

LA APLICACIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO FUNCIONARIAL EN MÉXICO Y ESPAÑA

Patricia VILLASANA RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los sistemas de empleo público en México y España*. III. *El ejercicio de la función pública en México*. IV. *El ejercicio de la función pública en España*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Para crear un óptimo régimen disciplinario funcional, es necesario analizar aspectos, tales como los sistemas de empleo público, la calificación de infracciones, la imposición de sus respectivas sanciones y el procedimiento disciplinario aplicable en ambos países.

II. LOS SISTEMAS DE EMPLEO PÚBLICO EN MÉXICO Y ESPAÑA

Los modelos actuales de función pública existentes en México y España son fruto por una parte de la evolución histórica y por otra de la adopción de elementos jurídicos, que pretenden ser armonizados dentro del conjunto de normas que constituyen el derecho de la función pública que se aplica en ambos países.

III. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN MÉXICO

El manejo y comprensión de la función pública mexicana, es poco más aterrante que la descripción del infierno hecha por Dante Alighieri en su obra *La divina comedia*, ya que a diferencia de tan ilustre escritor cuya novela se distingue por su metodología y matemática, México a lo largo de los años, ha ejercido la función pública de manera empírica y un

tanto desorganizada, fruto quizás de su pasado histórico que no se preocupó por establecer formalmente un sistema abierto o cerrado, que hoy en día hubiese podido evitar o por lo menos atenuar, los grandes problemas que aquejan a la función pública mexicana, tales como los presentados a nivel de legislación positiva donde día a día sin reflexión previa, se acrecienta el número de ideas importadas de otros sistemas jurídicos;¹ los problemas de uniformidad en los conceptos de función pública, funcionario, servidor público, empleado público, trabajador al servicio del Estado, acrecentando una “selva semántica notablemente confusa”;² la aplicación de un sistema cerrado a nivel régimen disciplinario, cuando gran parte de las estructuras empíricamente diseñadas poseen influencia de sistema abierto; la poca o nula aplicación de los infortunados planes y proyectos del servicio civil de carrera.

Los problemas derivados por una indefinición de sistema

A. Concepto de función pública. Falta de uniformidad doctrinal

La mayoría de las definiciones, parten de la establecida por Otto Mayer que señala: “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”.³

La corriente tradicional representada por los juristas mexicanos Fraga, Serra Rojas y Acosta Romero, es muestra de ello, ya que *grosso modo* establecen que la función pública es el conjunto de derechos y obligaciones, derivados de la relación sostenida entre el Estado y sus servidores.⁴

Posteriormente surgieron otras ópticas cuyo objetivo fue dirigido a profundizar sobre el concepto en comento, tal es la postura de Haro Belchez que plantea la diferencia entre los sentidos objetivo y subjetivo de la función pública.

1 Cuya aplicación todavía se hace sin concierto, criterio, adecuación a la realidad mexicana, ni flexibilidad.

2 Haro Belchez, Haro, *La reforma de la función pública en México*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986, p. 206.

3 Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. IV, p. 9.

4 *Cfr.* Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 2001; Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Porrúa, 2002; Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 2001.

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.⁵

Posteriormente surgieron otras posturas, tales como la de Delgadillo Gutiérrez: “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*”.⁶

Sin embargo, pese a los esfuerzos realizados consideramos que no se ha logrado dentro del sistema jurídico mexicano una perfección del término; al contrario, observamos una creciente falta de uniformidad, quizás debido a la falta de adopción formal de un sistema abierto o cerrado.

Por tanto ante este laberinto que promete innumerables confusiones, se ha adoptado una postura cómoda, universal y flexible; considerar que la función pública se limita únicamente a ser la “manifestación del ente estatal”,⁷ excluyendo así los rubros de estructuración interna y situación jurídica de los funcionarios que por su naturaleza, se consideró debían ser abordados de forma independiente, es decir que lejos de hablar de una función pública cuyos cimientos de definición bien podrían descansar sin problema en alguno de los sistemas ya existentes para función pública, se fomentará a través de la jurisprudencia, doctrina y legislación, su tratamiento por separado, fomentando la creación de problemas que se pudieran eliminar de inicio, tales como la confusión entre los términos, servidor público, funcionario, trabajador al servicio del Estado, empleado público, burócrata;⁸ la determinación de los sujetos que deben ser so-

5 Haro Belchez, *op. cit.*, nota 2, p. 177.

6 Delgadillo Gutiérrez, Humberto, *El derecho disciplinario de la función pública*, 2001 p. 37.

7 *Idem.*

8 Ejemplo de lo antes dicho se muestra a continuación: en la legislación positiva mexicana encontramos una selva semántica notablemente confusa. La Constitución general de la república hace referencia tanto a funcionarios y empelados (artículos 89 y 118), como servidores públicos (artículos 108, 113 y 114), o bien simplemente al término “trabajador” (apartado B, artículo 123 constitucional). La Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE) habla de trabajadores al servicio del Estado, la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos (LFRSP) alude a esta última acepción, en

metidos al derecho disciplinario, la aplicación indistinta sin criterios, ni parámetros de los sistemas abiertos y cerrados de función pública, ya que por una parte se fomenta la estructura de sistema abierto incrementado la discrecionalidad política en el manejo de la burocracia, desjerarquizando, indefiniendo facultades, obligaciones y diferencias entre cada clase de sujetos que componen la administración,⁹ y por otro se fomenta el sistema cerrado, especialmente en el ámbito disciplinario, donde se considera a todos los sujetos, independientemente de las demás situaciones jurídicas que presenten,¹⁰ como un solo gran cuerpo, puesto que la calidad de empleado público impone *per se* al individuo una relación especial de sujeción, donde el tratamiento es único.¹¹

Inmerso en esta vorágine, la óptica mexicana en sus aspectos doctrinal, jurisprudencial y legislativo, sigue enfrascada en resolver —entre otras cosas— el cada vez más complejo “rompecabezas” del uso ortodoxo de la terminología aplicada a los sujetos miembros del Estado; en determinar si todos estos, deben estar sujetos a una relación especial de sujeción por parte del Estado; en buscar de manera constante una justificación cimentada para aplicar enteramente a todos estos sujetos la misma ley disciplinaria.

El reflexionar sobre posibles soluciones que se pudiesen dar a estos problemas, nos conduce al camino del análisis de la evolución de esta problemática misma que se presenta a continuación.

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 (ISSSTE) utiliza el concepto de “trabajadores” del Estado. La jurisprudencia de la SCJN ha agregado a los términos anteriores el de “servidores de la nación”, lo que ha terminado por adentrarnos en un laberinto semántico terriblemente complejo. Haro Belchez, Guillermo, *op. cit.*, nota 2, p. 206.

9 Este tipo de sistema, por antonomasia, dificulta entre otras cosas la instauración del servicio civil de carrera.

10 “Sea en materia laboral, laboral burocrática o civil. Es decir, 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”. Delgadillo, Humberto, *op. cit.*, nota 6, p. 40, en el mismo sentido, véase Nava Negrete, Alfonso, *De-recho administrativo*, México, UNAM.

11 En el área disciplinaria, especialmente se actúa como si en verdad existiese una organización de sistema cerrado, con énfasis en la selección y formación de funcionarios, como si se contara con una organización corporativa estrictamente jerarquizada.

B. *La concepción mexicana del ejercicio de la función pública*

Al igual que en otros países donde prevalece el Estado de derecho, la potestad del Estado mexicano se materializa a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial,¹² los cuales para su desarrollo y cumplimiento de metas requieren de medios idóneos tales como la participación de personas físicas, que de acuerdo la teoría de imputación actuarán en ejercicio de las facultades que les atribuye el órgano, materializando la voluntad estatal, ya que como señala Bielsa “*la realización de los fines del Estado no se concibe sin la actividad física de 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*”.¹³

De esta definición se derivan dos especies de relaciones que sostiene el Estado con las personas físicas que trabajan para él; la primera orgánica,¹⁴ donde la persona física recibe las facultades de actuar y querer del ente; es decir, se funde con el Estado formando un mismo cuerpo; mientras que en la segunda relación, el individuo es completamente ajeno al ente público y por ende guarda sus derechos y obligaciones como persona física.¹⁵

Respecto de las posturas ya mencionas el Estado mexicano se inclina por la primera, pues ha considerado de una manera muy universal y poco comprometida con el individuo en sí, que la actuación del empleado público es la manifestación del poder estatal, independientemente de los derechos y obligaciones que las personas físicas pudiesen tener como individuos, por lo tanto la única relación que existirá entre el Estado mexicano y sus empleados, será denominada relación de servicios. En otras palabras, para el sistema mexicano “*la función pública debe constreñirse a la manifestación del poder estatal, sin importar las condiciones o características de los sujetos que la realizan*”.¹⁶

12 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Artículo 49.* El supremo poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

13 Bielsa, Rafael, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 464.

14 Aquí se ubican los funcionarios.

15 Aquí ubicamos a los empleados, *Cfr.* Bunster, Álvaro *et. al.*, *Responsabilidades de los servidores públicos*, México, Porrúa; en el mismo sentido véase Delgadillo, Luis Humberto, *Sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, México, Porrúa, 2001, p. 64.

16 *Ibidem*, p. 66; en el mismo sentido véase la exposición de motivos a las reformas del título cuarto de la Constitución, diciembre de 1982.

Como se puede observar, la posición guardada por el Estado mexicano se inclina en favor de la aplicación de un sistema abierto de función pública; sin embargo, dadas las circunstancias y corrientes políticas acontecidas en los últimos 20 años,¹⁷ donde el principal objetivo ha sido fortalecer el aspecto axiológico, para combatir la corrupción y perfeccionar la justicia¹⁸ han obligado a matizar esta postura, adoptando ciertas características de función pública cerrada, ejemplo de ello es la creación de normas disciplinarias cuya estructura y ámbito de aplicación esta destinada a cuerpos de funcionarios que ingresaron de acuerdo con el principio de mérito y capacidad, que por ende son inamovibles, jerarquizados y a los cuales dadas sus características se encuentran bajo un régimen de especial sujeción, donde la legislación aplicable tiene su génesis en el mundo del derecho público, donde la norma no busca la certeza jurídica, sino el interés común.¹⁹ Por ende esto resulta una grave y enorme contradicción al sistema de función abierta que se esta aplicando,²⁰ ya que la solución correcta al amparo de este sistema sería “dar a cada quien lo que le corresponde”, es decir, se tendría que ubicar a cada individuo en la esfera del derecho que le atañe, y ahí bajo el amparo de las leyes respectivas, ser juzgado respetando y manteniendo el equilibrio de los principios de la potestad sancionadora del Estado.

Sin embargo, al calor de las rápidas soluciones y en pro de combatir eficaz y eficientemente el valor *antiético* de la corrupción, el Estado mexicano decidió aplicar normas más duras, severas e inflexibles, por ello adoptó aquellas emanadas del campo del derecho público, mismas que son aplicadas a los funcionarios de un sistema cerrado; por ello sin mucha meditación instauró una especie de régimen disciplinario funcional, pero de aplicación genérica, es decir, un “régimen disciplinario de los servidores públicos”²¹ donde todos los individuos que formasen parte de la estructura estatal, sin importar cual hubiere sido su medio de acceso al mismo, serían sometidos y juzgados en materia disciplinaria por una

17 Los años de 1982 a 2002.

18 Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 2002, pp. 9-45.

19 Cfr. Nakhnikian, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, México, Fontamara, 2002, pp. 13-27 y 57-64; en el mismo sentido Cfr. García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 54a. ed., México, Porrúa, pp. 3-14 y 379-387; Fraga, Gabino, *op. cit.*, nota 4, pp. 13-37; Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 18, pp. 27-59.

20 Si es que se puede llamar así de manera formal.

21 Interpretándose *servidores públicos* como el género y las especies: los contratados por honorarios, trabajadores al servicio del Estado, funcionarios.

sola y misma norma, la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.²²

Al plantearnos el balance de las cuentas del saldo de la aplicación de esta normatividad,²³ dentro de un sistema que de acuerdo al *Fumus Boni Iuris* parece ser abierto, reportan dos terribles saldos dentro del aspecto material, el primero el *imperio del terror* aplicado por los órganos de control del Estado,²⁴ hacia los servidores públicos en general, fomentando en ellos miedo aplastante, avasallante, constante de cometer un error en la toma de decisiones.

Este exceso de *imperium* dentro de un Estado que no posee bases, directrices y orientaciones políticas propias de un sistema funcional cerrado, hace de la aplicación de las normas disciplinarias nacidas dentro del campo del derecho público instrumento de venganza,²⁵ de amenazas, de subyugación, donde el medio de supervivencia y escape de la furia del *Leviatán* son las concertaciones y juegos políticos.

El segundo, la grave injusticia cometida al juzgar bajo un mismo parámetro a individuos cuyo medio de ingreso al sistema público fue distinto al de un funcionario,²⁶ soslayando arteramente, con premeditación, alevosía y nocturnidad, las normas sancionadoras propias de otras esferas del derecho, tales como la privada y la social y que en justicia deberían ser aplicadas a los servidores públicos cuyos medios de ingreso fueron a través del campo del derecho laboral, o derecho civil.

La problemática expuesta, por demás compleja, ha derramado ríos de tinta, sin llegar todavía a una solución concreta, quizás porque el grado de evolución histórica todavía no lo permite, ya que a penas el 13 de marzo de 2002, como se ha comentado en capítulos anteriores, se logró la separación de la materia de responsabilidad administrativa, de la política, que desde 1982, habían estado contenidas en un mismo cuerpo jurídico, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

22 Misma de la que hemos hecho un profundo tratamiento en el capítulo I de esta investigación.

23 Cuya instauración nos parece por demás olímpica.

24 Tales como la Secretaría de la Función Pública antes conocida como Secretaría Contraloría y Desarrollo Administrativo (Secodam), las contralorías internas de los organismos paraestatales y la Auditoría Superior de Hacienda.

25 A semejanza del remo de Caronte, el cual al llegar al Hades servía de vara para golpear a los muertos.

26 Concebido bajo la óptica de un sistema funcional cerrado.

Consideramos que muchos de los problemas que plantean los juristas mexicanos contemporáneos tales como Haro Belchez o Delgadillo Gutiérrez, se debe en gran medida a que México no ha definido todavía su postura de raíz, sino que ha hecho de su sistema de función pública un *patchwork* que lejos de ser organizado, metodológico y balanceado, se ha convertido en un *adefesio* donde día a día crece la “selva semántica”,²⁷ la diversidad de normas que rigen las relaciones de los individuos que forman parte del Estado, las dudas en la aplicación de la norma más adecuada,²⁸ la multiplicación de instancias judiciales o de tribunales especializados del Poder Ejecutivo que conocen al tiempo de un mismo tema, la creación de normas para evitar descontroles. Muestra de lo antes dicho lo ilustramos con la siguiente jurisprudencia y con algunos fragmentos de la obra del doctor Humberto Delgadillo *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*.

POLICÍAS, COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA BAJA DEL SERVICIO DE LOS. CORRESPONDE AL JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA.

La relación Estado-empleado fue, en principio, de naturaleza administrativa, pero el derecho positivo mexicano, en beneficio y protección de los empelados, ha transformado la naturaleza de dicha relación equiparándola a una de carácter laboral y ha considerado al Estado como un patrón *sui géneris*. Sin embargo, de dicho tratamiento general se encuentran excluidos cuatro grupos, a saber los militares, los marinos, los cuerpos de seguridad pública y el personal de servicio exterior, para los cuales la relación sigue siendo de orden administrativo y el Estado autoridad. Por tanto, si los miembros de la policía preventiva del Distrito Federal constituyen un cuerpo de seguridad pública, están excluidos por la fracción XIII, apartado B, del artículo 123 constitucional y por el artículo 8o. de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, de la determinación jurídica que considera la relación del servicio asimilada a la de trabajo y al Estado equiparando a un patrón, de donde se concluye que la relación que guardan con la administración pública sigue siendo de naturaleza administrativa y se rige por las normas, también administrativas, de la ley y reglamentos que les corresponden y que, por lo tanto, el acto de baja del servicio no es acto de particular sino de una autoridad, razones por las cuales el juez de distrito que debe conocer del juicio de amparo

27 Haro Belchez, Guillermo, *op. cit.*, nota 2, p. 177.

28 Donde en la mayoría de los casos no se toma en cuenta las técnicas del concurso de leyes.

que se promueva contra dichos actos es el juez de Distrito en materia administrativa, y no el de materia laboral.²⁹

Delgadillo Gutiérrez:

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 Hacienda³⁰ 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 cuarto se refiere a los *servidores públicos*...

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 falta de uniformidad en su regulación y la existencia de 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...

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...

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.

...respecto de los que sí son considerados trabajadores al servicio del Estado se utilizan los términos *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 nom-

29 *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. I, primera parte, I. Tesis s/n, p. 43.

30 Hoy Auditoría Superior de la Federación.

bramiento; y el 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, como los secretarios de Estado, subsecretarios, directores y jefes de departamento.

Por lo 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...

La separación de las figuras “empleado público” y “servidor público” ha resultado de gran dificultad, sobre todo por el hecho de que no en todas las ocasiones se dan en un mismo sujeto, ya que aunque todo empleado público tiene el carácter de servidor público, no todos los servidores públicos son empleados públicos...

Lo importante es llegar a identificar la naturaleza, origen y calidad de uno y de otro, ya que ambas figuras tienen una base constitucional diferente, otorgada por distintas razones, puesto que el empleado público tiene su fundamento en el artículo 123 constitucional, que le imprime naturaleza prestacional, en tanto que el fundamento del servidor público es el artículo 108 constitucional, cuya naturaleza tiende a la preservación de los valores fundamentales que deben estar presentes en el ejercicio de la función pública. La prueba más ostensible de la confusión mencionada la encontramos en el propio legislador, que al elaborar la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en algunos artículos de la ley indebidamente considera la existencia de “servidores públicos de base”, lo cual carece de todo apoyo constitucional.³¹

31 Delgado Gutiérrez, Luis Humberto, *op. cit.*, nota 15, pp. 73-89.

Vista la problemática mexicana, y en búsqueda de posibles soluciones a la misma, toca ahora el turno de analizar el sistema de función pública aplicable en España.

IV. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

España a diferencia de México, desde finales del siglo XVIII hizo intentos por perfeccionar el ejercicio de su función pública, primeramente mediante la materialización de ideas ilustradas provenientes de Francia, ejemplo de ello fue la creación de cuerpos y escuelas de funcionarios tales como la Escuela de Ingenieros de Caminos, así mismo procuró crear legislación relativa a la jerarquización funcional cuya directriz se cimentó bajo el principio de mérito y capacidad, verbigracia la Novísima Recopilación sobre el modo de provisión de los Corregimientos y Alcaldías Mayores.³²

En el siglo XIX la evolución histórica provocó la formalización de este tipo de actuaciones, a través de una serie de reformas llevadas a cabo por los liberales moderados,³³ quienes propiciaron la importación de elementos del sistema francés de función pública cerrada, tales como la gestión departamental y la estructura jerárquica de los cuerpos de funcionarios.³⁴

Así pues, los cuerpos de funcionarios fueron creados específicamente en función de la prestación de un servicio, en otras palabras, los derechos y obligaciones funcionariales fueron delimitados atendiendo a la comisión y responsabilidades del sector administrativo que les fue encomendado.

Otra de las aportaciones, fue que se creó la distinción entre funcionarios especiales y administrativos, predominando los primeros y subordinándose a éstos los segundos, puesto que los administrativos se determinó que realizarían trabajo puramente llamado de oficina. No obstante este último grupo obtuvo por vez primera una ventaja inusitada, el ser vinculado de por vida al servicio.³⁵

Respecto del tema de jerarquización dentro de los cuerpos funcionariales, a lo largo de este siglo y en buena parte del siglo XX, se atendió al grado o categoría personal de cada funcionario para determinar el monto

32 Véase *Real Decreto* del 29 de marzo de 1783.

33 *N. b.* La época del constitucionalismo español, véase Nieto, "Afirmación, apogeo, decadencia y crisis de los cuerpos de funcionarios", *Estudios de la burocracia española*, Madrid, 1974.

34 *Cfr.* Oliva y Gutiérrez Reñón, "Los cuerpos de funcionarios", *Documentación Administrativa*, núm. 124, 1968.

35 *Idem.*

del salario y el derecho de preferencia en materia de ascensos y cambios de residencia, mismo que quedaría plasmado en el documento llamado “Escalafón”,³⁶ cuya pretensión fue que las funciones y atribuciones, así como los derechos y responsabilidades de cada empleo se dedujeran de las normas que rigen el funcionamiento del servicio de los funcionarios que cada ente o cuerpo tiene a su cargo.

Por otra parte, dentro de las características del sistema español de función pública cerrada, mencionamos que la administración pública de esta etapa, a diferencia de lo que aconteció en México en los siglos XIX, XX y acontece en el siglo XXI, estaba compuesta únicamente por funcionarios,³⁷ desconociendo de manera tajante otra clase de vínculos, tales como los contratos por honorarios y las relaciones laborales; los criterios para el nombramiento y remoción de funcionarios se determinaban de manera discrecional; los funcionarios sólo cobraban por un único concepto, su sueldo.³⁸

El establecimiento de esta serie de elementos, no sólo trajo consigo el fin de las cesantías, y la instauración de la inamovilidad en el empleo,³⁹ sino la creación de reglamentos por ejemplo, para los cuerpos de ingenieros o médicos y estatutos generales, como el Estatuto Bravo Murillo⁴⁰ que instituyó los rangos de oficiales, aspirante a oficial, jefes de administración, jefes superiores, pero no reconoció la estabilidad en el empleo, los derechos de inamovilidad, ni los derechos del funcionario para saber los motivos de su separación, traslado o suspensión de su cargo cuando las medidas tenían carácter de administrativo.⁴¹ Otro estatuto el O’ Donnell que conquista la estabilidad en el empleo y la inamovilidad de residencia, la mayor aportación de este cuerpo de leyes, fue su preocupación por la regulación de la organización funcional y la materia disciplinaria.

36 Cuyo contenido poseía información relativa al número de empleos reservados para la categoría especial de funcionarios, los designados para la categoría de administrativos y la determinación del área geográfica correspondiente.

37 Que bien podían ser en propiedad o interinos.

38 Posteriormente, como en todo sistema de derecho fueron apareciendo al margen de la ley, una especie de bonos de actuación y otros conceptos retributivos, derivados de los presupuestos destinados al pago de salarios de los funcionarios.

39 Reconocida cuando se ingresaba mediante las vías de examen de oposición o la aprobación del curso impartido por una escuela especial. Véase Sánchez Morón, *Derecho de la función pública*, Madrid, 1996.

40 Del cual hemos hecho profundo análisis a la largo de esta investigación. Véase *Parte histórica española*, capítulo I de este trabajo académico.

41 *Cfr.* Parada Vázquez, Ramón, *Derecho administrativo, organización y empleo público*, Marcial Pons, 1997, t. II, p. 421.

Ya entrado el siglo XX concretamente en 1918 se crea la Ley de Bases de los Funcionarios del Estado, cuyas principales aportaciones fueron: estipular que la figura de cesantía, sólo sería aplicada previa instrucción de un expediente gubernativo, respetando la garantía de audiencia del sujeto pasivo; y la ampliación de los rangos o categorías instituidos por el Estatuto Bravo Murillo, en suma, este cuerpo normativo es el fruto de un sistema de función pública cerrada.

1. *La fisura del sistema español de función pública cerrada*

El sistema español de función pública cerrada, sobrevivió a luchas y cambios de poder más intestinos suscitados a lo largo de los siglos XIX y más de la mitad del XX, tales como la Restauración, la Dictadura de Primo de Rivera, la Segunda República, los primeros 20 años de la Dictadura Franquista; sin embargo, el primer golpe mortal que sufre este sistema, fue en 1963 con la instauración de la Ley de Bases de este mismo año y el Texto Articulado de 1964, la llamada “reforma”, fisuró la estructura del sistema de función pública cerrada, mediante la inserción de tres enmiendas fundamentales.⁴²

Primera. La imposición de desjerarquización funcionarial, aumentando el campo de la discrecionalidad y restando importancia al principio de mérito y capacidad.

Segunda. Las nuevas directrices están orientadas hacia la conveniencia de adopción de un sistema abierto; por tanto, se importan figuras de origen anglosajón, provenientes principalmente de Norteamérica y Reino Unido, tales como, la de funcionario interdepartamental⁴³ y la clasificación de puestos de trabajo.⁴⁴

42 Al Respecto *N. b. y cfr.* Baylos, “La carrera profesional del trabajador: promoción y ascensos en el derecho del trabajo”, *Documentación Administrativa*, 1987, núms. 210 y 211; en el mismo sentido, García Trevijano, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 2000, t. III; Nieto, “Afirmación, apogeo, decadencia y crisis de los cuerpos de funcionarios”, *Estudios sobre la burocracia española*, Madrid, 1974.

43 Respecto de esta figura, Parada Vázquez apunta lo siguiente: en primer lugar se importó del *Civil Service* Inglés la figura del funcionario generalista o interdepartamental para los cuerpos generales o administrativos que, como se vio, habría de ser duramente criticada en el Informe FULTON y, paradójicamente, abandonada en Inglaterra a favor de un sistema muy cercano al tradicional francés y español. Parada Vázquez, *op. cit.*, nota 41, p. 422.

44 Al respecto, véase L. Tribe, *American Constitutional Law*, Nueva Jersey, Morton House, 2002; en el mismo sentido, Ríos Elizondo, Roberto, “Derecho constitucional inglés”, *La Justicia*, México, 1957, t. XXVIII, núm. 327.

A los funcionarios interdepartamentales, les era asignada ciertas atribuciones y funciones de orden general dentro del ente estatal, esta figura viene a descomponer la estructura que por tantos años había guardado la administración española, ya que esta figura ajena al sistema, trajo consigo fricciones en el ejercicio de funciones de dirección con los cuerpos de funcionarios especiales, además la inercia de su inserción provocó al tiempo, que fueran atribuidas determinadas competencias a la Presidencia del Gobierno en materia de gestión de la función pública.

Tercera. Se reconocieron otras formas de vinculación del personal con la administración, lo que provocó la actual división entre el personal funcionario y laboral; entre las nuevas formas de acceso que se autorizaron figuran, el contrato de derecho administrativo, la vía régimen laboral, la de funcionarios eventuales y de confianza política. Esta inserción mermó considerablemente el principio de mérito y capacidad forjado propiamente desde el siglo XIX, puesto que el ingreso se realizaba bajo un criterio meramente discrecional, es decir necesidad de una estricta formación previa.⁴⁵

2. La adopción del sistema de función pública abierto y su armonización? con las antiguas estructuras

Los aires de democracia emanados tras la muerte del general Francisco Franco, traen consigo opiniones encontradas e indecisión sobre la adopción del modelo más adecuado de función pública,⁴⁶ la aplicación de la Ley de Bases de 1963 y el Texto Articulado de 1964 fomentó el aumento considerable del número de burócratas, cuestión que orillo a buscar medios de control y armonización aplicables a los mismos; los años subsiguientes a la caída formal de la dictadura, propiamente el periodo de gobierno de Adolfo Suárez⁴⁷ no reporta cambios trascendentales en este rubro, de hecho las primeras reformas fueron realizadas bajo la presidencia de Felipe González,⁴⁸ durante este periodo se instituyó la Ley 30/1984, del 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Públi-

⁴⁵ Véase Ley 109/1963, de Bases de los Funcionarios Civiles del Estado y Decreto 315/1964, del 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado; en el mismo sentido, *cfr.* Parada Vázquez, *op. cit.*, nota 41, p. 423.

⁴⁶ La tendencia de ese momento favorecía el perfeccionamiento de Sistema de Función Pública Abierta.

⁴⁷ Proveniente de las filas del partido Unión Centro Democrático.

⁴⁸ Proveniente de las filas partidistas del PSOE, Partido Socialista Obrero Español.

ca,⁴⁹ que modifica, mas no deroga, la Ley 109/1963, de Bases de los Funcionarios Civiles del Estado y el Decreto 315/1964, del 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado.⁵⁰

Ley 30/1984, del 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública

Esta ley establece un sistema funcional, el cual refleja una inminente laboralización del régimen de función pública, al estilo de Norteamérica, pues entre otras cosas:

a) Admite abiertamente un régimen paralelo de derecho laboral, restando importancia a los cuerpos funcionariales, a los cuales por ser considerados una especie de *Stratus Sociale* que gozaba de los favores que el servicio público les otorgaba, se les redujeron las garantías propias de su carrera.

b) Designa como pilares del sistema funcional, a la clasificación por niveles del funcionario.⁵¹ El cual sirvió para determinar qué puestos serían designados a los funcionarios y cuáles estarían destinados para otro tipo de acceso a la administración.

Estas directrices, sin parámetros precisos que determinaran criterios de aplicación para una figura u otra, permitió que la instancia política ampliara su margen de discrecionalidad.⁵²

En un inicio los efectos descontrolados que provoco esta ley, dotaron a las administraciones de facultades para que a su criterio designaran los puestos de trabajo, cuestión que resultó un atropello a la carta magna de 1978, por tanto, esta primera medida fue que se declarada inconstitucional mediante sentencia emitida por el Tribunal Constitucional⁵³ que orillo a su reforma, mediante Ley intitulada de Modificación de la Reforma de la Función Pública⁵⁴ cuya pretensión fue reducir la discrecionalidad, precisando los puestos que le corres-

49 *N. b. Boletín Oficial del Estado* del 3 de agosto; corrección de errores *BOE* del 24 de septiembre y 11 de octubre.

50 *N. b. Boletín Oficial del Estado* del 15 de febrero.

51 No era considerado un estilo jerárquico a la usanza del sistema de función pública cerrada, sino como una especie de técnica auxiliar para la valoración de puestos de trabajo.

52 Véase y *cfr.* Ley 30/1984, del 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública. *Boletín Oficial del Estado* del 3 de agosto; corrección de errores *BOE* del 24 de septiembre y 11 de octubre.

53 STC 99/1987 del 11 de junio.

54 Ley 23/1988, del 28 de julio.

pondían a los contratados laborales y a los funcionarios, al tiempo que reservaba al sistema, el derecho de provisión de los más importantes puestos directivos y similares, asegurando de esta manera por una parte el control político de las altas esferas de la administración, y por el otro a los colectivos funcionariales.

No obstante, para su perfeccionamiento, esta ley fue objeto de otra reforma, la de 1993, en esta ocasión el rubro a corregir fue el exceso de efectivos al interior de las administraciones públicas, pues era necesario reorganizar las estructuras administrativas y optimizar los costes de personal.

Los elementos clave de esta reforma realizada mediante Ley 22/1993, del 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo fueron, los planes de empleo, la nueva regulación de situaciones funcionariales y los planes de empleo.⁵⁵

3. La gestión del personal dentro del sistema español de función pública

La gestión de personal, es estudiado desde dos ópticas: la primera concerniente a la etapa del sistema funcionarial cerrado y la segunda a partir de 1963 cuando se instaura el sistema de función pública abierta.

Mientras funciona el sistema de función pública cerrada, la gestión pública en el ámbito central se llevo a cabo sobre una base departamental, donde al ministro se le delegaban facultades superiores y al subsecretario las correspondientes a jefe de departamento; en lo concerniente a municipios y provincias, éstos estaban dotados de atribuciones que permitían manejar directamente su propio personal, desde luego, siempre bajo la vigilancia estatal.

Después de 1963 con la adopción oficial del sistema de función pública abierta, la estructura de sistema de función pública anterior se rompe, dando paso a un nuevo esquema en el que se atribuyeron al gobierno y al Ministerio para las Administraciones Públicas, enorme número de competencias, en materia de personal al servicio de la administración; la

⁵⁵ Cuyo contenido acentuaba el método de cesantías, vencido en el siglo XIX. puesto que estas medidas permitían desposeer a los funcionarios de sus empleos, los forzaban a su traslado o en su defecto los ponían en una situación de excedencia forzosa. *Cfr.* Parada Vázquez, *op. cit.*, nota 41, p. 426.

esencia de lo ya sostenido, se encuentra en el tenor de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.⁵⁶ Cuya directriz es la que a continuación se muestra: “Sigue la línea al establecer que todo el personal al servicio de la Administración del Estado, sus cuerpos, escalas, categorías y clases tendrá dependencia orgánica del Ministerio para las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la que funcionalmente tenga con cada departamento”.⁵⁷

Facultades de algunos órganos en materia de gestión de personal

- *Gobierno*. Posee el mayor número de competencias en materia de gestión de empleo público, pues establece criterios para promoción profesional, de programación de personal, de la oferta pública de empleo de las administraciones públicas, aprueba la oferta estatal de empleo, los niveles de personal; así como los puestos de trabajo que se deben asignar a cada escala.
- *Ministerio de las Administraciones Públicas*. Posee la competencia en materia de régimen de personal, organización administrativa e inspección de servicios.
- *Comisión Superior de Personal*. Es el encargado de coordinar, documentar y asesorar en materia de política de personal en el ámbito estatal.
- *Consejo Superior de la Función Pública*. Es un órgano colegiado cuyas funciones son de coordinación y consulta de la política concerniente a la función pública y a la participación del personal.
- *Comisión de Coordinación de la Función Pública*. Como su nombre lo indica su misión es compaginar la política de personal existente entre el Estado y las comunidades autónomas, con objeto de crear el plan de oferta del empleo público y proponer medidas para llevar a cabo lo dispuesto en el régimen estatuario funcional.⁵⁸

⁵⁶ Ley 30/1984, del 2 de agosto. *BOE* del 3 de agosto; corrección de errores *BOE* del 24 de septiembre y 11 de octubre.

⁵⁷ Ramón Parada Vázquez, *op. cit.*, nota 41, p. 432.

⁵⁸ *Cfr. Idem*, pp. 432-434. En el mismo sentido véase Alberti, E. *et. al.*, *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, Madrid, Tecnos, 1989; Cazorla Prieto, L. M. y Arnaldo Alcubilla, E., *Temas de derecho constitucional y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

4. *La Constitución de 1978 y el sistema español de función pública abierta*

El tema de la función pública, en general, ha sido poco abordado por las constituciones españolas; el énfasis hasta ahora puesto ha sido en el sentido de fortalecer el principio de mérito y capacidad, como condición para el acceso a ocupar cargos y empleos públicos.

El contenido de las constituciones en materia de función pública, varía según la etapa histórica en la que se aplicó, verbigracia la Constitución de 1931, sus disposiciones en materia de función pública siguen la directriz de un sistema cerrado; mientras que la Constitución de 1978 formaliza la estructura de un sistema abierto al atribuir al Estado el monopolio sobre las bases de régimen jurídico funcionarial, con objeto de garantizar a los administrados un tratamiento equitativo ante las administraciones públicas.

Artículo 103.1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Artículo 103.3. La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 149.1.18.1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

18. Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.⁵⁹

En base a lo expuesto, habría que cuestionarse si ¿constitucionalmente es lícito establecer una dualidad de regímenes para el personal que presta sus servicios de manera permanente a la administración pública?

⁵⁹ Constitución Española de 1978. Actualmente vigente.

La respuesta es *no* ya que la Constitución Española vigente no hace distinción alguna entre régimen privado o laboral y el de función pública, por tanto el proceder de los legisladores sobre el particular ha sido ilícito.

Derivamos de esta reflexión un comentario que a nuestro parecer es importante, al implantar el sistema de función pública abierta, España soslayó el principio de igualdad en el trato del personal al servicio de las administraciones públicas, ya que al admitir personal laboral de manera permanente y aplicarles por ende la legislación laboral, provoca una grave discriminación hacia los funcionarios, puesto que las leyes que les son aplicables, no emanan de un derecho social de justicia distributiva, sino de una esfera de derecho público donde la norma *per se* no busca certeza jurídica, sino el interés común; verbigracia de lo antes dicho es lo estipulado por la Ley de Medidas que otorga notable ventaja al personal laboral en el aspecto de la determinación de las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva; ahora en cuanto al rubro disciplinario se refiere, los funcionarios se encuentran en terrible desventaja, tal y como lo apunta Trayter:

En concreto y por lo que aquí interesa, el artículo 15 de la Ley hace una reserva general de puestos de trabajos a los funcionarios, especificando a renglón seguido y como excepción una serie de puesto que “podrán desempeñarse por personal laboral”, circunstancia que como ya dijimos en otro lugar reproduce en parte y como veremos los anteriores males, pues siendo incontestable que ambos colectivos tienen el mismo patrón, trabajan en la misma casa y en ocasiones “podrán” realizar las mismas funciones, deberían soportar el mismo régimen disciplinario y parecidas (o incluso iguales) sanciones ante la comisión de idéntico ilícito.⁶⁰

Como se puede observar el admitir una dualidad de regímenes como los que existen en España es anticonstitucional e inadmisibles, ya que crea un sin número de fricciones y tensiones que afectan directamente la prestación del servicio público; no obstante, no alcanzamos a comprender porque se sigue guardando esta postura, incluso a nivel jurisprudencial como se aprecia en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de fecha 99/1987 del 11 de junio, en la cual reconoce la dualidad de regímenes.

⁶⁰ Juan Manuel Trayter, *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 201

...se trata de regímenes jurídicos distintos aplicables a situaciones diferentes, es decir, uno estatutario y otro laboral, puesto que no son los mismos los derechos y deberes de uno y otro personal y es razonable esa distinción, ya que, como se dijo en la sentencia 57/1982, la igualdad de trato de funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitución, y de ello es prueba la también distinta regulación y previsión constitucional, cuyo artículo 35 remite al Estatuto de los Trabajadores⁶¹ y 103.3 al Estatuto de los Funcionarios, lo que justifica las regulaciones diferenciadas, que no parecen irrazonables. Si la distinción entre ambos regímenes es una opción constitucionalmente lícita del legislador, también lo será la diferencia en los elementos configuradores de los mismos, no justificándose por ello la sospecha de arbitrariedad.⁶²

En la búsqueda de la delimitación de las fronteras de actuación entre el personal laboral y los funcionarios, primeramente se dejó en manos de la decisión gubernativa,⁶³ posteriormente, fue regulado de manera directa por la Ley 23/1988, del 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Ley 30/1984, del 2 de agosto.

Artículo 15. Relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado. (El apartado 1 de este artículo ha sido redactado por Ley 23/1988, del 28 de julio. BOE del 29 de julio).

1. Las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto en los términos siguientes:

c) Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos.

61 Constitución Española, artículo 35.1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

62 Véase STC 99/1987, del 11 de junio, sobre la Ley de Medidas de 1984.

63 Véase el artículo 15 de la Ley de Medidas antes de su reforma por la Ley 23/1988 del 28 de julio, el cual grosso modo atribuía esta decisión al Ministerio para las Administraciones Públicas.

Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral:

- Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.
- Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos.
- Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores.
- Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.
- Los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivos y similares.
- Los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo.

Al reflexionar sobre el artículo expuesto, se observa que existe un intento de conciliación entre el principio de mérito-capacidad y la contratación laboral, sobre todo al hacer énfasis en la exigencia de la selección del personal laboral, haciendo uso de la misma técnica aplicada a los funcionarios; No obstante, si llegan a existir anomalías, la operatividad de este criterio sería invalidado automáticamente ante la jurisdicción laboral, pues de acuerdo con el principio de justicia distributiva, operaría la máxima *in dubio pro operarum*.⁶⁴

⁶⁴ Ahora en cuanto a materia de comunidades autónomas, apuntar finalmente un comentario valioso realizado por Parada Vázquez: sin embargo, como la delimitación de los puestos que corresponden a los funcionarios y al personal laboral no es materia básica, habrá que estar en las Comunidades Autónomas a lo que digan las diversas leyes que pueden no ser coincidentes, ni entre sí, ni con los criterios del Estado, ni con los de la Ley de Bases de Régimen Local del 2 de abril de 1985, que, más restringidamente que la Ley 23/1988, reserva a los funcionarios únicamente aquellas funciones que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la Ley, se reserven a los funcionarios para la mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función. Parada Vázquez, Ramón, *op. cit.*, nota 41, p. 438

5. *Consecuencias de la aplicación del sistema español de función pública abierta*

Dentro de las mayores repercusiones que ha traído consigo la implantación del sistema de función pública abierta en España, es la desaparición del derecho al ascenso,⁶⁵ la adquisición de niveles en poco tiempo, mediante la *usucapión*⁶⁶ que opera cuando se desempeña un empleo durante dos años ininterrumpidos o tres no continuos, el otorgamiento al gobierno de facultades para la libre designación de puestos de un determinado nivel; en materia de retribuciones, *contrario sensu* de lo que acontece en un sistema de función pública cerrada, la legislación vigente apoya la política de la dotación de retribuciones complementarias al sueldo, operando el principio de potestad discrecional.

Analizado el tema en comento, consideramos que la implantación del sistema abierto, ha sido un retroceso para el sistema español de empleo público, ya que rompe con un principio que toda norma constitucional defiende, *El principio de igualdad*; la laboralización del régimen funcional, instalo el *Spoil System* dentro de la función pública, de tal manera que el funcionario ya no posee garantías sobre su puesto de trabajo, ni sobre su retribución, no tiene derecho al ascenso de forma reglada. Se instaló un sistema estilo americano de empresa privada, donde la discrecionalidad y la manipulación desde los altos cargos son el pan de cada día, violando preceptos constitucionales tales como el 103 constitucional.⁶⁷

V. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Porrúa, 2002.

⁶⁵ Que por antonomasia fue siempre defendido en los sistemas de función pública cerrada.

⁶⁶ O prescripción de los niveles por el paso del tiempo.

⁶⁷ *Cfr.* Parada Vázquez, Ramón, *op. cit.*, nota 41, pp. 439-442. En el mismo sentido véase Sainz Moreno, *El Estatuto de la Función Pública después de la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y la Ley 23/1988*; Sánchez Morón, *Derecho de la función pública*, Madrid, 1996; Saz, S., *Contrato laboral y función pública*, Madrid, 1995; Sosa Wagner, "Libertades públicas y funcionarios", *REDA*, 1978, núm. 17; Soto Nieto F. *Derecho vivo (jurisprudencia comentada)*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Judicial, 1970.

- ALBERTI, E. *et al.*, *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, Madrid, Tecnos, 1989.
- BAYLOS, “La carrera profesional del trabajador: promoción y ascensos en el derecho del trabajo”, *Documentación Administrativa*, 1987, núms. 210 y 211.
- BIELSA, Rafael, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1966.
- Boletín Oficial del Estado* del 3 de agosto; corrección de errores BOE del 24 de septiembre y 11 de octubre.
- BUNSTER, Álvaro *et al.*, *Responsabilidades de los servidores públicos*, México, Porrúa.
- CAZORLA PRIETO, L. M. y ARNALDO ALCUBILLA, E., *Temas de derecho constitucional y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Humberto, *El derecho disciplinario de la función pública*, 2001.
- Exposición de Motivos a las reformas del título cuarto de la Constitución*, diciembre de 1982.
- FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 2001.
- GARCÍA TREVIJANO, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 2000, t. III.
- HARO BELCHEZ, *La reforma de la función pública en México*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 2002.
- Ley 109/1963, de Bases de los Funcionarios Civiles del Estado y Decreto 315/1964, del 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado.
- Ley 30/1984, del 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la función Pública. *Boletín Oficial del Estado* del 3 de agosto; corrección de errores BOE del 24 de septiembre y 11 de octubre.
- Ley 23/1988, del 28 de julio reforma a Ley de Medidas 30/1984.
- NAKHNIKIAN, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, México, Fontamara, 2002.

- NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho administrativo*, México, UNAM.
- NIETO, Alejandro, “Afirmación, apogeo, decadencia y crisis de los cuerpos de funcionarios”, *Estudios de la Burocracia Española*, Madrid, 1974.
- OLIVA Y GUTIÉRREZ, Reñón, “Los cuerpos de funcionarios”, *Documentación Administrativa*, 1968, núm. 124,
- OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. IV.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo, organización y empleo público*, Marcial Pons, 1997, t. II.
- Real Decreto* del 29 de marzo de 1783.
- RÍOS ELIZONDO Roberto, “Derecho constitucional inglés”, *La Justicia*, México, 1957, t. XXVIII, núm. 327.
- SAINZ MORENO, *El Estatuto de la Función Pública después de la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y la Ley 23/1988*.
- SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Madrid, 1996.
- SAZ, S., *Contrato laboral y función pública*, Madrid, 1995.
- Semanario Judicial de la Federación*, Octava época, t. I, primera parte, 1. Tesis s/n.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987*, del 11 de junio, sobre la Ley de Medidas de 1984.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo*, México, Porrúa 2001.
- SOSA WAGNER, “Libertades públicas y funcionarios”, *REDA*, 1978, núm. 17.
- SOTO NIETO, F. *Derecho vivo (jurisprudencia comentada)*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Judicial, 1970.
- TRIBE, LAURENCE, H. *American Constitutional Law*, Nueva Jersey, Morton House, 2002.