dice que son los señalados en los artículos constitucionales 27, párrafos cuarto (recursos naturales, minerales y sustancias del subsuelo y el espacio aéreo), quinto (las aguas) y octavo (la zona económica exclusiva adyacente al mar territorial); en el artículo 42, fracción IV (la plataforma continental y los zócalos submarinos de islas, cayos y arrecifes); pero también incluye los bienes comprendidos en el artículo 132 constitucional (fuertes, cuarteles e inmuebles

el derecho de propiedad o titularidad recae en la colectividad como tal, en la nación, o el pueblo de las entidades federativas o la misma comunidad municipal, pues entiende que la titularidad corresponde al gobierno federal, al gobierno estatal o al gobierno municipal; por eso, al clasificar los bienes del dominio público de la federación incluye (pp. 207 y ss.) los que la Constitución otorga a la nación.

destinados por el gobierno federal al servicio público o al uso común) que no son de la nación sino del gobierno federal.

En la fracción II del mismo artículo se dice que también son bienes nacionales: los bienes de uso común, entre los que hay algunos que la Constitución dice que son de la nación, como el espacio aéreo (artículo 27, párrafo 4), las aguas marinas interiores o el mar territorial (párrafo sexto), pero la mayoría son bienes que la propia ley (artículo 7) designa como de uso común, entre otros las playas, puertos, bahías, diques, muelles, los cauces de las corrientes, presas, canales, bordos, zanjas, caminos, carreteras, puentes, vías férreas, los monumentos arqueológicos, las plazas, paseos y parques públicos, entre otros. Aunque no se dice quién es el titular de estos otros bienes de uso común, puede inferirse que es el gobierno federal, porque son bienes sujetos al dominio público de la federación.

Las siguientes fracciones ya señalan como “nacionales” bienes que son abiertamente de la propiedad del gobierno federal. La fracción III señala los “bienes muebles e inmuebles de la federación”; la fracción IV los bienes muebles e inmuebles “propiedad de las entidades” paraestatales, la fracción V los que son “propiedad de las instituciones de carácter federal con personalidad jurídica y patrimonio propios”, y finalmente la fracción VI se refiere a todos los demás que otras leyes consideren como bienes nacionales.

Lo que se puede inferir de esta enumeración de “bienes nacionales” es que la denominación nacional no se refiere a la titularidad, pues hay bienes “nacionales” que no son de la nación, puesto que son propiedad del gobierno federal, de las entidades paraestatales o de los organismos descentralizados y autónomos. La calificación más bien indica un régimen especial de dichos bienes, que se llama “régimen de dominio público”. Por eso, el artículo 4 de la misma ley dice que los “bienes nacionales” están sujetos “al régimen de dominio público o a la regulación específica que señalen las leyes respectivas”.

3. Los regímenes de los bienes públicos

La nueva ley terminó con la distinción entre bienes del dominio público de la Federación y bienes del dominio privado de la Federación que tenían las leyes anteriores. Todos son bienes de dominio público y por lo mismo son inalienables, inembargables e imprescriptibles (artículo 13). Hay, sin embargo, diversos regímenes de estos bienes. El régimen más común es el

desarrollado en la misma ley y denominado régimen de dominio público de la Federación.

Son bienes sujetos al régimen de dominio público de la federación (artículo 6): los bienes que la Constitución dice que son de la nación, los bienes de uso común, los templos, los inmuebles de la Federación destinados a un servicio público, los terrenos baldíos nacionales, los inmuebles considerados monumentos arqueológicos, históricos o artísticos, los que sean constituidos como reservas territoriales, los inmuebles de organismos descentralizados de carácter federal, y muchos otros inmuebles y muebles más.

Aunque en principio son inalienables, los inmuebles federales, que no sean bienes de uso común, y que resulten inútiles para algún servicio público, pueden ser “desincorporados” del régimen de dominio público, mediante acuerdo de la Secretaría de la Función Pública, y enajenados a título oneroso o gratuito (artículos 29-VI y 84).

Entre los otros regímenes especiales, que se entiende son de dominio público, establecidos por leyes específicas se cuentan los siguientes:

a) El de los bienes transferidos al Servicio de Administración y Enajenación de Bienes, una vez que han sido desincorporados del régimen de dominio público, y de los cuales puede este organismo disponer.

b) El de los bienes de las instituciones federales con personalidad jurídica y patrimonio propio, a las que la Constitución les otorga autonomía.

c) El que rige los bienes de las entidades paraestatales, los cuales, aunque se reconocen como bienes nacionales (artículo 3-IV) no se incluyen entre los sujetos al régimen de dominio público (artículo 116) y se rigen por la Ley federal de las entidades para estatales.

d) El régimen de los inmuebles que constituyen la zona federal marítimo terrestre, que consiste en una franja de veinte metros de tierra firme contigua a las playas marítimas, o a las riberas de los ríos, desde su desembocadura en el mar hasta cien metros río arriba, o a las lagunas, esteros o depósitos de agua marina que se comuniquen con el mar, así como la totalidad de la superficie de los cayos y arrecifes ubicados en el mar territorial. Éste es un régimen especial establecido en el título cuarto de la misma ley.

Pueden incluirse otros como las minerales, el petróleo y los hidrocarburos del subsuelo, que tienen un régimen definido en leyes especiales.

Para hacer posible la comparación del régimen romano con el previsto en las leyes mexicanas sobre los bienes públicos, me limitaré en lo sucesi-

vo a considerar sólo el régimen principal o común, el del dominio público de la Federación.

4. El uso común de los bienes públicos

En el régimen mexicano de los bienes públicos el uso común es excepcional. Sólo hay una categoría de bienes públicos, los previstos en el artículo 7, que están destinados al uso común. Respecto de estos bienes la ley dispone (artículo 8) que “todos los habitantes de la República” pueden usarlos respetando las restricciones establecidas por las leyes y reglamentos administrativos. No existe en la ley federal comentada algún recurso que tengan los ciudadanos para hacer respetar el uso común de este tipo de bienes. Pero sí se admite la posibilidad de que estos bienes sean concesionados a favor de particulares (artículo 8).

El resto de los bienes públicos, que son la mayoría, son bienes que en principio usa el Estado federal. Hay algunos que los usa y administra el Poder Judicial o el Poder Legislativo, conforme a las propias reglas que emitan y respetando las disposiciones legales que les fueran aplicables, pero no pueden disponer de ellos. Todos los demás son bienes que usa y administra el gobierno federal, por medio de la Secretaría de la Función Pública, que es la administradora general, y las demás secretarías o dependencias administradoras, que son: las secretarías de Gobernación, Medio Ambiente y Recursos Naturales, Comunicaciones y Transportes, Educación Pública y Reforma Agraria. A estas entidades administrativas (o “burocracias”) les corresponde (artículo 28-I), entre otras facultades: “poseer, vigilar, conservar, administrar y controlar” los bienes y, en su caso, “controlar y verificar” su “uso y aprovechamiento”.

Las dependencias administrativas, que no son las administradoras de los bienes públicos, pueden adquirir el uso de ellos. Para esto se requiere que la Secretaría de la Función Pública emita un acuerdo administrativo por el que se destina un bien al uso de una dependencia administrativa cualquiera. Ésta adquiere un derecho de uso limitado en los términos del acuerdo administrativo, que incluso puede ceder gratuitamente a particulares y otras entidades (sindicatos) cuando esté justificado para la prestación de los servicios de la dependencia o por la realización de obras en el inmueble; pero no puede arrendarlos ni concesionarlos por sí misma; para ello requiere autorización de la entidad administradora correspondiente.

Lo anterior hace ver que el uso de los bienes públicos es mayoritariamente el uso exclusivo que hace de ellos el gobierno federal o los poderes Legislativo o Judicial. Este uso es, por su naturaleza exclusiva y excluyente, un uso privado, aunque algunos juristas, por ser practicado por el “Estado” y sin distinguir entre lo público y lo estatal, podrían llamarlo un uso público.

5. El uso privado de los bienes públicos

La ley señala, como regla general (artículo 15) que los particulares y las instituciones públicas sólo podrán adquirir derechos de “uso, aprovechamiento y explotación” de los bienes públicos en los términos establecidos en ella misma, pero admite que los “aprovechamientos accidentales o accesorios” como la venta de frutos, materiales o desperdicios, se regirán por el Código Civil Federal.

Esos derechos de uso, aprovechamiento o explotación se adquieren mediante concesiones, permisos o autorizaciones que sólo dan al interesado un derecho personal, frente a la administración, a usar, aprovechar o explotar de acuerdo con lo previsto en las leyes y el título de la concesión (artículo 16).

Sin embargo, como las concesiones se otorgan hasta por un plazo de cincuenta años, prorrogable una o varias veces (artículo 73), y los concesionarios pueden, con autorización previa de la dependencia concesionante, ceder los derechos de la concesión y dar en arrendamiento o comodato alguna parte de los bienes concesionados, la posición jurídica de los concesionarios se fortalece de hecho.

El derecho del concesionario se limita potencialmente por la posibilidad que tiene la concesionante de revocar la concesión si el concesionario, en general, no cumple con el fin para el cual se le otorgó la concesión, viola las leyes administrativas o las condiciones previstas en el título de concesión (artículo 76); en tal caso, el concesionario pierde los bienes que hubiera introducido y no recibe indemnización alguna por su inversión. Puede también el concesionario perder su derecho, aunque no incumpla las leyes ni los términos de la concesión, cuando sea necesario terminarla por causas de utilidad pública o de seguridad nacional, a juicio de la concesionante, que emitirá para ello una “declaratoria de rescate”; en este caso el concesionario recibe indemnización (artículo 19). Tanto la declaración de caducidad como la de rescate son actos de la dependencia administrativa, que emite después de un procedimiento sumario en el que el concesionario tendrá

oportunidad de ser oído; de no quedar satisfecho con la resolución podrá pedir su revisión ante los tribunales administrativos y eventualmente en juicio de amparo.

6. La posesión de los bienes de dominio público de la Federación

Aunque el titular de los bienes es supuestamente el Estado federal, quienes los poseen en concreto, sin considerar los bienes de los poderes Judicial o Legislativo, son (artículo 28-I) la Secretaría de la Función Pública y las otras secretarías administradoras de inmuebles. Las demás dependencias administrativas que tengan destinados bienes para su uso no se consideren poseedoras sino simples usuarias (artículo 70).

Como consecuencia de esta atribución de la posesión, sólo las dependencias administradoras de inmuebles pueden defenderla. A ellas les compete, dice la ley, “instaurar los procedimientos administrativos encaminados a obtener, retener o recuperar la posesión” de los inmuebles federales (artículo 28-VI). La ley habla de dos procedimientos de este tipo.

Uno es (artículo 55) un procedimiento para adquirir la propiedad de un inmueble que alguna dependencia posea a título de dueño (no se requiere un tiempo mínimo de posesión) y que no esté inscrito en el Registro Público de la Propiedad; el procedimiento consiste en publicar un aviso de que se inicia un procedimiento para declarar el inmueble propiedad federal, a fin de que los interesados manifiesten su oposición. El procedimiento termina con una declaración de que el inmueble es propiedad federal, si no hubo oposición de terceros o éstos no probaron su derecho, o de que se da por terminado el procedimiento.

El otro (artículo 107) es el procedimiento para “recuperar la posesión” de un inmueble de cualquier particular que lo use o aproveche sin tener permiso, autorización concesión o contrato para ello, o para recuperarlo de algún concesionario o contratista que no lo ha devuelto en el plazo establecido o ha hecho un uso no autorizado. Es un procedimiento breve, independiente de las acciones judiciales que puedan corresponder, que inicia la entidad administradora correspondiente y ella misma resuelve en un plazo que podría ser de dos meses. Para hacer cumplir su orden, la entidad administrativa puede utilizar las medidas de apremio previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles que consisten (artículo 59) en multa, auxilio de la fuerza pública, o acusación penal por desobediencia.

Mediante estos dos recursos, que el gobierno federal inicia y concluye por sí mismo, se protege eficazmente la posesión de los bienes públicos a favor de las entidades administradoras. Muy distinta es la posesión del concesionario.

Por principio (artículo 13), los bienes de dominio público son “inalienables, imprescriptibles e inembargables” y “no estarán sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de terceros”. Esto significa que los concesionarios, o cualquier otra persona que use un bien de dominio público, no puede considerarse dueño o titular de algún derecho real sobre ellos y ni siquiera poseedor. Respecto de los concesionarios, expresamente dice la ley (artículo 16) que no obtienen ningún derecho real.

Ante la administración pública, los concesionarios sólo tienen el derecho personal que les otorga la concesión y no pueden reclamar derecho real o posesión alguna sobre los bienes objeto de ella. Carecen también de algún recurso para defenderse de terceros que les impidieran usar o aprovechar los bienes concesionados, pues tendría que ser un recurso fundado en la posesión o en un derecho real sobre los bienes concesionados; para defenderse en estos casos, tendrían que acudir a la entidad administradora para que ella asumiera su defensa.

No obstante, los concesionarios tienen de hecho bienes públicos bajo su control durante plazos largos (las concesiones se dan hasta por plazos de cincuenta años, prorrogables), y esto no puede ser soslayado. Por eso, el procedimiento que pueden iniciar las dependencias administradoras para recuperar los bienes públicos que tuvieran otras personas o concesionarios cuyo derecho ha terminado, la propia ley dice que es un procedimiento para “recuperar la posesión”, por lo que implícitamente reconoce que los concesionarios o particulares que los tienen son los poseedores. A partir de esto, se podría intentar que el concesionario pudiera defender la posesión de los bienes concesionados respecto de terceros.

7. Síntesis: la posición jurídica del concesionario de bienes públicos

El concesionario sólo tiene un derecho personal frente a la administración pública, derivado de la concesión y en los términos que fije la misma.

No se le considera poseedor de los bienes concesionados ni titular de algún derecho real sobre ellos, por lo que no tiene ningún recurso para

defenderse él mismo de terceros que le impidan o estorben el uso o aprovechamiento concesionado.

Los ciudadanos en lo particular no tienen, en principio, algún recurso específico para defender los bienes públicos de los abusos de los concesionarios.

La defensa queda confiada al gobierno federal, quien tiene a su disposición recursos eficaces que puede ejercer unilateralmente: la revocación o el rescate de la concesión, mientras la concesión esté vigente, y el procedimiento administrativo para “recuperar la posesión” cuando hubiere terminado.

IV. CONCLUSIONES

La primera observación que surge de esta comparación es la diferencia en cuanto al concepto mismo de bienes públicos. En el derecho romano clásico se mantuvo la idea de que los bienes públicos son bienes del pueblo y, por lo mismo, son bienes de uso común. La evolución política que llevó a la concentración del poder político en manos del Príncipe hizo que junto a los bienes del pueblo romano, y los de las ciudades, surgiera ese otro patrimonio del príncipe (el fisco), que paulatinamente va concentrando los ingresos y bienes públicos y del cual dispone el príncipe, sin que el pueblo tenga participación en su uso. Pero durante la etapa del derecho clásico, se mantiene el concepto de que los bienes públicos son para uso del pueblo y se dan a éste recursos para defenderlos.

El régimen mexicano, en cambio, parte del concepto de que los bienes públicos son bienes del Estado federal, y éste tiene la facultad de disponer de algunos ellos para un uso común o un servicio público. Tal interpretación me parece un grave error, un desvío del texto constitucional que habla de ciertos bienes que son de la nación, y a la cual el Código Civil Federal le reconoce personalidad jurídica. Con esta interpretación, el tratamiento de los bienes públicos mexicanos es más parecido al régimen del Principado o del Imperio que al de la república romana, pues así como el príncipe dispone de los bienes del fisco con cierta libertad, aunque obviamente respetando ciertas reglamentaciones, también el gobierno federal puede disponer de los bienes públicos, para lo cual basta con que la Secretaría correspondiente emita el acuerdo de desincorporación del régimen de dominio público. Ya no son los bienes públicos, como en el dere-

cho clásico, una *res extra commercium*, una cosa que está fuera del comercio, por la razón de que es una cosa que el pueblo usa y disfruta en común.

Hace falta hoy en México una reflexión, a partir del texto constitucional, sobre qué bienes son verdaderamente bienes públicos y cuáles son bienes del gobierno federal o de los gobiernos locales. Me parece que entre los bienes públicos pueden considerarse: los destinados, por su propia naturaleza o por disposición legislativa o administrativa, al uso común; los que están destinados a la prestación de un servicio público; y algunos recursos naturales que la Constitución dice que son de la nación, como el petróleo y los minerales del subsuelo, que pueden considerarse como públicos, no porque su uso lo sea, sino porque los productos de su explotación (la venta de petróleo, gas o los ingresos por las explotaciones mineras) se consideran ingresos públicos y, en consecuencia, deben tener un destino específico en favor del desarrollo nacional (quizá definido por un plebiscito) y no ser ingresos de los cuales dispone el Estado federal, por medio del presupuesto anual. El régimen de inalienabilidad o de *res extra commercium* sólo corresponde a los bienes públicos, y no a los del gobierno.

La diferente perspectiva en cuanto al concepto de bienes públicos tiene consecuencias prácticas en los respectivos regímenes de los concesionarios de bienes públicos.

En el derecho clásico, el pueblo, cada ciudadano en lo particular, puede defender, mediante un interdicto, el uso que él hace de un bien público, en contra de cualquier persona que lo estorbe o impida y, por supuesto, también en contra de un concesionario. El régimen mexicano no contempla un recurso semejante; algo parecido puede ser la acción o recursos populares que hay en las disposiciones de protección al ambiente, pero ellos no protegen propiamente el uso común sino el equilibrio ecológico.

Tanto en el derecho romano como en el mexicano, se entiende que el concesionario es titular de un derecho personal de usar y disfrutar un determinado bien, con las condiciones impuestas. El derecho personal del concesionario es por su naturaleza un derecho contractual, cuya causa no es la mera expedición del título formal de la concesión (el acto administrativo), sino el pago de la contraprestación. Ayudaría a la doctrina administrativista considerar la concesión no sólo como un acto administrativo, sino además como un contrato, una *locatio conductio*, que tiene sus reglas propias respecto de las responsabilidades del arrendador y el arrendatario. Obsérvese, por ejemplo, que la Ley de bienes nacionales, que determina los recursos fuertes que tienen las secretarías administradoras en

contra del concesionario, no tiene ninguna indicación acerca de qué acción o recurso tiene el concesionario en contra de la secretaría para exigirle responsabilidad por no cumplir con lo establecido en la concesión.

El hecho de que el concesionario tenga sólo un derecho personal no impide reconocer el hecho de que tiene los bienes concesionados bajo su control. Este hecho puede ser reconocido, en los términos del Código Civil Federal, como una posesión “derivada”, que dé al poseedor la posibilidad de defenderla de terceros, a semejanza del interdicto *uti possidetis* que tenía el vectigalista. Esto le daría la posibilidad de defenderse por sí mismo sin necesidad de involucrar a la administración pública. El reconocimiento de la defensa posesoria no significa, ni tiene por qué ser de otro modo, que se reconozca que el concesionario tiene un derecho real sobre los bienes concesionados. El otorgamiento de un derecho real al concesionario, como sucedió con la *conductio in agro vectigale*, equivale, de parte de la administración, a una renuncia del bien concesionado.

Aunque no se reconozca al concesionario una posesión y la correspondiente defensa posesoria, se le puede dar una defensa, frente a terceros, de su derecho a usar y disfrutar de los bienes concesionados, semejante al interdicto *de loco publico fruendo*. Esto, igual que la defensa posesoria, fortalecería la posición del concesionario y descargaría de la responsabilidad de su defensa a la administración pública.

Finalmente, desde la perspectiva de que los bienes concesionados son bienes públicos, esto es del pueblo, antes que de la administración pública, convendría establecer un recurso popular que diera a cualquier habitante afectado la posibilidad de reclamar contra el concesionario de bienes públicos que hace un uso o disfrute abusivo de los mismos. Esto también facilitaría el control de los concesionarios.