

SERVICIOS PÚBLICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

PUBLIC SERVICES AND FUNDAMENTAL RIGHTS

KARLOS NAVARRO

Doctor en derecho por la Universidad de Salamanca, España.
Director del Instituto Iberoamericano de Estudio e Investigación de Nicaragua
karlosn@usal.es

Recibido em: 25.05.2017

Aprovado em: 30.06.2017

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Direitos Humanos

RESUMEN: El servicio público es una de las instituciones básicas del derecho administrativo. Sin embargo, no existe una definición estable de la misma. Por tal razón, el servicio público, al igual que la Administración, es fácil de describir, pero difícil de definir porque, al igual que ésta y que el ordenamiento jurídico que la rige, el Derecho Administrativo, es un producto histórico, que depende en buena parte de la idea que en cada momento se tenga del Estado, que es, a su vez, un elemento sometido a un continuo proceso de cambio y transformación. Todo ello provoca que el servicio público sea un elemento que va a variar al modificarse los fines que el Estado vaya asumiendo, en cada momento. Sin embargo, se han elaborados teorías o variables interpretativas y criterios de definición de la noción de Servicio Público, a través de la historia. El día de hoy, se reconoce, el servicio público, como un derecho humano, lo que ha justificado su universalidad, igualdad o uniformidad, regularidad y continuidad, en su prestación.

PALABRAS CLAVE: Servicio público – Derecho humano – Derecho fundamental – Universalidad – Igualdad – Uniformidad – Continuidad Nuevo servicio público.

ABSTRACT: Public Service is one of the fundamental pillars of Administrative Law. Yet, it still lacks a stable definition. Therefore, public service, as well as Public Administration, is easy to describe, but difficult to define because, just as is the case with public service and the legal framework that governs it, Administrative Law is a product of history and it depends largely on the idea one has about the State, which is subject to an ongoing process of change and transformation. As a result, public service is an element that changes as the purposes of the State also change in different moments. Nevertheless, different theories, or interpretation variables and definition criteria, about the definition of Public Service throughout history. Nowadays, public service is recognized as a human right, which justifies its universality, equality or uniformity, regularity and continuity.

KEYWORDS: Public service – Human rights – Fundamental rights – Universalidad – Equality – Uniformity – Continuity – New public service.

SUMÁRIO: 1. El servicio público: un concepto en permanente discusión. 1.1. Una noción en evolución constante. 2. La necesidad de un concepto jurídico. 2.1. Teorías o variables interpretativas de la noción de Servicio Público. 2.1.1. El esquema de DROMI y ALBI. 2.1.2. La teoría del interés general. 2.1.3. La teoría de la necesidad colectiva. 2.1.4. La teoría de la actividad esencial. 2.1.5. La teoría de la obligatoriedad de la prestación. 2.1.6. La teoría de los monopolios naturales. 2.1.7. La teoría del servicio al público. 3. Criterios para la definición del servicio público. 4. Principios o reglas del servicio públicos. 4.1. Continuidad. 4.2. Regularidad. 4.3. Uniformidad o igualdad. 4.4. Generalidad. 4.5. Obligatoriedad. 5. El nuevo servicio público.

El acceso a un servicio público ha sido reconocido como un derecho humano, tanto en el derecho interno de los Estados como en el aspecto internacional, a través del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, hay que diferenciar, “derechos humanos”, “derechos fundamentales”¹ y “garantías individuales”². Los derechos humanos son prerrogativas inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo. El derecho fundamental, dentro de cualquier sistema jurídico, será aquel que se encuentra previsto en el texto superior de un Estado, en específico, en la Constitución y los tratados internacionales, ya que éstos constituyen “Ley Suprema”, conforme al mandato constitucional. Y, las garantías individuales constituyen el mecanismo de protección de un derecho humano.

Al reconocer el servicio público, como un derecho humano, quiere decir que toda persona deberá tener acceso a dicho servicio, sin que se pueda imponer costo o traba de cualquier tipo o género. Estas necesidades sociales y su

1. Eduardo Soto Parra define a los derechos constitucionales como la predeterminación constitucional de la conducta del Estado debida a un individuo en situación de exclusividad, se trata de una actividad humana, imperativamente protegida que genera un interés propio, excluyente y de titularidad diferenciada y que habilita a exigir una prestación también diferenciada, edificado sobre el reconocimiento de un poder de un sujeto concreto frente a otro (que generalmente es el Estado o la administración), imponiéndole a este obligaciones o deberes en su interés propio, que puede pedir hasta con tutela judicial. Soto Parra, Eduardo, “Derechos de los administrados ante los servicios públicos”. Servicio público. Balance y perspectivas, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1999.
2. La relación entre derechos humanos y garantías individuales, un interesante comentario lo realiza Héctor Fix-Fierro, al señalar que los derechos humanos son una categoría superior al de garantías individuales, y éstas constituyen el reconocimiento de un derecho humano por el Estado. Fix-Fierro, Héctor, “Comentario al artículo 1o. constitucional”, en Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones, 4ª. ed., México, H. Cámara de Diputados-LV Legislatura, Miguel Ángel Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004, p. 7.

servicio público; y todo este proceso tuvo como consecuencia un cambio de modelo, que en palabras de ARIÑO ORTIZ, consiste “esencialmente en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de “servicios universal”, pero no con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados no ciudadanos cautivos). Por supuesto, en este segundo modelo no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad que se trate”.

El nuevo modelo de ordenación jurídico-económico, ha traído consigo, además nuevas autoridades (Gobiernos y “reguladores independientes”), protagonistas (empresas privatizadas) y nuevas normas e instituciones.

En este proceso, la Administración adquiere un nuevo papel sumamente importante: regular, supervisar y controlar los mercados para garantizar su funcionamiento conforme al principio de libre competencia e incluso, ahí donde la tendencia natural es el monopolio u oligopolio, para crear las condiciones de un auténtico mercado de competencia”.

De esta forma, la actividad del Estado se transforma, pasa de ser prestatario, a un actor imparcial con varias tareas a su cargo: promover la libre competencia en los sectores en que ésta puede darse y servir de árbitro en el juego de intereses que se genera entre usuarios, prestatarios, etc.

Todo este proceso exige la aprobación legislativa de leyes denominadas normas de organización y procedimiento, idóneas y necesarias para hacer posible, en este caso, la libertad de elección del usuario, el servicio universal, la libertad de competir de los operadores de los servicios públicos.

Esta nueva concepción del servicio público trata de conciliar, por una parte, la instauración de “un sistema más eficaz y competitivo”, y por otro, la garantía de un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho, a través del servicio universal. A través de la introducción de la competencia en los servicios públicos lo que se pretende es precisamente mejorar la eficiencia del sistema en beneficio de todos, especialmente de los consumidores.

Este modelo se rige, por la separación de actividades del sector, y con ello se busca que una actividad que ha operado en monopolio en un mercado, de

3) y 4) Libertad de contratación y formación competitiva de los precios: Este principio significa que las empresas gestoras de los servicios competitivos, tiene libertad para operar bajo principios comerciales (comprar y vender; importar y exportar; extender sus actividades a otras áreas, libertad de fijación de precios a sus clientes) sujeto sólo a límites o restricciones generales aplicables a todas las empresas de mercado. La función del regulador es el garantizar el respecto a las reglas en la formación competitiva de precios y actuar contra prácticas restrictivas de la competencia. d) Libertad de inversión: Esta consiste en la plena libertad para diseñar o realizar inversiones cuya rentabilidad quedará al riesgo y ventura del inversor. No se limita beneficios ni pérdidas.

Con lo que respeta a las actividades no competitivas, se caracteriza por las notas siguientes:

1) Instalación y gestión de infraestructuras: Las infraestructuras son de uso común, y sobre las mismas los distintos operadores pueden ofrecer servicios variados, distintas modalidad de transporte, distintos horarios, distintas modalidades de suministros (Ferrocarril: uso de estaciones y vías; transporte aéreo: aeropuertos y servicios portuarios; energía eléctrica: redes de alta tensión; telecomunicaciones: redes de cables y red telefónica; petróleo y gas: oleoductos y gasoductos).

La importancia de las redes e infraestructuras esenciales, radica en que son la vía física por medio de la cual se materializa el mercado. Se define a las infraestructuras en red, como aquéllas “instalaciones de valor estratégico, ramificadas por le territorio y con conexión física entre sus extremos, caracterizadas por su configuración unitaria al estar entrelazadas, su capacidad limitada y su duplicación antieconómica debido a su altos costos de implantación todo lo cual constituye conductos de paso obligado para participar en un determinado mercado de interés general”.

La red es la clave del mercado, y su regulación debe de tener las siguientes características: a) Gestión autónoma, b) Estatuto jurídico de las redes y acceso a terceros, c) un nuevo concepto de propiedad que afecta al uso público, en la que se separa propiedad y uso, y aparece un nuevo tipo de propiedad vinculada por su destino, por su uso y no por su titularidad.

2) Servicio universal: El servicio universal integra aquellas prestaciones a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta, por lo que la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicios al que todos tienen derecho. En este tipo de servicios no hay competencia, porque no hay oferta. En este caso la regulación interviene imponiendo obligatorias prestaciones a cualquiera de los operadores del sector. Para ARIÑO ORTIZ este planeamiento ha supuesto una radical transformación del concepto de servicio público”. La apertura de los servicios a la competencia y al mercado, se

caracteriza por lo siguiente: a) La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél. Es necesario precisar en cada sector cuales son las obligaciones o cargas de servicio público; es decir de servicio universal obligatorio para el operado garantice el interés general. b) Abandono del concepto de reserva: Es decir se abandona el concepto de titularidad de la actividad a favor del Estado, y se introduce la idea de actividad reglamentada.

3) Sustitución de un régimen cerrado y en exclusiva por un régimen abierto, en el que basta una autorización para entrar en el sector. Sin embargo, se le imponen obligaciones y cargas de servicio, en la medida que haya que determinadas prestaciones al público, que se impondrá de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector, ya se unilateralmente por la norma reguladora del servicio, o contractualmente, pactándolo en cada caso con los distintos operadores.

4) Régimen de los precios. Este tema siempre ha resultado polémico. En el sistema de servicio público, éste se regulaba fundamentalmente entre el regulador y el regulado. En el nuevo modelo los precios de las prestaciones y servicios serán determinados por el propio mercado, y en otros, regulados de acuerdo si existe o no competencia real. La revisión del control de ha de caracterizarse por su estabilidad y no por su flexibilidad.

5) Las empresas de servicio público. Las empresas privatizadas de servicio público no representan solamente un negocio privado, donde lo importante es los beneficios y abaratamiento de los precios al consumidor, sino que tiene una dimensión pública, y la actitud del regulador y del juez debe de observar por su austeridad y moderación en la retribución de directivos y accionistas, como por su fortaleza y buena cotización en el mercado.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro, de Alexandre Santos de Aragão – *RT* 859/11-37 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 5/53-88 (DTR\2007\334); e
- O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais, de Fernanda Pereira Amaro – *RDCI* 50/115-138 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 5/117-143 (DTR\2005\53).

