

TERCERA PARTE
ORGANIZACION POLITICA
Y FUNCION PUBLICA EN MEXICO

CAPÍTULO III: CARACTERISTICAS GENERALES DE LA FUNCION PUBLICA MEXI-	
CANA	327
1. <i>Introducción</i>	329
2. <i>Naturaleza de las Relaciones entre el Estado y sus Servidores</i>	330
2.1. En General	330
2.2. La Cuestión en Derecho Mexicano.....	342
3. <i>La Dispersión en el Empleo Público Mexicano</i>	357
4. <i>Clasificación de los Trabajadores al Servicio del Estado</i>	361
4.1. La Confusión Terminológica o "Selva Semántica"	361
4.2. La Clasificación de la LFTSE.....	375
5. <i>Principales rasgos estructurales</i>	386
5.1. Una Organización Desinformalizada	386
5.2. Una Organización Fragmentada	387
5.3. Una Organización Desprofesionalizada	389
5.4. Una Organización Verticalizada	390
5.5. Una Organización Descompensada	390

CAPITULO TERCERO

CARACTERISTICAS GENERALES DE LA FUNCION PUBLICA MEXICANA

1. INTRODUCCION

Toda organización administrativa requiere de personas físicas que asuman la calidad de funcionarios o empleados públicos, los cuales aportan actividad intelectual o manual para atender los propósitos del Estado mediante determinadas prestaciones (1).

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 estos.

En sentido subjetivo se considera como tal al conjunto de funcionarios de una determinada administración pública.

Las transformaciones profundas experimentadas por el Estado moderno le han obligado a realizar una tarea intervencionista amplísima que exige condiciones adecuadas en las personas físicas que asumen las tareas públicas, tales como su valor moral y capacitación técnica, así como la disciplina de su actuación y la conciencia de su elevada misión.

En el caso mexicano, la organización administrativa es cada día más numerosa. Lo que ha orillado al Estado a crear diversos regímenes jurídicos especiales, para entidades que requieren de personal técnicamente preparado. lo que de

(1) GREGOIRE, Roger. La fonction publique... cit 252 pp.

hecho ha acabado por aportar nuevos principios de organización.

En el siguiente apartado haremos referencia a la naturaleza de las relaciones entre el Estado y sus servidores. La importancia de este debate dentro de nuestro estudio lo encontramos en el hecho de que en él se pone de manifiesto el origen de todas las teorías, cuestión fundamental para comprender el origen propio de los principios de la actual regulación funcionarial en el derecho mexicano.

2. NATURALEZA DE LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y SUS SERVIDORES

2.1. En general (2)

Uno de los temas más apasionantes de la materia lo ha constituido desde siempre el debate en torno a la naturaleza jurídica de la relación que une a la Administración con sus empleados (3). Las diversas posturas doctrinales que se han sustentado al respecto se han visto influenciadas a lo largo del tiempo por dos clases de factores (4)

(2) Seguimos fundamentalmente el artículo inédito de Avelino BLASCO ESTEVE: "La quiebra del régimen estatutario en la relación de empleo público".

(3) JORDANA DE POZAS diría que constituye "una de las controversias más apasionantes e interesantes por sus repercusiones prácticas entre las materias dentro del campo del Derecho Administrativo". (Derecho Administrativo, Madrid 1.924 pág. 100)

(4) Según ENTRENA CUESTA, Curso de Derecho Administrativo... cit pág. 281

De un lado por las ideas políticas preponderantes en la época en que se formularon y de otro por la inclinación de sus autores ya de la Administración o ya de sus servicios.
(5)

En la época del Estado Absoluto prevalecía la primitiva concepción feudal de considerar al funcionario en un "estado de sumisión" con respecto a la Administración. Al emanar la potestad pública del Príncipe la función pública constituía una concesión graciable, lo que originaba la existencia de un "derecho real de propiedad sobre el cargo".

A partir de la Revolución francesa, conforme se desarrolla el carácter personal en la relación, la doctrina se inclina hacia "teorías de carácter contractual" surgidas del Derecho Civil, hablándose en consecuencia de la relación de servicio bien como un contrato de mandato en el cual el funcionario actúa como mandatario del Estado o bien como un contrato de arrendamiento de servicios.

Estas teorías contractualistas se fundamentaron en un principio en la existencia de un contrato ordinario entre el Estado y el funcionario (tesis de HERNRRITT), aunque pronto autores como BERTHELEMY y NEZARD (6) intentaron

(5) Ver SERRA PIÑAR, Naturaleza de la relación jurídica que une al funcionario con la Administración, en E.G.M. y SERRANO GUIRADO, El nombramiento y la toma de posesión de los funcionarios públicos, RAP nº 12

(6) BERTHELEMY, Droit Administratif, 13ª edición pág. 53
NEZARD, Theorie juridique de la fonction publique, pág. 652

limitar su campo de acción a una sola categoría de agentes del Estado, los funcionarios de gestión. Para estos autores los textos habrían constituido un régimen legal unilateral del poder público, siendo por tanto la ley la que obliga directamente al Estado y al funcionario. En cambio, para los funcionarios de gestión estarían en un régimen legal contractual, esto es un régimen fijado por la ley, pero no impuesto al funcionario que lo acepta libremente, resultando el nombramiento de un acuerdo cuyas cláusulas han sido preestablecidas por la ley, pero libremente aceptadas por una parte y por otra. Dicho en otras palabras, para estos autores no existe contrato de trabajo entre los funcionarios públicos que realizan funciones de autoridad y la administración pública, ya que su nombramiento se deriva de un acto de autoridad, no de un acto contractual. En cambio para los funcionarios de gestión si existe un verdadero contrato de prestación de servicios.

Esta teoría fué pronto rechazada tanto por la doctrina constitucional como administrativa, que demostraron que no existe en realidad distinción alguna entre actos de autoridad y de gestión, ya que resulta imposible distinguir cuando poseen facultades de autoridad y cuando son simples gestores sin poder de decisión y mando alguno.

Posteriormente autores de la escuela alemana de Derecho Público (LABAND y JELLINEK) sostuvieron que la relación de servicio tiene su origen en un contrato especial regulado por el Derecho Público, cuyas cláusulas son fijadas unilateralmente y con carácter previo por el Estado, limitándose la voluntad del funcionario en aceptar las cláusulas que el Estado puede modificar libremente. Para

LABAND (7) la relación entre el funcionario y el Estado pertenecería al ámbito del derecho público, reposando sobre un contrato por el que el funcionario se consagra al Estado, contratando un deber particular de servicio y de fidelidad. Tendríamos así dos elementos a considerar: uno el elemento contractual resultante del concurso de voluntades del Estado y del funcionario, y dos, un elemento de poder público que se manifiesta en la forma misma del acto de nombramiento y en sus efectos, que tienden a otorgar al agente una participación en el poder público.

Esta última teoría de la relación contractual de Derecho Público tuvo notable influencia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En Francia fué aceptada expresamente por el Arrêt Winckell (C.E. 7 de Agosto de 1.909). En ella se señalaba: "... entre el Estado y los diversos agentes que aquel llama a colaborar en los distintos servicios públicos existe un contrato de derecho público... o un contrato de función pública".

No obstante, esta tesis contractual no fué aceptada por toda la doctrina, HAURIUO señalaba en su nota al Arrêt Winckell, que no solamente la idea de contrato de servicio público era "extraña a nuestro derecho público, sino que también, dado el poder unilateral reconocido al Estado para fijar las condiciones de funcionamiento del servicio

(7) LABAND, "Le droit public de l'empire allemand" Trad. francesa 1.901, II pág. 100 y ss.

servicio público, la idea no tenía ninguna utilidad" (8). "No es más que un modo -decía HAURIOU- que se estima cómodo de traducir lo que hay de consensual en la situación de los funcionarios, por que se ha perdido la noción de las instituciones sociales reglamentarias y de las adhesiones que éstas implican". (9)

Derivada de la doctrina de la escuela alemana, surge la llamada "teoría política de la relación de empleo público", la más opuesta a las de derecho privado, cuyo precursor fue GÖNNER, a quien siguieron STEIN, MEYER, BLUNTSCHILI y GERBER (10), quiénes sostenían la imposibilidad de la existencia de base contractual en la relación de empleo público, cuya base no tiene otro fundamento que el poder del Estado y la obligación del agente de someterse a la voluntad estatal. Estos autores partían de la base de la desigualdad que existe entre los sujetos que intervienen en esta relación jurídica y que por consiguiente, no puede darse un nexo contractual entre ellos.

(8) En España autores como ROYO VILLANOVA, Elementos de Derecho Administrativo, 1.948 pág. 250; FERNANDEZ DE VELASCO, Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración I 1.930 pág. 383; ALVAREZ GENDIN, Manual de Derecho Administrativo. 1.941 pág. 254; se situaron a favor de esta doctrina, aunque posteriormente FERNANDEZ DE VELASCO se retractara de esta posición.

(9) C.E. 7 de Agosto 1.909, Winckell, s. 1.909 I 145, nota HAURIOU.

(10) Ver GARCIA-TREVIJANO, Tratado de Derecho Admin..... cit, pág. 445

El propio HEGEL que había sentado las bases de esta corriente autoritaria afirmaba para sostener su teoría que el fundamento del Estado es la fuerza. Por lo que "todo lo que el hombre es lo debe al Estado: solo en él encuentra su esencia". (11)

Dicha tesis fué seguida posteriormente por autores como Otto MAYER quien "consideraba que lo que surte efecto en el acto jurídico de la incorporación al servicio del Estado debe ser precisamente la voluntad del Estado, en tanto que el acto administrativo que contiene el nombramiento y el consentimiento del súbdito al cual está destinado aquel, solo tiene el valor de una condición esencial para la validez del acto". (12)

Para autores españoles como el Prof. GARCIA-TREVIJANO (13) esta teoría a la que él llama "del servicio civil obligatorio" no puede aducirse como explicación científica en tiempos de normalidad, siendo válida únicamente para la explicación de la obligación del servicio militar. Esta teoría "además de su contradicción evidente con los actuales ordenamientos que regulan la situación de los funcionarios, pugna hoy en día con la realidad jurídica de todos los Estados civilizados". (14)

(11) HEGEL, Lineamenti di filosofia del Diritto. Laterza. Bari 1.954.

(12) MAYER Otto, Derecho Administrativo Alemán, Tomo IV, Ed. Española de Buenos Aires, 1.982 pág. 44.

(13) GARCIA-TREVIJANO, Op.cit, pág. 445.

(14) JORDANA DE POZAS, Op. cit, pág. 101

Sin embargo, esta tesis significó el inicio de las teorías unilateralistas posteriormente culminadas con la teoría estatutaria.

En principio, para resolver este debate entre las doctrinas anteriormente señaladas, se determinó considerar pública la naturaleza de la relación, aunque no se restase validez a la voluntad del particular, que ha de considerarse como un elemento positivo en la creación de la relación jurídica.

A partir del reconocimiento de este planteamiento se derivaron dos teorías: una denominada la del "acto administrativo bilateral" que rechazaba la figura del contrato para explicar el nacimiento de la relación de servicios, sosteniendo que esta se origina mediante un acto administrativo en cuya formación concurren conjuntamente como elementos constitutivos y necesarios para su validez dos voluntades, la del funcionario y la de la administración. A este acto complejo JELLINEK le denomina "acto bilateral" en tanto que DUGUIT le llama "acto común". El propio JELLINEK (15) "distingue el acto constitutivo de la relación de naturaleza contractual, y la relación que una vez creada se somete al régimen objetivo de la ley que le sea de aplicación, y quienes, considerando que el acto del particular representa un consentimiento al de la Administración, califican los dos actos como elementos constitutivos de un único negocio jurídico, que al resultar del acuerdo de dos voluntades tiene carácter contractual". Coincidimos con el Prof. GARCIA-TREVIJAÑO al señalar que esta tesis supone una evasión formalista de las tesis

(15) Sistema dei diritti pubblici subbjetivi, Roma, 1.912
pág, 194

contractualistas. (16)

Posteriormente aparece la llamada tesis estatutaria encabezada por la doctrina francesa de principios de siglo (DUGUIT, HAURIOU, JEZE y BONNARD) para la cual el nacimiento de la relación del servicio se atribuye a un acto administrativo unilateral de nombramiento que aplica a una persona el estatuto legal ya existente del cual derivan sus derechos y obligaciones. De ello que se acepte que la situación del funcionario frente a la administración no sea subjetiva como consecuencia de un contrato, sino derivada de una situación de naturaleza legal o reglamentaria o dicho en otros términos "estatutaria". Esta es por otra parte la tesis de general aceptación por la doctrina española recogida por la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE). (17)

Para HAURIOU (18) "el reclutamiento de los funcionarios civiles se realiza sobre la base de una requisita consentida. De una parte los funcionarios se incorporan a la institu-

(16) GARCIA-TREVIJANO, Op. cit., pág. 446

(17) A favor de la misma se situaron GARCIA OVIEDO, Derecho Administrativo, Madrid 1.948, pág.285; GASCON y MARIN, Trat. Administrativo I, Madrid 1.946, pág. 296; JORDANA DE POZAS, Op. cit., pág. 113; SERRANO GUIRADO, El Régimen de Oposiciones y Concursos de Funcionarios. Madrid 1.956, pág. 255. Posteriormente ROYO VILLANOVA admitió el carácter estatutario de esta relación, si bien sostiene la bilateralidad de su constitución. El Concepto de Funcionario... RAP N^o 44, 1.964, pág. 20-23

(18) HAURIOU, Maurice Précis de Droit Administratif et de Droit Public. París 1.921 10^e Edc, págs. 573 y ss.

ción administrativa, de otra se apropian en cierta medida sus funciones. Por ello su estatuto es legal o reglamentario y se constituye por dos elementos esenciales: la pertenencia a los cuadros de la Administración y la posesión de un empleo público" y agrega: "la tesis contractual es falsa ya que no existen en el acto de designación del funcionario los elementos de fondo ni de forma del contrato". En efecto como señala HAURIUO, falta el intercambio de consentimientos con determinación del objeto, no existiendo ni determinación del objeto, ya que este resulta de las leyes y los reglamentos, ni intercambio de consentimiento. La idea esencial de HAURIUO es que la aceptación por el funcionario de su nombramiento constituye un acto de adhesión a una requisita, adhesión que no es un contrato sino un acto jurídico unilateral por el cual se adhiere a un hecho jurídico que existe porque forma parte de una institución (19). El nombramiento resulta así un acto de poder unilateral donde el funcionario acepta su nombramiento como una ley y no como resultado de la licitación de un contrato. De aquí que para HAURIUO el nombramiento del funcionario resulte un hecho jurídico independiente de su voluntad y que le une a la institución administrativa.

Para BONNARD (20) de este hecho se derivan una serie de consecuencias:

(19) HAURIUO, Maurice Principes de Droit Public, 2ª edición, pág. 137.

(20) Précis de Droit Administratif, París 1.940, 3ª edición, págs. 446 y ss.

- A) Que la situación del funcionario sea uniforme para cada una de las categorías.
- B) Que los funcionarios no puedan pedir la modificación de su situación sino en la medida que todo ciudadano pueda pedir la modificación de las leyes y reglamentos.
- C) Que la situación pueda ser modificada en todo momento sin el consentimiento de los funcionarios interesados por la autoridad legislativa o reglamentaria.

Por su parte, JEZE (21) retoma la idea del nombramiento como un hecho y no como un acto jurídico ya expresado por HAURIUO, aunque reconociendo que "si bien el hecho no es un acto jurídico propiamente dicho, reviste la forma de un acto jurídico" y añade: "... los agentes obtienen sus poderes no del individuo que hace el nombramiento; sino de la ley que ha organizado la función". (22)

De tal manera que "el acto jurídico por el cual un individuo entra en el servicio público es un acto-condición, que tiene por efecto jurídico no ya crear para un individuo una situación jurídica individual, sino investir a un individuo de una situación legal y reglamentaria". (23)

DUGUIT comienza por rechazar toda idea de mandato otorgado

 (21) JEZE, Gastón, Principios generales, 1.904, pág. 40

(22) JEZE, Lé statut des fonctionnaires, 1.928, pág. 23

(23) JEZE, Principios... pág. 409

al funcionario para el ejercicio de la "soberanía nacional" (24). Este autor desechaba la tesis contractual ya que "no se puede hablar ni de obligaciones, ni de derechos subjetivos pertenecientes a dicho funcionario" (25). Más bien consideraba que el funcionario se encontraba en una situación legal o de derecho objetivo cuyo nacimiento está subordinado al nombramiento de la misma para una función determinada.

Durante mucho tiempo el propio "Conseil D'Etat" francés adoptó posiciones ambiguas sobre el particular. En algunas ocasiones aplicaba a la situación de los funcionarios las reglas derivadas de una situación legal y reglamentaria, pero en otras sostenía que el funcionario estaba ligado a la administración por un contrato de función pública, de lo que se sostenía que el funcionario se encontraba en una situación contractual de derecho público. La controversia encontró fin tras la promulgación del Estatuto General de funcionarios de 1.946, que desechó definitivamente la idea de un contrato de función pública como base de la situación jurídica del funcionario. El artículo 5 de dicho Estatuto estableció que: "Le fonctionnaire est dans une situation statutaire et reglementaire". El Estatuto de 1.959 reprodujo en su propio artículo 5 la anterior fórmula. La última reforma socialista de la función pública por su parte ratificó en el artículo 4 de la Ley de 13 de Junio de 1.983 que: "Le fonctionnaire, est dans une situation statutaire, objective, legale et reglementaire."

(24) DUGUIT, León. Traite de Droit Constitutionnel, 1.911 Tomo I, pág. 479

(25) Idem, pág. 480

De igual forma que esta tesis estatutaria alcanzó pronto gran aceptación entre los autores franceses, el propio Consejo de Estado Español se pronunciaba a favor de la naturaleza unilateral de la relación de servicio. El dictamen de nueve de Octubre de 1.946 (nº 2129) sostuvo en ese sentido que contra la regulación general de la situación estatutaria de los funcionarios públicos en forma distinta a aquella en que dicha situación venía siendo anteriormente regulada no cabe en general esgrimir supuestos derechos adquiridos con arreglo a la legislación anterior, ya que de admitirse dicha tesis sería ineficaz la facultad de la administración de dictar aquellas normas que considera en cada momento más convenientes para la determinación de sus relaciones jurídicas con los funcionarios en beneficio e interés de los servicios públicos...". En un dictamen posterior de 21 de Marzo de 1.959 (nº 24.587), el propio Consejo de Estado declaraba que "... la administración no queda vinculada por estipulaciones sinalagmáticas con su personal, pudiendo en aras del servicio público, modificar unilateralmente las bases de la relación o vínculo...". La propia Constitución Española de 6 de Diciembre de 1.978 señala en su artículo 149, 2º la naturaleza de las relaciones entre el Estado y sus servidores al señalar: "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...".

De lo que se puede concluir siguiendo a GARCIA-TREVIJANO (26) en cuanto a la naturaleza de la relación de servicios en la doctrina española que:

(26) GARCIA-TREVIJANO, Op. cit., pág. 448

- 1) Por los sujetos es bilateral, no pudiendo ser plurilateral.
- 2) Por sus efectos es también bilateral, pues comporta derechos y obligaciones para ambas partes.
- 3) Por su origen, en cambio es unilateral, pues la voluntad de la Administración es válida y perfecta por sí misma, sin que la aceptación del funcionario añada nada a la validez, y si solo sirva de condición de eficacia del acto de nombramiento.

No obstante, el reconocimiento de la libertad de sindicación hecho por la Constitución de 1.978, originará seguramente que la actuación de los mismos sindicatos en la función pública española signifique a futuro una modificación sustancial del régimen estatutario de los funcionarios públicos, ya que la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios no será fijada ya únicamente por normas jurídicas unilaterales de la Administración, sino también por los pactos o acuerdos entre la administración y los sindicatos mas representativos de los funcionarios. Ello permitirá un acercamiento entre los dos regímenes jurídicos tradicionalmente distantes: el estatutario y el laboral.

2.2. La Cuestión en Derecho Mexicano

En el Derecho mexicano, de igual manera a lo largo de los años se han elaborado diversas teorías para definir la naturaleza de las relaciones entre el Estado y sus servidores. Durante cierto tiempo, como señala el profesor

mexicano Gabino FRAGA (27), se pretendió "encajar las relaciones que surgen de la Función Pública dentro de los moldes del Derecho Civil tradicional".

No obstante, desde antes de la incorporación del apartado B al artículo 123 constitucional, estas teorías civilistas habían sido impugnadas y desechadas por los más destacados juristas quienes sostenían que las relaciones entre el Estado y sus servidores quedaban comprendidas en el ámbito del derecho público. "La objeción a las teorías de derecho privado estaba en que, independientemente del ordenamiento que la rige, la relación del empleado y funcionario con el Estado, es una relación de derecho público y por lo tanto el derecho público tendrá que ser su régimen. (28)

Las teorías "contractualistas de derecho privado" fueron severamente objetadas por los administrativistas, que consideraban que la idea de "contrato" tomada en su forma tradicional no se ajustaba a este tipo de relaciones en las que interviene tanto la voluntad del Estado como la del propio funcionario, ya que en "ella se inflingen serios quebrantos a la noción clásica de contrato, pues a pesar de que no hay texto legal expreso que determine que clase de situaciones jurídicas debe producir el contrato, si hay los que dan carácter y denominación diversa del contrato a otros actos formados por el concurso de varias voluntades, tales como la ley o como la sentencia que dicta un Tribunal colegiado. Además la necesidad de que se genere una situación jurídica individual deriva de la función y carácter

(27) Derecho Administrativo... cit pág. 130.

(28) Idem, pág. 131

del contrato. En efecto, este constituye una institución establecida para satisfacer necesidades privadas de los hombres y como esas necesidades y los medios de que los particulares disponen para darle satisfacción varían de caso en caso es natural que las consecuencias del contrato deban adaptarse a esa variabilidad, lo cual no se logra sino individualizando los efectos que produce". (29)

En ese mismo sentido, se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia Mexicana al señalar: "Aún cuando es cierto que, en términos generales existe una relación de trabajo entre el poder público y sus servidores, también lo es que esta relación no tiene las características de un verdadero contrato de trabajo, tal como está previsto en nuestra ley laboral, supuesto que ésta tiende esencialmente a regular las actividades del capital y del trabajo como factores de la producción o sea en funciones económicas, lo que no sucede tratándose del poder público y de sus empleados, porque las funciones encomendadas al Estado no persiguen ningún fin económico, sino más bien un objetivo de control para la convivencia de los componentes de la sociedad..." (30).

De esta tesis jurisprudencial se desprende en principio que la relación entre el Estado, el funcionario y empleado público en el derecho mexicano sea una relación de derecho público, sin que en ella intervengan consideraciones de

(29) SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administ, cit, pág. 373

(30) Indice de Jurisprudencia, 1.917-1.965. IV Sala. Tesis jurisprudencial nº 200, pág. 187.

derecho privado. "Los puestos públicos, señala SERRA ROJAS (31) han sido creados respondiendo a un interés público, para satisfacer necesidades públicas y en general para realizar los fines del Estado asignados a sus órganos, lo cual no obsta para que algunas instituciones oficiales se rijan por la Ley Federal del Trabajo".

Del inicial reconocimiento de la naturaleza de la relación dentro del derecho público y tras haberse promulgado nuestra Constitución de 1.917 se formaron en México dos corrientes en relación con la aplicación del artículo 123 constitucional. Por una parte la que consideraba que no era aplicable a los trabajadores del Estado y de otra la que consideraba que sí era aplicable a los trabajadores del Estado. En realidad, en su redacción original, el precepto aludido enunciaba en forma limitativa los tipos de relaciones que comprendía, refiriéndose a los "obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos...", pero no hacía en ningún momento referencia alguna a los trabajadores del Estado. A partir de este debate se sostuvo con mayor fuerza la tesis de que las relaciones entre el Estado y sus trabajadores correspondían al Derecho Administrativo, siendo uno de sus defensores Gabino FRAGA que argumentaba: "Como el empleado y el funcionario son titulares de las diversas esferas de competencia en las que se fragmenta la totalidad de las atribuciones del Estado, la relación de aquéllas con éste deben estar modeladas sobre las exigencias que impone el cumplimiento de dichas atribuciones, siendo por lo mismo relaciones que corresponden al derecho público" (32). Por su parte SERRA ROJAS

(31) SERRA ROJAS, Andrés, Op.cit, pág. 373.

(32) FRAGA, Gabino. Op. cit, pág. 394

afirmaba que: "El progreso del Derecho Administrativo es su plena liberación del derecho privado y la elaboración de sus propias teorías, opiniones, tesis, principios y consecuencias administrativas, siempre en relación con un orden jurídico que se apoye no en el interés privado, sino en los ineludibles mandatos de orden público, utilidad pública o interés general" (33). Una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fortaleció esta tesis administrativista al establecer que: "Los trabajadores al servicio del estado no gozan de las prerrogativas que para los trabajadores consignó el artículo 123 constitucional, ya que éste tendió a buscar un equilibrio entre el capital y el trabajo como factores de la producción, circunstancias que no concurren en las relaciones que median entre el poder público y los empleados que de él dependen". (34)

Aunque el artículo 123 en su origen no establecía claramente si era o no aplicable a los trabajadores del Estado, pensamos que el espíritu del Constituyente de QUERETARO fue abarcar aunque de forma errónea en el artículo aludido "toda relación de trabajo".

No fué sino hasta catorce años después del Constituyente de QUERETARO, cuando tras la promulgación de la primera Ley Federal del Trabajo de 18 de Agosto de 1.931 (35), encon-

(33) SERRA ROJAS, Op. cit., pág. 394

(34) Semanario Judicial de la Federación, Tomo 25, pág. 918

(35) Dicha Ley posteriormente fué sustituida por la actual Ley publicada en el D.O.F. de 1º de Abril de 1.970.

tramos luz sobre el ámbito de aplicación del referido precepto constitucional. La referida ley reglamentaria del artículo 123 constitucional, excluyó a los trabajadores del Estado de la normativa, al establecer en su artículo 2º que: "Las relaciones entre el Estado y sus servidores se regirán por las leyes del servicio civil que se expidan". Se puede decir por tanto, que a partir de entonces no es posible ya equiparar las relaciones que existen entre el servidor público y el Estado, con la que guardan el empleado privado y su patrón con respecto a la empresa a la cual prestan sus servicios.

En efecto, esta exclusión de los trabajadores del Estado hecha por la legislación laboral vino a reafirmar la tesis de que en realidad el Estado no tiene carácter de patrón con respecto a sus servidores, tanto porque en la relación que se entabla no puede afirmarse que haya de un lado la empresa capitalista y por el otro el elemento trabajo, como porque se considera -como ya hemos señalado- que propiamente no existe contrato alguno con motivo de la función pública. Efectivamente, (el concepto de patrón se corresponde más bien con el del capitalista que trata de acrecentar su ganancia y que con éste fin contrata con los trabajadores la prestación de un servicio, en tanto que el Estado organiza los servicios públicos para beneficio exclusivo de la colectividad y para satisfacer necesidades generales.) Al igual que anteriormente una nueva ejecutoria de nuestro máximo Tribunal fortaleció claramente la posición administrativista al señalar "No es correcta la tesis de que como los trabajadores del Estado no son sino una fracción de los trabajadores en general, deban aplicarse a aquellos las disposiciones que rigen para éstos, pues si es verdad que desde el punto de vista gramatical, la palabra trabajador comprende a todo aquel que desarrolla una actividad física o intelectual a cambio de una retribución convenida, también lo es que en los

trabajadores al servicio del Estado se celebra un contrato de trabajo de naturaleza sui géneris, que entraña en realidad un acto administrativo y es por ello que el artículo 2º de la Ley Federal del Trabajo establece que los servidores públicos no son sujetos de derecho obrero, sino que sus relaciones para con el Estado deben regirse por una ley especial". (36)

Esta ley especial a la que hacía ya referencia la ejecutoria de nuestro máximo tribunal tuvo su antecedente más inmediato en el "Acuerdo sobre Organización y Funcionamiento de la Ley del Servicio Civil" de 12 de Abril de 1.934 que consignó las primeras disposiciones que favorecieron a los empleados públicos de la Federación.

Este acuerdo expedido por el Presidente Abelardo RODRIGUEZ, fué emitido con vigencia limitada del 12 de Abril al 30 de Noviembre del mismo año, lo que impidió que llegara a tener una aplicación efectiva, ya que por otro lado jamás se expidió la Ley del Servicio Civil, de la cual era un anticipo.

Con posterioridad a este Acuerdo, ya con carácter de Ley reglamentaria de la fracción segunda del artículo 89 constitucional, se publicó el Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión, de 5 de Diciembre de 1.938. Este Estatuto fué modificado en el año de 1.941. Este proceso culminó como ya se ha analizado con la adición del apartado B del artículo 123 constitucional, que devino años después en la promulgación de la "Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado de 1.963", reglamentaria del nuevo apartado B de este precepto. La adición de

(36) Semanario Judicial de la Federación, Tomo 78, pág. 3835.

de las normas contenidas en este apartado quedó plenamente fundamentada al definirse que la relación laboral entre el Estado y sus servidores es muy diversa a la existente entre patrones y trabajadores, ya que en el caso del Estatuto no se presenta la figura del patrón en estricto sentido, como factor de producción. (37)

Sin embargo, otra parte de la doctrina mexicana encabezada por autores laboristas como TRUEBA URBINA (38) sostenían partiendo también de la promulgación de la Constitución de 1.917, que el artículo 123 resultaba aplicable en su origen tanto a los empleados privados como los que están al servicio del Estado, ya que el referido precepto comprendía por igual a ambos, y agregaban que "equivocadamente se volvió a considerar a partir de la Ley Federal del Trabajo de 1.931 a la teoría del empleo como parte del Derecho Administrativo". Posteriormente incluyeron en su tesis lo siguiente: "Todavía hay profesores que sostienen la tesis de que el Derecho del Trabajo es la norma que regula conflictos entre factores de la producción, trabajo y capital, olvidando que también existen relaciones laborales entre quienes realizan actividades fuera de la producción económica y en las que se da el binomio trabajador-patrón" y continúa diciendo "... por el solo hecho de estar reglamentado el trabajo burocrático en el artículo 123 constitucional dentro del título denominado -Del Trabajo y la Previsión Social-, la relación entre el Estado y sus servidores constituye una relación de Derecho Laboral, por

(37) MORENO RODRIGUEZ, Rodrigo, "El régimen jurídico... cit, pág. 17

(38) Nuevo Derecho del Trabajo. Ed. Porrúa, México, 1.975. pág. 175

lo que el derecho de los trabajadores al servicio del Estado forma parte del Derecho del Trabajo, siendo las relaciones burocráticas de carácter social, independientemente de la función pública del Estado, que frente a sus trabajadores representa al Estado de Derecho Social". (39)

Consideramos errónea la idea expuesta por TRUEBA URBINA, pues pensamos que el hecho de que en la Constitución se regule en un título determinado aspecto de la vida social, como lo es el trabajo y la previsión social, no por ello quiere decir que sólo por su ubicación dentro del articulado del Código Fundamental necesariamente esas normas deban formar parte de una determinada rama del derecho.

Sobre el particular, señalamos incluso que la última reforma constitucional relativa a las relaciones entre el Estado y los servidores públicos -artículo 123 apartado B- se alejó definitivamente de la idea de equiparar al Estado con la empresa patronal. En el oficio suscrito por el entonces Presidente de la República Adolfo LOPEZ MATEOS, por el cual envía a la Cámara de Senadores la iniciativa que propone la inclusión del apartado B en el artículo 123 Constitucional, se puede leer: "Con la preocupación de mantener y consolidar los ideales revolucionarios, cuyo legado hemos recibido con plena conciencia y responsabilidad por todo lo que representa para el progreso de México dentro de la justicia social, en el Informe que rendí ante el H. Congreso de la Unión el día 1º de Septiembre último, me permití anunciar que oportunamente propondría a su elevada consideración, el proyecto de reformas

(39) TRUEBA URBINA, Alberto. Legislación Federal del Trabajo Burocrático, Ed. Porrúa, México, 1.971, pág. 13

a la Constitución General de la República tendiente a incorporar en ella los principios de protección para el trabajo de los servidores del Estado.

Los trabajadores al servicio del estado, por diversas y conocidas circunstancias, no habían disfrutado de todas las garantías sociales que el artículo 123 de la Constitución General de la República consigna para los demás trabajadores.

Es cierto que la relación jurídica que une a los trabajadores en general con sus respectivos patrones, es de distinta naturaleza de la que liga a los servidores públicos con el Estado, puesto que aquéllos laboran para empresas con fines de lucro o de satisfacción personal, mientras que éstos trabajan para instituciones de interés general, constituyéndose en íntimos colaboradores en el ejercicio de la función pública. Pero también es cierto que el trabajo no es una simple mercancía, sino que forma parte esencial de la dignidad del hombre, de ahí que deba ser siempre legalmente tutelado.

De lo anterior se desprende la necesidad de comprender la labor de los servidores públicos dentro de las garantías al trabajo que consigna el antes citado artículo 123, con las diferencias que naturalmente se derivan de la diversidad de situaciones jurídicas". (40)

De la lectura de este oficio, en el que se destacan frases como "justicia social", "el trabajo no es una simple mercancía", "necesidad de comprender la labor de servidores

(40) DUHALT KRAUSS, Miguel. Una selva semántica y jurídica. Ediciones INAP, México 1.977, pág. 60

públicos", etc, pudiera desprenderse que el apartado B del artículo 123 Constitucional quedase comprendido dentro del ámbito del derecho "social", como sostenía alguna parte de la doctrina encabezada por TRUEBA URBINA.

No obstante del análisis del segundo párrafo del oficio presidencial relativo a la parte que reconoce "que la relación jurídica que une a los trabajadores en general con sus respectivos patrones es de distinta naturaleza de la que liga a los servidores públicos con el Estado", aunque no precisa cuál es esa "distinta naturaleza", se interpreta que las relaciones entre el Estado y sus servidores son reguladas por una rama distinta a la del Derecho Laboral, y por lo tanto de categoría autónoma con respecto a éste.

En este sentido, a raíz de la adición del apartado B del artículo 123 Constitucional se ha originado en la doctrina mexicana el surgimiento de nuevas corrientes jurídicas que ubican las relaciones entre el Estado y sus servidores dentro de una nueva rama "nacida con independencia de las ya existentes y en situación equidistante respecto de la división tradicional del Derecho Público y del Derecho Privado, una tercera dimensión que debe considerarse como un derecho de grupo, proteccionista de los núcleos más débiles de la sociedad, un derecho de integración equilibrador y comunitario". (41)

El profesor ACOSTA ROMERO señala al respecto que "Si bien es cierto que el derecho al que nos referimos regula un aspecto del trabajo humano, también lo es que no se le

(41) FIX ZAMUDIO, Héctor. Introducción al estudio del Derecho Procesal Social. En -Estudios Procesales en memoria de Carlos VIADA-. Madrid, 1.965, pág. 507.

pueden aplicar exactamente los mismos principios y metodología que el Derecho del Trabajo ordinario, puesto que con él no se busca ningún equilibrio de los factores de la producción... estimamos que el derecho que regula las relaciones del Estado y sus trabajadores debe constituir una rama autónoma, ya que su objeto, finalidad y metodología deben ser propios". (42)

Ante estas nuevas corrientes jurídicas los defensores de las teorías de derecho público argumentan "que el Derecho Administrativo es una disciplina que gradualmente extiende el campo de su actuación, no sólo en lo que se refiere a las relaciones del Estado con sus servidores, sino aún en aquellos casos en los que el Estado interviene en materia laboral fijando principios y procedimientos, que no quedan al arbitrio de patrones y trabajadores". (43).

Al respecto, nos inclinamos a pensar que en la relación entre el Estado y sus servidores, como es evidente, al no existir lucha de clases, ni perseguirse el equilibrio de los factores de la producción, ni el Estado como tal persi-

(42) ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría general del Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. México 1.983, pág. 666 y ss.

(43) Ver para un estudio sobre la polémica de la materia: Alberto TRUEBA URBINA, Nuevo Derecho Administrativo del Trabajo, 2 vols. Ed. Porrúa, México 1.973, el cual reclama la materia para el Derecho del Trabajo, o bien quienes la ubican dentro del Derecho Administrativo, como es el caso de Antonio CARRILLO FLORES: La Justicia Federal y la Administración Pública, Ed. Porrúa, pág. 24 y ss. Aunque nos orientemos principalmente en la doctrina francesa, que en los Tratados de Derecho Administrativo incluye la materia dentro de su ámbito. Ver así: Jean Marie AUBY y Robert DUCOS-ADER, Droit Administratif, Fonction, Biens Travaux. Ed. Dalloz, 2^{eme} edition, pág. 3 y ss., donde se analiza ampliamente la naturaleza de la relación jurídica entre el Estado y sus servidores.

que utilidades o fines lucrativos, sus principios deben ser independientes del Derecho Laboral, tratando de buscar la equidad entre los intereses de los trabajadores y el conjunto de derechos básicos que domina la actividad del Estado. De ello que como señala el profesor mexicano ACOSTA ROMERO (44) sería recomendable el surgimiento de una rama autónoma acorde con sus propias circunstancias y con principios teóricos prácticos inherentes a su naturaleza para regular las relaciones entre el Estado y sus servidores, pero sin olvidar considerar que existen aspectos administrativos tales como el nombramiento, la selección, la preparación del personal, y los aspectos presupuestarios, que deben seguir siendo estudiados por el Derecho Administrativo, descartando por completo la idea de que el Estado pueda tener el carácter de patrón frente a sus servidores, ya que "equiparar al Estado con la empresa privada es originar serias anomalías en nuestra vida jurídica". (45)

Aún cuando en realidad, el análisis de la naturaleza jurídica de la relación de empleo público en el derecho mexicano aún se encuentra en pleno debate, dependiendo las distintas soluciones doctrinales de la mayor o menor importancia dada a la autoridad del Estado o a la voluntad del individuo, debemos aceptar un estrecho parentesco entre el Derecho del Trabajo y la índole pública de la función que desempeñan los servidores del Estado, aunque a dichos servidores en nuestro orden jurídico positivo vigente les

(44) ACOSTA ROMERO, Op. cit., pág. 667

(45) Discursos y Proyectos de la Ley para los Trabajadores al Servicio del Estado. Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1.959, pág. 22

une con el Estado una relación sui-géneris que en realidad entraña un "acto administrativo unilateral". En efecto, en nuestro orden jurídico el Estado fija unilateralmente las condiciones necesarias para el servicio, sin la intervención del agente, regulando las relaciones con sus trabajadores de manera estatutaria y reglamentaria fijando los derechos y obligaciones de los servicios en leyes y reglamentos. Por lo que creemos que la tesis que acoge la legislación mexicana en lo que se refiere a los trabajadores del Estado es la llamada del estatuto legal y reglamentario.

En efecto, el Estado en un acto unilateral, fija las condiciones que considera necesarias para el servicio, sin la intervención del empleado, por ser facultad exclusiva de los Poderes de la Unión, y al funcionario se le señalan derechos y obligaciones que aseguran el buen desempeño de sus labores, cuyo fin es el interés público, por lo que sus derechos jamás podrán oponerse al interés general.

Sin embargo, la determinación de la naturaleza jurídica de la relación entre el Estado y sus servidores se muestra endeble en nuestra realidad jurídica de un lado por la falta de declaración expresa del Estatuto vigente (LFTSE) sobre el particular; y por el otro, en virtud de nuestro modelo federal, ya que pocos son los Estados de la Federación que explican a través de sus legislaciones si fundamentan sus posiciones en el Derecho Público, en el Privado o en el Social. Lo que resulta totalmente claro es que las leyes estatales no pueden reglamentar la materia trabajo, de conformidad a lo estipulado en la fracción X del artículo 73 Constitucional que establece que las entidades federativas no tienen facultad para expedir leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123 Constitucional.

Ello obedece al hecho ya citado que ni en 1.917, ni posteriormente al adicionarse con el apartado B el artículo 123 constitucional, se definieron las bases para proteger laboralmente a los servidores del Estado en entidades federativas y municipios. Ante esta laguna constitucional, la mayoría de los Estados expidieron sus propias leyes del servicio civil, en las cuales se otorgan algunas garantías laborales mínimas a los empleados estatales y municipales y se han instituido órganos jurisdiccionales para la resolución de las controversias que se dieran en ese ámbito. La constitucionalidad de éstas leyes se sostiene con el argumento de que se trata de ordenamientos de Derecho Administrativo. Pese a ello, tanto las organizaciones sindicales, como los estudiosos del Derecho, han sostenido que dichos servidores deben ser tutelados por el artículo 123 constitucional.

Al respecto, es de notar una reciente iniciativa del Ejecutivo que fué sensiblemente mejorada por el Senado de la República. Dicha iniciativa reconocía que se trataba de "relaciones de trabajo" y que por ello deberían quedar comprendidos en la jurisdicción federal, indicando que se regirían por las leyes que con base en sus Constituciones expidieran las legislaturas. La Cámara de Senadores enmendó la propuesta del Ejecutivo, señalando que dichas leyes se basarían "en lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución y en sus disposiciones reglamentarias". Por lo que a partir de entonces corresponde a los poderes reformadores locales resolver sus propias bases constitucionales locales, su sujeción al apartado "A" o al "B" del artículo 123 constitucional o a un dispositivo mixto. No obstante es probable que dadas las precarias condiciones financieras de algunos Estados y Municipios no sea posible otorgar a sus servidores públicos las garantías que se otorgan en el régimen federal.

3. LA DISPERSION EN EL EMPLEO PUBLICO MEXICANO

En México existe una verdadera anarquía terminológica en la legislación sobre empleo público, así como conceptos variables en la jurisprudencia, lo que agudiza el problema de determinación conceptual. Se puede hablar parafraseando al profesor HAROLD KOONTZ (46) de una "selva semántica" referida a la terminología usada en los diversos documentos y reglamentaciones que tratan de las relaciones entre las dependencias del sector público y sus trabajadores. Incluso de alguna manera se puede decir que dicha "selva semántica" es provocada por un "laberinto jurídico".

Este laberinto jurídico se caracteriza por la pluralidad de regímenes jurídicos a los que están sujetas las relaciones entre los trabajadores y sus patronos en el sector público. En efecto, en el orden jurídico mexicano los diversos regímenes jurídicos que regulan las relaciones entre los servidores públicos y el Estado en los tres niveles de gobierno (Federal, Estatal y Municipal) son los siguientes:

- 1.- El regulado por el artículo 123 constitucional apartado "A" y la Ley Federal del trabajo.

Este régimen es aplicable para ciertos entes del sector público como son: las Universidades e instituciones de educación superior autónomas por ley, Petroleos Mexicanos, Ferrocarriles Nacionales de México, Instituto Mexicano del Seguro Social, Comisión Federal de Electricidad y todas las empresas públicas que adoptan la forma de Sociedad Mercantil.

(46) Toward a Unified Theory of Management. Mc. Graw Hill Book Co. New York. 1.964

2.- El regulado por el artículo 123 constitucional, apartado "B" y la Ley Federal de los trabajadores al servicio del Estado.

Rige para los llamados "trabajadores de base" al servicio de los Poderes de la Unión (incluidos los del Departamento del Distrito Federal).

3.- El de los llamados "trabajadores de confianza", que se rigen por ciertas normas y principios generales de derecho y jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

4.- El de los miembros de las Fuerzas Armadas (Ejército Mexicano y Marina Nacional) que tienen un régimen inspirado en la disciplina propia de esas instituciones, aunque con ciertos principios de derecho y obligaciones desde el punto de vista laboral.

5.- El de los miembros de ciertos cuerpos de seguridad (policía, bomberos, etc.)

6.- El de los miembros del servicio exterior mexicano.

7.- El del personal al servicio de las entidades federa-
tivas.

8.- El del personal de los municipios.

Sobre este problema, la extinta Secretaría de la Presidencia a través de la Comisión de Administración Pública había señalado en su Informe de 1.967, que "el marco jurídico está disperso, lo que obstaculiza la administración de personal, mismo que debería regularse en base

a políticas y condiciones comunes para todas las instituciones del sector público. (47)

Este laberinto jurídico que afecta a una gran masa de funcionarios, creando desorientación, injusticias y contribuyendo al surgimiento de conflictos entre trabajadores y funcionarios al igual que entre sindicatos y dependencias, tiene quizá como una de sus principales causas a lo que hemos denominado "selva semántica" existente en las diversas clasificaciones vigentes del empleo público. (48)

A esta diversidad legislativa, debemos unir la proliferación tanto de Reglamentos de Escalafón, como de Condiciones generales de trabajo, uno por cada dependencia de la administración pública Federal, que terminan por introducirnos más en el "laberinto jurídico" de nuestra función pública.

En efecto, de la lectura de los artículos 49 y 87 de la LFISE se desprende que en el actual sistema subsisten tantos reglamentos de escalafón y de condiciones generales de trabajo como dependencias existen en la administración pública federal. El artículo 49 establece que: "En cada dependencia se expedirá un reglamento de escalafón...", en tanto que el 87 expresa que: "Las condiciones generales del trabajo se fijarán por el titular de la dependencia respectiva".

(47) Comisión de Recursos Humanos del Gobierno Federal. Memoria 1.973-1.976. Talleres gráficos de la Nación. México 1.976, pág. 14

(48) Ver infra 4 "La Clasificación de los ..."

Dentro de estas condiciones generales de trabajo, que preveen entre otras tantas situaciones las medidas que deben adoptarse para prevenir la realización de riesgos profesionales, las labores insalubres y peligrosas, se derivan otros reglamentos como el de seguridad e higiene, el de capacitación y desarrollo, a través del cual se determinan las disposiciones y preceptos que regulan las acciones en ese campo y el reglamento de becas a través del cual se establecen las disposiciones que regulan el otorgamiento de las mismas. No obstante debemos señalar que la expedición de estos tres reglamentos al no estar previstos por la LFTSE, no se han formulado en todas las instituciones.

Finalmente, mencionaremos la existencia del reglamento de distribución de plazas vacantes de última categoría que establece las bases y procedimientos para la ocupación de estas plazas. Su existencia si esta prevista por la LFTSE (Art. 62), aunque no tenemos noticia de que exista alguno en las dependencias del sector central. Sobre el particular, tocaremos el tema en el capítulo correspondiente a la Provisión de puestos de trabajo. (Ver infra).

Esta diversidad de regulaciones no solo existe en el ámbito macroadministrativo, sino que también se presenta a nivel microadministrativo. Tenemos el ejemplo de algunas empresas de participación estatal cuyas "plantas" no exceden de los 2.000 trabajadores, pese a lo cual se encuentran sujetos a diversos regímenes jurídicos. El personal de oficina se rige por el apartado "B" del artículo 123 constitucional y por su ley reglamentaria (LFTSE) en tanto que su personal de bodegas esta regulado por la Ley Federal del Trabajo, estando este personal afiliado a 20 sindicatos distintos, con los que la empresa tiene vigentes cerca de 90 contratos colectivos de trabajo.

4. CLASIFICACION DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO

4.1. La Confusión Terminológica o "Selva Semántica"

Para la descripción de este apartado partiremos de la terminología utilizada en nuestro orden constitucional y reglamentario para posteriormente formular nuestras propias valoraciones, con el propósito de encontrar claridad y precisión, tratando de conciliar dentro de lo posible tanto los términos empleados en las distintas disposiciones e interpretaciones legales, como el punto de vista del jurista y del técnico en materia de administración de personal.

No obstante la diversidad de regímenes jurídicos a las que están sujetas las relaciones entre trabajadores y sus patrones en el sector público mexicano, haremos el análisis partiendo del artículo 123 apartado B constitucional y su Ley reglamentaria (LFTSE), no olvidando sin embargo, describir el caso del resto de la "selva semántica".

Resulta conveniente insistir en el hecho constatado en nuestra legislación positiva de la enorme confusión terminológica imperante, que agudiza tremendamente el problema de la determinación conceptual de los servidores públicos. Incluso algunos tratadistas mexicanos como el profesor SERRA ROJAS (49) 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 dicha "selva semántica".

(49) SERRA ROJAS, Andrés, Op. cit, pág. 360 y ss.

No consideramos útil remitirnos al derecho comparado para intentar clarificar la problemática terminológica, ya que creemos, no es posible trasplantar las definiciones y elementos elaborados por determinado sistema de legislación positiva hacia otro, ya que la situación no es la misma. Por el contrario, la situación jurídica del funcionario estará siempre ligada a un determinado Estado y no puede ser considerada fuera de ese ámbito. En efecto, como ha señalado BIELSA: "Los conceptos y definiciones que se han dado sobre funcionarios públicos, varían ya sean por la tendencia doctrinal, ya sea por su régimen legal, que depende del grado de evolución del Estado, y especialmente de su forma política, pues todo ello incide sobre las ideas de función y funcionario" (50). Aún en un mismo país, pueden existir diversos conceptos de funcionario público según las ramas del derecho que consideren o regulen. "Dentro de los refinamientos de los juristas hay lugar para diferentes definiciones y la noción de funcionario cambia según el punto de derecho en el que se coloque" (51). A cambio, si que elaboraremos en la IV parte de la tesis algunas propuestas tendientes a uniformar la denominación más correcta para nuestro sistema, terminando con la enorme confusión terminológica imperante. Por lo que en este apartado sólo nos limitaremos a describir detalladamente la situación existente, para de ahí elaborar nuestras recomendaciones de cara a la reforma.

(50) BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Ed. El Ateneo Buenos Aires, 1.947, Tomo II, pág. 55.

(51) BLANC, Laurent. La Fonction publique. Presses Universitaires de France. París. 1.971, pág. 7.

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, 128), como servidores públicos (arts. 108, 113 y 114), o bien simplemente al término "trabajador" (artículo 123 apartado B). La LFTSE habla de "trabajadores al servicio del Estado", la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores públicos, (LFRSP) alude a este término de servidores públicos, 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.

Nuestra Constitución política clasificaba anteriormente a los servidores públicos en altos funcionarios, funcionarios y empleados. La expresión "altos funcionarios de la Federación" es la que empleaba el artículo 110 de la Constitución, posteriormente modificado, que a tenor estipulaba: "No gozan de fuero constitucional los altos funcionarios de la Federación, por los delitos oficiales, faltas u omisiones en que incurran en el desempeño de algún empleo, cargo o comisión pública que hayan aceptado durante el período en que, conforme a la Ley, se disfrute de fuero...".

Los "altos funcionarios de la Federación" comprendían a los funcionarios colocados en la cima de la organización del Estado, así como aquéllos encargados de la decisión y responsabilidad de los importantes problemas de la administración Pública. A este respecto el artículo 108 de la Constitución, igualmente modificado con posterioridad, los enumeraba: "Los Senadores y Diputados al Congreso de la

Unión, los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia, los Secretarios del Derecho y el Procurador General de la República... los Gobernadores de los Estados y los Diputados a las legislaturas locales... el Presidente de la República...".

Consideramos en principio que esa enumeración era incompleta, ya que olvidaba mencionar a los Secretarios de Estado, al Procurador de Justicia del Distrito Federal, a los Embajadores y Ministros de Embajadas, a los Subsecretarios, Oficiales Mayores, empleados superiores de Hacienda, altos jefes del Ejército, entre otros; etc.

Por su parte la anterior Ley de Responsabilidades de los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados expresaba en su artículo 2º "... Para los efectos de esta Ley se conceptúan como Altos Funcionarios de la Federación, el Presidente de la República, los Senadores y Diputados del Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Estado, los Jefes de Departamento Autónomo y el Procurador General de la República. También quedarán comprendidos en esta Ley los Gobernadores y Diputados a las legislaturas de los Estados".

Acertadamente la Constitución ya no emplea el término de "alto funcionario", aunque de hecho el actual artículo 110 no hace sino reenumerar el anterior artículo 105 de la misma que los citaba. El actual precepto nos dice: "Podrán ser sujetos de juicio político los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, el Jefe del Departamento del Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del

Distrito Federal, los Magistrados y Jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Directores Generales o sus equivalentes de los Organismos Descentralizados, Empresas de participación Estatal mayoritaria, Sociedades y Asociaciones asimiladas a éstas y Fideicomisos públicos. Los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales y Magistrados de los Tribunales Superiores y Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales...".

En cuanto hace a los términos de funcionario y empleado público, ambos han sido utilizados tanto por la Constitución como por las leyes administrativas, pero sin precisar claramente la diferencia entre uno y otro. El antiguo artículo 111 párrafo V de la Constitución establecía: "El Congreso de la Unión expedirá, a la mayor brevedad una Ley de responsabilidades de todos los funcionarios y empleados de la Federación, y del Distrito y territorios federales...".

En otros casos se alude exclusivamente a funcionarios, como el artículo 128 constitucional actual, que dice: "Todo funcionario público, sin excepción alguna antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen".

El artículo 89 constitucional fracción III solo alude a los "empleados" al reglamentar las facultades del Presidente de la República, textualmente expresa: "... Nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión...".

Dentro de las Leyes reglamentarias de la materia, la Antigua Ley de Responsabilidades de los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito y territorio Federal, y de los altos funcionarios de los Estados, aludía

en su artículo 1º a: "Los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito y territorios federales son responsables de los delitos y faltas oficiales que cometan en el desempeño de los cargos que tengan encomendados, en los términos de la presente Ley y de las leyes especiales a que se refiere".

Otras veces se utiliza una expresión genérica como la de "empleos públicos" comprendiendo ambas categorías. Tal es el caso del artículo 73 fracción XI de la Constitución que estipula: "El Congreso tiene facultad para crear y suprimir empleos públicos de la Federación y señalar, aumentar o disminuir sus dotaciones".

Esta denominación indistinta de empleados y funcionarios públicos ha ido, tras la promulgación de la Constitución de 1.917, perdiendo su sentido hacia un nuevo rubro de carácter general adoptado por la LFTSE en 1.963. Nos referimos al término "trabajadores al servicio del Estado" empleado desde entonces por dicha Ley Reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional.

"Si los autores de las leyes administrativas hubieran seguido criterios técnicos para distinguir las categorías de funcionarios y empleados públicos, la tarea sería sencilla, porque sería suficiente precisar el criterio seguido. En el estado actual del tema, a las dos categorías se les ha comprendido bajo el rubro de "trabajadores del estado", con idénticas características. En verdad no se le ha dado ninguna importancia a la distinción, aunque existen empleados más importantes que los funcionarios..." desde el punto de vista legal no se le han asignado consecuencias jurídicas importantes a esta división". (52)

(52) SERRA ROJAS, Andrés. Op. cit, pág. 378 y 380

El origen de esta "selva semántica" lo debemos atribuir en principio al legislador de 1.917 y a la confusión terminológica que se acrecentó tras la aprobación de la LFTSE en 1.963. Respecto a esta última se puede decir que la tendencia social que dominaba en la época, hizo que se empleara la expresión "trabajadores al servicio del Estado" con el propósito de equiparar la legislación funcionarial a la legislación del trabajo, por lo que de las relaciones laborales se tomó el concepto de "trabajador" para referirse conjuntamente tanto a los funcionarios como a los empleados públicos.

Tras las reformas constitucionales al Título IV "De las responsabilidades de los servidores públicos" promovidas por el Presidente DE LA MADRID en Diciembre de 1.982, se produce un cambio en la denominación, al emplearse en dicho Título el término de "servidores públicos". En la exposición de motivos de la iniciativa de reforma de este ordenamiento se dijo que el cambio tenía como propósito el acentuar el carácter de servicio a la sociedad, que debía observar todo servidor público en su empleo, cargo o comisión.

De la lectura del artículo 108 constitucional vigente se desprende la idea de que el término "servidor público" no solo comprende a los denominados "trabajadores al servicio del Estado" (funcionarios y empleados públicos), sino que además abarca a todas aquellas personas que de una manera u otra colaboran en las funciones del Estado. Tal es el caso por ejemplo de los representantes de elección popular, miembros del Poder Judicial, etc. El referido precepto estipula: "Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título 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, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones...".

Observamos del análisis anterior, la absoluta falta de uniformidad de la Constitución, que emplea diversas denominaciones para referirse a los "servidores públicos". Ello obedece sin duda, a que desde su promulgación se han sucedido reformas ideológicamente influenciadas por distintas corrientes, como ocurrió al introducirse el término trabajador o bien al introducirse el de "servidor público".

Fué así como de la última reforma heredamos el concepto "trabajadores al servicio del Estado" adoptado por la influencia laboral dominante en la época de los 60, aunque pensamos que hoy en día, dicho término ha quedado desfasado dada la fuerza de las corrientes administrativistas actuales. Esta idea se ha visto reforzada por nuestra Suprema Corte de Justicia, que ha establecido claramente la delimitación del concepto al establecer que: "Trabajador es la persona, obrero, jornalero, empleado, que desarrolla una determinada actividad material o intelectual o de ambos géneros con un propósito económico o social que implica la prestación personal y subordinada de un servicio a cambio de un salario..." (53).

Por lo que hace a la introducción que hace la última reforma constitucional del término "servidor público" este nos parece correcto, ya que engloba en su totalidad a toda

(53) Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. 5ª época tomo 78 págs. 615 y 1.091.

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, etc. Este término uniformizador nos ayuda enormemente para referirnos con mayor precisión al universo de personas ligadas con el Estado.

Por lo que hace a la distinción entre los términos de funcionario y empleado público, en nuestro orden jurídico vigente más que una cuestión jurídica, parece una discusión meramente académica, ya que las leyes no asignan ninguna consecuencia al hecho. Sin embargo la cuestión existe, y resulta preciso aclarar posteriormente estos dos términos, ya que si bien es cierto que la distinción carece de importancia para la aplicación de las disposiciones legales vigentes relativas a la responsabilidad de los funcionarios y para otros efectos legales, ella es fundamental para otros aspectos de la función pública derivados de la reforma.

En la doctrina administrativa mexicana se han elaborado diferentes criterios para distinguir a los funcionarios de los empleados públicos. Ha existido como señala el profesor mexicano ACOSTA ROMERO (54), "una larga controversia doctrinal para determinar el concepto de servidor público y la diferencia que existe entre funcionarios y empleados". Gabino FRAGA dice que "respecto de los funcionarios y empleados es una cuestión muy debatida en la doctrina señalar cuáles son los caracteres que los separan" (55).

(54) ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. cit, pág. 701

(55) FRAGA, Gabino, Op. cit, págs. 263 y ss.

SERRA ROJAS apunta que la "distinción señalada ha sido proverbial y fuera de los casos de responsabilidad a que alude la Constitución, la distinción no ha tenido importancia, siendo frecuente emplear los términos indistintamente y con poca precisión". (56)

Respecto con tal diferenciación, es indudable que nuestra legislación ha querido dar una señalada significación al concepto de funcionario, proveyéndole de "imperium", 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. (57)

Tanto el Dr. FRAGA como el Prof. ACOSTA ROMERO coinciden en términos generales con el criterio expuesto por SERRA ROJAS. FRAGA atribuye el término "funcionario" a los servidores públicos contemplados en los artículos constitucionales que forman el Título IV de la misma. Pensamos que este criterio seguido por FRAGA resulta erróneo por restrictivo, ya que la enumeración de los cargos contenida en el título mencionado tiene más bien un carácter enunciativo que limitativo, no contemplando por ejemplo el caso de otros servidores públicos como lo podían ser los Directores generales de la administración pública federal, que también poseen el derecho de mando, de iniciativa y de

(56) SERRA ROJAS, Andrés. Op. cit, pág. 358

(57) SERRA ROJAS, Andrés, Op. cit, pág. 381

decisión propios en la determinación del concepto. En todo caso nos parece más acertado lo expresado por ACOSTA ROMERO (58) que asimila el concepto de funcionario al de "trabajador de confianza" (art. 5º LFTSE) y el de empleado al de "trabajador de base" (art. 6º LFTSE), aunque ello implique aceptar la existencia de empleados más importantes que los funcionarios mismos, o empleados de rango inferior que son considerados como de confianza, por la naturaleza de las funciones que desarrollan. Este último caso se corresponde por ejemplo con el empleado responsable de autorizar el ingreso o salida de bienes y valores, su destino o la baja y alta en almacenes e inventarios en las dependencias del sector central (art. 5-F LFTSE).

Así las cosas, se puede decir que a grandes rasgos la doctrina administrativa mexicana ha hecho suyas las definiciones y distinciones formuladas por BIELSA (59). Para este autor el "funcionario" supone un encargo especial transmitido en principio por la ley, que crea una relación externa que da al titular un carácter representativo, o bien el que en virtud de designación especial y legal, ya por decreto ejecutivo, ya por elección y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia constituye o concurre a constituir y a expresar o ejercitar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o social". Aunque no coincidamos en un aspecto del concepto dado por BIELSA, nos referimos a la "manera continua" de la prestación del servicio, ya que en nuestra legislación los llamados "trabajadores de base"

(58) ACOSTA ROMERO, Miguel, Op. cit., pág. 702

(59) Citado por SERRA ROJAS, Andrés, Op. cit., pág. 359

participan de una manera más permanente y normal que los propios "trabajadores de confianza", cuyos puestos muchas veces obedecen a cuestiones políticas, terminando sus funciones junto con el régimen. Una cosa más con la que no estamos de acuerdo es la mezcla en el concepto de funcionarios propiamente dichos y personal de elección popular dentro de la denominación de funcionarios.

→ En nuestro derecho positivo vigente, el funcionario se caracteriza 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 y por ejecutar las disposiciones legales especiales de su investidura (60). En tanto que el empleado aparece como un mero ejecutor, caracterizado por carecer de una atribución especial designada en la Ley y que solo colabora en la realización de la función por determinadas circunstancias, "el empleado público solo supone una vinculación interna que hace que su titular concorra a la formación de la función pública" (61).

Gabino FRAGA coincide con el criterio de BIELSA al expresar: "Por nuestra parte, consideramos que este criterio es el que corresponde realmente a la idea consignada en las disposiciones constitucionales, de tal que el concepto de funcionario abarca a todos aquellos que tienen ese carácter representativo que los coloca como intermediarios entre el Estado y los particulares, en tanto que indudablemente existe al lado de ello todo el conjunto

(60) Idem, pág. 359

(61) BIELSA, Rafael. Op. cit., pág. 22

de agentes de la Administración que solo guardan la relación interna con el servicio, necesaria para auxiliar a los representantes en el ejercicio de sus atribuciones". (62)

El Profesor ACOSTA ROMERO por su parte señala que: "Para nosotros, también es correcto el criterio de diferenciación entre funcionarios y empleados basado en el carácter representativo de los primeros, siendo el empleado la persona física que desempeña un servicio material, intelectual o de ambos géneros, a cualquier órgano del Estado, mediante nombramiento o inclusión en listas de raya y que no tiene facultades de decisión, ni representa al órgano como tal, frente a otros órganos, ni frente a particulares". (63)

Se podría concluir diciendo que en nuestra legislación vigente el concepto de funcionario hace referencia a una designación legal, que le atribuye poderes propios de la función que desempeña, en donde su voluntad y la acción trascienden como voluntad y acción del Estado, lo que les hace participar en consecuencia en la formación de una voluntad pública, otorgándoles representatividad ante el pueblo; en tanto que los empleados públicos carecen de atribución designada en la Ley y de poderes propios a la función que desempeñan.

Dentro de esta distinción, en nuestra función pública federal resultarían cerca de 60.000 los servidores públicos englobados en el término de "funcionario", ello sin tomar

(62) FRAGA, Gabino. Op. cit, pág. 137

(63) ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. cit, pág. 702

en cuenta los 1400 Secretarios Particulares y poco más de 3500 Asesores, incluyendo los que se encuentran incrustados en el sector paraestatal. De estos 60.000 funcionarios aproximadamente 40.000 cambiaron de puesto al iniciarse la presente administración. A estos datos habría que agregar las aproximadamente 1000 personas que dirigen al país desde las altas esferas de la Administración. Este selecto grupo de personal político está compuesto de la siguiente manera: Un Presidente de la República, 20 Secretarios de Estado o Jefes de Departamento Administrativo, 65 Subsecretarios, 20 Oficiales Mayores, 350 Directores generales, 20 Contralores Internos y mas de dos centenares de Directores de Empresas Paraestatales. A esta élite internamente la SPP les ha otorgado la denominación de "servidores públicos superiores".

Constitucionalmente corresponde al Presidente de la República tanto el nombramiento como la remoción de cerca de 20.000 funcionarios importantes de la Federación. Lo anteriormente descrito no es exhaustivo pero sí aterrador. En cuanto a los empleados, nuestra legislación da tal denominación a cerca de dos millones doscientas cuarenta mil personas que trabajan directamente para el Gobierno y sus empresas. En síntesis, cuatro millones quinientos sesenta y ocho mil novecientos cincuenta y cinco mexicanos forman parte de nuestra burocracia, ya sea como funcionarios ya - como empleados públicos.

(64) En esta cifra se incluye al personal de los Organismos descentralizados, Empresas de participación estatal y Fideicomisos, así como al personal al servicio de las entidades federativas y sus municipios. Tan solo el sector central consta de un número aproximado de millón y medio de servidores públicos. (Datos de SPP al año 1984).

4.2. La Clasificación de la LFTSE

En nuestra legislación se puede clasificar a los trabajadores al servicio del Estado atendiendo a diversos criterios. Constitucionalmente como hemos apuntado, la clasificación se basa fundamentalmente en servidores públicos, funcionarios, empleados públicos y trabajadores.

La LFTSE utiliza igualmente distintos criterios, lo que origina una nueva diversidad de clasificaciones. Esta diversidad, aunada a la imprecisión en su diseño y a la falta de correspondencia entre esta y otros ordenamientos de la materia provocan en nuestro orden jurídico una enorme confusión. Atenderemos por tanto exclusivamente en este apartado a los criterios contenidos en la LFTSE.

En primer lugar, de acuerdo con la entidad en la que prestan sus servicios, pueden ser: Federales de los Poderes de la Unión, (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), estatales y municipales.

Dentro de la función pública federal, la LFTSE introduce en sus artículos 5 y 6 la que consideramos la más importante de las clasificaciones, aquella que clasifica a los trabajadores al servicio del Estado en "trabajadores de confianza" y "trabajadores de base". El empleo de la expresión "trabajadores de confianza" resulta en realidad muy significativa. indica que quienes merecen esa designación poseen responsabilidad personal para el cumplimiento de la política gubernamental o bien expresa que están muy cerca de poseerla. También apunta la importancia que en la administración mexicana tiene la personalidad. En un primer análisis se podría decir que la diferencia entre estos trabajadores de confianza y los de base, esta en que los primeros hacen política y los segundos la ejecutan, pero en realidad la diferencia se

asemeja mucho más a la que hay entre Oficiales y soldados del Ejército. Esta analogía cobra incluso mayor fuerza por una especie de distinción de clase que resulta de la diferenciación. El trabajador de confianza puede disfrutar de su más alto status, el de base no; así como aprovechar las oportunidades para progresar rápidamente e incluso hacer fortuna. Aunque también es necesario señalar que tiene que afrontar los peligros y riesgos inherentes a una posición que como la que tiene, carece de toda seguridad de permanencia, estando por tanto sujeta a las incertidumbres provocadas por las intrigas tanto personales como políticas.

De esta misma clasificación se desprende otra que utiliza como criterio el origen de la relación. Una última clasificación utiliza como elemento el "carácter del nombramiento".

El artículo 5º de la LFTSE, introduce enumerándolos a los llamados "trabajadores de confianza". A tenor el precepto señala: "Son trabajadores de confianza...":

- I. Los que integran la planta de la Presidencia de la República y aquéllos cuyo nombramiento y ejercicio requiera la aprobación expresa del Presidente de la República.
- II. En el Poder Ejecutivo, los de las dependencias y los de las entidades comprendidas dentro del régimen del apartado B del artículo 123 constitucional, que desempeñen funciones que conforme a los Catálogos a

que alude el artículo 20 de esta Ley sean de :(65)

- a) Dirección, como consecuencia del ejercicio de sus atribuciones legales, que de manera permanente y general le confiere la representatividad e implican poder de decisión en el ejercicio del mando a nivel Directores Generales, Directores de Area, Adjuntos, Subdirectores y Jefes de Departamento.
- b) Inspección, vigilancia y fiscalización: exclusivamente a nivel de las Jefaturas y Subjefaturas, cuando estén considerados en el presupuesto de la Dependencia o Entidad de que se trate, así como el personal técnico que en forma exclusiva y permanente esté desempeñando tales funciones ocupando puestos que a la fecha son de confianza.
- c) Manejo de fondos o valores, cuando se implique la facultad legal de disponer de estos, determinando su aplicación o destino. El personal de apoyo queda excluido.
- d) Auditoría: a nivel de auditores y sub-auditores generales, así como el personal técnico que en forma exclusiva y permanente desempeñe tales funciones, de puestos, siempre que presupuestalmente dependa de las Contralorías o de las Areas de Auditoría.

(65) El artículo 20 LFISE establece que: "Los trabajadores de los Poderes de la Unión y el Gobierno del Distrito Federal se clasificarán conforme a lo señalado por el Catálogo General de Puestos del Gobierno Federal. Los trabajadores de las entidades sometidas al régimen de esta ley se clasificarán conforme a sus propios Catálogos que establezcan dentro de su régimen interno. En la formulación, aplicación y actualización de los Catálogos de puestos participarán conjuntamente los titulares de las dependencias y de los sindicatos respectivos.

- e) Control directo de adquisiciones: cuando tengan la representación de la dependencia o entidad de que se trate, con facultades para tomar decisiones sobre las adquisiciones y compras, así como el personal encargado de apoyar con elementos técnicos estas decisiones y que ocupe puestos presupuestalmente considerados, en estas áreas de las dependencias y entidades con tales características.

- f) En almacenes e inventarios, el responsable de autorizar el ingreso o salida de bienes o valores y su destino, o la baja y alta en inventarios.

- g) Investigación científica, siempre que implique facultades para determinar el sentido y la forma de la investigación que se lleve a cabo.

- h) Asesoría o Consultoría, únicamente cuando se proporcione a los siguientes servidores públicos superiores (66): Secretario, Subsecretario, Oficial Mayor, Coordinador General y Director General en las dependencias del Gobierno Federal o sus equivalentes en las Entidades.

- i) El personal adscrito presupuestalmente a las Secretarías Particulares o Ayudantías.

- j) Los Secretarios particulares de: Secretario, Subsecretario, Oficial Mayor y Director General de las dependencias del Ejecutivo Federal o sus equivalentes en las Entidades, así como los destinados presupuestalmente al servicio de los funcionarios a que se refiere la fracción I de éste artículo.

(66) De hecho el concepto de "servidor público superior" ha venido a sustituir al de "altos funcionarios" aunque no formalmente.

k) Los Agentes del Ministerio Público Federal y del Distrito Federal.

l) Los Agentes de las Policías judiciales y los miembros de las Policías preventivas.

Han de considerarse de base todas las categorías que con aquella clasificación consigne el Catálogo de Empleos de la Federación, para el personal docente de la Secretaría de Educación Pública.

La clasificación de los puestos de confianza en cada una de las dependencias y entidades formará parte de su Catálogo de puestos.

III. En el Poder Legislativo: En la Cámara de Diputados: el Oficial Mayor, el Director General de Departamentos y Oficinas, el Tesorero General, los Cajeros de la Tesorería, el Director General de Administración, el Oficial Mayor de la Gran Comisión, el Director Industrial de la Imprenta y Encuadernación y el Director de la Biblioteca del Congreso.

En la Contaduría Mayor de Hacienda: El Contador y el Subcontador Mayor, los Directores y Subdirectores, los Jefes de Departamento, los Auditores, los Asesores y los Secretarios Particulares de los funcionarios mencionados.

En la Cámara de Senadores: Oficial Mayor, Tesorero y Subtesorero;

IV. En el Poder Judicial: los Secretarios de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los Secretarios del Tribunal Pleno y de las Salas.

La enorme amplitud que otorga el artículo anteriormente transcrito al concepto "trabajador de confianza" genera según nuestra óptica una notoria confusión. De la lectura del precepto se desprende una descripción exhaustiva de funciones, cargos y tareas que se entremezclan con la enumeración de personal político, funcionarios e incluso empleados públicos. Habría que distinguir primeramente dentro de esta larga lista los "cargos políticos" de los "cargos administrativos" propiamente dichos (ver infra).

En efecto, como se desprende de la lectura de la referida disposición, caen dentro de tal clasificación los puestos principales de cada dependencia administrativa, desde el Secretario de Estado, hasta el Jefe de un Departamento u Oficina. También se incluyen dentro del grupo, los ayudantes personales y los secretarios particulares de esos funcionarios, así como el personal especializado. Dicho grupo ocupa todos los puestos administrativos en donde se hace y dirige la política. Se constituyen en depositarios de la confianza política y del favor personal del Presidente o de los dirigentes de turno. (En suma, los trabajadores de confianza constituyen la burocracia gobernante de México.)

En los países con sistema continental de función pública, como corresponde por ejemplo al caso español, se delimitan correctamente los altos cargos a los que se accede por designación política, de los funcionarios en estricto sentido, que ingresan en la administración por la vía de las oposiciones.

Sobre el tema incluso pensamos que el criterio sustentado por la SCJN (67) es incorrecto pues resulta insuficiente basar en la naturaleza o índole de la función desempeñada, el otorgamiento o no del status de "trabajador de confianza", ya que como hemos apuntado anteriormente se da el caso de "empleados" más importantes que los funcionarios mismos.

La situación legal de estos "trabajadores de confianza" de la Federación resulta sui generis, en principio por carecer de una regulación legal de su situación, constituyendo un auténtico salto al vacío la exclusión que del régimen de la LFTSE hace el artículo 8: "... quedan excluidos del régimen de esta ley los trabajadores de confianza a que se refiere el artículo 5º...".

De tal que a estos trabajadores solo les sean aplicables principios generales de derecho o bien jurisprudencias de la SCJN, lo que constituye un hecho gravísimo en nuestro sistema funcionarial. Que la fracción XIV del artículo 123 constitucional les reconozca determinadas medidas de protección tanto del salario como de la seguridad social, no quita un adarme a esta injustificada exclusión.

Tal situación adquiere aún dimensiones mayores, si consideramos el número tan elevado de personas que poseen tal categoría dentro de nuestra Administración Pública Federal. Dicha carencia de un Estatuto para los "trabajadores de confianza" los margina definitivamente de la debida protección en el ejercicio de sus funciones. No obstante lo

(67) Nos referimos a la ejecutoria de la SCJN (Sem. Jud. Fed. VI época T. 14 pág. 156; T. VIII pág. 166, Tomo XXVI pág. 118, Tomo XXXII pág. 72)

anterior, no coincidimos con el Profesor TRUEBA URBINA (68) que recomienda la expedición de un Estatuto especial para estos trabajadores, similar al existente para los miembros del Ejército, la Armada y el Servicio Exterior, ya que nos inclinamos más bien a señalar que éstos últimos deben estar contenidos en las bases generales comunes que se deriven de la expedición de un único Estatuto, pues consideramos innecesario un nuevo ordenamiento funcional para estos funcionarios, dada la "maraña legislativa" ya existente. A ello aunamos el razonamiento reiterado de que lo que se buscan son políticas y condiciones comunes para todas las instituciones del sector público federal.

→ Frente a los "trabajadores de confianza" la LFTSE en su artículo 6º considera "trabajadores de base" a todos los trabajadores no incluidos en la enumeración del artículo 5º. Estos "trabajadores de base" son los únicos inamovibles, no teniendo más límite la inamovilidad que el cese justificado del trabajador. Los de nuevo ingreso no serán inamovibles sino después de seis meses de servicio sin nota desfavorable en su expediente. La redacción de este precepto ha dado lugar a interpretaciones equívocas, ya que de su lectura se desprende la idea que basta tener una relación de carácter permanente, para ser inamovible, lo cual no sucede así, ya que entonces podrían adquirir tal categoría otra clase de empleados, como es el caso de los nombrados para obra y tiempo determinado (supernumerarios) o los trabajadores a lista de raya. De aquí que los Tribunales mexicanos se hayan pronunciado en este sentido: "Los seis meses que exige el Estatuto para que un trabajador de nuevo ingreso adquiriera el derecho de inamovilidad en

(68) Legislación del Trabajo Burocrático. Edit. Porrúa México
1.971, pág. 25

un puesto, debe contarse a partir de la fecha en que el trabajador fué designado en forma definitiva, sin tomar en cuenta el tiempo laborado como provisional o interino".
(69)

En consecuencia, es necesario para que un "trabajador de base" sea inamovible que haya cumplido seis meses de servicios sin nota desfavorable en su expediente y que se encuentre ocupando una plaza con carácter definitivo.

De la redacción del artículo 3º del mismo ordenamiento se origina otra clasificación que utiliza como criterio el origen de la relación. El artículo aludido nos dice: "Trabajador es toda persona que presta un servicio físico, intelectual o de ambos géneros en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales".

Este otro criterio de clasificación, reiterado inclusive en el artículo 12 de la LFTSE que expresa: "Los trabajadores prestarán sus servicios en virtud de un nombramiento expedido por el funcionario facultado para extenderlo o por estar incluidos en las listas de raya de trabajadores temporales para obra determinada o por tiempo fijo". De aquí se derivan dos clases de trabajadores, los que están sujetos a un nombramiento y los que figuran en las listas de raya. Estos últimos son siempre trabajadores temporales, ya que las listas de raya solo pueden consignar esta clase de trabajadores, que no son otros sino los supernumerarios, que en lugar de tener nombramiento, su relación se perfecciona por estar inscritos en las listas de raya. Su

(69) Laudo. Exp. 11/48 Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, México D.F.

temporalidad va siempre ligada con la ejecución de una obra o con la terminación de un plazo y pueden considerarse como "trabajadores de base".

Una última clasificación utiliza como criterio o principio de clasificación el "carácter del nombramiento". Así lo contempla el artículo 15 en su fracción III que a tenor nos dice: "Los nombramientos deberán contener... III. El carácter del nombramiento: definitivo, interino, provisional, por tiempo fijo o por obra determinada".

Más adelante en sus artículos 63 y 64 la LFTSE completa este criterio de clasificación, al expresar que por "trabajador interino" debemos entender áquel que cubre una vacante temporal que no exceda de seis meses en una plaza de planta (art. 63). El artículo 64 por su parte define al trabajador "provisional" como áquel que cubre una vacante temporal mayor de seis meses en una plaza de planta.

En cuanto hace a los llamados "trabajadores temporales" la LFTSE no acierta a definirlos claramente, pese a que como ya hemos dicho emplea la expresión tanto en el artículo 3º como en el 12. Este concepto termina por complicarse ya que dicho carácter de temporal lo tienen: los trabajadores que figuran en las listas de raya, los de nombramiento por obra determinada, los de nombramiento por tiempo fijo, los supernumerarios y en algunos casos los provisionales y los interinos (70). El caso de los "trabajadores definitivos" es muy singular, dado que la ley no precisa cuando debe otorgarse un nombramiento definitivo, aunque deducimos que este se otorga a todos los trabajadores que el Estado ocupa de manera regular y permanente.

(70) Ver DUHALT KRAUSS, Miguel Una selva... cit, pág. 92.

Respecto de los trabajadores denominados "supernumerarios" la SCJN mexicana ha establecido la siguiente jurisprudencia: "En virtud de que los empleados llamados supernumerarios son aquéllos que el Estado ocupa, además del número regular y permanente de los de planta para el desempeño de labores extraordinarias de carácter temporal cuando las circunstancias así lo requieran, y los gastos que estos originan se solventan con partidas extraordinarias destinadas al pago de los trabajadores que se encargan de tales labores, dichos empleados pueden ser contratados para desarrollar cualquier clase de servicio que desempeñen los trabajadores de planta". (71)

Las circunstancias de que un trabajador al servicio del Estado tenga el carácter de supernumerario no lo convierte invariablemente en trabajador de confianza, ni autoriza al titular de la unidad burocrática a despedirlo sin responsabilidad en cualquier momento, ya que solo puede cesársele al terminar las necesidades del servicio que motivaron su empleo, o por el agotamiento de la partida presupuestal correspondiente. (72)

En síntesis, de acuerdo a la clasificación de la LFTSE, tenemos que los trabajadores al servicio del Estado pueden ser: de confianza o de base, los que están sujetos a un nombramiento o figuran en las listas de raya, y los trabajadores definitivos, interinos, provisionales, por tiempo fijo o por obra determinada.

(71) Ind. 1.917-1.965 4ª Sala. Tesis Jurisprudencial 197, pág. 184

(72) Sem. Jud. Fed. Tomo XXXIX, pág. 55, VI Epoca.

5. PRINCIPALES RASGOS ESTRUCTURALES

Lo primero que salta a la vista de la organización de la función pública mexicana, es que esta se encuentra deficientemente ordenada, mal repartida y configurada de modo no uniforme.

Esta situación se ve notoriamente agravada por la clara crisis por la que atraviesa desde hace un buen número de años el funcionariado mexicano, motivada fundamentalmente por dos causas: una, por la grave crisis económica que sufre nuestro país, una de las más profundas y agudas de nuestra historia, de la que obviamente no están ausentes los servidores públicos; y dos, la inadecuación de una normativa encabezada por la LFTSE que ha ido quedándose desfasada y que requiere un urgente cambio en el sentido marcado por las propuestas de reforma que venimos recomendando.

Precisamente si como deseamos vamos hacia una revisión de estructuras, será rechazable desde cualquier punto de vista y la propia sociedad se encargará de denunciarlo, seguir actuando con unas estructuras funcionariales deficientemente organizadas y claramente desincronizadas.

En general se puede decir que los rasgos de nuestra organización son los siguientes:

5.1. Una Organización Desinformalizada

La Función Pública Mexicana presenta desde hace muchos años una grave falta de formalización, entendiéndose por tal una correcta conformación de sus órganos de dirección y gestión, tanto a nivel federal, como estatal y municipal.

Si quisieramos identificar las causas de esta situación, podríamos alegar multitud de argumentos y razonamientos. Valga con citar algunos de ellos, como por ejemplo la diversidad legislativa que regula las relaciones jurídicas entre el Estado y sus servidores y la distinción del colectivo funcional en trabajadores de confianza y trabajadores de base, etc. Estas dos causas, junto a otras que se podrían incorporar aquí, descubren con nitidez la enorme dificultad de instaurar en México unos mecanismos unificados de dirección de la política de personal público. No obstante, el volumen de nuestra burocracia y su indiscutible fuerza social, justifican con creces que en este trabajo recomendemos se implanten los cauces para verificar una política de personal que no admita los desajustes, desequilibrios y disfunciones que hoy la caracterizan. Este problema, que por otra parte no es exclusivo de México, es preciso resolverlo, pensando sobre todo en la tarea que está llamada a desarrollar la función pública en los años venideros.

5.2. Una Organización Fragmentada

Encuentra su expresión más clara en la inexistencia de un órgano superior que actúe sobre la función pública en su conjunto con criterios de unidad, uniformidad, coherencia y globalidad. La actual división de competencias entre el Presidente de la República y la SPP, el reducido campo de actuación de la DGSC, las incertidumbres del Gobierno a la hora de crear o suprimir órganos específicos (Comisión de Recursos Humanos del Gobierno Federal, Coordinación General de Modernización de la Administración Pública, Comisión Intersecretarial del Servicio Civil, etc.) son las mejores pruebas de que la función pública mexicana ha venido careciendo por una parte, de un órgano del máximo nivel en la cumbre de la organización del Estado y por la otra, de eficaces mecanismos de coordinación en los diferentes niveles

de Gobierno.

El resultado de esta fragmentación ha sido de un lado la absoluta descoordinación entre las diversas funciones públicas (Federal, Estatal y Municipal), lo que ha impedido planificar una política de personal uniforme, y de otro la ambigüedad y duplicidad que ha imperado en el diseño de la organización de los órganos con competencia en la materia.

Y lo que es aún peor: los problemas y retos que nos plantea hoy en día nuestra función pública no interesan y solo atraen la atención de algunos técnicos y expertos. Sin embargo, es curioso observar que frente a esta pasividad intelectual, los políticos en cambio se muestran animosos a la hora de rectificar organigramas, fluxogramas, etc; sin atenerse nunca a los propósitos de austeridad, que en otros casos resultan obstáculos insalvables para emprender programas de reforma.

A nuestro modesto entender, la estrategia a seguir para poner fin a esta situación pudiera resumirse en los siguientes objetivos: Primero, una vinculación más directa al Presidente de la República de todo lo relacionado con la función pública mediante la creación del órgano adecuado (Secretaría de Estado) que asuma por delegación del Presidente este tipo de tareas y atribuciones; Segundo, creación de un Consejo Superior de la Función Pública en el que encuentren representación todos los funcionarios y órganos rectores de personal de la Administración Central, y Tercero; creación de un Consejo de Coordinación de la Función Pública del Estado con la de las entidades federativas y sus municipios. (Ver infra).

Es de esperar por tanto que el tan cacareado principio de unidad de la función pública no se quede ya en meras palabras, sino que se lleve hasta sus últimas consecuencias,

poniendo límite a los desajustes, rupturas y desfases que como ahora, sujetan la marcha hacia una organización compacta.

5.3. Una Organización Desprofesionalizada

Las excesivas facultades de nombramiento que posee en nuestro país el Presidente de la República, inciden cada vez más en la excesiva politización de nuestra Administración. La distinción entre administración y política es prácticamente nula, nulidad que encuentra su más expresivo reflejo en la falta de deslinde entre los niveles políticos y administrativos. En este punto, por tanto, aunque lo veremos más adelante, es útil ir señalando la urgencia por arbitrar algunas vías de solución que ayuden a proteger a nuestra administración pública de interferencias políticas y lograr configurarla en el futuro como eficiente, estable y neutral.

En consecuencia, en el estado actual de las cosas el grado de profesionalización de nuestra función pública es reducido, a diferencia con la mayor parte de los países desarrollados, donde el funcionario público queda al margen de los vaivenes políticos.

Para superar este problema, primero tenemos que atenuar las facultades presidenciales en la materia, para posteriormente con el impulso de unos funcionarios capacitados, implantar unos sistemas objetivos de promoción, ascenso y movilidad, que sirvan para configurar una auténtica carrera administrativa.

5.4. Una Organización Verticalizada

Nuestra función pública en la actualidad, como es fácilmente observable, se caracteriza por estar diseñada más sobre la idea del mando, la lealtad, la obediencia y la imposición, que sobre la idea de la participación, la colaboración y la negociación. Por tanto, resulta que cada Secretario de Estado o simplemente un alto funcionario al tomar posesión de su cargo se rodea de un determinado equipo de colaboradores y ayudantes, distanciándose progresivamente del resto del personal, que parece quedar en expresión muy nuestra "fuera de la jugada" en las actividades y objetivos a conseguir.

En definitiva, nuestra función pública tal y como está configurada hoy en día es escasamente participativa. Se nos muestra de un lado seccionada en bloques: Federación, Estados y Municipios; políticos, funcionarios y empleados públicos (esto es el equipo directivo y el resto de los funcionarios) y del otro cerrada para la participación de los llamados "Trabajadores de confianza", que no gozan de derechos sindicales y que por tanto no tienen representación en los órganos responsables de la materia.

Otro aspecto que contribuye a esta escasa participación se da por el "alejamiento" que ya hemos señalado de los Jefes, lo que ocasiona que el personal a sus órdenes no quiera más que asumir los compromisos indispensables, dada la ausencia de canales participativos donde pueda manifestar sus demandas y reivindicaciones.

5.5. Una Organización Descompensada

En nuestro medio, es fácil advertir el escaso número de funcionarios con que cuentan las entidades federativas y sus municipios en comparación con la densidad de

funcionarios que prestan sus servicios en la administración pública federal. (73)

En efecto, nuestro grado de centralización es muy alto, a diferencia de otros países que presentan la imagen inversa: un gobierno central pequeño y un número elevado de funcionarios a nivel intermedio y municipal. (Tal sería el caso de Francia y los Estados Unidos). (74). Ahora bien, a medida que comience a aplicarse en las entidades federativas y municipios lo estipulado en la fracción IX del nuevo artículo 115 constitucional es previsible que la descentralización encuentre por fin un justo equilibrio.

Al respecto es útil recordar que si bien la Administración Municipal ha venido desempeñando una escasa participación económica y social dentro del esquema general del Estado y por ende posea una burocracia insignificante, es de desear que dicha reforma constitucional contribuya al resurgimiento de la vida municipal en todos aspectos.

En cualquier caso debe reconocerse de una vez por todas la importancia que la función pública tiene en la dinámica tanto social como económica del país. Lo anterior es posible avalarlo con algunos datos: Los efectivos funcionariales en México representan más del 17% por 100 de la población activa. El empleo nacional al año 1985 alcanzó

(73) Véase sobre el particular: Nota preliminar sobre el tamaño de la Administración Pública en México. Documento de Trabajo (Gabinete Económico). México 1986

(74) Sobre el tema resulta sumamente recomendable ver para el caso europeo: "La Función Pública en la Europa de los Doce". Juan JUNQUERA GONZALEZ. INAP 1986

aproximadamente a un colectivo de 24 millones de personas, de los cuales un total aproximado de 4 millones son burócratas. Lo cual equivale a decir que de cada seis personas, una es funcionario público. De aquí que uno de los objetivos prioritarios en el futuro debe ser más que incrementar el colectivo funcional, aprovechar al máximo el talento y la capacidad de quienes ya se encuentran en la Administración (75).

— A esta descompensación también contribuye el hecho de que un gran porcentaje de los trabajadores al servicio del Estado en la actualidad están mal empleados, bien porque desempeñan puestos de trabajo que no se corresponden con su especialidad, o bien porque prestan sus servicios en organismos de dudosa utilidad y herrumbroso funcionamiento.

(75) El tema reviste una singular importancia si consideramos el considerable crecimiento que ha experimentado la burocracia mexicana. Por citar tan sólo algunos datos tenemos que en 1917 había solo 6 Secretarías de Estado, 4 Departamentos en la Administración Pública Federal y 64 mil personas empleadas por el Gobierno. En 1934 las Secretarías eran nueve, 3 los Departamentos y el número de empleados ascendía a 154 mil. En 1960 ya había 15 Secretarías, 3 Departamentos y 502 mil empleados públicos y las empresas descentralizadas eran 191, cubriendo un gran número de actividades importantes. En la actualidad tan sólo la llamada Administración Centralizada consta de un número aproximado de 1.5 millones de Servidores públicos para 20 Secretarías de Estado y 1 Departamento. Para los primeros datos ver: MENDIETA y NUÑEZ, Lucio. "La Administración Pública de México, 50 años de Revolución" (Volumen III la Política) Fondo de Cultura Económica, 1961 y ANGUIANO Roberto. "Las Finanzas del Sector Público en México". Editorial UNAM. México, 1968; Los datos actuales fueron proporcionados por SPP.

Finalmente, se puede decir que la configuración de una política de personal es hoy en día para nuestro sistema una exigencia de primer orden, aún incluso al mismo nivel que otros problemas que igualmente acosan a los Estados Modernos.

Esta política de personal para resultar verdaderamente útil deberá apoyarse e instrumentalizarse por medio de unos órganos creados al efecto y en los que se discuta, programe, diseñe y configuren las grandes directrices a seguir en los distintos niveles de gobierno. Dos condiciones necesarias para tal fin lo son de un lado que se trate en efecto de una política globalizada, de tal que sus medidas abarquen a todo el personal público y del otro que dicha política sea participativa a fin de que en los órganos que la configuren encuentren representación todas las categorías de funcionarios sin distinción alguna. La indiferencia y subestimación que el tema ha tenido hasta la fecha ya no es aceptable bajo ningún punto de vista.

Con este espíritu presentamos nuestras propuestas de reforma de la Función Pública Mexicana.