

APUNTES PARA UNA TEORÍA JURÍDICA DE LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO

Jorge FERNÁNDEZ RUIZ*

RESUMEN: Los fines del Estado se logran mediante la realización de actividades de diversa índole, las cuales se podrían agrupar en funciones públicas, servicios públicos y obras públicas; además, suele realizar el Estado lo que podríamos identificar como actividades económicas residuales. Importa enfatizar que una actividad estatal no puede ser simultáneamente función pública, obra pública y servicio público, por impedirlo los caracteres diferentes de esas categorías jurídicas; la función pública se ejerce, el servicio público se presta, en tanto que la obra pública se ejecuta; no se trata, pues, de sinónimos o diversas maneras de llamar a una misma actividad, sino de categorías jurídicas diferentes, distintas a las actividades económicas realizadas por el Estado, que hemos calificado de residuales.

ABSTRACT: The State's goals are reached through a series of activities that can be classified as follows: public functions, public services and public works. Moreover, the State often performs what we could identify as "residual economic activities". It is important to stress the fact that a State action cannot be at the same time a public function, a public service and a public work, because of the very different characteristics of each of these categories. Public functions are "exercised"; public services are "rendered" and public works are "executed". Therefore, they are not synonymous, neither are they different words to refer to the same kind of activity. Rather, they are diverse legal categories, which are also different from the economic activities performed by the State that the author has called "residual". This article discusses the legal categories mentioned above, aiming at drawing a general outline of a legal theory of State's activities.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Los fines del Estado*. II. *Teoría jurídica de la función pública*. III. *Teoría jurídica del servicio público*. IV. *Teoría jurídica de la obra pública*. V. *Teoría jurídica de las actividades económicas residuales del Estado*. VI. *Epifonema*. VII. *Bibliografía*.

El ente estatal puede ser entendido como un fenómeno social producto de la convivencia humana, dado en el tiempo y en el espacio; se trata de un fenómeno universal omni-comprendido, de vigencia permanente a nivel planetario para toda la población del orbe; así, no hay un palmo de terreno fuera de un territorio estatal ni asentamiento humano alguno que no constituya o forme parte de una población estatal, por cuya razón, cuando una extensión territorial dada deja de pertenecer a un Estado, no por ello pierde su carácter de territorio estatal, sea por haberse convertido en el territorio de un nuevo Estado o por haberse incorporado al de otro ya existente; situación semejante ocurrirá con su población, pues en ningún caso perderá su índole estatal.

Con un enfoque sistemático hemos definido al Estado como un sistema integrado por un conjunto humano asentado permanente en una circunscripción territorial específica, organizado mediante la coincidencia constantemente renovada de las voluntades de los integrantes de la parte más fuerte de dicho conjunto, sujeto a un orden jurídico propio y a un poder soberano, cuyos fines, básicamente variables, son establecidos por la parte dominante del conjunto humano —no necesariamente la más numerosa—, aun cuando a veces influya otra o las demás partes.¹

I. LOS FINES DEL ESTADO

Los fines del Estado son básicamente variables y diferentes entre uno y otro, y aun dentro del mismo ente estatal, entre

¹ Fernández Ruiz, Jorge, *El Estado empresario*, México, UNAM, 1982, p. 53.

una y otra épocas; en todo caso, tales fines los determina la parte dominante de la población, aun cuando haya alguna influencia de las demás; empero se pueden señalar como finalidades comunes de todo Estado, además de la de procurar su propia supervivencia mediante la satisfacción de las necesidades públicas, las de alcanzar el bien común, preservar el orden público, así como las libertades y derechos de sus habitantes, quienes a la luz de la tesis contractualista sacrifican una parte de ellos para asegurar el disfrute de los restantes; la de satisfacer las necesidades individuales de carácter general y la de atender al interés público.

El *telos*, o sea la finalidad del Estado, se logra mediante la realización de diversas actividades, las cuales podríamos agrupar básicamente en las relativas a las funciones públicas, los servicios públicos, las obras públicas y las actividades económicas residuales.

II. TEORÍA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Para atender la función pública se requiere precisar previamente los conceptos de poder, órgano y función estatales que aparecen contrastados una vez que la teoría clásica de la separación de poderes devino teoría moderna de separación de funciones y de órganos, entre cuyas bases figura como premisa fundamental la unidad del poder estatal, así como la indispensable relación entre los órganos en que se depositan sus funciones sustantivas, caracterizados por no convertirse en compartimentos estancos de éstas, lo que les permite participar en el ejercicio de varias de ellas y realizar, por tanto, actos de diferente contenido sustancial: legislativo, administrativo, jurisdiccional, contralor y electoral, entre otros, y a través de las relaciones entre poderes generar la voluntad única del Estado, que permite alcanzar una diáfana idea de la unidad del poder estatal.

Podemos explicar al poder estatal o público como la capacidad del Estado para imponer su voluntad con, sin y aún

contra la voluntad concurrente de sus destinatarios —toda la población estatal—, para lograr sus fines y objetivos, lo que significa que cuando se da la oposición del destinatario del poder se habrá de vencer, de ser necesario, mediante el empleo de la fuerza, elemento subyacente en el cimiento de la eficacia del poder público que, como señala Andrés Serra Rojas “es un poder tal, que dispone del monopolio de la coacción y se impone a todos”.²

Establecida la noción del poder estatal, deben identificarse sus funciones, conocidas como funciones públicas —las que por cierto son múltiples—, y diferenciarse de los órganos en los que se depositan, que deben ser, asimismo, diversos. Según Carré de Malberg:

Las funciones del poder son las diversas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad dominadora del Estado; dictar la ley, por ejemplo, es uno de los modos de ejercicio de la potestad estatal, o sea una función del poder. Los órganos del poder son los diversos personajes o cuerpos públicos encargados de desempeñar las diversas funciones del poder. El cuerpo legislativo, por ejemplo, es el órgano que desempeña la función legislativa del poder estatal.³

Así, pues, hablamos de función pública para referirnos a 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 proviene su indelegabilidad—, cuya realización atiende al interés público, entre las que destacan la función legislativa, la función jurisdiccional y la función administrativa.

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

² Serra Rojas, Andrés, *Ciencia política*, 4a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 116.

³ Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, trad. de José Lión Depetre, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 249.

primaria de las funciones del Estado, legislativa, ejecutiva y judicial".⁴

Al lado de las funciones públicas primarias, identificadas en la clásica división tripartita como legislativa, administrativa y jurisdiccional, emergen otras de nuevo cuño, cuya aceptación se incrementa día a día, entre ellas figuran la de fiscalización o de control patrimonial del Estado, la de regulación monetaria, la electoral y la registral, entre otras que cobran entidad, identidad y autonomía en el constitucionalismo contemporáneo.

Es dable entender por función estatal o pública, la atribuida al Estado —Federación, estados y municipios— cuyo ejercicio requiera del desempeño de una actividad que conlleve su potestad, su imperio, su autoridad, de ahí que sea en última instancia una manifestación de su soberanía; la función pública lo puede ser en sentido formal y en sentido material. En opinión de R. Carré de Malberg, las funciones públicas vienen a ser la diversas actividades del Estado que conllevan el ejercicio de su potestad.⁵

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

1. *Teoría de la función legislativa*

La potestad y el imperio del Estado se evidencian en el ejercicio de la función legislativa, al imponer patrones de actuación a la conducta externa humana a través de normas generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas; en ejercicio de dicha función el Estado crea, modifica, adiciona, deroga y abroga la ley.

4 Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967, t. III, p. 187.

5 Véase Carré de Malberg, R., *op. cit.*, nota 3, p. 249.

La función legislativa, como cualquier otra del Estado, lo puede ser en sentido formal y en sentido material; hablamos de función formalmente legislativa cuando es ejercitada por los órganos específicamente previstos por la Constitución para tal efecto; en opinión de Gabino Fraga: “La función legislativa, desde el punto de vista formal, es la actividad que el Estado realiza por conducto de los órganos que de acuerdo con el régimen constitucional forman el Poder Legislativo”.⁶

En este sentido formal, el artículo 70 constitucional previene que toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto. Del sentido formal de la función legislativa se infiere el principio de la *autoridad formal de la ley* conforme al cual las resoluciones del Poder Legislativo sólo pueden ser interpretadas, reformadas, adicionadas, derogadas y abrogadas por otra resolución del mismo Poder y bajo los mismos procedimientos empleados para su creación original; así lo previene en su inciso f) el artículo 72 constitucional, al disponer: “En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”.

La función materialmente legislativa será, en cambio, con prescindencia del órgano que la ejerza, la que produzca normas jurídicas generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas, las cuales son no sólo las leyes emitidas por el Congreso, sino también los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo en ejercicio de la facultad que le confiere la fracción I del artículo 89 constitucional, y los reglamentos interiores en materia administrativa, de carrera judicial, de escalafón y régimen disciplinario del Poder Judicial de la Federación, expedidos por el Consejo de la Judicatura Federal, en ejercicio de la atribución que le asigna la fracción II del artículo 81 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal; así como los bandos de policía y buen gobierno y los

6 Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 35a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 37.

reglamentos municipales aprobados por los ayuntamientos, con base en la fracción II del artículo 115 constitucional.

La función legislativa lo será en el doble sentido formal y material, siempre que sea producto de la actividad del Poder Legislativo y se traduzca en leyes o normas jurídicas de carácter general, abstracto, impersonal y coercitivo.

2. *Teoría de la función jurisdiccional*

Dentro de la numeración primaria de las funciones del Estado aparece la jurisdiccional, la cual también admite la distinción de función formalmente jurisdiccional, que en el ámbito federal viene a ser la realizada mediante los órganos depositarios del Poder Judicial previstos en el artículo 94 constitucional, a saber: Suprema Corte de Justicia, Tribunal Electoral, tribunales colegiados y unitarios de circuito, y juzgados de Distrito; en tanto que la función materialmente jurisdiccional tiene por objeto *iuris dicti*, o sea, declarar el derecho, aplicar la ley en caso de controversias o conflictos suscitados entre los particulares, entre éstos y los órganos del Estado, así como en los surgidos entre los órganos del Estado, mediante la resolución respectiva contenida generalmente en la sentencia, que asume fuerza de verdad definitiva; porque como dijera Georg Jellinek: “La jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable o las situaciones o intereses jurídicos”.⁷

En su sentido material, la función jurisdiccional es ejercida no sólo por los órganos depositarios del Poder Judicial, sino también por los de los poderes Legislativo y Ejecutivo; así, por ejemplo, el Senado de la República asume el ejercicio de función materialmente jurisdiccional cuando se erige en jurado de sentencia para conocer en juicio político de las faltas u omisiones que cometan los servidores públicos y que

7 Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti, 2a. ed., México, Compañía Editorial Continental, 1958, p. 497.

redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho.

A su vez, el presidente de la República, en su carácter de depositario del Poder Ejecutivo, también asume el ejercicio de función materialmente jurisdiccional, por ejemplo, al conceder, en los términos previstos en las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de la competencia de los tribunales federales.

3. *Teoría de la función administrativa*

A diferencia de la legislativa y de la jurisdiccional que se pueden considerar funciones públicas intermitentes, la función administrativa requiere de ejercicio permanente y constante; prueba de ello es que los órganos legislativos se reúnen sólo durante sus periodos de sesiones, y los órganos judiciales actúan dentro de ciertos horarios de determinados días de la semana en ejercicio de sus funciones, en tanto que las funciones administrativas se desempeñan permanente y constantemente, así las corporaciones policiales, por ejemplo, actúan en el mantenimiento del orden público y de la seguridad pública las veinticuatro horas de los 365 o 366 días del año.⁸

Empero, la función administrativa resulta ser de muy difícil acotamiento y precisión, lo cual ha llevado a algunos autores a tratar de definir por exclusión de la función legislativa y de la jurisdiccional, al decir que será administrativa toda función pública diferente de la legislativa y judicial,⁹ lo que dista mucho de determinar su género próximo y diferencia específica, aunado a lo cual, la aparición de funciones administrativas emergentes, como la contralora, la electoral,

⁸ Véase *ibidem*, p. 498.

⁹ En este sentido, Jellinek sostiene que "puede designarse como administración toda la actividad del Estado que queda, una vez separada la legislación y la actividad jurisdiccional", *ibidem*, p. 499.

la de regulación monetaria y la registral, hacen actualmente inaceptable ese procedimiento definitorio.

La función administrativa, como todas las funciones públicas tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, distintas de las necesidades de carácter general, suma de muchas necesidades individuales, en las que podemos identificar o escindir nuestra propia necesidad; el ejercicio de la función administrativa implica el cumplimiento del mandato legal con miras al logro de los fines del Estado, concretamente del bien público, del establecimiento y mantenimiento de la paz y del orden públicos; en este sentido Hans Kelsen afirma: "Defínese la administración como aquella actividad del Estado encaminada al cumplimiento de los fines y tareas del mismo, especialmente los fines de poder y de cultura".¹⁰

En principio, la función administrativa pertenece formalmente al órgano depositario del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de que los depositarios de los otros poderes la ejerciten materialmente, como ocurriría si el Congreso determinara cambiar la residencia de los supremos poderes de la Federación, o como acontece cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación nombra a su secretario general de acuerdos y demás funcionarios a que se refiere la fracción XIV del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

4. Teoría de las funciones administrativas emergentes

Entre las funciones públicas administrativas de nuevo cuño que emergen con identidad propia como independientes, figuran la de fiscalización o control, la electoral, la de regulación monetaria y la registral, las cuales ya han cobrado entidad, identidad y autonomía en el constitucionalismo moderno.

¹⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1979, p. 309.

A. *Función fiscalizadora o de control*

Camino Benso, conde de Cavour y artífice de la unidad italiana, hacía notar, a mediados del siglo XIX, que los actos más importantes del gobierno "son aquellos que se relacionan con el tesoro público, y, por tanto, deben ofrecer a los contribuyentes, que significan parte de sus riquezas en beneficio del Estado, la seguridad de que los dineros se recaudan legalmente y se invierten en sus verdaderos destinos".¹¹

Históricamente, uno de los peligros latentes en todo Estado es la posible corrupción de los servidores públicos; el propósito de prevenirla y evitarla contribuye a considerar y reconocer a la fiscalización o control patrimonial del Estado como una función pública cuyo ejercicio requiere el desempeño de una actividad técnica y esencial del ente estatal dirigida a vigilar, verificar, comprobar y evaluar las actividades de los órganos, dependencias y servidores públicos a cuyo cargo está el manejo de los fondos, valores, recursos, bienes y derechos del propio Estado. En opinión de José Trinidad Lanz Cárdenas:

...se pudiera afirmar, coincidiendo con algunos estudiosos de la materia, que en el campo de la función pública debe entenderse por control el acto contable o técnico que realiza un poder, un órgano o un funcionario que tiene atribuida por la ley la función de examinar la adecuación a la legalidad de un acto o una serie de actos y la obligación de pronunciarse sobre ellos.¹²

Sin duda, toda la organización política o social necesita de órganos de control y vigilancia que hagan posible descubrir las desviaciones de su actuación respecto de las disposiciones establecidas en las normas abstractas e impersonales

11 Informe sobre el proyecto de la ley italiana del 23 de marzo de 1853. Citado por Granoni, Raúl A., *El control de los gastos públicos*, Buenos Aires, Editorial Argentina de Finanzas y Administración, p. 12.

12 Lanz Cárdenas, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 468.

fijadas para su desempeño y, en consecuencia, corregir tales desviaciones, con el propósito de alcanzar los fines, objetivos y metas establecidos.

El propósito de la fiscalización o vigilancia, verificación, comprobación y evaluación de las actividades de los órganos, dependencias y servidores públicos a cuyo cargo está el manejo de los fondos, valores, recursos, bienes y derechos del propio Estado, consiste en determinar si su actuación se hizo con apego a la normativa jurídica vigente, y puede efectuarse desde el interior de las instituciones públicas encargadas de dicho manejo o desde el exterior de ellas; uno y otro ámbitos, lejos de excluirse, deben complementarse.

En el ámbito federal mexicano, tanto las secretarías de Estado, como la Procuraduría General de la República, los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal mayoritaria, cuentan en un primer nivel de vigilancia, con órganos internos de control que, en ejercicio de la función de fiscalización o control, tratan de descubrir sus fallas y adoptar las medidas necesarias para corregirlas.

Además, el titular del Poder Ejecutivo cuenta, en un segundo nivel de vigilancia, con la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, órgano al que se atribuye en parte la función de fiscalización o control, para supervisar la actuación de todas las dependencias y entidades de la administración pública, lo que le permite adoptar, dentro de los márgenes previstos por la ley, las medidas correctivas que considera convenientes.

En un tercer nivel existe en el ámbito federal de nuestro país un órgano independiente del Poder Ejecutivo que desde el exterior del Poder Ejecutivo federal revisa su actuación, dicho órgano es la entidad de fiscalización superior de la Federación, prevista en el artículo 76 constitucional, a la que se atribuye el ejercicio de la función fiscalizadora.

Tanto la Cámara de Diputados como la de Senadores ejercen la función fiscalizadora o de control, hacia su interior

a través de sus respectivas contralorías internas; respecto del Poder Judicial de la Federación su Ley Orgánica dispone:

Artículo 103. La Contraloría del Poder Judicial de la Federación tendrá a su cargo las facultades de control y la inspección del cumplimiento de las normas de funcionamiento administrativo que rijan a los órganos, servidores públicos y empleados del propio Poder Judicial de la Federación, con excepción de aquéllas que correspondan a la Suprema Corte de Justicia.

Por su parte, la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos dispone la existencia de sendas contralorías internas en ambas cámaras, al disponer:

Artículo 53.

1. La Cámara (de Diputados) cuenta con su propia Contraloría interna, la que tendrá a su cargo recibir quejas, realizar investigaciones, llevar a cabo auditorías y aplicar los procedimientos y sanciones inherentes a las responsabilidades administrativas de los servidores públicos de la misma. La Contraloría se ubica en el ámbito de la Conferencia para la Dirección y Programación de los Trabajos Legislativos y deberá presentar a ésta un informe trimestral sobre el cumplimiento de sus funciones. Su titular será nombrado a propuesta de dicha conferencia, por las dos terceras partes de los individuos presentes en el pleno.

...

Artículo 112.

1. La Cámara (de senadores) tendrá a su cargo la auditoría interna del ejercicio del presupuesto de egresos de la Cámara, incluyendo los recursos asignados a los grupos parlamentarios, los que deberán presentar a la Contraloría un informe semestral con la debida justificación del uso y destino de los recursos que la Cámara les otorgue.

2. La Contraloría presentará al pleno, por conducto de la mesa directiva, un informe semestral sobre el ejercicio del presupuesto de egresos de la Cámara, el cual, una vez aprobado, será remitido por el Presidente de la Cámara a la en-

tividad de fiscalización superior de la Federación para los efectos legales conducentes.

3. Las resoluciones del contralor se darán a conocer previamente a la mesa directiva.

De igual manera, los órganos constitucionales autónomos tienen su propio órgano investido de la facultad de ejercitar la función fiscalizadora o de control; así lo demuestra el caso del Banco de México y el del Instituto Federal Electoral.

B. *La función electoral*

La función electoral admite varias interpretaciones, en una de las cuales predica la teoría del sufragio como función; en consonancia con ella la doctrina de la democracia popular pretendió erigir al electorado en un órgano del Estado,¹³ al que se encomienda la función electoral en cuyo ejercicio el cuerpo electoral designa a los ocupantes de los cargos electivos del Estado.

A la teoría del sufragio como función se contrapone la que lo considera como un derecho; en esta corriente doctrinal Carlos S. Fayt opina que el sufragio "consiste en el derecho político que tienen los miembros del pueblo del Estado de participar en el poder como electores y elegidos, es decir, el derecho a formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, en la organización del Poder".¹⁴

Al repudio del sufragio como función se agrega el rechazo del cuerpo electoral como órgano del Estado; en este sentido, Germán J. Bidart Campos enfatiza que dicho cuerpo ni siquiera es una colectividad dado de personalidad, sino sólo un conjunto de individuos con capacidad electoral activa, a

¹³ Véase Xifra Heras, Jorge, *Curso de derecho constitucional*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1962, t. I, pp. 424-426.

¹⁴ Fayt, Carlos S., *Sufragio y representación política*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, p. 7.

cuyo cargo queda una función electoral que no puede entenderse como una función estatal.¹⁵

En el mismo sentido, Paolo Biscaretti di Ruffia niega que el cuerpo electoral integre un órgano estatal, y a pesar de considerar a la función electoral como pública, no la acepta como función estatal, habida cuenta que los electores no actúan en nombre del Estado sino en nombre propio.¹⁶

En nuestra opinión, la función pública es propia de las personas de derecho público: el Estado —Federación, entidades federativas, municipios— órganos constitucionales autónomos y organismos descentralizados, por lo que la acción de elegir al ocupante de un cargo público sólo implicará ejercicio de función pública, cuando la realice un órgano del Estado, mas no cuando los sufragantes son los individuos integrantes del electorado, por no ser éste un órgano del Estado.

Así, entendida como mecanismo de designación de los ocupantes de los cargos públicos, el Congreso de la Unión ejercita materialmente la función electoral, en los casos previstos en los artículos 73, fracción XXVI, 84 y 85 de la Constitución General de la República, en cuyo cumplimiento debe constituirse en colegio electoral para designar al ciudadano que debe sustituir al presidente de la República, ya sea con el carácter de sustituto, interino o provisional.

En otra acepción, la locución *función electoral* alude a la función estatal emergente atribuida a órganos del Estado, consistente en organizar y conducir el proceso electoral mediante el cual se designa a quienes hayan de ocupar determinados cargos públicos; en este sentido, nuestra Constitución acoge la función electoral como función pública estatal, al disponer en la fracción III de su artículo 41:

La organización de las elecciones federales es una función estatal que se realiza a través de un organismo público autó-

15 Véase Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, EDIAR, 1967, t. I, p. 143.

16 Véase Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 320.

nomo denominado Instituto Federal Electoral, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos, en los términos que ordene la ley. En el ejercicio de esa función estatal, la certeza, la legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad serán principios rectores.

C. *La función de regulación monetaria*

El dinero mercancía alude a las diferentes mercancías utilizadas en el transcurso de la historia y en diversas latitudes, como medio de pago, en una etapa que rebasa el trueque e implica un paso hacia una economía monetaria; entre otras mercancías utilizadas para el referido efecto figuran: arpones, cacao, cereales, cuero, dientes de ballena y, desde luego, metales, cuyo uso supone una etapa más avanzada en el tránsito a un sistema monetario moderno, por adecuarse más a las características del dinero, y en el caso de los metales preciosos devienen dinero; empero el oro y la plata, aun después de su acuñación, no pierden su carácter de dinero mercancía, lo que da vigencia permanente a la Ley de Gresham.

A partir del inicio de la acuñación monetaria aparece la tendencia de reservar al Estado, o a la institución que éste designe, la creación de dinero, situación que perdura durante mucho tiempo, pues inclusive cubre hasta el siglo XIX, habida cuenta que los billetes emitidos por los bancos no fueron considerados inicialmente como dinero, circunstancia que permitió durante buen tiempo su libre emisión; mas al atribuirse al billete bancario el carácter monetario, surgió la tendencia de otorgar a un solo banco central o de emisión el monopolio de emitirlo.

La evolución del banco central o de emisión, como institución típica de la teoría bancaria del Estado moderno, lo convierte en depositario de la función pública estatal de regulación monetaria en el país respectivo; así ocurre en México, donde dicha función pública está implícitamente reco-

nocida en el artículo 28 de la Constitución General de la República, que la asigna al Banco Central, al disponer:

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia.

D. *La función registral*

Es dable afirmar que la función pública administrativa registral consiste en dar certeza, autenticidad y seguridad jurídica a hechos, actos y situaciones relacionadas con personas o bienes, mediante la sistematización de inscripciones, anotaciones, catálogos e inventarios, que le permita proporcionar información al público, a través de la ejecución del respectivo acto administrativo, porque, como hace notar Andrés Serra Rojas "La función administrativa se concreta en actos jurídicos, consistentes en una declaración de voluntad en ejercicio de una potestad administrativa",¹⁷ es decir se concreta a través de actos administrativos.

En consecuencia, todo registro público debe ser una institución de la administración pública a quien se encomienda el ejercicio de la función pública administrativa registral a

¹⁷ Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1981, t. I, p. 237.

través de la ejecución sistemática del acto administrativo que, en la definición de Miguel Acosta Romero:

es una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, y en ejercicio de la potestad pública crea, *reconoce*, modifica, transmite o extingue derechos u obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general.¹⁸

En este orden de ideas sostenidas en la jurisprudencia y en la doctrina, cabe agregar que tales actos administrativos registrales realizados en ejercicio de la potestad del Estado, implícita en la función pública registral, expresan una decisión de una autoridad administrativa cual es del titular del Registro o del registrador competente, para reconocer derechos u obligaciones, e inscribirlos en el Registro respectivo, con la inherente consecuencia de publicidad que ello implica.

La función pública administrativa registral se desarrolla en dos vertientes, la primera, de inscripción, merced a la cual se facilita la prueba de los hechos inscritos; la segunda, de publicidad, en cuya virtud podrá conocerse lo inscrito por quien tenga interés en ello; la suma de ambas general certidumbre y seguridad jurídicas.

Conteste con las anteriores ideas y principios, el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 21 de septiembre de 1987 dispone:

Art. 1o. El Registro Civil es una institución de orden público e interés social, que tiene por objeto autorizar e inscribir los actos del estado civil de las personas.

Art. 2o. El Registro Civil tiene a su cargo, por conducto de los Jueces del Registro Civil, el desempeño de la función registral del estado civil de las personas, en los términos de lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal en

¹⁸ Subrayado mío. Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, UNAM, 1975, p. 139.

Materia Común y para toda la República en Materia Federal, este Reglamento y demás ordenamientos aplicables.

5. *Consideración final sobre la función pública*

Como reflexión final acerca de las funciones públicas insistiremos en la importancia de distinguirlas perfectamente de los servicios públicos, para lo cual habremos de enfatizar el carácter intransferible e indelegable de las primeras, a cuyo efecto el jurista español José Antonio García-Trevijano Fos, sostiene que:

están de tal forma unidas a la esencia del propio Estado que solamente él puede desarrollarlas directamente. Aún aceptando un criterio pluralista, tanto social como jurídico, hemos de considerar que tales funciones forman parte de la esencia estatal, y únicamente el grupo soberano, es decir, el Estado, las asume y las ejerce directamente.¹⁹

III. TEORÍA JURÍDICA DEL SERVICIO PÚBLICO

Los servicios públicos, por estar destinados a la satisfacción de necesidades de carácter general, vienen a ser actividades también muy importantes, mismas que, tratándose de servicios públicos propiamente dichos, están atribuidas a la administración pública, quien las puede realizar directamente, o de manera indirecta por medio de particulares, bajo un régimen jurídico especial exorbitante del derecho privado.

En su esencia, el servicio público entraña la aspiración solidaria de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica satisfactora de la necesidad de carácter general, en la que cada quien puede identificar su propia necesidad individual; mas esta

¹⁹ García-Trevijano Fos, José Antonio, *Tratado de derecho administrativo*, 2a. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971, t. II, vol. I, pp. 39 y 40.

idea no surge súbitamente, sino que resulta ser producto de un laborioso proceso teórico de elaboración en el que participan la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

1. *Principales vertientes teóricas sobre el servicio público*

Respecto del servicio público se han elaborado muchas teorías y propuesto un gran número de definiciones, la similitud existente entre muchas de ellas permite advertir cuatro grandes vertientes en la formulación de la noción de servicio público, cada una de las cuales le asigna desigual dimensión y distinto peso; en razón de la importancia que confieren al servicio público, tratamos de resumirlas a continuación en orden decreciente.

- a) Teoría propuesta por León Duguit, que considera al servicio público como toda actividad que deba ser asegurada, reglada y controlada por los gobernantes.
- b) Teoría formulada por Gastón Jèze, conforme a la cual el servicio público viene a ser toda actividad de la administración pública.
- c) Teoría promovida por Maurice Hauriou, que entiende al servicio público como una parte de la actividad de la administración pública.
- d) Teorías que conceden escasa o ninguna importancia a la noción de servicio público, entre las que figura la presentada por Henri Berthélemy, para quien la noción de servicio público carece de importancia, por considerarla como un cajón de sastre donde se reúnen instituciones tan disímbolas como "una corte de apelación, una institución de beneficencia, una caja de ahorro, un ferrocarril metropolitano, la imprenta nacional, etc."²⁰

²⁰ Berthelemy, Henri, "Defense de quelques vieux principes", *Melanges Mauricie Hauriou*, París, 1929, p. 818.

Dicha corriente doctrinaria, por cierto con escasos partidarios, se nutre principalmente en el pensamiento de Berthélemy, quién, “no considera un progreso doctrinal la afirmación de que el elemento superior de toda organización administrativa resida en la noción de servicio público”.²¹

La tesis de Berthélemy es desmentida contundentemente por la realidad, porque la importancia de la noción del servicio público se acredita con las múltiples referencias que de ella se hace cotidianamente en los medios masivos de comunicación, así como por haber servicio de pauta para el deslinde de competencias jurisdiccionales en el derecho francés, y su trascendencia se acredita con el amplio espacio que le han dedicado el derecho positivo, la jurisprudencia y la doctrina, aun cuando en las últimas décadas poco haya producido esta última sobre dicho tema.

Empero, pese a tanta controversia en torno a la noción del servicio público, se da un realidad innegable: el derecho positivo de muchos países del mundo, acorde con la corriente doctrinaria que considera servicio público a tan sólo una parte de las actividades de la administración pública, ha asignado dicho carácter a un número importante de actividades que son desempeñadas directamente por las instituciones públicas, o se delega su realización a los particulares mediante el régimen de concesión u otro parecido.

2. Criterios para determinar el carácter público de un servicio

Existe una fuerte discrepancia doctrinal acerca del criterio para determinar el carácter público de un servicio: para unos, el acento público lo pone el órgano a cuyo cargo corre su prestación, pues, a su juicio, sólo los órganos públicos pueden gestionar tal servicio: criterio orgánico; para otros, el calificativo público lo aporta el régimen jurídico exorbitante del derecho privado a que se somete el proce-

²¹ *Ibidem*, p. 817.

dimiento de su organización y funcionamiento: criterio jurídico; no son pocos los que rechazan ambos criterios definitorios del carácter público del servicio, porque, en su opinión, tal rasgo lo habrá de imprimir el objeto del mismo: criterio funcional; o, en fin, su reconocimiento por la ley: criterio legal.

En síntesis, podríamos resumir los criterios empleados en la determinación del carácter público de un servicio dado, en el orgánico, el funcional, el jurídico y el legal, con la aclaración de que suelen emplearse varios criterios en la elaboración de cada concepto o definición de servicio público.

3. Servicios públicos propios e impropios

El servicio público, como acabamos de ver, se ha tratado de explicar de acuerdo con diversos criterios, entre los que destacan el orgánico y el funcional cuya contraposición resolvió el profesor italiano Arnaldo de Valles mediante la distinción de los servicios públicos propios y los servicios públicos impropios.

A. Servicio público propio

El esquema del profesor Valles, el servicio público puede explicarse como una actividad técnica destinada al público para satisfacer una necesidad de carácter general, bajo un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado; cuando tal actividad la reconoce la ley como servicio público y la desempeña directamente la administración pública o, indirectamente, por medio de particulares en quienes delega su ejecución, por ejemplo, bajo el régimen de concesión, estaremos frente a un servicio público propio o propiamente dicho.

B. *Servicio público impropio*

Mas, si la actividad técnica satisfactoria de una necesidad de carácter general no está considerada por la ley como servicio público y, por tanto, puede ser desarrollada directamente por particulares, por no estar atribuida a la administración pública ni al Estado, estaremos entonces ante un servicio público impropio o impropriamente dicho, también llamado servicio público virtual, servicio de interés público o servicio reglamentado.

Importa enfatizar que el servicio público impropio no es una creación de la ley, sino que deriva de un permiso, de una licencia o autorización de carácter administrativo que destraba el ejercicio de un derecho individual limitado, de realizar una actividad privada que, a diferencia de la actividad comercial ordinaria, obliga a su titular a prestar el servicio a quienquiera que lo requiera y en el orden en que se presente, con apego a una regulación jurídica especial que incluye —salvo excepciones— la fijación de una tarifa obligatoria.

4. *Caracteres esenciales del servicio público*

En rigor, para que un servicio público lo sea, debe estar investido de ciertos caracteres jurídicos esenciales, sin los cuales queda desnaturalizado, por cuya razón el Estado tiene la obligación de asegurar que dicho servicio resista tales rasgos distintivos o caracteres esenciales, con el fin de 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”.²²

²² Duguit, León, *Traité de Droit constitutionnel*, 3a. ed., París, 1930, t. II, p. 61.

La doctrina reconoce como caracteres jurídicos esenciales del servicio público a la generalidad, consistente en la posibilidad de que toda persona lo use, previa satisfacción de los requisitos respectivos, sin más límite que la capacidad del propio servicio; a la igualdad, que estriba en el trato uniforme que debe darse a todos los usuarios, sin que ello impida establecer diversas clases o categorías de usuario, siempre y cuando, dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en la misma; a la regularidad, en cuya virtud el servicio público se debe prestar conforme a la normativa jurídica que lo regula; y a la continuidad, de acuerdo con la cual dicho servicio no debe interrumpirse dentro del calendario, horarios y circunstancias previstos en su propia regulación.

5. Otros presuntos caracteres del servicio público

Algunos autores pretenden agregar a los cuatro caracteres esenciales del servicio público que acabamos de explicar, otros que no han recibido el consenso generalizado de la doctrina, como la obligatoriedad, la adaptabilidad y la permanencia, que muchos autores consideran modalidades de la continuidad; y otros incluyen la gratuidad, la que, tratándose de servicios públicos concesionados, resulta inadmisibile.

6. Elementos del servicio público

Figuran entre los elementos indispensables del servicio público: la necesidad que pretende satisfacer el servicio, la actividad destinada a satisfacer dicha necesidad, el universo de usuarios potenciales del servicio público, la intervención estatal, el sujeto que desarrolla la actividad satisfactora, los recursos empleados en la prestación del servicio, y su régimen jurídico especial.

A. *La necesidad a cuya satisfacción se destina el servicio*

El servicio público es generado por la necesidad humana, mas no por cualquiera, sino por la común carencia insatisfecha que tienen una y muchas personas respecto de algo, lo que no significa que sean todas las integrantes de una sociedad, pero sí tantas, que la convierten en una necesidad de carácter general cuya satisfacción se inserta en el *telos* del Estado, quien tiene el deber ético de asegurar su satisfacción, cuyo cumplimiento se logra precisamente mediante el desarrollo de la actividad técnica que implica la prestación del servicio público.

Sostenemos que la necesidad cuya satisfacción constituye la razón de ser del servicio público es de carácter general, por tratarse de una necesidad individual que se generaliza, o sea, que adquiere carácter general a fuerza de ser registrada simultáneamente por muchas personas para quienes viene a ser una necesidad común, de la cual cada una de ellas puede escindir su necesidad individual, por lo cual la satisfacción puede darse de manera idéntica para todas ellas, a través de la actividad que implica la prestación del servicio público. Por ello, sin una necesidad de carácter general que satisfacer, no hay servicio público.

B. *La actividad destinada a satisfacer la necesidad*

Huelga afirmar que la actividad destinada a satisfacer la respectiva necesidad de carácter general es un elemento indispensable del servicio público, porque sin el desempeño del conjunto de operaciones o tareas que implica, éste no puede prestarse; lo que sí importa es precisar la índole de tal actividad, pues su realización requiere de un procedimiento o conjunto de procedimientos propios de ciencias, artes, industrias u oficios, específicos, así como del empleo de ciertos elementos, tales como personal especializado, equipos, instrumentos y materiales determinados, lo que significa que

nos referimos a una actividad técnica que está diseñada para producir efectos útiles en un ámbito determinado, habida cuenta que la técnica dirige la actividad hacia su fin natural o reflexivo; de ahí que las cosas producidas de acuerdo con la técnica sean superiores a las realizadas de manera empírica.

En consecuencia, la actividad adecuada del servicio público debe ser técnica, porque su realización requiere del desarrollo de un conjunto de operaciones o tareas cuya ejecución se sujeta a procedimientos privativos de determinadas artes, ciencias, industrias u oficios, de acuerdo con las características y modalidades específicas del servicio público de que se trate.

La actividad del servicio público además de técnica habrá de ser satisfactora, toda vez que la finalidad a la que se destina dicho servicio consiste precisamente en la satisfacción de una necesidad de carácter general; y para que efectivamente resulte satisfactoria la actividad propia del servicio público, se requiere, asimismo, que sea pertinente, en el sentido de que sea a propósito de lograr su fin; del mismo modo, la actividad propia del servicio público habrá de ser apta, proporcionada y suficiente para alcanzar sus fines; por último, la actividad satisfactora habrá de ser adecuada al servicio público correspondiente.

C. El universo de usuarios potenciales del servicio público

El servicio público, por definición, se destina a satisfacer necesidades de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares; quienes sienten dichas necesidades constituyen su universo de usuarios potenciales que se convertirán en usuarios efectivos cuando accedan a su beneficio o utilización, una vez cubiertos los requisitos correspondientes, en el caso de que los haya; sin usuarios, la actividad satisfactora sería estéril y, por tanto, el servicio injustificado.

D. *La intervención estatal*

Otro elemento indispensable del servicio público viene a ser la intervención estatal, porque sólo mediante ella se puede crear y someter al régimen jurídico especial que le permite asumir sus caracteres esenciales de generalidad, regularidad, uniformidad, continuidad, obligatoriedad, adaptabilidad y permanencia.

Entre otras formas de intervención estatal está la prestación misma de los servicios públicos, cuando éstos se encuentran a cargo directo de la administración pública; así como a través del otorgamiento de las concesiones para la instalación, funcionamiento y explotación de los "propios"; o por medio de la expedición, revocación, cancelación o anulación de los permisos, licencias o autorizaciones para el funcionamiento de los servicios públicos "impropios" o virtuales.

En fin, sin la intervención del Estado se perdería en el servicio público su régimen jurídico exorbitante del derecho privado que conlleva el aseguramiento de sus caracteres esenciales de generalidad, regularidad, uniformidad, continuidad, obligatoriedad, adaptabilidad y permanencia, por cuya razón, la intervención estatal es indispensable para la configuración y prestación del servicio público.

E. *El sujeto que desarrolla la actividad*

Resulta inimaginable operar un servicio público sin un sujeto a cuyo cargo esté su prestación, quien viene a ser el prestador del servicio, sin cuya actuación el servicio no puede funcionar, por lo cual el sujeto a cuyo cargo está dicha prestación también viene a ser uno de sus elementos indispensables, por ser imposible una actividad sin un sujeto que la desarrolle.

Cabe aclarar que el sujeto a cuyo cargo queda la prestación del servicio público puede ser de derecho público o de derecho privado. Es de derecho público cuando el servicio

está a cargo de la propia administración pública; el sujeto prestador del servicio público será de derecho privado cuando opere bajo el régimen de concesión, así como tratándose de los servicios públicos impropios.

F. Los recursos necesarios para la prestación del servicio

Otro elemento indispensable para la prestación de un servicio público lo constituyen los recursos mínimos requeridos para tal efecto, los cuales pueden agruparse en recursos humanos —conjunto de personas dedicadas a realizar las tareas imprescindibles para tal efecto—, recursos materiales —bienes muebles e inmuebles, maquinaria, herramienta, mobiliario y equipo indispensables— y recursos financieros, cuya obviedad no requiere comentarios adicionales.

G. El régimen jurídico exorbitante del derecho privado

Como uno más —el último— de los elementos esenciales que analizamos del servicio público, figura el régimen jurídico especial; su inclusión dentro del grupo de elementos esenciales del servicio público se comprueba aun en el servicio público impropio o virtual, por quedar también sujeto a una normativa de derecho público que, entre otros aspectos, condiciona su prestación al otorgamiento previo de autorización o permiso. Para Enrique Silva Cimma, ese régimen jurídico especial:

consiste en el conjunto de disposiciones legales y reglamentarias, que dictan los Poderes del Estado —con competencia para ello— cuando comprenden que una determinada necesidad general debe satisfacerse mediante el procedimiento del servicio público. Se trata, generalmente, de un régimen de derecho público.²³

²³ Silva, Cimma, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969, t. II, p. 51.

El régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado, como elemento indispensable del servicio público, deriva de la indiscutible desigualdad de los principales intereses involucrados en el servicio público, a saber: los intereses de los usuarios cuya necesidad de carácter general es la razón de ser del servicio, los intereses del prestador del servicio, los intereses de la sociedad y los intereses del Estado.

7. La definición del servicio público

Tanto la legislación como la jurisprudencia y la doctrina se han preocupado por definir al servicio público, y como se puede comprobar fácilmente, es en la legislación en donde se ha registrado el menor número de intentos definitorios de esta categoría jurídica, lo que contrasta con la doctrina en la que existen tantas definiciones como autores se han ocupado del servicio público.

A. En la legislación

Por lo general, la legislación es poco dada a incluir definiciones en sus textos, por ello llama la atención la definición de servicio público contenida en la Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público, expedida por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, de 23 de diciembre de 1996, cuyo tenor, inspirado en la definición del profesor Manuel María Díez, es el siguiente:

Artículo 128. Para efectos de esta ley, se entiende por servicio público la actividad organizada que se realice conforme a las leyes vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer necesidades de interés general en forma obligatoria, regula y continua, uniforme y en igualdad de condiciones.

B. *La definición del servicio público en la jurisprudencia*

En el sistema jurídico francés, la jurisprudencia desempeña un papel estelar en la conformación tanto de la idea como del concepto y de la definición del servicio público, mediante *arrêts* tan sonados como los relativos a los casos Rothschild, Dekeister, Blanco, Therond, Terrier, Feutry y el de Radio Atlantic, para no citar sino algunos de los más conocidos, cuya influencia ha trascendido las fronteras de Francia, respecto de la institución jurídica universal del servicio público.

En México, la jurisprudencia ha tenido una participación más modesta en torno a la idea del servicio público, lo cual no ha sido obstáculo para hacer algunos pronunciamientos que incluyen definiciones del servicio público, elaboradas con propiedad y acierto, como se comprueba en la siguiente resolución:

LEY DE VÍAS GENERALES DE LA COMUNICACIÓN, SERVICIO PÚBLICO EN RELACIÓN CON LA. El artículo 124 de la Ley de Vías Generales de Comunicación previene que las maniobras de carga, alijo, estiba, etcétera, que se presten en relación con las vías generales de comunicación y medios de transporte, se consideran como servicio públicos y se necesitará permiso para realizarlas... Y estas operaciones están confirmadas por la noción de servicio público, consistiendo éste en la actividad que se desarrolla para satisfacer una necesidad colectiva de carácter económico o cultura, mediante prestaciones que por virtud de norma especial del poder público, deben ser regulares, continuas y uniformes.²⁴

C. *La definición del servicio público en la doctrina*

El prestigiado jurista argentino Manuel María Díez define al servicio público como "la prestación que efectúa la admi-

²⁴ "Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965", *Semanario Judicial de la Federación*, 3a. parte, 2a. sala, p. 191.

nistración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general".²⁵

Además del establecimiento del género próximo y de la determinación de la diferencia específica, se aprecia su claridad, concisión y positividad; igualmente se cuida de incurrir en el vicio de incluir lo definitivo en la *definitio*; sin embargo, esta definición sólo resulta válida para el servicio público propio o propiamente dicho, pero no abarca al impropio o virtual, cuya prestación queda directamente a cargo de los particulares, previa obtención de la autorización o permiso correspondiente.

Por nuestra parte, a la luz de los caracteres esenciales del servicio público y de la clasificación de las actividades estatales que las agrupa en funciones públicas, servicios públicos, obras públicas y actividades socioeconómicas simples, hemos propuesto la definición que resumimos en los siguientes términos: *Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, de manera uniforme, regular y continua, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, en beneficio indiscriminado de toda persona.*

8. La clasificación del servicio público

El servicio público es clasificado por la doctrina en atención a diferentes criterios, dentro de los principales podemos agruparlos, por las características de sus usuarios, en de *uti singuli* y de *uti universi*, según se pueda o no identificar a los usuarios; por el tipo de prestador del servicio, se distinguen los de gestión pública y de gestión privada; por su

²⁵ Díez, Manuel María, *op. cit.*, nota 4, p. 198. Para José Luis Villar Palasí, el servicio público "es el fruto de un juego de tensiones contradictorias: la necesidad de que ciertas prestaciones lleguen a todo el mundo de modo satisfactorio y al mínimo coste social, pero, al mismo tiempo, de que tal cosa suceda con total respeto a lo que se puede hacer desde la sociedad (es decir, respetando el principio de la libertad social del mercado y la regla comunitaria de la subsidiariedad, "Prólogo", en Ariño Ortiz, Gaspar, Cuétara, J. M. de la *et al.*, *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 11.

aprovechamiento: en voluntarios y obligatorios; por el carácter de la prestación: también en voluntarios y obligatorios; por su importancia: en indispensables, secundarios y superfluos; por el carácter de la necesidad: constantes, cotidianos, intermitentes y esporádicos; por razón de su cobro: gratuitos y onerosos; por razón de la competencia económica: de régimen de monopolio y de régimen de oligopolio; y por razón de competencia, en federales, de las entidades federativas, municipales y concurrentes.

IV. TEORÍA JURÍDICA DE LA OBRA PÚBLICA

Entre otros significados, la palabra *obra* tiene el de todo objeto producido o transformado por algún agente, lo mismo que cualquier edificio en construcción, a cuyo término será una obra terminada; también viene a ser toda producción del entendimiento, ya sea en filosofía, ciencias, letras o artes; al igual que medio, virtud o poder, como lo hecho por obra del “Espíritu Santo”. En fin, *obra* también quiere decir acción moral, labor desarrollada por algún sujeto o trabajo requerido para la ejecución de una cosa, entre otras acepciones.

1. *Concepto de obra pública*

La obra pública puede explicarse como la realizada o producida por el ente estatal —Federación, entidad federativa, municipio—, o a su nombre, en un inmueble determinado con un propósito de interés general, destinada al uso público, al desempeño de una función pública o a la prestación de un servicio público.²⁶

La obra relativa a la construcción, instalación, reparación, reconstrucción, mantenimiento, conservación, modificación y demolición de inmuebles puede ser pública o particular; para

²⁶ Véase Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, nota 17, t. II, p. 514.

los efectos legales se suelen considerar obras públicas las de uso y aprovechamiento generales, como los caminos, puentes, presas, puertos —aéreos y marítimos—, canales —de riego y de navegación—, pozos —de agua y petroleros—, desecación de pantanos y saneamiento de terrenos; asimismo, los edificios y las construcciones destinadas al desempeño de las actividades de los entes públicos.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 3o. de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de enero de 2000, para los efectos de la misma se consideran obras públicas los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles. Asimismo, quedan comprendidos dentro de las obras públicas los siguientes conceptos:

I. El mantenimiento y la restauración de bienes inmuebles incorporados o adheridos a un inmueble, cuando implique modificación al propio inmueble.

II. Los trabajos de exploración, geotecnia, localización y perforación que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos petroleros y gas que se encuentren en el subsuelo y la plataforma marina.

III. Los proyectos integrales o llave en mano, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total, incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia de tecnología.

IV. Los trabajos de exploración, localización y perforación distintos a los de extracción del petróleo y gas; mejoramiento del suelo y subsuelo; desmontes, extracción y aquellos similares, que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo.

V. Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales.

VI. Los trabajos de infraestructura agropecuaria.

VII. La instalación, montaje, colocación o aplicación, incluyendo las pruebas de operación de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, siempre y cuando dichos bienes sean proporcionados por la convocante al contratista; o bien, cuando incluyan la adquisición y su precio sea menor al de los trabajos que se contraten.

VIII. Todos aquellos de naturaleza análoga.

2. *Formas de gestión de la obra pública*

Diversas pueden ser las formas de gestión de la obra pública, entre las cuales destacan la administración directa, el contrato de obra pública y la concesión de obra pública.

A. *La administración directa*

Para la ejecución de obra pública de escasa cuantía y que no requiere de equipo complejo ni de personal altamente especializado, como puede ser la referida al bacheo y mantenimiento del pavimento de la calles, por ejemplo, es recomendable la administración directa y el empleo de mano de obra y materiales de la región, sin perjuicio de alquilar el equipo y maquinaria adicionales necesarios y contratar los servicios de fletes y acarreos de materiales que no pueda realizar la administración pública con equipo de transporte propio.

B. *El contrato de obra pública*

La ejecución de obra pública mediante el esquema contractual ortodoxo implica la celebración del contrato administrativo por antonomasia, cual es el de obra pública, al que entendemos como el negocio jurídico bilateral sujeto a un régimen jurídico especial, celebrado por la administración pública con un contratista con el propósito de que éste, mediante el pago de un precio, realice ciertos trabajos de uti-

lidad pública encaminados a modificar o afectar al Estado, la forma o la situación física que guarda un inmueble al momento de celebrar dicho negocio contractual.

C. *La concesión de obra pública*

Otra forma de gestión de la obra pública viene a ser la concesión de la misma, en cuya virtud la administración encarga a un particular la ejecución de la obra a costa y riesgo de éste y le confiere su explotación durante un plazo determinado con el fin de que recupere la inversión realizada, el importe de los intereses respectivos, la suma de los gastos de operación y mantenimiento realizados, y obtenga, además, una utilidad.

Trátase, en el fondo, de un contrato de obra pública aunado a la concesión de un bien del dominio público, cual es la obra pública una vez concluida, esquema que permite al concedente realizar dicha obra sin emplear sus recursos, habida cuenta que será el concesionario quien realizará la inversión requerida.

V. TEORÍA JURÍDICA DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS RESIDUALES DEL ESTADO

Además de las actividades relativas a las funciones públicas, a los servicios públicos y a las obras públicas, el Estado puede realizar otras que pueden agruparse bajo la común denominación de actividades económicas residuales, a sabiendas de que en el ejercicio de la función pública, en la prestación de servicio público y en la ejecución de obra pública, el Estado realiza actividades inscritas también en el ámbito de la economía, de ahí la calificación de actividades económicas residuales, para aludir a las que no atañen a la función, al servicio o a la obra de carácter público, entre las cuales se pueden distinguir dos tipos, a saber: las de interés público y las simples.

1. *Actividades económicas de interés público*

De las actividades del Estado agrupamos bajo la denominación de actividades económicas de interés público, las que sin implicar ejercicio de función pública, prestación de servicio al público, ni ejecución de obra pública, se ubican en los más altos niveles de sus objetivos por ser desarrolladas en las áreas estratégicas del país; a este respecto el párrafo cuarto del artículo 25 constitucional reserva al Estado el desempeño de las actividades a desarrollar en las áreas estratégicas señaladas en el párrafo cuarto del artículo 28 constitucional, cuales son las relativas al petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radiactivos y generación de energía nuclear.

2. *Actividades económicas simples*

Consideramos como actividades simples del Estado aquellas ordinariamente desempeñadas por los particulares, pero que el ente estatal llega a realizar subsidiariamente, ante la ausencia, la insuficiencia o la ineficiencia de los particulares.

VI. EPIFONEMA

El carácter viene a ser la condición, la índole, el signo, el rasgo, o en fin, el conjunto de signos, rasgos o circunstancias que distingue a una cosa u objeto y lo hace fácilmente reconocible entre los demás; cuando varias cosas presentan los mismos caracteres, integran una categoría de la que se puede tener una noción abstracta y general, por lo que todas y cada una de ellas se pueden entender de la misma manera, por ser de igual condición.

Como acabamos de ver, en el universo de actividades del Estado podemos distinguir las que son de carácter esencial —sin cuya realización el Estado tiende a desaparecer—, y, además, de carácter unilateral —implican el ejercicio de la po-

testad, del imperio, de la autoridad, o, en alguna medida, de la soberanía del Estado—; y el interés que persiguen o las orienta es de carácter público; las actividades estatales así caracterizadas conforman una categoría jurídica específica bajo la común denominación de función pública.

Al lado de la categoría jurídica de la función pública figuran, entre otras, la del servicio público y la de obra pública, distintas todas entre sí, sin que una actividad estatal o municipal pueda ser simultáneamente función pública, obra pública y servicio público, porque dados los caracteres diferentes de esas categorías jurídicas, si es servicio público no podrá ser a la vez función pública ni tampoco obra pública. La función pública se ejerce o desempeña, el servicio público se presta o proporciona, en tanto que la obra pública se realiza o ejecuta.

Empero, tales categorías no son propias de una cuestión puramente doctrinal o relativas a una discusión meramente bizantina, sino que en la práctica la confusión de esas categorías puede 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 ocurre, en cambio, con los servicios públicos; así, en el ámbito federal, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 constitucional, la prestación de los servicios públicos, al igual que la explotación, el uso y aprovechamiento de los bienes de dominio de la Federación, pueden ser concesionados por el Estado, con sujeción a las leyes, salvo las excepciones que las mismas prevengan.

De lo anterior resulta que el ejercicio de la función pública legislativa, al igual que el de la jurisdiccional, el de la administrativa y el de las funciones públicas emergentes, no se puede concesionar, a diferencia del servicio público, respecto del cual sí está prevista constitucional y legalmente la posible concesión de su prestación, y, de hecho, en diversos casos se encuentra concesionado a particulares.

Muestra de semejante confusión es la reforma de 1983 al artículo 115 constitucional, al considerar como servicios públicos a las funciones públicas de seguridad pública y de tránsito, lo mismo que a las obras públicas de calles, parques y jardines, situación que se complicó con la reforma de 1994 al artículo 21 constitucional, que a partir de entonces reconoció a la seguridad pública como una función pública, en contraposición al artículo 115 constitucional que la siguió considerando como un servicio público.

La desafortunada reforma de 1999 al artículo 115 constitucional, lejos de corregir los errores en que incurrió la de 1983 al considerar como 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 no sólo siguió considerando como servicios públicos municipales a dichas funciones y obras públicas junto con los auténticos, sino que además incurrió en el absurdo de considerarlos simultáneamente, a unos y otros, como funciones públicas, toda vez que la fracción III de dicho numeral 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, 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. Así mismo, 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 primero. 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 segundo. 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 tercero. 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 asumirlo, 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 90 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 cuarto. 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.

...

Dado en la Sala de Comisiones del Palacio Legislativo de San Lázaro a los catorce días del mes de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Como puede observarse, el rubro relativo a seguridad pública y tránsito quedó identificado como "Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito". Cabe señalar, para enfatizar la confusión y contradicción generadas por esta modificación del artículo 115 constitucional, que para el artículo 21 de la propia ley fundamental, la seguridad pública sigue considerada exclusivamente como función pública.

Conforme a la nueva redacción del encabezado de la fracción III del artículo 115 constitucional: “Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:”, la cual resulta confusa e imprecisa, pues tanto puede inducir a considerar a todos sus *items* simultáneamente funciones públicas y servicios públicos —tal fue el criterio de la Comisión Dictaminadora del Poder revisor de la Constitución respecto de dicha reforma de 1999 del artículo 115 constitucional—, como indicar que algunos de los *items* de la fracción son servicios públicos y otros son funciones públicas, sin aclarar cuáles son unos y cuáles son otras, pese a que las calles, como los parques y jardines, y su equipamiento, no son ni unos ni otros, sino obras públicas.

De lo anterior podemos concluir que por confundir las categorías jurídicas de función pública, servicio público y obra pública, las reformas a la fracción III del artículo 115 constitucional, y la adición a la misma de un párrafo tercero, efectuadas en 1999, vienen a agregarse a la ya larga lista de modificaciones inconvenientes a nuestra ley fundamental

Importa pues 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 económicas, realizadas por el Estado que hemos calificado de residuales, ya sean éstas de interés público o simples.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, UNAM, 1975.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar; Cuétara J. M. de la et al., *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- BERTHELEMY, Henri, “Defense de quelques vieux principes”, *Melanges Maurice Hauriou*, París, 1929.

- BEYME, Claus von, *Teoría política del siglo XX. De la modernidad a la postmodernidad*, Madrid, Alianza Universidad, 1994.
- BIDART CAMPOS, Germán, J., *El derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, EDIAR, 1967.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1973.
- CABO DE LA VEGA, Antonio, *Lo público como supuesto constitucional*, México, UNAM, 1997.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1980.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, trad. de José Lión Depetre, México, Fondo de Cultura Económica, 1948.
- DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967.
- DUGUIT, León, *Traite de Droit constitutionnel*, 3a. ed., París, 1930.
- FAYT, Carlos S., *Sufragio y representación política*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *El Estado empresario*, México, UNAM, 1982.
- FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 35a. ed., México, Porrúa, 1997.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1995.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de derecho administrativo*, 2a. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971.
- GRANONI, Raúl A., *El control de los gastos públicos*, Buenos Aires, Editorial Argentina de Finanzas y Administración, 1990.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti, 2a. ed., México, Compañía Editorial Continental, 1958.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1979.

- LANZ CÁRDENAS, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- MIJANCOS, María de la Luz, "El control del presupuesto desde una perspectiva jurídica", *El control de las finanzas públicas*, México, Centro de Estudios para la Reforma del Estado, 1996.
- PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, *El control del gobierno: función del "Poder Legislativo"*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1996.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Ciencia política*, 4a. ed., México, Porrúa, 1978.
- , *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1981.
- SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998.
- XIFRA HERAS, Jorge, *Curso de derecho constitucional*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1962.