

LA NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO Y EL ARTÍCULO 115 CONSTITUCIONAL

Jorge FERNÁNDEZ RUIZ

SUMARIO: I. *Las actividades del municipio.* II. *El servicio público.* III. *La evolución del artículo 115 constitucional.*
IV. *Bases para rectificar el artículo 115 constitucional.*

Como todos sabemos, México es una República federal constituida por estados *libres y soberanos*, cuya base de división territorial y de organización política es el municipio; la República cuenta, además, con el Distrito Federal. El modelo para la distribución de competencias entre las instancias de gobierno de la Federación, los estados, los municipios y el Distrito Federal, ha sido diseñado a través de diversos artículos constitucionales, principalmente el 73, el 115, el 122 y el 124.

En efecto, el artículo 124 de nuestra ley fundamental reserva a los estados las facultades que la propia Constitución no concede a los funcionarios federales; entre las expresamente otorgadas a éstos figuran, por ejemplo, las atribuidas en el artículo 73 de dicho ordenamiento al Congreso de la Unión; en tanto que, el artículo 122 de nuestra carta magna le atribuye legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de las materias expresamente conferidas a la Asamblea Legislativa de esa entidad federativa.

Por su parte, el artículo 115 constitucional se encarga de establecer la competencia municipal, para complementar el esquema vigente de distribución competencial entre las diferentes instancias de gobierno del Estado mexicano.

I. LAS ACTIVIDADES DEL MUNICIPIO

El municipio tiene un *telos*, una finalidad, misma que persigue, y en ocasiones alcanza, mediante la realización de diversas actividades, las

cuales son similares a las desarrolladas por el Estado, y se pueden agrupar básicamente en funciones públicas, servicios públicos, obras públicas, y actividades socioeconómicas residuales.

Se entiende por función pública, la actividad esencial y mínima del Estado contemporáneo, fundada en la idea de soberanía, que conlleva el ejercicio de potestad, de imperio, de autoridad —de donde su índole indelegable—, cuya realización atiende al interés público, entre las que destacan la función legislativa, la función jurisdiccional y la función administrativa. En opinión de Raymond Carre de Malberg: “Se entiende por funciones estatales, en derecho público, las diferentes actividades del Estado en cuanto constituyen diferentes manifestaciones o diversos modos de ejercicio, de la potestad estatal”.¹

La función pública lo puede ser en sentido formal y en sentido material, y como bien hace notar Manuel María Díez “el término función pública debe reservarse para designar los modos primarios de manifestarse la soberanía, de donde la numeración primaria de las funciones del Estado, legislativa, ejecutiva y judicial”.²

El Estado federal ejerce la función pública en sus diversos ámbitos de competencia: federación, entidades federativas y municipios, a través de los respectivos órganos del poder público.

En México, el municipio tiene atribuida formal y materialmente funciones administrativas, por ejemplo, la de administrar libremente su hacienda; y aun cuando carece formalmente de la función legislativa —habida cuenta que no puede expedir leyes en sentido formal—, la tiene atribuida materialmente, por estar facultado para expedir bandos y reglamentos, que en sentido material se consideran como leyes, dada su abstracción, impersonalidad, generalidad, obligatoriedad y coactividad.

Desde siempre, el municipio mexicano ha tenido encomendada la función materialmente jurisdiccional que ejerce a través de la llamada *justicia municipal de barandilla*. La reforma de 1999 al artículo 115 constitucional abrió la posibilidad de que el municipio ejerza función formalmente jurisdiccional a través del Tribunal Contencioso Administrativo Municipal, como ya ocurre en el estado de Guanajuato.

¹ Carre de Malberg, Raymond, *Teoría General del Estado*, trad. de José Lión Depette, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 249.

² Díez, Manuel María, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1979, t. III, p. 187.

II. EL SERVICIO PÚBLICO

El servicio público, por estar destinado a la satisfacción de necesidades de carácter general, viene a ser, también, una actividad muy importante, la que, tratándose de servicio público propiamente dicho, está atribuida a la administración pública, quien la puede realizar directamente, o de manera indirecta por medio de particulares, bajo un régimen jurídico especial exorbitante del derecho privado.

De acuerdo con la doctrina, el servicio público está investido de ciertos caracteres jurídicos esenciales, sin los cuales se desnaturaliza o desvirtúa, por cuya razón el Estado tiene la obligación de asegurar que dicho servicio revista tales rasgos distintivos o caracteres esenciales, para garantizar la idónea satisfacción de la necesidad de carácter general que trata de satisfacer, en cualquier caso en que ésta se individualice, pues como apunta Marcel Waline: “El servicio público es el más enérgico de los procedimientos de intervención administrativa, última *ratio* del Estado para asegurar la satisfacción de una necesidad colectiva cuando la iniciativa privada, por una razón cualquiera, no es suficiente para asegurarla”.³

Los caracteres jurídicos esenciales del servicio público admitidos en la doctrina, son la generalidad, la igualdad, la regularidad y la continuidad. La generalidad del servicio público consiste en la posibilidad de que toda persona lo use, previa satisfacción de los requisitos señalados en su normativa jurídica, sin más límite que la capacidad del propio servicio. Se vincula el carácter esencial de generalidad de todo servicio público con los derechos humanos, porque, en principio, por el sólo hecho de serlo, todo ser humano, mediante la satisfacción de los requisitos legalmente establecidos, tiene derecho a usar el servicio público, sin más límite que el proveniente de la capacidad instalada para la prestación del servicio.

La igualdad, o uniformidad, es consustancial a todo servicio público, y estriba en el trato igual o uniforme que debe darse indiscriminadamente a todos sus usuarios, sin que ello impida establecer diversas clases o categorías de usuarios, siempre y cuando dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en la misma.

La generalidad y la igualdad del servicio público son reconocidas y apoyadas por el derecho internacional de los derechos humanos, a través

³ Waline, Marcel, *Manuel Elementaire de Droit Administratif*, París, Sirey, 1933, p. 333.

de diversos instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos.

La regularidad del servicio público consiste en que se debe prestar conforme a la normativa jurídica que lo regula. Si no se da la regularidad, por prestarse sin la observancia de su regulación jurídica, el servicio podrá ser general y uniforme, pero irregular, o sea, anormal, anómalo y deficiente.

En razón a su carácter esencial de regularidad, el servicio público contribuyó en buena medida al rompimiento del principio secular que erigía a la voluntad de las partes en máxima ley de los contratos, al sustraer del ámbito del consenso de los contratantes de dicho servicio, aspectos fundamentales del mismo, cuales son su calendario, su horario, sus condiciones técnicas, sus medidas de seguridad y su tarifa, los que no son materia de negociación de las partes, sino unilateralmente predeterminadas en una regulación jurídica exorbitante del derecho privado.

Independientemente de la responsabilidad del prestador del servicio público, la irregularidad de su prestación, por la inobservancia de las normas que la regulan, también puede haber culpa de la autoridad a cuyo cargo está su control y vigilancia. Contra uno y otra puede intentar acción legal el usuario del servicio, en caso de irregularidad del mismo; por ello tiene razón Georges Vedel, cuando afirma: “Esta acción contractual dirigida contra el que administra el servicio, que puede ser un concesionario, no supone un obstáculo para los recursos abiertos contra la administración de que depende el servicio y fundados en el desconocimiento por parte de la misma de sus propias obligaciones de control del servicio”.⁴

Para muchos autores, el principal carácter esencial del servicio público es el de continuidad, en cuya virtud dicho servicio no debe interrumpirse dentro de los horarios y de las fechas o circunstancias previstas en su propia regulación.

Algunos servicios públicos tienen un programa de prestación intermitente, sin que jurídicamente se pueda interpretar como interrumpido el servicio cuando, conforme a su programa, no se realiza la prestación del mismo, tal es el caso, por ejemplo, del servicio de alumbrado público, cuya prestación se suele programar de la puesta a la salida del sol del día

⁴ Vedel, Georges, *Derecho administrativo*, trad. de Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980, p. 71.

siguiente. De esta suerte, la índole de la necesidad de carácter general que cada servicio público está destinado a satisfacer, habrá de determinar el matiz de la continuidad del mismo; conforme a esa modalidad deberá evitarse toda interrupción y, en caso de producirse, proceder a subsanarla para reanudar el servicio a la brevedad posible.

A fin de definir al servicio público, es necesario establecer previamente su género próximo y su diferencia específica; en cuanto a lo primero, diré que se trata de una actividad, y no de la organización que la tiene a su cargo.

Una primera diferencia específica que nos conducirá a un nuevo género próximo, consiste en que la actividad relativa al servicio público es técnica, por lo que requiere de un procedimiento o conjunto de procedimientos. Para los efectos del servicio público, podemos considerar a la “actividad técnica” como un nuevo género próximo, dada la gran diversidad de actividades técnicas posibles, las cuales podemos clasificar en dos grupos: las que satisfacen necesidades de carácter general y las que no satisfacen dichas necesidades; la actividad técnica relativa al servicio público es del primer grupo.

En lo concerniente a lo que se pretende satisfacer mediante la actividad técnica del servicio público, afirmo que es la necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares.

En atención a los caracteres esenciales del servicio público y a la clasificación de las actividades estatales que las agrupa en funciones públicas, servicios públicos, actividades de interés público, obras públicas y actividades socioeconómicas simples, se puede explicar el servicio público, como toda actividad técnica sujeta a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares, en beneficio indiscriminado de toda persona.

Dentro del catálogo de actividades municipales se incluye la obra pública, la que puede explicarse como la modificación realizada o producida por el ente estatal o municipal, o en su nombre, en un inmueble determinado con un propósito de interés general, para destinarla al uso público, al desempeño de una función pública, o a la prestación de un servicio público.⁵

⁵ Véase Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 10a. ed., México, Porrúa, t. II, p. 514.

A semejanza del Estado, además de las relativas a las funciones públicas, a los servicios públicos y a las obras públicas, el municipio eventualmente puede realizar otras actividades agrupables bajo la común denominación de actividades socioeconómicas residuales, entre las cuales se pueden distinguir dos tipos, a saber: las de interés público, carentes de prestación de servicio al público, pese a lo cual tienen un carácter prioritario, dado el interés de la comunidad de realizarlas; y las simples, que son aquéllas ordinariamente desempeñadas por los particulares, pero que el municipio puede llegar a realizar subsidiariamente, ante la ausencia, la insuficiencia, o la ineficiencia de los particulares.

Por lo anterior, es importante enfatizar que función pública, servicio público y obra pública, lejos de ser sinónimos o diversas maneras de llamar a una misma actividad, son categorías jurídicas diferentes, y también distintas a las actividades socioeconómicas residuales, ya sean éstas de interés público o simple.

III. LA EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 115 CONSTITUCIONAL

En numerosas ocasiones, once para ser exactos, ha sido modificado el artículo 115 constitucional, las más importantes son la octava y la décima, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* en 1983 y 1999, respectivamente. La Constitución de 1917, en su título quinto, dispuso en su texto original:

Artículo 115. Los estados adoptarán para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes:

I. Cada municipio será administrado por un ayuntamiento de elección popular directa, y no habrá ninguna autoridad intermedia entre éste y el gobierno del Estado.

II. Los municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de las contribuciones que señalen las legislaturas de los estados y que, en todo caso, serán las suficientes para atender a las necesidades municipales.

III. Los municipios serán investidos de personalidad jurídica para todos los efectos legales.

El Ejecutivo Federal y los gobernadores de los estados tendrán el mando de la fuerza pública en los municipios donde residieren habitual o tran-

sitoriamente. Los gobernadores constitucionales no podrán ser reelectos ni durar en su encargo más de cuatro años.

Son aplicables a los gobernadores substitutes o interinos, las prohibiciones del artículo 83.

El número de representantes en las legislaturas de los estados será proporcional al de los habitantes de cada uno, pero en todo caso, el número de representantes de una legislatura local no podrá ser menor de quince diputados propietarios.

En los estados cada distrito electoral nombrará un diputado propietario y un suplente.

Sólo podrá ser gobernador constitucional de un estado, un ciudadano mexicano por nacimiento y nativo de él, o con vecindad no menor de cinco años, inmediatamente anteriores al día de la elección.

De las once reformas de que ha sido objeto el artículo 115 constitucional, no todas han hecho referencia al municipio, habida cuenta que su texto original regulaba aspectos organizacionales tanto de los estados de la Federación como de los municipios, y por tanto no me ocuparé de éstas.

1. Segunda reforma del artículo 115 constitucional

La segunda reforma del artículo 115 sí versó sobre el tema municipal y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de abril de 1933, y tuvo por objeto agregar un segundo párrafo a la fracción I del artículo 115 constitucional, a efecto de prohibir la reelección de los funcionarios municipales para el periodo inmediato siguiente, con excepción de los suplentes, los que sí podrían reelegirse con el carácter de propietarios, a condición de que no hubieran estado en ejercicio.

2. Cuarta reforma del artículo 115 constitucional

En virtud de la cuarta modificación al artículo 115 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de febrero de 1947, se confirió a la mujer el sufragio en los comicios municipales, mediante la adición de un párrafo —que sería el segundo— a su fracción I, cuyo texto era del tenor siguiente: “En las elecciones municipales participarán las mujeres en igualdad de condición que los varones, con el derecho de votar y ser votadas”.

3. *Quinta reforma del artículo 115 constitucional*

La quinta modificación al artículo 115 constitucional fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 17 de octubre de 1953; por medio de ella se eliminó el párrafo que se había agregado en la reforma de 1947, al volverse innecesario, por reformarse el artículo 34 constitucional para conceder a la mujer la calidad de ciudadana y el inherente derecho al voto.

4. *Sexta reforma del artículo 115 constitucional*

La sexta modificación del artículo 115 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de febrero de 1976, consistió en la adición de sus fracciones IV y V, relacionadas con la adición que simultáneamente se hizo al tercer párrafo del artículo 27 constitucional, relativa a la ordenación de los asentamientos humanos y el establecimiento de adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mantenimiento y crecimiento de los centros de población.

5. *Séptima reforma del artículo 115 constitucional*

Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de diciembre de 1977, la séptima modificación del artículo 115 constitucional introdujo, al lado del principio electoral de mayoría relativa, el de representación proporcional para la configuración de los ayuntamientos municipales, a cuyo efecto se agregó un último párrafo a la fracción III del artículo 115 constitucional.

6. *Octava reforma del artículo 115 constitucional*

Para muchos, la modificación más importante del artículo 115 constitucional ha sido la publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983, misma que, según expresa la exposición de motivos de la correspondiente iniciativa, estuvo inspirada en el reconocimiento de que el municipio es una sociedad natural de profunda raigambre en la idiosincra-

sia del pueblo mexicano, que lo considera indispensable para su vida política, lo que predica la necesidad de adoptar como medida fundamental el fortalecimiento del municipio, vigorizar su hacienda, robustecer su autonomía política y devolverle las facultades que de una u otra manera, paulatina pero constantemente, fueron absorbidas por los estados y la Federación.

La citada modificación de 1983 dio rango constitucional, aun cuando no con todo el acierto deseable, a los lineamientos sobre suspensión y desaparición de ayuntamientos, suspensión o revocación del mandato de algunos de sus miembros; acabó con la discusión relativa a los reglamentos autónomos municipales, al asignar a las legislaturas locales la facultad para establecer las bases normativas de acuerdo con las cuales los ayuntamientos puedan expedir los bandos de policía y buen gobierno y los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus jurisdicciones.

Asimismo, la reforma constitucional publicada el 3 de febrero de 1983 fortaleció la libertad municipal, especialmente en materia financiera, y fijó los elementos indispensables para su régimen hacendario; estableció la competencia municipal en materia de desarrollo urbano; adoptó el sistema de representación proporcional para todos los municipios sin consignar mínimos poblacionales; y, lo que es muy significativo para el tema de este trabajo, determinó por vez primera los servicios públicos mínimos de carácter municipal, así como la posibilidad de que el ente municipal obtuviera el concurso del Estado o se coordinara con otros municipios para la prestación de los mismos; de acuerdo a dicha reforma el citado precepto quedó, en lo relativo a los servicios públicos con el texto siguiente:

Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el municipio libre, conforme a las bases siguientes:

III. Los municipios, con el concurso de los estados cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes, tendrán a su cargo los siguientes servicios públicos:

- a) Agua potable y alcantarillado;
- b) Alumbrado público;
- c) Limpia;
- d) Mercados y centrales de abasto;

- e) Panteones;
- f) Rastro;
- g) Calles, parques y jardines;
- h) Seguridad pública y tránsito, e
- i) Los demás que las legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socioeconómicas de los municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

Los municipios de un mismo estado, previo acuerdo entre sus ayuntamientos y con sujeción a la ley, podrán coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos que les correspondan.

De esta suerte, erróneamente se incluyó, dentro del catálogo de servicios públicos municipales, contenido en la fracción III del artículo 115 constitucional, a varias obras y funciones públicas. Las obras públicas confundidas con servicios públicos fueron el alcantarillado (inciso *a*), las calles, los parques y los jardines (inciso *g*); las funciones públicas indebidamente etiquetadas como servicios públicos fueron la seguridad pública y el tránsito (inciso *h*).

En efecto, el alcantarillado, o sea, el conjunto de alcantarillas utilizadas para alejar las aguas servidas, es una obra pública que constituye la infraestructura del servicio público de drenaje; en tanto que las calles, los parques y los jardines, como tampoco son producto de la naturaleza sino el resultado de sendas obras (como las realizadas para dotar de pavimento y banquetas a la vía pública, o para convertir terrenos labrantíos o en greña, en parques o en jardines) que modifican ciertos inmuebles de los que puede disponer legítimamente el gobierno municipal.

En tanto que la seguridad pública —que incluye la ordenación del tránsito peatonal y vehicular— requiere de la realización de un conjunto heterogéneo de actividades dirigidas a garantizar y hacer efectivo el derecho humano a estar libre y exento de todo peligro, daño o riesgo, es decir, a estar seguro en el entorno sociopolítico comunitario y supraindividual; actividades que conllevan el ejercicio del imperio, de la potestad, de la autoridad del Estado; lo que predica su naturaleza intrínseca de función pública, entre tales actividades figuran: la de vigilancia de la vía y lugares públicos; la de vigilancia de los establecimientos mercantiles a los que tiene acceso el público; la de prevención de comisión de delitos; la de colaboración en la investigación y persecución de los delitos; la de prevención de comisión de infracciones a la normativa de policía y buen gobierno; la de mantenimiento del orden público; la seguridad vial y el

ordenamiento del tránsito peatonal y vehicular; la de prevención de desastres y siniestros; la de avisos de alarma en casos graves de emergencia; así como las de evacuación, dispersión, albergue, socorro, rescate y salvamento, en casos de hecatombes, desastres y siniestros, casos estos últimos en los que se les conoce como protección civil.

Por su parte, la reforma del artículo 21 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1994, acertadamente consideró a la seguridad pública no como un servicio público, sino como una función pública, a cargo de la Federación, del Distrito Federal, de los estados y de los municipios —en sus respectivas competencias—, y dispuso su coordinación, en los términos que la ley señalara, para establecer un sistema nacional de seguridad pública.

De esta suerte, en virtud de la reforma de 1994 al artículo 21 constitucional, este precepto, que acertadamente considera a la seguridad pública como una función pública, contradijo al artículo 115 de la propia Constitución, que merced a la reforma de 1983 la consideró un servicio público, por incluirla en el catálogo de servicios públicos contenido en su fracción III.

7. Novena reforma del artículo 115 constitucional

Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 17 de marzo de 1987, la novena reforma del artículo 115 constitucional tuvo afanes de técnica legislativa a fin de reservarlo básicamente a cuestiones municipales, por lo que las referentes a los estados se transfirieron al artículo 116 de la propia Constitución.

8. Décima reforma del artículo 115 constitucional

El 23 de diciembre de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la décima reforma del artículo 115 constitucional, cuyos aspectos medulares los expone y trata de justificar la correspondiente comisión dictaminadora en las consideraciones de su dictamen.

Una nota característica de la reforma de 1999 al artículo 115 constitucional vino a ser la de no haber sido promovida por el Poder Ejecutivo sino por diputados federales de los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido de la Revolución Democrática, del Partido del Trabajo, y del Partido Revolucionario Institucional.

En efecto, en ejercicio de la facultad que les confiere la fracción II del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, diputados federales de los grupos parlamentarios del Partido del Trabajo, del Partido Acción Nacional, del Partido de la Revolución Democrática y del Partido Revolucionario Institucional, presentaron, entre el 23 de octubre de 1997 y 26 de mayo de 1999, diversas iniciativas para modificar el artículo 115 constitucional, a fin de lograr el fortalecimiento del municipio mexicano mediante la ampliación de sus facultades; mismas que fueron turnadas para su dictamen y estudio a la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales, y para la opinión de la Comisión de Fortalecimiento Municipal de la Cámara de Diputados.

Durante el desarrollo del procedimiento legislativo correspondiente a las referidas iniciativas de reforma al artículo 115 constitucional, se formaron diferentes grupos de trabajo con la participación de miembros de las Comisiones de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Fortalecimiento Municipal cuyas opiniones fueron escuchadas y tomadas en cuenta en el proyecto de decreto de reforma y adición del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contenido en el dictamen formulado por la primera de las comisiones nombradas —que no incorporó todas las proposiciones contenidas en las iniciativas referidas—, mismo que el 15 de junio de 1999 fue sometido a la consideración del Pleno de la Cámara de Diputados, que lo aprobó mediante la votación respectiva.

En su dictamen con proyecto de decreto que reforma y adiciona el artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en la *Gaceta Parlamentaria* del 15 de junio de 1999, la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales formuló, respecto de la fracción III de dicho numeral, las consideraciones siguientes:

4.3 Una de las reformas más importantes que se introducen en el presente decreto es, sin duda, la referente a la fracción III, que contiene un catálogo de competencias exclusivas.

Este aspecto está planteado en las iniciativas en estudio, por lo cual, la comisión que suscribe estima procedente eliminar el concurso de los estados en las funciones y servicios establecidos en la nueva fracción III, para que queden con dicho doble carácter (función y servicio público), las materias descritas en los incisos correspondientes en calidad de competencias municipales exclusivas, sin perjuicio del mecanismo de transferencia previsto en los incisos *c* y *d* de la ya explicada nueva fracción II.

De todo lo anterior, se debe concluir que se trata de funciones y servicios del ámbito municipal, para que se ejerzan o se presten exclusivamente por su órgano de gobierno: el ayuntamiento y la administración pública municipal que le deriva.

Evidentemente, las consideraciones antes transcritas adolecen de falta de lógica y de actualización doctrinal en materia jurídica, lo cual dio lugar a errores importantes, como atribuir a los servicios públicos no sólo ese carácter sino, simultáneamente, el de funciones públicas, y viceversa, lo que permite que los rubros insertos en el catálogo configurado en los diversos incisos de la fracción III del artículo 115 constitucional sean, a la vez, servicios públicos y funciones públicas, aunque, como lo hemos repetido con insistencia, constituyen dos categorías jurídicas diferentes, sujetas a principios y preceptos distintos.

Además, las consideraciones del dictamen en comentario pretenden resucitar la arcaica e infundada teoría decimonónica de la doble personalidad del Estado que aplican al municipio, para sostener que éste tiene una personalidad jurídica de derecho privado e, implícitamente, otra de derecho público.

Consecuentemente, las reformas a que se refiere el dictamen en comentario, lejos de corregir los errores introducidos por la reforma de 1983 al artículo 115 constitucional (de considerar servicios públicos tanto a las funciones públicas de seguridad pública y de tránsito como a las obras públicas de calles, parques y jardines, agravados por la modificación de 1987 al artículo 21 constitucional que consideró función pública a la seguridad pública, sin quitarle en el artículo 115 de la propia Constitución la etiqueta de servicio público), generalizaron la confusión a todos los conceptos del catálogo de la fracción III del artículo 115, para artificialmente atribuirles el doble carácter de servicios públicos y funciones públicas.

He de hacer hincapié en que tales errores no son propios de una cuestión puramente doctrinal o relativos a una discusión meramente bizantina, sino que en la práctica pueden tener consecuencias jurídicas trascendentales, toda vez que las funciones públicas, dado su carácter de actividades esenciales propias del Estado y del municipio, son indelegables, por cuya razón no pueden ser objeto de concesión a particulares, lo que sí puede ocurrir, en cambio, con los servicios públicos.

Desagraciadamente, en los términos de su dictamen, la reforma de 1999 a la fracción III del artículo 115 constitucional, lejos de corregir los errores en que incurrió la de 1983, consistentes en considerar servicios públicos a las funciones públicas de seguridad pública y de tránsito, lo mismo que a las obras públicas de calles, parques y jardines, los magnificó y agravó, pues además de considerarlos como servicios públicos municipales, junto con los auténticos, incurrió en el absurdo de catalogarlos simultáneamente, a unos y otros, como funciones públicas.

Además, hubo algunas otras variaciones en el catálogo de la fracción III del artículo 115 constitucional —ahora de funciones y servicios públicos—; así, el rubro relativo al agua potable y alcantarillado quedó denominado: “Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales”; el de limpia se nombra: “Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos”; el de calles, parques y jardines: “Calles, parques y jardines y su equipamiento”, y los de seguridad pública y tránsito: “Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito”; tales modificaciones no son justificables, como se explica a continuación.

Conforme al nuevo texto del inciso *c* de la fracción III del artículo 115 constitucional, son funciones y servicios públicos: “Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales”. Evidentemente, ninguno de los conceptos de este inciso es una función pública; y por lo que ve al “agua potable”, no es en sí y por sí un servicio público, sino el producto que éste suministra; por tanto, la denominación correcta sería “servicio público de suministro de agua potable”; en cambio, sí es exacta la denominación de servicio público de “drenaje”, para aludir al destinado a avenar o dar salida y corriente a las aguas servidas; en cuanto al “alcantarillado” debe insistirse que no es un servicio público sino la obra pública —conjunto de alcantarillas— que sirve de infraestructura al servicio público de drenaje; en lo que atañe al “tratamiento y disposición de sus aguas residuales”, es obvio que se trata de una actividad socioeconómica residual de interés público —que no es servicio público— a cargo del municipio. Por lo anterior, el texto del inciso *a* de la fracción III del artículo 115 constitucional, en nuestra opinión, debiera ser: “*a*) Suministro de agua potable y drenaje”.

En los términos del nuevo texto del inciso *c* de la fracción III del artículo constitucional en comentario, son funciones y servicios públicos: “Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de resi-

duos”; lo cual encierra diversas inexactitudes, porque ninguno de dichos conceptos es función pública; y, por otra parte, el tratamiento y la disposición final de residuos son actividades socioeconómicas residuales de interés público a cargo del municipio, que no son servicios públicos ni funciones públicas; además, el inciso en cuestión debiera referirse únicamente a los residuos sólidos, no a los líquidos ni a los gaseosos.

Por consiguiente, en mi opinión, hubiera sido mejor la siguiente redacción del citado inciso: “c) Limpia, recolección y traslado de residuos sólidos a centros de depósito adecuados”.

Igualmente se agrega en el nuevo texto del inciso g “y su equipamiento” a “Calles, parques y jardines”, conceptos todos que debieran salir del catálogo de servicios públicos, por tratarse de obras públicas que constituyen la infraestructura de auténticos servicios públicos, como es el de transporte urbano, por ejemplo.

Finalmente, en los nuevos términos del inciso h de la fracción III del artículo 115, son funciones y servicios públicos municipales: “Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito”, pese a que “seguridad pública y tránsito” son exclusivamente funciones públicas cuyo desempeño conlleva el ejercicio del imperio, de la potestad y de la autoridad del municipio. Para enfatizar la confusión generada por esta modificación a la fracción III del artículo 115 constitucional, debe tenerse presente que para el artículo 21 de la propia ley fundamental, la seguridad pública sigue considerada exclusivamente como función pública.

Por lo que hace a la “policía preventiva municipal”, debe señalarse que no se trata de una función pública, ni tampoco de un servicio público, sino de una corporación policial conformada por un conjunto de personas físicas dadas de alta como agentes de policía, a cuyo cargo está el desempeño de la función pública de seguridad pública.

Las razones antes expresadas justifican la conveniencia de eliminar de un catálogo de servicios públicos a la seguridad pública, policía preventiva municipal y tránsito, lo cual no impide que el ejercicio de las funciones públicas de seguridad pública y de ordenación y control del tránsito urbano se encomienden al municipio, en el área de su competencia.

Merced a la reforma de 1999, la fracción III del artículo 115 constitucional quedó con la redacción y sujeta a los artículos transitorios siguientes:

Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre conforme a las bases siguientes:

III. Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales;

b) Alumbrado público;

c) Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos;

d) Mercados y centrales de abasto;

e) Panteones;

f) Rastro;

g) Calles, parques y jardines y su equipamiento;

h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito, e

i) Los demás que las legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socioeconómicas de los municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

Sin perjuicio de su competencia constitucional en el desempeño de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, los municipios observarán lo dispuesto por las leyes federales y estatales.

Los municipios, previo acuerdo entre sus ayuntamientos, podrán coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos o el mejor ejercicio de las funciones que les correspondan. En este caso y tratándose de la asociación de los municipios de dos o más estados, deberán contar con la aprobación de las legislaturas de los estados respectivos. Asimismo, cuando a juicio del ayuntamiento respectivo sea necesario, podrán celebrar convenios con el estado para que éste, de manera directa o a través del organismo correspondiente, se haga cargo en forma temporal de algunos de ellos, o bien se presten o ejerzan coordinadamente por el estado y el propio municipio.

Artículos transitorios

Artículo 1o. El presente decreto entrará en vigor noventa días después de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, salvo lo previsto en los artículos siguientes.

Artículo 2o. Los estados deberán adecuar sus Constituciones y leyes conforme a lo dispuesto en este decreto a más tardar en un año a partir de su entrada en vigor. En su caso, el Congreso de la Unión deberá realizar las adecuaciones a las leyes federales a más tardar el 30 de abril del año 2001.

En tanto se realizan las adecuaciones a que se refiere el párrafo anterior, se continuarán aplicando las disposiciones vigentes.

Artículo 3o. Tratándose de funciones y servicios que conforme al presente decreto sean competencia de los municipios y que a la entrada en vigor de las reformas a que se refiere el artículo transitorio anterior sean prestados por los gobiernos estatales, o de manera coordinada con los municipios, éstos podrán asumirlos, previa aprobación del ayuntamiento. Los gobiernos de los estados dispondrán lo necesario para que la función o servicio público de que se trate se transfiera al municipio de manera ordenada, conforme al programa de transferencia que presente el gobierno del estado, en un plazo máximo de noventa días contados a partir de la recepción de la correspondiente solicitud.

En el caso del inciso *a)* de la fracción tercera del artículo 115, dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, los gobiernos estatales podrán solicitar a la legislatura correspondiente, conservar en su ámbito de competencia los servicios a que se refiere el citado inciso, cuando la transferencia de estado a municipio afecte, en perjuicio de la población, su prestación. La legislatura estatal resolverá lo conducente.

En tanto se realiza la transferencia a que se refiere el primer párrafo, las funciones y servicios públicos seguirán ejerciéndose o prestándose en los términos y condiciones vigentes.

Artículo 4o. Los estados y municipios realizarán los actos conducentes a efecto de que los convenios que, en su caso, hubiesen celebrado con anterioridad, se ajusten a lo establecido en este decreto y a las Constituciones y leyes estatales.

Artículo 6o. En la realización de las acciones conducentes al cumplimiento del presente decreto, se respetarán los derechos y obligaciones contraídos previamente con terceros, así como los derechos de los trabajadores estatales y municipales.

Habida cuenta que en el orden jurídico mexicano las exposiciones de motivos y los dictámenes de los cuerpos normativos no forman parte de los mismos, se puede interpretar que el catálogo de funciones y servicios públicos contenido en la fracción III del artículo 115 constitucional comprende unas funciones públicas y unos servicios públicos, aun cuando no se especifica cuáles son unas y cuáles son los otros.

En este orden de ideas, el constituyente permanente del Estado libre y soberano de Aguascalientes, al adecuar la Constitución particular de ese estado a lo dispuesto en la reforma de 1999 al artículo 115 constitucional, en los términos del artículo 2o. transitorio del respectivo decreto, se-

leccionó de los *items* de la fracción III del artículo 115 de la Constitución Federal los que consideró que eran servicios públicos para elaborar el catálogo de ellos incluido en su artículo 66, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 66. El municipio es libre en su régimen interior, será administrado por un ayuntamiento de elección popular directa, y no habrá ninguna autoridad intermedia entre éste y el gobierno del estado.

Los municipios, con el concurso del estado, cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes, tendrán a su cargo los siguientes servicios públicos:

- a) Agua potable y alcantarillado;
- b) Alumbrado público;
- c) Limpia;
- d) Mercados y centrales de abasto;
- e) Panteones;
- f) Rastro;
- g) Calles, parques y jardines;
- h) Seguridad pública y tránsito, e
- i) Los demás que el Congreso del estado determine según las condiciones territoriales y socioeconómicas de los municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

Los municipios del estado, previo acuerdo entre sus ayuntamientos y con sujeción a la ley, podrán coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos que les corresponda.

Por todo lo anterior, se impone la modificación del texto del artículo 115 constitucional a fin de configurar el marco jurídico adecuado para propiciar el sano desarrollo de los municipios en México, tal rectificación deberá partir de un catálogo integral de las actividades a su cargo que las agrupe en relación con las funciones públicas, los servicios públicos, y las obras públicas, identificando las restantes como actividades socioeconómicas residuales.

IV. BASES PARA RECTIFICAR EL ARTÍCULO 115 CONSTITUCIONAL

Conviene enfatizar que la actividad del Estado, relativa a la seguridad, conlleva el ejercicio de la potestad, del imperio, de la autoridad, de la soberanía del Estado; en consecuencia, la seguridad, entendida como acti-

vidad esencial del Estado encaminada a preservar el orden internacional, social y jurídico, a salvaguardar la integridad, bienes, libertades y derechos de las personas públicas y privadas, en un contexto de convivencia, paz y orden públicos, es una función pública.

Ahora bien, la determinación de que una actividad dada sea función pública, permite distinguirla de otras actividades que realiza el Estado, como el servicio público, la obra pública o la actividad de interés público, y podrá ser materia de discusión en el ámbito del órgano legislativo, cuya consecuencia, a la luz del criterio legal, será que la actividad respectiva quede o no reconocida como una categoría específica en la ley.

Lo preocupante ocurrirá cuando una actividad esencial del Estado, como la relativa a la seguridad pública, que conlleva el ejercicio de su imperio, de su potestad, de su soberanía, o sea, una función pública, sea etiquetada por el legislador como servicio público; otro tanto ocurrirá cuando se considere servicio público no a una actividad, sino a una corporación como lo es la policía preventiva municipal; o cuando una obra pública, una calle por ejemplo, sea considerada servicio público, porque en todos esos casos su regulación jurídica será inadecuada a su naturaleza; sería como tratar de regular las personas como si fueran bienes, o las sucesiones como si fueran contratos, o el transporte de líquidos mediante ductos, como si se tratara de una transmisión radiofónica de sonidos.

Debemos tener presente que el ejercicio de la función pública no puede delegarse a particulares, lo que, en principio, sí puede ocurrir con la prestación del servicio público. La función pública tiene por fin satisfacer la necesidad pública, o sea la del Estado o de las personas jurídicas públicas creadas por éste; a diferencia del servicio público, cuyo propósito es la satisfacción de la necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales iguales. Colocar arbitrariamente la etiqueta de servicio público a la función pública de seguridad pública —como actualmente ocurre en México de acuerdo con la fracción III del artículo 115 constitucional—, conlleva el riesgo de que tarde o temprano se concesione a particulares, lo que implica el desmantelamiento del Estado, que de esta manera cede o delega una de sus actividades esenciales que conlleva el uso de la fuerza pública y de su misma soberanía.

En una nueva reforma del artículo 115 constitucional, convendría caracterizar rigurosamente cada una de las referidas categorías a efecto de que puedan regularse de acuerdo con su naturaleza intrínseca; así, la seguridad pública y su modalidad de ordenación del tránsito se regularían co-

mo las funciones públicas que intrínsecamente son; el alcantarillado, las calles, los parques y los jardines recibirían el trato regulatorio de obras públicas que por naturaleza les corresponde; y el reaprovechamiento y reciclaje de las aguas servidas y de los residuos sólidos, sería normado como actividad socioeconómica de interés público, cual debiera ser. Además, la policía preventiva municipal, por ser una institución pública, no una actividad, no figuraría en ninguno de los catálogos propuestos, sino que las leyes orgánicas municipales se encargarían de ubicarla en el lugar que le corresponde dentro de la estructura de la administración municipal.

En este orden de ideas, convendría explicitar la función pública municipal como la actividad esencial e indelegable del municipio, cuyo ejercicio requiera del desempeño de una actividad que conlleve su potestad, su imperio y su autoridad; en el inventario de funciones públicas municipales habrían de figurar, entre otras, las siguientes:

- La función, materialmente legislativa, de aprobar los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia, y aseguren la participación ciudadana y vecinal.
- Las funciones administrativas.
- De seguridad pública, incluida la ordenación y el control del tránsito.
- De administrar su hacienda.
- De formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo municipal.
- De otorgar licencias y permisos para construcciones.
- La función, materialmente jurisdiccional —establecida no en la Constitución sino en los bandos de policía y gobierno previstos en aquella—, de imponer sanciones administrativas, a través de la llamada justicia municipal de barandilla, por la contravención de sus disposiciones.

Un catálogo de auténticos servicios públicos municipales debiera integrarse con los de suministro de agua potable; de drenaje; de alumbrado público; de limpia, recolección y traslado de residuos sólidos; de mercados y centrales de abasto; de panteones; de rastro; de estacionamiento público de vehículos; de taxis y automóviles de alquiler, y de transporte colectivo urbano de pasajeros.

En el repertorio de las obras públicas municipales deben considerarse la construcción, edificación, instalación y cualesquiera otras actividades que modifiquen el estado o modificación de un inmueble municipal con un propósito de interés público o beneficio general, así como al producto terminado de tales actividades; por lo que quedarían comprendidos los edificios municipales destinados a sus órganos y dependencias; las redes de agua potable, drenaje y alumbrado público, así como las calles, parques y jardines.

Como actividades socioeconómicas residuales, deben figurar las de interés público relativas al tratamiento y disposición de las aguas servidas y pluviales, y al tratamiento y disposición final de los residuos sólidos, así como las actividades socioeconómicas residuales simples que ordinariamente desarrollan los particulares, a los que el municipio suple con motivo de la deficiencia o insuficiencia de su realización por parte de aquéllos.