

## CAPÍTULO PRIMERO

# ¿EXISTEN LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS EN MÉXICO? UN PLANTEAMIENTO A PARTIR DE LA DOGMÁTICA Y DE LA RECIENTE REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA ENERGÉTICA

Francisco Javier DORANTES DÍAZ\*

SUMARIO: I. *Planteamiento problemático.* II. *La discusión histórica.* III. *¿Cambio de derrotero?* IV. *Reforma constitucional en materia energética.* V. *Una posible solución.* VI. *A manera de conclusión.* VII. *Bibliografía.*

### I. PLANTEAMIENTO PROBLEMÁTICO

De manera tradicional, en nuestro país, los derechos humanos tienden a verse desde una perspectiva unilateral, autónoma y desvinculada de otros derechos humanos. Con la actual obligación de interdependencia de los derechos humanos, prevista en nuestro artículo 1o. constitucional, esta forma de ver los derechos ya no es posible. En el caso del derecho humano a un medio ambiente sano, éste se relaciona con la necesidad de un desarrollo sustentable y una mejor distribución de la riqueza. Aunado a esta situación, debemos estar conscientes de que muchas de las antiguas instituciones jurídicas en nuestro país sufren un cambio trascendente por nuestro nuevo sistema constitucional. Precisamente, uno de los problemas jurídicos más relevantes y prácticamente no tratado dogmáticamente es el relativo a los derechos reales administrati-

---

\* Doctor en derecho, servidor público especializado en derechos sociales; actualmente se desempeña como coordinador de asesores de la Procuraduría Ambiental y de Ordenamiento Territorial del Distrito Federal; socio fundador de EDCA. Jurista, profesor por oposición en la Universidad Nacional Autónoma de México, y miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, en donde es coordinador de Medio Ambiente. Correo: fdorantes@paot.org.mx.

vos, tema fundamental para entender la apropiación y la contratación administrativa de nuestros recursos naturales, particularmente los referentes a hidrocarburos.

Una parte importante del problema radica en que para algunos juristas, como en el caso de Luigi Ferrajoli (2007), los derechos de naturaleza patrimonial no son realmente derechos fundamentales. Cuestión que desde mi punto de vista está superada, entre otros aspectos, por las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al reconocer la importancia de la propiedad de los recursos naturales de ciertas comunidades indígenas en la defensa de sus derechos humanos (Silva, 2012).

En el caso de México, nuestra noción de propiedad originaria genera ciertas peculiaridades en el tratamiento de este problema. Precisamente, en el presente ensayo nuestra hipótesis de trabajo es comentar cómo ante la falta de regulación expresa de nuestra Constitución en materia de derechos reales administrativos, se genera un vacío jurídico necesario de llenar, tanto por una reforma jurídica a nuestra carta magna como por una importante labor dogmática por parte de nuestros especialistas.

El problema no es sencillo metodológicamente hablando, ya que de alguna forma se halla inmerso en estos temas, que tienen su origen en el derecho privado y continúan su desarrollo en el derecho público (Hesse, 1995). A nadie escapa, en ese sentido, que la institución jurídica de los derechos reales tiene su origen en el derecho privado. No obstante, al trasladarse a las cartas constitucionales, adquiere características propias. En gran parte, los problemas que ha tenido nuestra doctrina es el no tomar en consideración que los derechos reales deben verse desde otra perspectiva en el ámbito administrativo y constitucional (Arce y Flórez-Valdés, 1986) y no equipararse totalmente a las cualidades jurídicas del derecho privado.

Para poder abordar los aspectos aporéticos aquí planteados, en primer lugar, veamos algunas notas sobre la propiedad en Occidente, que nos permitirán observar la evolución institucional, desde la perspectiva de la propiedad, de los derechos reales administrativos.

### 1. *La propiedad en Occidente*

En lo que a la evolución de la institución jurídica de la propiedad concierne, nos encontramos ante una profunda discontinuidad (Grossi, 1992). Las relaciones jurídicas que esta institución generó en la época romana y medieval no son iguales a las que se consideran como modernas (Lasalle, 2001). En todo caso, un factor importante y presente en toda ocasión es su

relevancia económica. Quizá por esa razón para juristas como Henry Maine la propiedad es la institución alrededor de la cual se constituye todo el derecho occidental hasta fines del siglo XIX.

Si bien, como ya hemos dicho, la evolución de la propiedad es discontinua, no se pueden negar trazos del pasado que permanecen en ella. Como ejemplo mencionaré aquí el caso de nuestro país, la regulación jurídica que nace con la Constitución de 1917, pero que no puede desprenderse de sus rasgos coloniales.

En la Edad Media encontramos distintas formas de propiedad, surgidas ante el vacío provocado por la caída del mundo antiguo (Grossi, 1992), en donde la posesión es más importante, a diferencia de la realidad romana, que la mismísima propiedad (Lasalle, 2001). En este caso predomina un vigoroso principio de efectividad, donde el *dominium* ya no impera. En este contexto, también los derechos reales cambian, se transforman a situaciones de hecho distintas, donde lo real, más bien califica a lo posesorio (Lasalle, 2001).

Ante las nuevas realidades, surge una invención, que refleja los vicios y virtudes de un renacimiento jurídico, el *dominium utile*, institución que, como señala Paolo Grossi, lleva inscrita en su estructura un sustantivo y un adjetivo mal avenidos (Grossi, 1992). Así es, en tanto que el sustantivo se refiere a la amplia soberanía de un individuo sobre un bien, el adjetivo somete la misma a la noción de utilidad. Es necesario tener presente, en el análisis de los derechos reales, esta contradicción de origen.

El dominio útil, si bien implica un punto de partida a partir del bien, éste ya responde a diversificaciones que van más allá del sujeto, que lo trasciende. Los glosadores están pensando, ante todo, en un paisaje agrario, donde uno es el titular de la tierra y otro el que la siembra. Dominio directo y dominio útil, conceptos que entran a la estructura jurídica, describiendo nuevas realidades. Quizá por esa razón resulte tener más corrección el hablar de propiedades, en lugar de propiedad. La propiedad no se construye, desde esta peculiar situación histórica, a partir del sujeto, sino del bien como instrumento económico-jurídico del vivir cotidiano (Grossi, 1992). Técnicamente, esta situación genera sus consecuencias: los derechos reales están limitados. Con esta cualidad, llegarán hasta nuestros días.

En consecuencia, esta propiedad medieval no será una institución monolítica, porque implica una complejidad institucionalizada. La llamada propiedad moderna implica un retorno a la simplicidad. Este camino pretenderá allanarse por medio de la codificación, en concreto por el Código Civil napoleónico y su famoso artículo 544, que califica a la propiedad como un derecho absoluto para gozar y disponer del bien. No obstante, en el propio Código se reconocen las posibles modificaciones que la propiedad

puede sufrir (Grossi, 1992). En ese sentido, el artículo 544 no puede ser leído de manera aislada, sino que requiere de una lectura sistemática; pero de ninguna manera debemos ver a este esfuerzo regulatorio como un regreso a la propiedad en sentido romanístico.

Esta última afirmación tiene su sustento tanto en las resoluciones judiciales francesas posteriores a la aplicación del Código como en el tratamiento dogmático. Sobre este tópico, Stefano Rodota (1986) comenta que la idea de propiedad absoluta sólo debe verse desde la perspectiva de oposición en el caso de compraventa ante los antiguos propietarios. Para este jurista italiano, esto no puede ser de otra manera, pues la propiedad ya no puede verse con un contenido meramente individual, sino también social. En otras palabras, no puede hacerse una lectura meramente individualista del Código Napoleón (Rodota, 1986).

Esta última forma de ver el derecho de propiedad le dará cabida a la denominada “función social” de la misma, como un principio general y orientador. Uno de los principales problemas de esta formulación jurídica es una operatividad amplia. No obstante, Rodota (1986:269) señala que “la función social de la propiedad ha sido una fórmula mucho más operativa en las discusiones de los estudiosos que en la conciencia de los jueces o de los políticos”.

## 2. *El caso mexicano*

La evolución y la historia de la propiedad en nuestro país no carecen de sus complejidades (Díaz y Díaz, 2014). La nota en común es cómo nuestro concepto moderno de propiedad se encuentra estrechamente unido a la concepción de mercado (Díaz, 2014). No obstante, nuestra principal referencia son las instituciones coloniales, mismas que sufrieron continuas redefiniciones durante los siglos XVII y XVIII (Díaz y Díaz, 2014).

Una peculiaridad de nuestro sistema de propiedad era el *dominium* tanto del monarca como de la Iglesia, institución a partir de la cual se despojaba a los indígenas de sus tierras (Díaz, 2014). En ese sentido, nuestras luchas libertarias siempre tuvieron como uno de sus principales objetivos la redefinición de nuestra institución de propiedad, esfuerzo que nunca se logró plenamente.<sup>1</sup> La inestabilidad política, jurídica y social de nuestro siglo XIX fue determinante en esta situación.

---

<sup>1</sup> Como un ejemplo de este esfuerzo podríamos mencionar las leyes de Desamortización de Fincas Rústicas y Urbanas Propiedad de Corporaciones Civiles y Religiosas, del 25 de junio de 1856.

Si bien, como hemos visto, la discontinuidad es una de las características de la propiedad como institución, en nuestro país esto fue más notorio, al confluir “la vigencia de normas del derecho castellano, derecho indígena y de legislación moderna” (Díaz, 2014). Esta compleja realidad no permitió que las leyes tuvieran una eficacia plena y lograr uniformidad jurídica. La principal consecuencia de esta realidad fue una inequitativa distribución de la riqueza, con los enormes conflictos sociales que esto conlleva.

La Constitución de 1917 fue nuestra oportunidad histórica para modificar tan caótica situación. Nuestra fórmula de “propiedad originaria” de las tierras y aguas de la nación, de procedencia eminentemente colonial, negaba de origen la concepción individualista de la propiedad, la cual es restringida y subordinada al poder público (Díaz, 2014).<sup>2</sup> Como si fuera poco, la Constitución determinó un ámbito patrimonial en favor de la nación, sobre el cual los particulares nunca podrán constituir el derecho de propiedad, y sólo podrán ser objeto de aprovechamiento privado mediante concesiones.

En esta nueva fórmula se sustituye la titularidad del monarca por la de la nación, debiéndose entender por tal al pueblo dueño de su territorio. La propiedad es la base para consolidar nuestra soberanía (Díaz, 2014). Nuestros recursos naturales son la garantía de nuestra independencia nacional. Nuestra dogmática constitucional adquiriría con este hecho sus propios derroteros.

De esta manera, el control de los recursos naturales del territorio confididos a la nación en la realidad implican una forma de dominación económica, a través de la definición de la forma en que se explotan y conservan, siempre buscando que su aprovechamiento reditúe en beneficios equitativos para toda la sociedad. No obstante, y es necesario decirlo, nuestra Constitución originalmente no esperó que el Estado tuviera un carácter de empresario y que por sí mismo desarrollara funciones de explotación de los recursos naturales. Esta peculiaridad fue adquirida posteriormente.

La fórmula de propiedad originaria en nuestro sistema constitucional tendrá algunas consecuencias: a) se trata de una forma ideal de propiedad que origina diversas formas de propiedad; b) es la causa final de legitimación para cualquier título derivado; c) evoca facultades que la nación se reserva para definir de un modo permanente el sentido del ejercicio del

---

<sup>2</sup> Confirma este criterio una tesis aislada de la Suprema Corte, que a la letra señala: “Derecho de propiedad. Las reformas esenciales que ha sufrido en virtud de la Constitución vigente, consisten en que, en vez de ser un derecho absoluto y exclusivo del individuo, este derecho está subalternado o condicionado a las necesidades colectivas”. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, t. II, registro 291084, p. 272.

derecho de propiedad (Díaz, 2014). Sobre estas consecuencias volveremos posteriormente.

Arribando al tema que más nos interesa, el constituyente reservó ciertos bienes al dominio directo<sup>3</sup> de la nación con carácter de inalienables, entre los que se encuentran los recursos minerales, petroleros, hidráulicos, forestales y pesqueros. En nuestro caso, este dominio directo de la nación es una reminiscencia del derecho castellano, que se refería al “dominio radical o alto dominio que los monarcas conservaron sobre los recursos fundarios y minerales de los territorios conquistados” (Díaz, 2014:50).

Para Felipe Tena, la titularidad de este dominio directo sólo puede ejercerse a través de los poderes de la Federación (Tena Ramírez, 1991). Coincide con esta opinión Ignacio Burgoa (Burgoa, 1991), para quien sobre el territorio nacional, las entidades federativas sólo ejercen actos de imperio y no de dominio. Precisamente, la discusión sobre el dominio directo nos llevará de manera natural a la discusión de la doctrina nacional y extranjera sobre la existencia o no de los derechos reales administrativos.

## II. LA DISCUSIÓN HISTÓRICA

Si bien nos queda claro que desde la Edad Media ya no hay derechos reales absolutos, aún nos queda la discusión de su existencia, principalmente en lo que a la materia administrativa concierne. En nuestro país, sobre este particular han existido dos posiciones teóricas encontradas: a) los que reconocen la existencia de derechos reales, y b) los que niegan la existencia de los mismos en nuestro sistema constitucional.

### 1. *El reconocimiento de derechos reales*

En esta postura se reconocen tanto a Miguel Macedo como a Óscar Vázquez del Mercado, para quienes es importante distinguir entre el dominio directo y la propiedad de la nación (Vázquez del Mercado, 1946). En ese sentido, consideran que en el primero se encuentran los minerales, y que una vez expedido el título de la concesión ésta funda derechos reales a favor del concesionario, quien desde esta perspectiva sería también titular del dominio útil (Díaz, 2014).

---

<sup>3</sup> Evidentemente, se trata de una forma proveniente del *dominium* medieval, que dividía el ejercicio de la propiedad en dominio directo y dominio útil, como ya se ha señalado.

Desde su punto de vista, la inalienabilidad a la que se sujetan estos bienes sólo es un principio relativo, que implica que las enajenaciones sólo puedan llevarse a cabo mediante una decisión del pueblo mexicano o de sus representantes legales. En consecuencia, la concesión minera es un título traslativo de dominio con efectos temporales, pues la disposición jurídica final la sigue teniendo la nación. La propiedad es limitada, se constriñe a la facultad del Estado para hacer concesiones de explotación bajo una condición resolutoria (Díaz, 2014).

Dicho de otra manera, para estos juristas es posible hablar sobre la existencia de derechos reales administrativos, es decir, de la posibilidad de privatizar los recursos minerales y petroleros.

## 2. *Los que niegan su existencia*

Una posición jurídica y metodológica distinta es la seguida por otros juristas, como Morineau, para quien dominio directo y propiedad de la nación son expresiones equivalentes, y, en consecuencia, son inalienables. Es decir, de ninguna manera se trata de un concepto relativo, sino que definitivamente son bienes cuya enajenación está prohibida. Las concesiones sólo pueden generar derechos personales a favor de sus titulares; considerar que existan derechos personales sería contrario a lo dispuesto por la propia Constitución (Morineau, 1997).

Para Óscar Morineau, una interpretación distinta es contraria a la Constitución (Morineau, 1997), al no considerar la supremacía constitucional y basarse en normas secundarias y fundamentarse en la legislación colonial (Morineau, 1997). Para nuestro autor, las peculiaridades de nuestro sistema constitucional deben respetarse. De esta manera, señala que haciendo una interpretación objetiva de la Constitución es como se deduce que dominio directo y propiedad de la nación son una y la misma cosa (Morineau, 1997). En consecuencia, el subsuelo es inalienable.

Según Morineau (1997), el reconocimiento de derechos reales nos llevaría a la aceptación de poder apropiarse de los minerales contenidos en el subsuelo antes de ser extraídos, situación que es contraria a lo dispuesto por la Constitución. En concreto, el principio de inalienabilidad de la carta magna es absoluto, “y necesariamente... tiene por objeto regular la explotación de las riquezas nacionales mediante concesiones que no transmitirán la propiedad del subsuelo a los concesionarios” (Morineau, 1997:239).

Otra posición clásica en nuestra dogmática jurídica es la de Rafael Rojina Villegas, quien reconoce la existencia de este tipo de derechos, con la

peculiaridad de cumplir con la regla de la inalienabilidad (Rojina, 1995). No obstante, para el caso mexicano, considera que no cabe la posibilidad de aceptar que se constituyan derechos reales sobre bienes de uso común o destinados a un servicio público. Sin embargo, aclara que la inalienabilidad puede sólo tener por objeto imponer la permanencia del patrimonio del Estado de ciertos bienes, pero “no impedir su aprovechamiento a través de medidas administrativas que impliquen ceder el uso o goce de los mismos a particulares” (Rojina, 1995:158). Una vez más, encontramos esas contradicciones dentro de estas posturas teóricas, negar los derechos reales, pero reconocer el goce de los recursos obtenidos por medio de las concesiones.

En este sentido, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que los derechos derivados de las concesiones mineras no son de naturaleza real, por la rigidez del principio de inalienabilidad del dominio público, norma profundamente característica de nuestra Constitución política.<sup>4</sup>

Finalmente, cabría señalar que esta última posición dogmática es la aceptada generalmente por nuestra doctrina. Sobre el particular, señala Gabino Fraga que la inalienabilidad e imprescritibilidad vienen a reforzar la idea de propiedad de la nación, que garantiza una eficaz explotación de nuestros recursos naturales y la satisfacción de ciertos fines sociales (Fraga, 1987).

### 3. *Algunas posiciones actuales*

Como podemos apreciar, esta vigorosa discusión de mediados del siglo XX ha vuelto a plantearse ante la reciente reforma energética al discutirse si la misma otorga o no derechos reales a los particulares, o, dicho de otra manera, si con la explotación de los recursos energéticos se están privatizando nuestros recursos naturales. En otras palabras, vuelve a ser necesaria una discusión sobre los derechos reales administrativos en nuestro país.

Antes de la reforma, destacan algunas breves aportaciones doctrinales. En algunos autores, la solución que se ha dado es que se trata de derechos reales dudosos (De la Mata y Garzón, 2005). En lo particular, señalan que los derechos derivados de las concesiones son derechos subjetivos públicos, con las características que les otorga cada título legal. En su caso, reiteran también que conforme al artículo 16 de la Ley General de Bienes Naciona-

---

<sup>4</sup> Esto se señala en la tesis aislada “Concesiones mineras. Los derechos que de ellas derivan no son de naturaleza real”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, t. LXXXIX, registro 347667, p. 801.

les, no se crean derechos reales. Evidentemente, esta solución no nos es del todo satisfactoria si consideramos que los bienes explotados mediante concesión pasan a dinámicas de mercado propias de los derechos reales.

Sin entrar en detalles, Miguel Alessio Robles considera que la explotación de bienes de dominio directo de la nación sí constituyen una fuente administrativa de derecho real (Alessio, 2006), y sin profundizar mayormente, remite precisamente a las obras de Óscar Morineau y de Rafael Rojina Villegas ya referidas.

Continuando con nuestro análisis, para entender el alcance de la reforma, primero analicemos la doctrina de otros países sobre este tipo de derechos y las modificaciones en lo que a nuestra Constitución se refiere en materia energética.

### III. ¿CAMBIO DE DERROTERO?

Para darle continuidad a nuestro análisis, es necesario reconocer que hay zonas de fricción entre el derecho privado y el derecho público, en este caso, el administrativo. Precisamente, el derecho patrimonial es una de estas zonas en que ambos derechos se entrecruzan.<sup>5</sup> Como una forma de abordar esta problemática, se debe comprender el carácter instrumental del derecho administrativo. Es decir, el derecho público utiliza instituciones provenientes del derecho privado, pero nunca deja de responder a su naturaleza de carácter público como núcleo irreductible (García de Enterría y Ramón, 2000).

A primera vista pareciera que el derecho público adapta las instituciones de derecho privado. De esta forma, a la propiedad corresponde el dominio público; a la contratación civil, la contratación administrativa; a la responsabilidad civil, la responsabilidad administrativa, en fin. Sin embargo, la construcción del derecho administrativo más bien ha sido contingente según las distintas realidades que dicha rama del derecho público enfrenta. Sólo como ejemplo mencionaríamos que el dominio público es desconocido en Alemania, y que los contratos administrativos sólo existen en algunos países, como Francia, Bélgica y España (García de Enterría y Ramón Fernández, 2000). En nuestro derecho positivo, recordemos que la responsabilidad administrativa, y en particular la ambiental, es de cuño reciente, sólo ejemplo de lo aquí dicho.

En la doctrina jurídica administrativista actual se reconoce que los derechos reales administrativos, por la inalienabilidad de los bienes de dominio

---

<sup>5</sup> Otra zona característica es la relativa a la organización de los entes públicos y su relación con los privados.

público, se refieren sólo a la posibilidad de otorgar concesiones y permisos de uso (Boqué, 2009). En otras palabras, cuando los bienes de dominio público se encuentran fuera del comercio se constriñen a la imposibilidad de propiedad privada sobre estos bienes, pero no se excluye el tráfico jurídico público, lo que sirve de base para la construcción de la teoría de los derechos reales administrativos. Como señala Roberto Roque: “Ninguna razón ni argumento se opondría a la construcción de los derechos reales administrativos, ni siquiera la pretendida precariedad de las ocupaciones demaniales” (Boqué, 2009:279).

Desde esta perspectiva doctrinal, la inalienabilidad de los bienes públicos no significa su indisponibilidad absoluta, sino más bien el mantenimiento de la titularidad administrativa de los bienes (Morillo Velarde-Pérez, 1992) y no la simple prohibición de enajenar. La inalienabilidad, más que negar la existencia de la idea de propiedad, la confirma, pues constituye una interdicción de vender, que sería inútil promulgar frente a un no propietario. La finalidad de la inalienabilidad del dominio público es proteger la afectación del bien y garantizar que se utilizará conforme a su destino (De Laubadère, 1984 y Álvarez, 1958).

De esta forma, la inalienabilidad es una escala de la dominialidad, un instrumento jurídico que nos ayuda a asegurar el destino de un bien. Se trata, al final de cuentas, de una construcción jurídica de protección (De Laubadère, 1984).

Los derechos reales administrativos operan con una lógica distinta a los derechos reales de naturaleza privada. En esta discusión jurídica una vez más está en debate la existencia o no de la propiedad sobre los bienes de dominio público. En nuestro caso, como se ha visto, nuestra Constitución no entra en este conflicto al reconocer la propiedad originaria de la nación en las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional.

La nación es propietaria de los bienes de dominio público, aun cuando su uso o goce lo ejerzan particulares (Morillo, 1992).<sup>6</sup> Los derechos reales administrativos adquieren esta cualidad en función de su objeto, y, en todo caso, su uso se transmite para satisfacer determinadas necesidades públicas. Su origen es un acto administrativo, que ha de concluir en un contrato administrativo (Boqué, 2009).

Estos actos administrativos, en el caso de bienes de dominio público, se traducen en concesiones que vistas desde esta perspectiva otorgan al bene-

---

<sup>6</sup> Lo que se expresa en un derecho de propiedad, sin lugar a dudas.

ficiario un derecho administrativo de carácter real y patrimonial, determinando un incremento en su patrimonio jurídico. Las concesiones, en consecuencia, poseen un evidente contenido económico. No obstante, no puede disponerse libremente de ellas, pues deben limitarse en atención al interés público. Nos encontramos ante derechos no absolutos. Pese a estas restricciones, no puede negarse su naturaleza patrimonial (Boqué, 2009).

Esas limitaciones responden a las finalidades concretas que determine el titular del dominio público, que no pueden ser alteradas de manera unilateral. Esto genera, en esencia, una amplia potestad de la administración sobre la concesión (Boqué, 2009). Aquí la clave es la relevancia de los intereses públicos implicados. Por tanto, es importante la legislación en la que se fundamenta la concesión, pero también lo es el título específico de la concesión.

Esta escisión entre la titularidad y el ejercicio es una nota ya arraigada en el derecho público, y es la base de la institución de la concesión. Es decir, la nación es la titular de los bienes, pero puede otorgar concesiones sobre los mismos (Morillo, 1992).

Pese al reconocimiento doctrinal de los derechos reales administrativos, es conveniente señalar que éstos son de contenido limitado y también de duración temporal variable (Morillo, 1992). Estas cualidades hacen que no puedan compararse con los derechos de propiedad del derecho común.

De los apuntamientos teóricos mencionados con anterioridad podemos percatarnos de que la discusión doctrinal nacional se ha tejido principalmente alrededor de la noción de derecho real, propia del derecho común. Esto, evidentemente, nos ha llevado a discusiones sin fin y a una falta de comprensión de los aspectos de dominio público. Una cuestión fundamental es considerar que los derechos reales, desde la Edad Media, no son ni pueden ser absolutos. En el mismo sentido, son diferentes los derechos reales del derecho común a los derechos reales administrativos. En otras palabras, desafortunadamente hemos tenido un grave descuido doctrinal, legislativo y jurisdiccional sobre la manera de aplicar nuestra propiedad originaria y el régimen de concesiones y sus consecuencias.

Para evitar estas confusiones, la doctrina francesa ha señalado que la propiedad de bienes de dominio público no puede ser equiparada a la propiedad dentro del derecho civil. En ese caso, la propiedad de dominio público es una “propiedad administrativa” o “propiedad de afectación”; es decir, su idea principal es que el dominio público es afectado, y que dicha afectación, uso del bien o generación de un servicio público, es una de sus principales cualidades (De Laubadère, 1984). Lo más importante es, en consecuencia, asegurar ante todo un adecuado destino del bien. Para André de Laubadère, esta idea de propiedad del dominio público es una idea útil, que

corresponde a las necesidades y tendencias de la vida administrativa moderna (De Laubadère, 1984).

Precisamente, el dominio público y su teoría de derechos reales es un claro ejemplo de la discontinuidad a la que hacíamos referencia en la teoría de la propiedad. Los conceptos y construcciones jurídicos están destinados a evolucionar según las nuevas necesidades sociales. El dominio asume la existencia de un bien económicamente explotable, pero debe respetarse la afectación que la ley autoriza para el mismo. Como señala la doctrina francesa, la propiedad es esencialmente una realidad económica (De Laubadère, 1984). La clave en estos casos, como señala García de Enterría (2007), es una adecuada protección de los bienes para que la administración no pierda en ningún momento su potestad directa.

#### IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA ENERGÉTICA

Sin adelantar conclusiones, veamos ahora si la reforma constitucional en materia energética ha modificado sustancialmente nuestra vieja doctrina sobre este tema.<sup>7</sup> Como metodología de análisis recordemos que la fórmula de propiedad originaria, en nuestro sistema constitucional tiene ciertas consecuencias, a saber: a) se trata de una forma ideal de propiedad que origina diversas formas de propiedad; b) es la causa final de legitimación para cualquier título derivado, y c) evoca facultades que la nación se reserva para definir de un modo permanente el sentido del ejercicio del derecho de propiedad. Si estas condiciones han sido modificadas, evidentemente nos encontraríamos frente a un cambio de derroteros en materia constitucional.

##### 1. *Los elementos del derecho real administrativo*

Los elementos básicos para un análisis técnico de los derechos reales administrativos, son: a) sujetos; b) objeto, y c) contenido (González, 1989).

- a) *Sujetos*. En los derechos reales administrativos hay un sujeto activo y un sujeto pasivo. El primero de ellos es la persona física o moral, de derecho público o privado, a la que se confía “la situación de poder concreto en que el mismo consiste” (González, 1989:49). Por

---

<sup>7</sup> Reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013.

tratarse de bienes de dominio público, en ocasiones se ponen ciertas restricciones; por ejemplo, que no se trate de extranjeros. En el segundo caso, no hay un derecho pasivo determinado, su eficacia es *erga omnes*. No obstante, estos derechos pueden ser ejercidos frente a cualquiera, menos frente a la administración, ante la cual es un poseedor precario. El derecho real administrativo es revocable previa la correspondiente indemnización. Nos encontramos ante un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho común (González, 1989).

- b) *Objeto*. Se trata del bien de dominio público en concreto. En este caso, debe tratarse de bienes que puedan ser objeto de utilización por los particulares y que la administración no haya acordado para sí su retención con fines de estudio, investigación o explotación (González, 1989).
- c) *Contenido*. Es el conjunto de facultades que se reconocen a su titular sobre un bien de dominio público. Es difícil determinar, a diferencia del derecho privado, un contenido concreto, pues éste dependerá de la regulación jurídica de cada bien, los límites que imponga la administración y las acciones de vigilancia sobre los bienes. Lo importante aquí serán los límites establecidos por la concesión.

## 2. *Nacimiento, comercio jurídico y extinción*

Ahora analicemos el derecho real administrativo en sus aspectos dinámicos, su nacimiento, vida jurídica y extinción (González, 1989).

- a) *Nacimiento*. En este caso su creación no puede tener lugar por los medios característicos del derecho privado, sino que su nacimiento es por un acto típico del derecho público: la concesión. Cuando la finalidad del derecho real se limita a conferir la facultad de utilizar el bien de dominio público, sin otra finalidad, es la propia titular del dominio la que, por medio de su órgano competente, otorga la concesión. En algunos casos también puede operar la prescripción (González, 1989).
- b) *Comercio jurídico*. “El hecho de que el dominio público esté sustraído al tráfico jurídico ordinario no impide que los derechos reales reconocidos sobre el mismo puedan ser objeto de los negocios jurídicos típicos del Derecho Civil” (González, 1989:63). Lo importante en este caso es que la legislación administrativa determine ciertos requisitos para realizar actos privados sobre estos bienes.

- c) *Extinción*. La administración pública puede extinguir de manera unilateral el derecho por incumplimiento del concesionario o por así exigirlo el interés público. No obstante, también puede extinguirse si el bien desaparece; por ejemplo, que se agote una mina, o por desafectación, es decir, cuando el bien deje de ser de dominio público (González, 1989). Finalmente, los derechos reales administrativos se extinguen al vencimiento del plazo fijado en el título de la concesión o en la legislación vigente.

## V. UNA POSIBLE SOLUCIÓN

La respuesta a lo aquí planteado no sólo puede encontrarse en un desarrollo dogmático que atienda a la nueva realidad nacional en materia de energéticos. Quizá, una solución más estable y clara sería una adición a nuestro artículo 27 constitucional que definiera la necesidad de la determinación del destino y la función social de los recursos obtenidos por el uso y aprovechamiento de los derechos reales administrativos en nuestro país.

Evidentemente, esta solución implicaría un cambio radical en el paradigma teórico y jurisprudencial que actualmente nos rige. La adición no sería muy compleja, ya que consistiría básicamente en determinar que se trata de una propiedad en afectación y que las ganancias obtenidas por el uso de estos derechos se destinarán a servicios públicos benéficos para la sociedad.

En ese sentido, sólo como un motivo de discusión teórica y práctica propongo la siguiente adición al párrafo tercero del artículo 27 constitucional: “En el caso del uso y aprovechamiento de bienes de dominio directo de la nación por parte de particulares, la Federación determinará que al tratarse de propiedad en afectación, las ganancias obtenidas por su utilización se destinarán a servicios públicos prioritarios”. Evidentemente, esta disposición constitucional generaría no sólo el reconocimiento de los derechos reales administrativos, sino también, y de manera no menos importante, reformas a las leyes secundarias.

Hasta el momento se ha reconocido la importancia de nuestra reforma constitucional del sector hidrocarburos. De hecho, se ha dicho que es una de las reformas estructurales más importantes en las últimas décadas en nuestro país (Coldwell; De la Peña *et al.*, 2014). También se afirma que se trata de una nueva generación de derechos contractuales para adoptar las mejores prácticas internacionales (Coldwell *et al.*, 2014). No obstante, la veracidad o no de estos asertos queda en duda, ¿cómo vamos a aprovechar socialmente esta reforma? Por esa razón, considero que en el momento histórico en el

que nos encontramos, darle transparencia al aprovechamiento de los bienes propiedad de la nación es lo menos que merece el pueblo de México.

## VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Muchas de las conclusiones del presente ensayo ya han sido expresadas a lo largo del mismo. Pero hay una de ellas que quisiera resaltar. Es necesario construir jurídicamente nuestra institución de derechos reales administrativos, ya que sólo con ésta podemos seguir defendiendo nuestra soberanía, explotando adecuadamente nuestros recursos, favoreciendo el interés social y controlando a un sector privado con la finalidad de evitar cualquier tipo de rapacería de nuestros recursos.

Nuestro país necesita aprovechar sus recursos naturales, pero esto debe hacerse de una manera sustentable. Para cumplir con este objetivo no debemos perder de vista que no sólo son importantes las normas jurídicas, que confirman el dominio directo de la nación, sino las concesiones y asignaciones, que al otorgar derechos a los particulares, éstos deben estar debidamente delimitados, para lograr tanto un beneficio económico como una mejor distribución de la riqueza.

En esta tarea, los juristas, en nuestros distintos frentes, como servidores públicos o como abogados, debemos contribuir a la construcción de un derecho público que defienda los intereses del pueblo mexicano, proteja los recursos nacionales y busque el desarrollo equitativo y con justicia social en nuestra nación. Una adición a nuestra Constitución sólo sería un primer paso dentro de una construcción más compleja de los derechos reales administrativos en México.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSIO ROBLES, Miguel (2006), *Temas de derechos reales*, 2a. ed., México, Porrúa.
- ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino (1958), *Tratado general de derecho administrativo*, Barcelona, Bosh, 7 vols.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín (1986), *El derecho civil constitucional*. Madrid, Civitas.
- BURGOA, Ignacio (1991), *Derecho constitucional mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa.

- COLDWELL, Pedro Joaquín *et al.* (2014), *76 aniversario de la expropiación petrolera*, México, Pemex.
- MATA PIZANA, Felipe de la y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto (2011), *Bienes y derechos reales*, 4a. ed., México, Porrúa.
- BOQUÉ, Roberto (2009), “Las relaciones reales administrativas”, en REINA TARTIERE, Gabriel de (coord.), *Dominio público. Naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Buenos Aires, Heliasta.
- DÍAZ Y DÍAZ, Martín. (2014), *Ensayos sobre la propiedad*, Antonio Azuela de la Cueva (comp.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FERRAJOLI, Luigi (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta.
- FRAGA, Gabino (1987), *Derecho administrativo*, 26a. ed., México, Porrúa.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2007), *Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo*, 4a. ed. Madrid, Aranzadi.
- y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás (2000), *Curso de derecho administrativo*, 10a. ed., Madrid, Civitas, 2 vols.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1989), *Los derechos reales administrativos*, 2a. ed., Madrid, Civitas.
- GROSSI, Paolo (1992), *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, trad. de Angel M. López y López, Madrid, Civitas.
- HESSE, Konrad (1995), *Derecho constitucional y derecho privado*, trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Civitas.
- LASALLE RUIZ, José María (2001), *John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad*, Madrid, Dykinson.
- DE LAUBADÈRE, André (1984), *Manual de derecho administrativo*, trad. de Jesús Villamizar Herrera, Bogotá, Temis.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (1992), *Dominio público*, Madrid, Trivium.
- MORINEAU, Óscar (1997), *Los derechos reales y el subsuelo en México*, 2a. ed., pról. de Marta Morineau, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica.
- RODOTA, Stefano (1986), *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, pról. y trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael (1995), *Derecho civil mexicano. Bienes, derechos reales y posesión*, 8a. ed., México, Porrúa, tomo tercero.
- SILVA GARCÍA, Fernando (2012), *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, pról. de Leonel Castillo González, México, Tirant

lo Blanch.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (1994), *La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fondo de Cultura Económica, vol. VI.

TENA RAMÍREZ, Felipe (1991), *Derecho constitucional mexicano*, 25a. ed., México, Porrúa.

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar (1946), *Concesión minera y derechos reales*, México, Porrúa.