

II. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO:

Ejercicio de la función pública	9
Incorporación al servicio público	12
Calidad de trabajador al servicio del Estado	17
<i>a)</i> Incorporación	18
<i>b)</i> Regulación de la relación	20
<i>c)</i> Retribución	20
<i>d)</i> Sometimiento al Derecho Administrativo	20
Diferentes regímenes jurídicos	21
Servidores públicos	28

II. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO

Ejercicio de la función pública

La materia relativa a las relaciones jurídicas entre el Estado y sus trabajadores, tradicionalmente ha sido denominada "función pública", lo cual es indebido, toda vez que lo que este concepto comprende es el ejercicio del poder público, y no la situación jurídica de los trabajadores del Estado.

En efecto, con el término *función* se debe identificar la forma en que se manifieste un ente, la expresión de su existencia, que puede adquirir diferentes matices. En particular, el ejercicio del poder del Estado puede realizarse en forma legislativa, ejecutiva o judicial, por lo que la "función pública" sólo puede ser la manifestación del ente estatal.¹⁴

Sin embargo, diferentes autores, al referirse a la naturaleza jurídica de la función pública, la identifican como el conjunto de deberes, derechos y situaciones que se originan entre el Estado y los servidores del mismo,¹⁵ lo cual resulta

¹⁴ Para Otto Mayer "*La función es un círculo de asuntos del Estado que debe manejar una persona ligada por la obligación de derecho público de servir al Estado*", Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1982, tomo IV, pág. 9.

¹⁵ Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1984, pág. 128; Miguel Acosta Romero, *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1983, pág. 661; Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1984, tomo I, pág. 374. Guillermo Haro Belchez diferencia entre el sentido objetivo y el subjetivo de la función pública en los siguientes términos: "En sentido objetivo la función pública puede definirse como el conjunto de deberes, derechos y situaciones que se originan entre el Estado y sus servidores, es decir el régimen jurídico aplicable a éstos. En sentido subjetivo se considera como tal al conjunto de funcionarios de una determinada administración pública". Haro Belchez, *La reforma de la función pública en México*, Madrid, INAP, 1986, pág. 177.

incorrecto, ya que, como quedó expuesto, el concepto comprende la manifestación externa del poder del Estado, no su estructuración interna, ni la situación jurídica de sus partes, y menos el conjunto de funcionarios; por lo tanto, cuando se trata de la situación jurídica de los trabajadores del Estado, más que estudiar la *función pública*, lo que se estudia es su régimen jurídico frente al Estado.

Esta confusión se ha originado a partir del hecho de que el ejercicio del poder del Estado sólo puede realizarse mediante la actuación de las personas físicas, puesto que, cuando tratamos la "función pública" nos referimos a la actuación de los individuos investidos de la competencia que la ley le atribuye a los órganos, por lo que, necesariamente se hace referencia a los empleados del Estado y a las características jurídicas que presentan en el desarrollo de su actividad, pero ello no justifica que se confunda el régimen jurídico de los sujetos que ejercen la acción, con la acción misma.¹⁶

De cualquier forma, independientemente de que para el ejercicio de la función pública sea indispensable la participación de la persona física, empleado público, su contenido necesariamente será la expresión del poder del Estado, por lo que el estudio de la función pública debe constreñirse a la manifestación del poder estatal, independientemente de las condiciones o características de los sujetos que la realizan; por tanto, en el presente capítulo se tratará la situación jurídica de los trabajadores del Estado, no la función pública.

En este contexto, el primer problema que se plantea es la delimitación de quiénes son los trabajadores del Estado, y, en particular, cuáles son sujetos del Derecho Disciplinario, ya que la doctrina y la legislación utilizan indistintamente los

¹⁶ En este sentido Rafael Bielsa nos dice que "La realización de los fines del Estado no se concibe sin la actividad intelectual y la actividad física de las personas que son, en sentido lato, sus *agentes*, los cuales, según el carácter jurídico de la actividad y la naturaleza del vínculo que los une al Estado, se dividen en funcionarios y empleados". Rafael Bielsa, *op. cit.*, pág. 464.

términos de trabajadores, empleados, funcionarios y servidores públicos, independientemente de que en el uso común también se denomine "burócratas" a quienes trabajan para el gobierno.¹⁷

Esta precisión es de suma importancia, toda vez que la calidad del empleado público impone al individuo un vínculo especial de sujeción frente al Estado, independientemente de las demás situaciones jurídicas que presente, ya sea en materia laboral, laboral burocrática o civil.

Al respecto se plantea que el individuo frente al Estado tiene diferentes *status*, entre los que se identifica el *estado general de sujeción*, que tiene por el solo hecho de formar parte de la población, y lo sujeta al mandato general de las leyes aplicables a todos los gobernados, así como el *estado especial de servidor público*, que deriva de su vinculación como parte de los órganos que desempeñan la delicada función del ejercicio del poder, la cual lo liga a un vínculo particular.¹⁸

¹⁷ "En la legislación positiva mexicana encontramos una 'selva semántica' notablemente confusa. La Constitución General de la República hace referencia tanto a funcionarios y empleados (artículos 89, 118), como servidores públicos (artículos 108, 113 y 114), o bien simplemente al término 'trabajador' (apartado B, artículo 123 constitucional). La LFTSE habla de 'Trabajadores al Servicio del Estado', la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos (LFRSP) alude a esta última acepción, en tanto que otra de las leyes relativas a la materia como la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE) utiliza el concepto de 'trabajador del Estado'. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha agregado a los términos anteriores el de 'servidores de la nación', lo que ha terminado por adentrarnos en un laberinto semántico terriblemente complejo". Guillermo Haro Belchez, *op. cit.*, pág. 206. Esta situación no se presenta en aquellos sistemas jurídicos en que, como Venezuela, precisan en su legislación que "A los efectos de la presente Ley las expresiones funcionario público, empleado público y servidor público tendrán un mismo y único significado". Artículo 1º de la *Ley de Carrera Administrativa*.

¹⁸ "La obligación de prestar servicios, sea cual fuere su origen, crea un poder jurídico especial que se ejercerá en nombre del Estado o del cuerpo de administración propia sobre el obligado, para mantener y dirigir a éste en el cumplimiento exacto de sus deberes". Otto Mayer, *op. cit.*, pág. 65.

De esta manera, toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en el sector público, además de su condición general como gobernado, y de su régimen particular como trabajador, sujeto a las normas de naturaleza laboral, tendrá un régimen especial como servidor público.

Incorporación al servicio público

La calidad de elemento subjetivo del órgano público, que lo coloca en una situación especial respecto del Estado, y crea la llamada "relación de servicios", sólo puede generarse a partir del otorgamiento del cargo mediante un nombramiento, contrato, designación o elección, según el caso, y de la asunción de funciones, como un acto de voluntad que implica la aceptación.

En razón del otorgamiento del cargo y su correspondiente toma de posesión, el individuo queda incorporado al órgano público, como parte esencial de él, y, por lo tanto, sujeto a una serie de obligaciones y derechos que integran su *status*, porque su actuación como parte del órgano, será la expresión del poder público, independientemente del grado en que participe en su ejercicio.

Al respecto Jellinek,¹⁹ al realizar un interesante estudio de los derechos públicos subjetivos, parte de las diferentes situaciones jurídicas del individuo frente al Estado: En primer lugar identifica un estado de sujeción por el solo hecho de su pertenencia al ente público, al que denomina *status pasivo o status subjectionis*; en segundo término, un estado de libertad individual *status negativo o status libertatis*, que comprende la esfera de derechos que como individuo le corresponden y que el Estado debe reconocer y respetar; en tercer término un estado de ciudadano, al que denomina *status positivo civitatis*, que lo hace derechohabiente de las presta-

¹⁹ G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Italia, 1911, págs. 97 y 55.

ciones que el ente público debe a los individuos; y en cuarto lugar, un estado político o *status activae civitatis*, en razón del cual los particulares actúan por cuenta del Estado.

De estas cuatro situaciones resalta el estado activo de ciudadano, que produce en la persona una condición especial que lo diferencia de los demás individuos, al ser investido con facultades especiales para que su actuación sea imputable al propio Estado; es decir, adquiere una condición especial al participar en el ejercicio del poder público.

De acuerdo con lo expuesto, la situación de los servidores públicos, como parte del órgano, ha generado gran número de controversias, en particular respecto de su incorporación y de la naturaleza de la relación con el Estado, ya que el ingreso al ejercicio de las funciones públicas se produce por la designación que se realiza a través de muy diversas formas, y mediante diferentes procedimientos, dependiendo del tipo de trabajo, del nivel en que se desempeñe, y del órgano al cual se integre.²⁰

²⁰ Mucho se ha discutido respecto de la situación especial de sujeción del empleado por participar en el ejercicio de la función pública, puesto que el nivel de participación es diferente entre quien realiza labores de apoyo administrativo o consultivas y quien tiene facultades de mando y dirección, o entre quien trabaja en una entidad pública, industrial o comercial, y quien lo hace en una dependencia centralizada, como una Secretaría de Estado. Con base en esa diferenciación se plantea que sólo participa en el ejercicio de la función pública, y que por lo tanto, queda en ese estado especial de sujeción, quien se encuentra investido de *autoridad* y que pueda afectar a los gobernados en ejercicio del poder estatal. En este sentido se pronuncia Otto Mayer, *op. cit.*, pág. 8, cuando dice que "Si el empleo tiene como fin hacer cumplir al deudor actos jurídicos de derecho público, es decir, declaraciones obligatorias para los súbditos o, como todavía se dice, hacerle ejercer el poder de mando, entonces la función está revestida de un carácter de poder público y sirve para constituir una autoridad". En el mismo sentido Rafael Bielsa, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1966, págs. 481 y 482, apoyándose en la antigua diferenciación entre los actos de autoridad y los actos de gestión, y con la concepción de la *representación*, manifiesta que "Si la *actividad* del funcionario consiste en dictar decisiones en general obligatorias, o sea orden o mandato (no en el orden interno o jerárquico, sino en el externo), la función así 'revestida' del poder público es función de

La designación se manifiesta como un acto de voluntad a través del cual se otorga al sujeto el conjunto de facultades para llevar a cabo la función que corresponde al puesto para el que se le ha designado. Este acto se puede dar por muy distintos medios y procedimientos, que van desde la elección, mediante la cual la voluntad general los escoge para el cargo, hasta el nombramiento que un órgano superior emite en favor de la persona, pasando por el contrato de prestación de servicios, el contrato administrativo, etcétera.

Tratándose de la elección, nos encontramos con el hecho de que se establece un procedimiento mediante el cual los electores, previamente calificados, expresan su voluntad de designación en favor de los individuos que fueron calificados como elegibles. Estos procedimientos se identifican principalmente en materia política, como es el caso del Jefe del Poder Ejecutivo, los diputados y los senadores, así como de los miembros de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, para que, después de la calificación de los procesos electorales, accedan al cargo en las fechas previstas.²¹

El nombramiento es el procedimiento clásico en la Administración Centralizada, como una expresión del ejercicio del poder jerárquico mediante el cual el superior nombra a sus colaboradores. Este acto puede ser libre o sujeto a la apro-

autoridad; y el que la realiza es *funcionario de autoridad*... Si el empleo consiste en la realización o gestión de esos negocios —por cuenta y en representación del comitente, es decir, del Estado—, pero no, usando la potestad de éste, la función es simplemente de *gestión*, y la persona que la realiza de manera permanente es *funcionario de gestión*". Con una concepción más amplia, nuestra Constitución determina ese estado especial de sujeción a todo individuo que se incorpora al servicio del Estado, independientemente del título de incorporación, del órgano al que ingrese y del tipo de actividad que realice, por tratarse, en todo caso, de una actividad que lleva a cabo en razón del interés público.

²¹ Nuestra Constitución Federal establece el principio de elección directa tratándose del Presidente de la República, en sus artículos 81 y 84; en el caso de Diputados y Senadores la regula en sus artículos 51 al 60; y respecto de los miembros de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en el artículo 73, fracción VI, base 3ª.

bación de otro órgano. Así tenemos que, por ejemplo, conforme a la fracción II del artículo 89 constitucional, el Jefe del Ejecutivo puede nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado, al Procurador General de la República, al titular del órgano u órganos por el que se ejerza el gobierno del Distrito Federal, y a los demás empleados de la Unión cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes; y de acuerdo con la fracción III del mismo artículo, el nombramiento de ministros, diplomáticos y cónsules, requiere la aprobación del Senado.

De acuerdo con la primera fracción referida, en principio, la emisión del nombramiento de todos los empleados de la Unión le corresponde al Presidente de la República, con las excepciones que procedan.

La realidad es que las excepciones son muchas, ya que partiendo de lo dispuesto por el artículo 49 constitucional, el ejercicio del supremo poder de la Federación se divide en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y los artículos 51 y 52 señalan que los diputados y los senadores serán por elección, y el 77 fracción III, autoriza a las Cámaras el nombramiento de sus empleados. Del poder Judicial el Presidente nombra sólo a los Ministros de la Suprema Corte, con aprobación del Senado, en los términos del artículo 96 constitucional; y los Magistrados y Jueces de Distrito, así como los demás empleados son nombrados por la Suprema Corte.²²

Por lo anterior, tenemos que los empleados de la Administración Pública Federal Centralizada pueden ser nombrados por el Presidente de la República, como Jefe del Ejecutivo, aunque en la práctica se ha establecido que sólo nombre

²² Conforme al principio de la División de Poderes, resulta inaceptable que el Presidente de la República nombre a "todos los empleados de la Unión, puesto que en todo caso, él es jefe solamente del Poder Ejecutivo, así que a él le debe corresponder el nombramiento de los empleados de la Administración Pública Federal, y sólo por *excepción* la nominación de empleados de otro Poder.

a sus colaboradores cercanos y deje a éstos la nominación de sus subordinados, de tal forma que los titulares de las dependencias y entidades tengan el ejercicio de esta facultad en sus ámbitos de competencia.

En la Administración Paraestatal también se da este efecto en cascada, a partir de la designación del director general de cada entidad pública, a cargo del Presidente de la República, en los términos de los artículos 21, 34 y 40 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

En el caso de los contratos, éstos pueden ser de prestaciones de servicios, de carácter civil, y contratos administrativos en los términos de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y su Reglamento.

Es conveniente diferenciar, desde luego, los contratos administrativos que conforme a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles y la Ley de Obras Públicas celebra la Administración Pública para la prestación de servicios relacionados con las materias que ambas leyes regulan, ya que la relación que generan queda constreñida exclusivamente a la realización de una obra o a la prestación de un servicio determinado que no implica el ejercicio de la función pública, y que, por lo tanto, no incorpora al contratante privado. Así tenemos que cuando se contrata con una empresa particular la prestación de un servicio de limpieza o la construcción de una obra determinada, esta empresa no se incorpora como parte de la administración, y el personal que presta los servicios mantiene su relación laboral con la empresa y queda ajena a todo tipo de relación jurídica con el Estado.

Un aspecto diferente se presenta en el caso del personal que bajo la denominación de "contrato de honorarios" ingresa al servicio del Estado, ya que no obstante que su investidura se produce por la celebración de un contrato civil, su existencia está prevista por normas administrativas, como el Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto

Público Federal, que en sus artículos 51 y 52 señala la erogación de gasto público por concepto de Contratos de Honorarios que celebren las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal.

Calidad de trabajador al servicio del Estado

Las múltiples actividades que en la actualidad realizan los diferentes órganos del Estado, para la realización de sus cometidos, pone de manifiesto el gran número de personas que necesita, no sólo en la Administración Pública, sino en los órganos de los poderes Legislativo y Judicial.²³

Del universo de personas que el Estado emplea se ha pretendido agrupar aquellas que por características comunes se encuentran sujetas a un régimen particular de empleados o funcionarios públicos, excluyendo a quienes de manera eventual o accidental prestan servicios al Estado en periodos electorales o censales, o en cumplimiento a mandatos legales impuestos en ejercicio del poder de imperio como cargas públicas, como en el caso del servicio militar o de retención de impuestos.

Sin embargo, en la actualidad no existe uniformidad al respecto, ya que unos tratadistas les llaman funcionarios públicos, como el género, y de ellos identifican como especie a los empleados públicos, en tanto que para otros el género son los empleados públicos y la especie son los funcionarios.²⁴

²³ "Desde el punto de vista *cuantitativo*, lo primero que sorprende al acercarse a la administración moderna es el impresionante número de quienes se hallan a su servicio. o que, al no ser característico de un país o grupo de países determinados, sino rasgo común de los más diversos de entre ellos, ha determinado que consttuya una expresión generalmente aceptada la de calificar al Estado de nuestros días como Estado burocrático", Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1984, vol. I/2, pág. 274.

²⁴ Guillermo Haro, *op. cit.*, pág. 215, nos dice que "Respecto a tal diferenciación, es indudable que en nuestra legislación se ha querido dar una señalada significación al concepto de funcionario, proveyéndole de *impe-*

En principio, y para los efectos del presente estudio, usaremos de manera indistinta los conceptos de “empleados públicos” y “funcionarios públicos” para identificar a todos los trabajadores que de una manera permanente y regular mantienen una relación de servicios con el Estado.

No obstante la falta de uniformidad señalada, encontramos que principalmente se habla de cuatro notas características de los empleados públicos: su incorporación, la regularidad de la relación, su retribución y el sometimiento al Derecho Administrativo, las cuales se exponen a continuación.

a) Incorporación

La incorporación es el acto por el cual la persona física es asimilada al órgano público. Mediante este acto el sujeto

rium, esto es, de poderes propios a la función que desempeña, como la facultad de ordenar y decidir, caracterizándose por expresar y participar en la formación y ejecución de la voluntad estatal, decidiendo y llevando a cabo sus determinaciones por su carácter representativo al participar en los actos públicos, por no recibir en algunas legislaciones una retribución y por ejecutar las disposiciones legales especiales de su investidura”. Para García Oviedo y Martínez Useros, *op. cit.*, pág. 318, “Procede hacer una distinción entre ambos. Es funcionario todo el que se incorpora voluntariamente al organismo del Estado; el empleado es quien se incorpora al organismo estatal haciendo del ejercicio de la función encomendada el objeto primordial de sus actividades y de su vida... el empleado es únicamente aquel funcionario que hace de la función su medio habitual de vida, su *carrera*”. En otro sentido, Bielsa, *op. cit.*, pág. 477, nos dice que “El funcionario está vinculado al Estado por un cargo *representativo* de éste; en el empleado sólo hay una vinculación interna”. Para Entrena Cuesta, *op. cit.*, pág. 277, resulta necesario distinguir el significado amplio y el estricto del concepto, toda vez que en sentido amplio se debe considerar como “...funcionario público a toda persona incorporada a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo”, y en sentido estricto son funcionarios públicos sólo aquellos en que concurren las características de incorporación, profesionalidad, retribución y sometimiento al Derecho Administrativo. Finalmente, para Dromi, *op. cit.*, págs. 254 y ss., ni la permanencia, la profesionalidad, la retribución, sirven para caracterizar al empleado público, y sólo podemos atenernos a la descripción que la norma positiva haga del individuo sujeto a ese régimen, para aplicarle las normas correspondientes.

se confunde con el propio órgano, pasando a formar parte de él, de tal forma que los actos que realiza le son atribuidos al Estado, como consecuencia de la figura jurídica de la imputación.

La incorporación es el efecto del acto que la doctrina denomina *investidura*, es decir, el otorgamiento de una envoltura especial en favor de una persona, a fin de que pueda llevar a cabo el ejercicio de una competencia, de tal forma que a un determinado individuo se le da investidura de director, gerente, secretario de Estado, etcétera, en el que se identifican dos fases: La designación y la toma de posesión.

Al respecto, Santamaría Pastor nos dice que "La adquisición de la calidad de titular del órgano tiene siempre lugar, en los sistemas jurídicos contemporáneos, mediante un acto o procedimiento formalizado, al que se denomina, por lo general, *investidura*. Un acto éste de carácter complejo, en el que cabe distinguir por lo menos dos fases lógicas, la adquisición abstracta de la titularidad formal y la de asunción concreta de las funciones inherentes al órgano. La primera fase tiene lugar, normalmente, mediante un *acto de designación* (electiva o no), aunque puede deberse también a un hecho puramente físico (adquisición por nacimiento del derecho a la Corona, actualizado por la muerte o abdicación del anterior monarca), o incluso a una designación para un órgano distinto cuya titularidad va unida a la de otro (la designación como Ministro de Educación y Ciencia supone la adquisición automática de la condición de Presidente de la Comisión Asesora de Investigación Científica y Técnica, por ejemplo, sin que para esta última se requiera un nombramiento específico. La segunda fase de la investidura marca el momento de la asunción efectiva de sus funciones por parte del titular y el comienzo de desarrollo de las mismas: entre nosotros recibir el nombre tradicional de *toma de posesión*".²⁵

²⁵ Santamaría Pastor, *op. cit.*, pág. 58.

b) Regulación de la relación

El principio básico de la regularidad de la relación parte del hecho de que se trata de empleados que se incorporan al servicio público con una idea de permanencia, como un modo de vida, como una ocupación habitual, lo que excluye aquellas relaciones que desde su origen se plantean con el carácter de eventuales, o para una obra y servicios limitados en el tiempo.

De esta manera se han identificado como empleados públicos a las personas incluidas en el Padrón de Personal al Servicio del Estado, ya que él supone la permanencia de la relación.

c) Retribución

El desempeño de la función pública, o la participación en su ejercicio, está identificada con el servidor público como un medio de vida de determinado tipo de personas que hacen de su actividad laboral un medio para subsistir, cuando menos preferentemente, por lo que se incluyen en el Presupuesto de Egresos, ya que en los casos en que las plazas no quedan en esta situación, o sus emolumentos se cubren conforme a tarifas, no quedan incluidos en este concepto, al igual que cuando se trata de personas que por mandato constitucional desempeñan labores honoríficas, electorales o censales.

d) Sometimiento al Derecho Administrativo

La regulación de la actividad del elemento subjetivo del órgano implica la sujeción a las normas que establecen la existencia y funcionamiento del órgano, por lo que, independientemente de su regulación laboral y de sus condiciones particulares que al respecto presente, su actividad es materia del Derecho Administrativo.

Este aspecto ha dado lugar a que diferentes tratadistas hagan una diferenciación entre las autoridades, que se rigen por el Derecho Político, y los obreros, cuya situación jurídica queda exclusivamente comprendida en el Derecho Laboral, dejando la regulación de los empleados al Derecho Administrativo. Al respecto, Boquera Oliver manifiesta que "Los funcionarios públicos (servidores públicos o empleados en general) tienen un marco legal y reglamentario específico, pero no propiamente administrativo, y por esto es necesario perfilar su concepto, pues la aplicación de aquél deberá hacerse a todos los que reúnan la condición de funcionarios. El concepto de funcionario público sirve para averiguar a quiénes se aplica la legislación de funcionarios. Por este motivo, y al faltar un concepto técnico del mismo ampliamente admitido, existen muchas definiciones legales de un funcionario público, pues las leyes, en razón de la finalidad que persiguen, le caracterizan de una u otra forma".²⁶

Lo anterior ha dado lugar a que Boquera manifieste que ni la profesionalidad ni la permanencia en el cargo sirven para determinar la calidad de empleado público (funcionario) ya que tanto el personal político como el obrero hacen de su actividad su ocupación profesional, que realizan de manera permanente, por lo que será necesario acudir, en cada caso en particular a lo que expresamente establezca cada una de las leyes que los regulan.

Diferentes regímenes jurídicos

Para delimitar la situación jurídica del elemento subjetivo de nuestro estudio, es conveniente partir de los preceptos constitucionales y legales, para después ubicar aquellos cuyas relaciones quedan reguladas por el Derecho Disciplinario de la Función Pública.

²⁶ José María Boquera Oliver, *Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, pág. 256.

Nuestra Constitución Federal utiliza los términos “empleados”, “funcionarios”, “trabajadores” y “servidores públicos”. Así, tenemos que respecto del Poder Legislativo, los artículos 74 y 77 se refieren a los jefes y demás *empleados* de la Contaduría Mayor de Hacienda y de ambas Cámaras; con relación al Ejecutivo, el artículo 89, fracción II, faculta al Presidente de la República para nombrar y remover libremente a sus colaboradores inmediatos, así como a los demás *empleados* de la Unión; y en el Poder Judicial se refiere a los *empleados y funcionarios*, en los artículos 94 y 102. Por otra parte, el apartado B del artículo 123 regula las relaciones entre los Poderes de la Unión y el gobierno del Distrito Federal y sus *trabajadores*; el 128 se refiere al juramento constitucional de los *funcionarios*, y, finalmente, todo su Título IV se refiere a los *servidores públicos*.²⁷

Aparentemente el régimen jurídico de los trabajadores al servicio del Estado se encuentra establecido en el apartado “B” del artículo 123 de nuestra Constitución Política, así como en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria de este apartado, lo cual dista mucho de ser exacto, puesto que, independientemente del régimen jurídico particular que rige a los Diputados y Senadores, en los términos de la Ley Orgánica del Congreso de la Unión, y a los funcionarios del Poder Judicial, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en el ámbito del Poder Ejecutivo, las relaciones de muchos de sus trabajadores son reguladas por el apartado “A”, que en su fracción XXXI comprende a los trabajadores de em-

²⁷ “Resulta conveniente insistir en el hecho constatado en nuestra legislación positiva de la enorme confusión terminológica imperante, lo que agudiza tremendamente el problema de la determinación conceptual de los servidores públicos. Incluso algunos tratadistas mexicanos como Serra Rojas, con el que coincidimos, han demostrado la carencia de un criterio técnico para clasificar a los servidores públicos, aduciendo la ausencia de consecuencias jurídicas importantes resultantes de esta selva semántica”. Guillermo Haro, *op. cit.*, pág. 207.

presas de participación estatal mayoritaria y de los organismos descentralizados, así como por la Ley Federal del Trabajo, lo cual nos permite afirmar que la nominación del apartado "B" del artículo 123 y el de su ley reglamentaria no son correctos, puesto que las Empresas de Participación Estatal Mayoritaria, los Organismos Descentralizados y los Fideicomisos Públicos forman parte de un Poder de la Unión, como integrantes de la Administración Pública Federal Paraestatal, en los términos del artículo 90 constitucional y su ley reglamentaria, lo cual nos pone ante una primera gran subdivisión del régimen jurídico de los trabajadores al servicio del Estado:

- a) Los regulados por el apartado "A" del artículo 123 constitucional y por la Ley Federal del Trabajo.
- b) Los regulados por el apartado "B" del artículo 123 constitucional y por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Dentro del segundo apartado debemos excluir a los trabajadores que en los términos del artículo 8º de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado no quedan comprendidos en el régimen que ella establece, por lo que será; necesario ampliar la clasificación a:

- c) Los empleados de confianza, los cuales sólo se encuentran regulados por la fracción XIV del apartado "B" del artículo 123 constitucional, sin ningún otro ordenamiento secundario que expresamente los comprenda.
- d) Los miembros del Ejército y Armada Nacionales, cuya situación se prevé en la fracción XIII del apartado "B" del artículo 123, con un régimen regulado por las leyes Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicana, y Orgánica de la Armada de México.
- e) Los miembros del Servicio Exterior Mexicano, en los términos de la fracción XIII del apartado "B" del

artículo 123 y la ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano.

- f) Los que ejercen funciones de seguridad pública, que están sujetos a sus propios reglamentos, y excluidos del régimen general.
- g) Los empleados sujetos a contrato civil o sujetos a honorarios, que se regulan en los términos del contrato celebrado de acuerdo al Código Civil Federal.
- h) Finalmente, los empleados bancarios, que a partir de la nacionalización de la banca quedaron como trabajadores al servicio del Estado, con su propio régimen en los términos de la fracción XIII bis del apartado "B" del artículo 123 y su ley reglamentaria.

Lo anterior pone de manifiesto la gran diversidad de disposiciones que rigen las relaciones de los trabajadores al servicio del Estado, creando confusiones y dificultades por la falta de uniformidad en su regulación y diversas situaciones conforme a cada grupo, así como graves diferencias entre ellos, lo cual impide hablar de un solo régimen jurídico de los "trabajadores al servicio del Estado".²⁸

Por tanto, la determinación de la naturaleza jurídica de la relación que une al trabajador al servicio del Estado con éste, desde el punto de vista de su régimen laboral, implica hacer una completa diferenciación de los tipos de trabajadores, no obstante que en sentido amplio se considere como tales a todas las personas incorporadas al Estado por una

²⁸ "Podríamos citar por ejemplo, la pluralidad de regímenes jurídicos a los que están sujetas las relaciones entre los trabajadores y sus patronos en el sector público. Así pertenecen al sector central del Gobierno Federal las siguientes dependencias y, sin embargo sus relaciones con sus trabajadores se rigen por diferentes leyes: la LFTSE (para la Secretaría de Gobernación), la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicana (para el ejército), la Ley Orgánica de la Armada de México (para la armada), y para el Servicio Exterior Mexicano el Reglamento del Servicio Exterior". *Ibid*, pág. 204.

relación de servicios retribuidos, aunque, como hemos visto, regulada por diferentes ordenamientos.

La situación descrita, que no es privativa de nuestro sistema jurídico, ha provocado que los tratadistas acusen la existencia de un gran desorden jurídico en esta materia. Al respecto Entrena Cuesta nos dice que "El concepto de funcionario público (en su más amplia acepción, como empleado público) es uno de los más imprecisos de cuantos se manejan por la doctrina jurídico-administrativa, debido, de una parte, a la discrepancia entre su sentido vulgar y técnico, y, de otra, a la diversidad de criterios con que se emplea en el Derecho Positivo".²⁹

La realidad es que la naturaleza de su incorporación al servicio público ha variado conforme a los cambios del propio Estado, tanto en su estructura como en sus actividades, a partir de su transformación a Estado de Derecho, en que sujeta sus relaciones a un ordenamiento jurídico; y luego con su avance a Estado Intervencionista, que al asumir gran número de actividades, anteriormente reservadas a los particulares, utiliza formas de derecho privado y se somete a normas que las regulan.

Entrena Cuesta nos dice que "...en la época del Estado absoluto prevalecía la idea de estimar que el funcionario se encontraba en un mero estado de *sumisión* en relación con la Administración Pública, la que lo designaba por un acto de poder, revocable en cualquier momento. En cambio, cuando surge el Estado de Derecho, y con él prevalece la idea de garantía de los particulares se abre paso la teoría de la existencia de un *contrato privado* entre ambas partes, y como tal inalterable por cualquiera de ellas.

"Ambas teorías caen en desuso conforme avanzamos en el siglo XIX y adquiere madurez la doctrina jurídico-administrativa. Surge entonces la idea de estimar que entre la administración y el funcionario existe ciertamente un *contra-*

²⁹ Entrena Cuesta, *op. cit.*, pág. 276.

to, pero de carácter *administrativo*: el *contrato de función pública*".³⁰

Pero la concepción anterior no es unánimemente aceptada por la doctrina administrativa ya que para muchos la incorporación se produce por un acto que, como Gabino Fraga³¹ y Acosta Romero³² denominan *acto-condición o acto-unión*, o que, como Otto Mayer,³³ simplemente le llaman acto administrativo. Esta última denominación la da Armida Quintana Matos, basada en la legislación venezolana.³⁴

³⁰ *Ibid*, pág. 281. En el mismo sentido lo expresa Otto Mayer para quien "La naturaleza jurídica del acto por el cual se efectúa la incorporación al servicio del Estado ha sido objeto, en el curso de la historia, de diferentes apreciaciones. Al principio, y antes de la separación del derecho civil y del derecho público, se consideraba a dicho acto como un contrato ordinario del derecho civil". Otto Mayer, *op. cit.*, pág. 44.

³¹ "Ahora bien, ese acto diverso que condiciona la aplicación del estatuto legal y que no puede crear ni variar la situación que establece dicho estatuto y que además permite la modificación de éste en cualquier momento sin necesidad del consentimiento del empleado, es el acto que la doctrina denomina acto-unión". Gabino Fraga, *op. cit.*, pág. 133.

³² "Resumiendo, nuestro criterio sobre la naturaleza jurídica del nombramiento, acto por el cual nace la relación entre el Estado y sus servidores, pensamos que es un acto materialmente administrativo que permite la aplicación de las leyes conducentes al personal, y en el cual concurren las voluntades del Estado y del trabajador". Acosta Romero, *op. cit.*, pág. 700.

³³ "...lo que en el acto jurídico de la incorporación al servicio del Estado surte efecto, debe ser la voluntad del Estado; el *acto administrativo* que contiene el nombramiento; el consentimiento del súbdito para el cual se emite, sólo tiene el valor de una condición a observar, condición esencial, por otra parte para la validez del acto. Este efecto se produce, como en todos los actos administrativos, a partir del momento de la *notificación*, de la comunicación hecha en debida forma a la persona nombrada". Otto Mayer, *op. cit.*, pág. 45.

³⁴ "...el vínculo que se origina entre el funcionario y la Administración tiene carácter unilateral en virtud de estar predeterminado por el Estado a través de las leyes y los reglamentos. En consecuencia, el funcionario venezolano ingresa al servicio de la Administración Pública para colocarse en una situación impersonal, general, objetiva, de carácter permanente, que sólo será modificada mediante actos generales (ley o reglamento) o que no puede estar sujeta a acuerdos individuales". Armida Quintana Matos, *La carrera administrativa*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1980, pág. 19. La misma autora nos cita el criterio de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en el que establece que "...las relaciones existen-

La realidad es que en nuestro sistema jurídico la incorporación puede generarse por diversas formas, como ya se expresó anteriormente, según el tipo de la Dependencia o Entidad a la que se incorpore el trabajador, por lo que sólo dejamos anotados los criterios anunciados.

De los trabajadores que prestan sus servicios al Estado, la doctrina diferencia entre los que se encuentran sujetos a una relación laboral y los que no, excluyendo de la calidad de trabajadores al servicio del Estado a estos últimos en virtud de su falta de *incorporación* ya que, a pesar de que prestan sus servicios al Estado, lo hacen en razón de un contrato para la realización de trabajos específicos para obra determinada, en los que no se da una relación de dirección y dependencia, como sucede en los contratos de suministro o de obras públicas. Respecto de los que sí son considerados trabajadores al servicio del Estado se utilizan los términos de empleados, funcionarios y servidores públicos.

Con el término "empleado público" se identifica al trabajador de la Administración Pública Centralizada, generalmente conocido como *burócrata*, cuya incorporación se produce en la mayoría de los casos mediante el nombramiento; y del universo de empleados públicos se diferencia a los funcionarios, como aquellos empleados que tienen específicamente atribuidas sus funciones en las normas legales, con facultades de decisión y dirección, de tal forma que son la vía a través de la cual se exterioriza la voluntad del órgano,

tes entre el Estado y sus funcionarios se hayan contenidas en los instrumentos de gobierno que expresan la voluntad del Estado. Así, el nombramiento de un funcionario es un acto administrativo unilateral, donde la aceptación que se presta mediante juramento o se presume con la posesión o el ejercicio del cargo es sólo una condición para el perfeccionamiento o la eficacia jurídica del nombramiento, y no llega a determinar en momento alguno, relaciones contractuales de trabajo entre el Estado y sus funcionarios, como es la naturaleza del servicio público el elemento determinante en la relación la cual no es de carácter contractual sino administrativa, y por tanto pública por su naturaleza". *Ibid.*, pág. 134.

como los secretarios de Estado, subsecretarios, directores y jefes de Departamento.

Por tanto, desde el punto de vista laboral, el término más amplio es el de "trabajador del Estado", ya que implica a toda persona sujeta a una relación laboral; luego tenemos al "empleado público", que se circunscribe al trabajador de la Administración Pública Centralizada; y, finalmente, al "funcionario público" diferenciado por atributos particulares que derivan de su condición jurídica.

De acuerdo con este enfoque encontramos que la situación jurídica de los trabajadores al servicio del Estado se encuentra regulada por diferentes ordenamientos laborales, ya que abarca a todas las personas que tienen una relación de trabajo con el Estado, en los términos de los apartados "A" y "B" del artículo 123 constitucional y sus leyes reglamentarias; en orden decreciente encontramos a los empleados públicos, sujetos al apartado "B" de este artículo, y a sus leyes reglamentarias; y, finalmente, a los funcionarios públicos, que en su calidad de empleados de confianza sólo se rigen por la fracción XIV del apartado "B" del artículo 123 de la Constitución Federal, sin ninguna ley que regule sus relaciones con el Estado.³⁵

Servidores públicos

Independientemente del enfoque laboral que se ha expuesto, el Derecho Mexicano dio un gran paso con la reforma que en

³⁵ "Generalmente las leyes reguladoras de las relaciones de servicios entre el Estado y sus empleados excluyen a ciertos tipos de servidores públicos, en razón de las características peculiares del servicio, como es el caso de los empleados del Servicio Exterior, los miembros de los cuerpos de policía y los del Ejército y la Armada, que tienen su regulación especializada. La excepción que hace la Ley de los Miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales está condicionada a que éstos se hallen en 'Servicio Activo' y la referida a los que integran los Cuerpos de Seguridad del Estado se concreta a aquellos funcionarios que desempeñen *funciones de policía*, esto es, las que se dirigen a asegurar, a través de la coacción y de la limitación de la libertad de los individuos, el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente". Armida Quintana Matos. *Ibid*, pág. 22.

diciembre de 1982 se realizó al Título IV de la Constitución, al fijar las bases legales para la regulación de la "relación de servicios" entre el Estado y sus trabajadores, con un enfoque diferente al del Derecho Laboral y Laboral Burocrático, atribuyendo la calidad de servidor público a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en favor del Estado, y sujetándolo a un código de conducta establecido en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y a las sanciones por el incumplimiento de sus obligaciones que afecten los valores fundamentales que conforman el ejercicio de la función pública.

Del análisis del texto constitucional se desprende que el término más genérico que utiliza es el de "servidor público", con el cual se identifica a toda persona que tenga una relación de trabajo con el Estado, sin distinción del tipo de órgano en que se desempeñe, o del ordenamiento laboral que lo regule, toda vez que las relaciones y las responsabilidades a que se refieren son ajenas a las del Derecho Laboral. Así tenemos que, en los términos del artículo 108 constitucional, "... se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal".

Por tanto, el sólo hecho de desempeñar un empleo, cargo o comisión en los órganos del Estado da la calidad de servidor público, ya sea que lo desempeñe como resultado de una elección, un nombramiento de carácter administrativo, un contrato laboral, un contrato civil de prestación de servicios, o una designación de cualquier otra naturaleza.

Este es el avance que presenta nuestra legislación a partir de la reforma al Título IV de la Constitución y la promulga-

ción de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que marcan el establecimiento de la institución del "Servidor Público", por participar en el ejercicio de la función pública, sujetándolo a un régimen especial, a partir de una calidad especial y del establecimiento de un catálogo de obligaciones específicas que sólo son atribuibles a quien participa en el ejercicio de esa delicada función.³⁶

A partir de la idea de servidor público y su delimitación en materia de sus obligaciones y responsabilidades, se establecieron las bases para la diferenciación de su calidad laboral, que implica una serie de obligaciones y responsabilidades distintas de las que impone el ejercicio de la función pública, cuyo contenido regula el Derecho Administrativo.

Con una clara distinción del régimen laboral frente al disciplinario, Gabriel Ortiz Reyes, nos dice que "Estos deberes, al poder ser exigidos a los servidores públicos dentro de los límites autorizados por la ley, subsisten de manera

³⁶ En algún comentario aislado se ha manifestado que el término "servidor público" es poco afortunado, en virtud de que con él se confunde la parte con el todo, ya que sólo podrían tener ese carácter los empleados de los servicios públicos, además de que indebidamente se incluyen en él a trabajadores que no participan en funciones públicas, como los obreros de empresas del Estado. La realidad es que, como se expresa en la Exposición de Motivos de la reforma al Título IV constitucional, con esta denominación se pretende incluir a todos los trabajadores del Estado por la idea de servicio que debe imperar en ellos, no por la Dependencia o Entidad en la que trabajan, además de que, aparte de la naturaleza de la función que realicen si participan en alguna actividad que el Estado haya asumido en razón del interés público, como es el caso de sus empresas industriales y comerciales, que forman parte de la Administración Pública Paraestatal, quedarán incorporados al régimen especial de sujeción que impone el interés general. En sentido positivo se manifiesta al respecto Guillermo Haro, *op. cit.*, pág. 213, cuando dice que "Por lo que hace a la introducción que hace la última reforma constitucional del término "servidor público" éste nos parece correcto, ya que engloba en su totalidad a toda persona que de una u otra forma desempeña un empleo, cargo o comisión en la Administración Pública. Incluyendo inclusive a los representantes de elección popular, miembros del Poder Judicial, etcétera. Este término uniformador nos ayuda enormemente para referirnos con mayor precisión al universo de personas ligadas con el Estado".

genérica respecto a todos los otros que derivan inmediatamente o son propios del nombramiento y/o contrato de trabajo, y tienden al correcto desarrollo de estos últimos. Esta circunstancia finalmente deriva de la concurrencia, en el régimen jurídico de las relaciones del servidor público, de un orden de sujeción a la autoridad de la Administración Pública Federal, y de un contenido prestacional regido por el derecho laboral".³⁷

Conforme a lo expuesto, el estudio de la disciplina, como elemento fundamental de la relación jerárquica, debe realizarse a partir de las normas que regulan las responsabilidades administrativas y la facultad sancionadora, que son los temas básicos que comprende el Derecho Disciplinario, que al no haber sido completamente delimitado, en la actualidad se estudia como una parte del Derecho Administrativo.

³⁷ Gabriel Ortiz Reyes, *El Control y la Disciplina en la Administración Pública Federal*, Editorial FCE, México, 1988, pág. 105.