

# EL RÉGIMEN DEL SERVICIO PÚBLICO EN LOS ORDENAMIENTOS PÚBLICOS GLOBALES

JUAN M. GONZÁLEZ MORAS

## I. INTRODUCCIÓN

El régimen del servicio público ha ingresado, en el caso argentino, en una cuarta etapa histórica de su regulación.

Históricamente, puede esquematizarse el derrotero de la regulación del servicio público nacional, señalando que, del original régimen de intervención estatal en el marco del desarrollo de las constituciones económicas liberales, hemos pasado a un esquema puramente estatista –vinculado o asociado al despliegue de la función social de la propiedad– para culminar, hacia finales del siglo xx, en la búsqueda de un servicio público económico liberalizado, es decir, entregado casi por completo a un esquema de oferta y demanda de mercado (todo lo cual puede ser resumido bajo el ideario y el esquema regulatorio de la llamada *reforma del Estado*).

A partir de allí, creemos que asistimos al final de aquel último ciclo histórico y asistimos al comienzo de otro, en el cual el régimen del servicio público cambiará su eje discursivo y su anclaje jurídico.

Ello, fundamentalmente, por la modificación del sistema constitucional de fuentes de Derecho Público, a partir del fenómeno de la internacionalización del ordenamiento jurídico nacional<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Hemos analizado el tema del nuevo sistema de fuentes internacionales, al menos, en: JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, “La Internacionalización del Derecho Administrativo argentino. Principales causas y consecuencias”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXIX-348, “XXXII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. ‘El Derecho Administrativo argentino. Actualidad y perspectivas’”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, ps. 15 y ss.; “El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXVIII-336, “XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. ‘El proceso contencioso administrativo’”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, ps. 115 y ss.; “Los Tratados de Derechos Humanos y su

El contexto, por el desarrollo de un profundo proceso de transformación del derecho internacional, marca que el Estado nación y su concepción de legalidad, se encuentran, actualmente, seriamente cuestionados en el marco de la conformación de los denominados *ordenamientos públicos globales* o *espacios jurídicos globales*<sup>2</sup>.

Ello deviene en la imposibilidad, como veremos, de seguir considerando al servicio público como mero título de intervención (*potestas*) o, por el contrario, un título vinculado a la idea de propiedad privada.

En efecto, en este marco conceptual y regulatorio se debatirán, pues, las cuestiones relativas a las condiciones de aplicación (en forma obligatoria y directa), en las jurisdicciones nacionales, de normas y procedimientos de fuente internacional o supranacional (según el caso), que tienden a llevar adelante *cometidos* públicos que, en definitiva, no son establecidos de manera unilateral por los propios Estados nacionales.

Será, también, el marco en el que se harán visibles las evidentes tensiones que existen entre los distintos tipos de ordenamientos (sean en sus normas originarias o derivadas) de fuente internacional o supranacional<sup>3</sup>.

---

incidencia en el Derecho Administrativo Argentino”, *Revista Documentación Administrativa* N° 267-268, Madrid, 2004; “La responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de derechos humanos”, en “El Derecho administrativo hoy. 16 años después”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2013, ps. 447 y ss. La idea de que estamos atravesando una cuarta etapa en la regulación del servicio público ha sido expuesta también por Alberto Bianchi, aunque partiendo de ideas y llegando a conclusiones distintas a las nuestras; ver, en este sentido: ALBERTO B. BIANCHI, “Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)”, *Rev. Derecho Administrativo*, LexisNexis, 2005, año 17, Buenos Aires, 2005, ps. 499 y ss.

<sup>2</sup> SABINO CASSESE, *La crisi dello Stato*, Editori Laterza, Bari, 2002; en español: *La crisis del Estado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003; *Lo spazio giuridico globale*, Editori Laterza, Bari, 2003; y *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2006. JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, “Procedimientos administrativos especiales en el marco de los ordenamientos públicos globales”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXXII-383, “XXXV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, ps. 327 y ss.

<sup>3</sup> J. R. CAPELLA, ha llamado la atención sobre las condiciones (y consecuencias) que pueden delimitar un aspecto fundamental de las bases estructurales de la transformación que enfrentan los Estados nacionales, al señalar que: “...El campo de poder contemporáneo... está constituido por la interrelación de un soberano privado supraestatal difuso y –puesto que se mantiene la base territorial de asentamiento del poder– un ‘estado permeable’ o unas ‘asociaciones estatales’ permeables, abiertas o porosas (como puede ser la Unión Europea) [...] El nuevo campo de poder de la mundialización produce un derecho dual. El derecho aparece como deprimido bajo el azote de las políticas de desregulación. ‘Desregulación’ no significa ausencia de normas. Todo lo contrario. Las normas subsisten, y para la mayoría de las poblaciones resultan mucho más gravosas que en la etapa anterior. La desregulación tiene en realidad dos aspectos

Ello, porque, a pesar de que, en todos los casos, tendremos a la persona humana (y, por extensión, a las personas jurídicas) como sujetos de derechos internacional, protegidos por estas normas frente a sus propios Estados nacionales, aquello que variará de un ordenamiento internacional o supranacional a otro, serán los *bienes* jurídicos protegidos en cada caso.

La actual superposición de regulaciones vinculadas al servicio público nos presenta, justamente, un claro ejemplo de ello<sup>4</sup>.

El régimen actual del servicio público (a nivel constitucional) prevé un eje central que tiende a sostener un régimen jurídico que pone en el centro al usuario, a partir de un claro mandato: la necesidad de su tutela jurídica y económica como medio de garantizar otros derechos fundamentales y, en el fondo, su dignidad como persona humana.

Este panorama genera la necesidad de estudiar un nuevo esquema de regulación constitucional y, por ende, legal y reglamentaria.

Entre otras cosas, para intentar superar la visualización del actual *estado de cosas* como un cúmulo de *anomalías*, y entrever lo que, en realidad, puede ser el germen de un nuevo servicio público.

Para ello, recordaremos, en primer lugar, las principales líneas constitutivas de cada una de las primeras tres etapas del régimen del servicio público para, luego, abordar el planteo general y particular de las condiciones, presupuestos y normas que generan, a nuestro entender, el germen del nuevo régimen del servicio público como derecho social.

Revisión histórica que, por su parte, nos resulta fundamental, en tanto en cada una de sus fases o pasajes, el régimen del servicio público ha ido toman-

---

fundamentales: *a*) en el plano del derecho de los estados abiertos, o de las asociaciones regionales de estados abiertos, la desregulación tiene el significado general de un desplazamiento de la capacidad de normar hacia la esfera privada, de traslado del peso de las obligaciones hacia los sujetos más débiles (cargando finalmente con él quienes no están en condiciones de transferirlo a su vez), y de liberación de cargas o deberes del empresariado, y en general de los capitales; *b*) en el plano de la soberanía privada supraestatal difusa, el derecho toma la forma de una nueva *lex mercatoria* metaestatal, establecida y garantizada por los grandes sujetos económicos transnacionales, previamente negociada por grandes gabinetes jurídicos que actúan en numerosos países a la vez...". JUAN RAMÓN CAPELLA, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Trotta, Madrid, 1997, ps. 257 y 258 y 267 a 274.

<sup>4</sup> Hemos tratado esta temática en: JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, "El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXXI-361, "XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo", Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 395 y ss. Desde otra perspectiva, ver: JORGE LUIS SALOMONI, "Sistema jurídico, emergencia, conflicto de derechos y revisión de las tarifas de los servicios públicos", en RICARDO LUIS LORENZETTI, *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, La Ley, Buenos Aires, 2002.

do, abandonando y recuperando, sucesivamente, elementos y concepciones que se han forjado, necesariamente, en los distintos contextos históricos y socio culturales, que, desde ya, no podrían ser desconocidos ni totalmente desechados en un nuevo régimen.

Encontrar allí, en la historia, los puntos de fuga, para poder ubicar, entonces, las líneas de quiebre y, en su caso, de continuidad, de un régimen jurídico tan complejo y rico en matices.

## II. SOBRE EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

Hemos señalado en otra oportunidad que el concepto de servicio público remite, desde sus primeras manifestaciones, a una forma o tipo de actividad estatal, tendiente a la satisfacción de necesidades materiales de la sociedad<sup>5</sup>.

Actividad estatal que, por su parte, se inscribe, necesariamente, en una determinada teoría del Estado<sup>6</sup>.

En función de ello, la noción de servicio público, en efecto, debe ser estudiada, al menos, con relación a:

a) una teoría del Estado, que involucra: I.- Una teoría del poder en cuanto a sus formas y fundamento; II.- Los elementos constitutivos del Estado;

<sup>5</sup> Por nuestra parte, hemos conceptualizado al servicio público, señalando que: “El ‘servicio público económico’, en nuestro régimen jurídico, y de acuerdo con los argumentos desarrollados anteriormente, puede ser definido como toda actividad económica desarrollada con obligatoriedad por parte del Estado o por sujetos particulares especialmente habilitados, en un régimen de Derecho Público subordinado al cumplimiento efectivo de los derechos y garantías reconocidos en los arts. 42 y 43 de la Constitución nacional, que tiene por objeto la prestación o erogación de servicios en forma continua y de acuerdo con las condiciones de cantidad y calidad que legalmente se impongan, a precios controlados y accesibles, con el fin de satisfacer necesidades materiales que por su incidencia económica o social se constituyan en medio para alcanzar el bienestar general de la colectividad, y cuyo sujeto acreedor es el usuario actual o potencial del mismo, en su calidad de contribuyente del erario público.”, JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, “El concepto de servicio público”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXVI-309, “XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. ‘Las bases constitucionales del Derecho administrativo’”, Ediciones Rap, 2004, ps. 185 y ss.

<sup>6</sup> JORGE L. SALOMONI, *Teoría general de los servicios públicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 325 y ss. Para LUIS MIGUEZ MACHO, “...el aspecto conceptual del servicio público que parece que deba ser resaltado ‘...es su vertiente finalista o teleológica de carácter garantista, consustancial a la institución desde el momento de su nacimiento [...] El servicio público aparece así caracterizado como una técnica jurídica dirigida a garantizar a los individuos prestaciones de carácter económico y social que son consideradas esenciales por el Poder Público en un momento histórico dado...’”, en *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1999, p. 106.

III.- Las formas del Estado en cuanto a su extensión (Estado máximo y Estado mínimo); y IV.- La continuidad del Estado y su configuración futura;

b) la indagación del grado de intervención del Estado en la economía y, por ende, el grado de autonomía de la sociedad respecto al Estado;

c) como técnica de garantía de los Derechos Humanos;

d) y, finalmente, como concepto técnico jurídico, administrativo, en el que se describe la prestación de una actividad que atiende a la satisfacción de necesidades públicas.

Partiendo de allí, pero ciñéndonos a la cuestión puntual de la delimitación del concepto jurídico del servicio público, debemos señalar que la idea o noción básica que encierra la fórmula sufrirá, en el tiempo, innumerables reconsideraciones e interpretaciones, fundamentalmente por influjo de la doctrina del Derecho Administrativo europeo, en el intento de deslindar su alcance, contenido conceptual y aplicación posible<sup>7</sup>.

Así, las primeras caracterizaciones del mismo en tanto *actividad o prestación de la Administración* (del Estado en su complejidad organizativa), harían lógico hincapié —a la hora de tratar de ubicar la actividad en la esfera del Derecho público o del Derecho privado— en la presencia del poder público, representado por la Administración.

Esta noción devendría, pues, en teorización *subjetivista* del servicio público, en tanto lo caracterizaba, lo reconocía, solo a partir —y a través— de la presencia en su gestión de una persona de Derecho Público<sup>8</sup>.

Recuerda OYHANARTE que existe, también, una concepción formal del servicio público que “...asigna importancia casi excluyente al procedimiento organizativo del servicio público y a las cláusulas que lo constituyen...”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Para una evolución del concepto de servicio público, véase: LUIS MIGUEZ MACHO, “Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios”, op. cit. Por su parte, E. PICOZZA, en su *Diritto Amministrativo e Diritto Comunitario*, G. Giappichelli Edit., Torino, 1997, ps. 193 y ss., recuerda que: “...en Italia la doctrina se ha atormentado sobre la cualificación subjetiva u objetiva del servicio público, sobre la relevancia empresarial de muchos servicios públicos, sobre el concepto de servicio público esencial, etc. Un punto común de estas definiciones es hallable en la circunstancia señalada por la mejor doctrina (Giannini), de que todas estas actividades presentan en la disciplina del derecho positivo una indiscutible inherencia de intereses públicos...”. Por su parte, para el desarrollo de la noción “objetiva” de servicio público es esencial: U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964. Según este autor la noción de servicio público “objetivo” debe ser estudiada a partir de su conceptualización receptada principalmente en los arts. 43 y 41, inc. 3 de la Constitución italiana.

<sup>8</sup> OYHANARTE sostiene en este sentido que la concepción subjetiva del servicio público “...selecciona como elemento primordial al órgano o sujeto encargado de la prestación del servicio, así como el acto administrativo mediante el cual se lo habilitó...”, JULIO OYHANARTE, *La expropiación y los servicios públicos*, Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 39.

<sup>9</sup> JULIO OYHANARTE, op. cit., p. 39.

La tesis, sostenida principalmente por JÉZE, apunta, así, como elemento caracterizante del servicio público al “...régimen jurídico especial...” que lo constituye<sup>10</sup>.

Luego, y a partir, por una parte, de la expansión de la actividad prestacional administrativa (y por ende de la creciente confusión o yuxtaposición conceptual de dichas actividades) y, por otra, de la *delegación* de servicios públicos para su prestación por parte de sujetos privados (aplicación de técnicas concesionales a la esfera del servicio público), comenzará a analizarse esta problemática no ya a partir de los singulares sujetos implicados, sino especialmente a partir de las propias actividades desarrolladas; es decir, se tratará de *objetivizar* o *materializar* el reconocimiento conceptual de las *actividades-servicio público*.

En definitiva, y como fruto de esta evolución, se llegará a una particular noción del mismo que, combinando elementos de las anteriores definiciones, terminará haciendo hincapié en la técnica de *organización* de aquellas actividades económicas socialmente esenciales<sup>11</sup>.

Ahora bien, esta discusión histórica (y tradicionalmente nacional, como el Derecho Administrativo al cual accede), debe, necesariamente, a nuestro entender, ser ampliada en virtud de las relaciones que se establecen en el texto constitucional reformado en 1994 entre el servicio público y los derechos y garantías a través de los tratados internacionales, especialmente en materia de derechos humanos, enmarcarse en la matriz de conformación de los denominados “ordenamientos públicos globales”<sup>12</sup>.

Ello, en tanto, las relaciones jurídicas reguladas por el régimen del servicio público (entre el Estado y los prestadores y entre estos y los usuarios del servicio), se hallan específicamente atravesadas por normas del derecho internacional de la integración o comunitario, del comercio y, como dijimos, de los derechos humanos.

<sup>10</sup> G. JÉZE, *Los principios generales del Derecho Administrativo*, 1928, ps. 283 y ss.

<sup>11</sup> En particular, la más reciente doctrina italiana de la cual son exponentes, entre otros: G. CAIA, “La disciplina dei servizi pubblici” en L. MANZZAROLLI, A. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993; y M. CAMMELI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli Edit., Rimini, II edición, 1999.

<sup>12</sup> SABINO CASSESE, *La crisi dello Stato*, Editori Laterza, Bari, 2002, ps. 14 y ss. En español, *La crisis del Estado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003; *Lo spazio giuridico globale*, Editori Laterza, Bari, 2003; GIACINTO DELLA CANANEA, “Los poderes públicos en el espacio jurídico global”, *Revista Actualidad en Derecho Público* N° 18-19-20, Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo de 2004.

a) *Implicancia constitucional: intervención del Estado. Creación de infraestructuras económicas. El servicio público en la constitución económica y el sistema de potestades estatales*

A nuestro modo de ver, el modelo de servicio público tuvo en Argentina, y desde su origen, un desarrollo plenamente autónomo, e incluso anterior, respecto de las ideas tanto europeas como angloamericanas<sup>13</sup>.

Ello es así, en tanto el Derecho Público argentino, a partir de la sanción de la Constitución nacional 1853, reconoció y reservó en el concepto de servicio público una noción polisémica que posibilitó, a la vez, por un lado, la designación de la casi totalidad de las funciones administrativas desarrolladas por el Estado nacional, y por otro, la regulación específica de actividades económicas puestas en la esfera de atribuciones del mismo Estado nacional<sup>14</sup>.

De esta manera, podemos afirmar que el concepto de servicio público desarrollado tanto a nivel constitucional, legislativo, jurisprudencial y doctrinario, fundamentalmente desde 1853 y hasta comenzado el siglo xx, adoptó para sí una amplitud y funcionalidad desconocidas hasta entonces en los modernos ordenamientos de Derecho Administrativo, tanto europeos como angloamericanos.

Ello, a su vez, teniendo en cuenta que, sin embargo, la aparición en nuestro país del concepto normativo de servicio público, en sentido amplio, debe retrotraerse al momento de la consolidación del llamado *derecho patrio*, desde 1810 hasta 1853, siendo utilizado, concretamente, por las Asambleas Constituyentes de 1813 y 1826<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Para un desarrollo completo de estas ideas, remitimos una vez más a: JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, *El concepto de servicio público*, op. cit.

<sup>14</sup> Ver en este sentido: JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, “El concepto de servicio público”, op. cit. Sobre el contexto jurídico que posibilitó este fenómeno, ver: JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, “Estado y Prosperidad: bases y puntos de partida para la invención de la nación argentina en la obra de Juan Bautista Alberdi”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, Nº 3, RAP, Buenos Aires, marzo de 2008.

<sup>15</sup> En efecto, y en primer término, tenemos al Decreto de la Soberana Asamblea General Constituyente, de fecha 6 de febrero de 1813, por el cual se dispuso que: “...el español europeo empleado que solicite ser ciudadano del estado, se le podrá admitir al goce de este carácter bajo las condiciones siguientes. [...] Primera. Deba acreditar de un modo fehaciente no solo una decidida adhesión a la sagrada causa de la libertad de la América desde la gloriosa revolución de estas provincias, sino el haber hecho esfuerzos y *servicios públicos*, e incontestables en su fomento y defensa...”. De la misma manera, el Decreto del Congreso General Constituyente que sesionaba como legislatura de la provincia de Buenos Aires, propuesto y comenzado a discutir en la sesión secreta del 25 de noviembre de 1825, y posteriormente aprobado, se dispuso: “Artículo 1.- El gobierno encargado del Ejecutivo nacional queda autorizado para buscar y admitir temporalmente un Jefe que forme y dirija la escuadra nacional [...] Art. 5.- Si el

El concepto de *servicio público*, a partir de aquellos antecedentes, luego de sancionada la Constitución nacional de 1853, y en toda la normativa, jurisprudencia y doctrina del Derecho Público vigente hasta comienzos del siglo XX, será aplicado:

a) como concepto general, para designar y dar contenido a la función administrativa estatal puesta a disposición del público; al interés público o general; a la titularidad pública o estatal de determinada competencia; para definir, en definitiva, la función pública en las normas generales y especiales de organización administrativa;

---

Jefe viniese de otra nación con permiso de su gobierno, y muriese en acción de guerra su mujer e hijos legítimos gozarán medio sueldo por vía de pensión, la primera por su vida, si no tomase nuevo estado; y en este caso, o de fallecimiento pasará a los hijos: de estos las mujeres la disfrutarán hasta que se casen, y los varones hasta la edad de veinte y un años, si antes no tomaran carrera en el *servicio público*". En la sesión del 24 de abril de 1826, al debatirse en el mismo Congreso General Constituyente, la "Adición al presupuesto de los gastos de policía para el año 1826" de la provincia de Buenos Aires, el Ministro de Gobierno expresaba que: "...haré al Congreso una observación que es importante para cubrir la responsabilidad del Gobierno desde hoy en adelante. El Gobierno hasta ahora no está en regla, ni puede estarlo: él parte del principio que no puede ser nuestra organización regular mientras que los gastos, que él haga, no estén decretados por la ley. Mas, ha entrado a desempeñar las delicadas funciones de un gobierno general de todo el territorio de la República con un presupuesto de gastos, tan diminuto que está casi limitado a los gastos del departamento de guerra y marina; pues en los de gobierno, hacienda y relaciones exteriores, es muy poco lo que hay, en razón de que todo se desempeñaba provisoriamente por el Gobierno de la provincia de Buenos Aires, con las dotaciones que a él estaban asignadas, y con consideración a las funciones que ejercía. Desde que se estableció el Poder Ejecutivo permanente, es necesario que vaya extendiendo su esfera acción mucho más allá de lo que podía extenderla el Gobierno provisorio que estaba establecido: por consiguiente en la necesidad de hacer mayores gastos, el gobierno no ha tenido por conveniente pedir una autorización para cada uno de estos gastos, porque sería tener ocupado al Congreso para cada uno de ellos. El los ha decretado según han demandado las necesidades del *servicio público*; y no podrá hacer más, que luego que tome un conocimiento exacto de todo, y que haya llenado los destinos que es indispensable para el *servicio general*, él presentará el presupuesto de gastos que él demande...". De la misma manera, en el mismo Congreso General Constituyente, al discutirse sobre los gastos "...para el servicio de la casa y Secretaría del Congreso General en el presente año de 1826...", se expresaba que: "...parece conveniente observar en cuanto a la indicación que se ha hecho, de valerse para ordenanza, de uno o de dos soldados de caballería, que el Gobierno por punto general ha visto el perjuicio que resulta de valerse de la tropa para estos destinos, porque los soldados se abandonan y desmoralizan, y por eso está mandado por punto general, que todos los ordenanzas de empleos civiles sean ordenanzas asalariados y no militares. Así es que en los juzgados de primera instancia, y tribunales de la Cámara, los ordenanzas tienen 200 pesos, sin mantener caballo, pues se les da uno del servicio público, que regularmente es malo y apenas puede hacer nada...", conf. E. RAVIGNANI, *Asambleas Constituyentes Argentinas 1813-1898*, Buenos Aires, 1937, T. 1, p. 7; T. 3, p. 1335; T. 2, ps. 1072 y 1073; y T. 2, ps. 1076 y 1077, respectivamente.

b) para dar cuenta del régimen de Derecho Público al que quedarán sujetos determinados bienes o cosas por “afectación” a la actividad pública;

c) designará, asimismo, el carácter que se le otorgará al *uso público* de determinadas obras de infraestructura como, por ejemplo, puertos y caminos.

d) Finalmente, y en sentido estricto, para designar y regular como tales, a actividades económicas que se consideraron públicas, que se ubicaron progresivamente bajo la órbita y responsabilidad del Estado, a pesar –incluso– de su gestión por sujetos particulares, siendo este el caso de los servicios de correos y mensajerías, ferrocarriles, telégrafos, faros, etc. Es decir, para designar a aquellas actividades que hoy denominaríamos *servicios públicos económicos*.

La posibilidad de que en esta etapa histórica del país se desarrollara de manera tan extraordinaria un concepto como el de Servicio Público, que solamente sería *descubierto* en todo su potencial por la llamada escuela francesa del servicio público hacia las primeras décadas del siglo xx, y con el alcance que acabamos de precisar, demuestra, claramente, no solo la coherencia entre una idea de Estado y de su acción administrativa, sino, fundamentalmente, la originalidad de nuestro Derecho Público, anterior a todo elemento que pudiera provenir, en aquellos momentos, tanto del Derecho Público norteamericano como francés o continental europeo<sup>16</sup>.

Derecho público nacional que, posteriormente, y ya a comienzos del siglo xx sería abrupta e incomprensiblemente obviado por los primeros tratadistas del Derecho Administrativo argentino, y por la Corte Suprema de Justicia nacional.

<sup>16</sup> Una de las figuras insigne de la llamada “Escuela del servicio público”, exponía, hacia mediados de la década de 1910 que: “La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público... Los hombres políticos dignos de este nombre están de acuerdo en reconocer que se ha producido un gran cambio en la noción del Estado; que el Estado no tiene solamente el derecho de mandar, sino que tiene también grandes deberes que cumplir [...] Las actividades cuyo cumplimiento se considera como obligatorio para los gobernantes constituyen el objeto de los servicios públicos. ¿Cuáles son esas actividades? ¿Cuál es su extensión exactamente? Imposible es dar a la cuestión una respuesta general. Ya en 1911 escribíamos: ‘¿Cuáles son las actividades cuyo cumplimiento constituye para los gobernantes una obligación? No puede darse a esta pregunta una respuesta determinada. Hay ahí algo esencialmente variable, evolutivo, desde luego; es hasta difícil fijar el sentido general de esta evolución. Todo lo que puede decirse es que a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta, y por lo mismo aumenta el número de servicios públicos...’”, LEÓN DUGUI, *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*, Heliasta, Buenos Aires, 1975, ps. 27 y ss.

1. *El servicio público como técnica de intervención en el sistema de potestades estatales. Servicio público y poder de policía*

Desde el punto de vista de la teoría del Estado constitucionalizada, el servicio público representa una especialización de la técnica genérica de intervención estatal en la economía que no es otra que el poder de policía<sup>17</sup>.

Más precisamente, del *poder de policía de prosperidad*, a través del cual se caracterizaban todas aquellas acciones y reglamentaciones emanadas del poder público, coactivas o no, e incluyendo actividades de prestación y fomento, encaminadas a lograr la *prosperidad* material de los súbditos y ciudadanos de las ciudades o comunas de los primeros Estados nacionales<sup>18</sup>.

En el siglo XIX, el poder de policía se afirma, en la doctrina del Derecho Público, como una técnica de *intervención* del poder público. Técnica que, genéricamente, puede visualizarse como reflejo de la potestad de *regulación* por parte del Estado de algunos aspectos de la vida de la “sociedad civil”, tanto en sus relaciones internas, como con el mismo poder público.

Poder de policía de prosperidad que, por lo demás, sería constitucionalmente incorporado en la denominada *cláusula de prosperidad*, actual art. 75 inc. 18<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Ver, en general: ADOLF MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editora Nacional, México, 1980. Edición original, Viena, 1927, p. 335. Para un estudio de la problemática vinculada específicamente al poder de policía y su relación con el servicio público, ver: JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, “Poder de policía de prosperidad y potestades de intervención del Estado argentino”, en *Revista Actualidad en Derecho Público* N° 14, Ad-Hoc, Buenos Aires, abril de 2001, ps. 129 y ss.; “Estado de excepción. Soberanía, Poder de Policía y Emergencia”, en *La radicalidad de las formas jurídicas. Críticas a la razón cínica*, AA.VV., Ediciones Grupo La Grieta, Buenos Aires, 2002, ps. 119 y ss.; y *Poder de policía global. Intervención y auto-determinación social en el marco de los ordenamientos públicos globales*, AA.VV.; Ediciones Grupo La Grieta, La Plata, 2003, ps. 51 y ss.

<sup>18</sup> Para un estudio del “Estado Policía”: OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, Depalma, Buenos Aires, 1982, T. I, ps. 47 y ss.

<sup>19</sup> Art. 75 inc. 18: Corresponde al Congreso: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales, de privilegios y recompensas de estímulo”; el art. 125, por su parte, establece: “Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento

Noción de *prosperidad* que evolucionará conceptualmente hacia la idea de servicio público, consolidándose en nuestro Derecho Administrativo como una *especificación de funciones administrativas*, deslindado tanto del poder de policía de prosperidad como de la más contemporánea idea de *función administrativa*.

Naciendo, de esta manera, y hacia mediados del siglo XIX, el concepto de servicio público económico.

### III. EL SERVICIO PÚBLICO Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

Ahora bien, aquello que nos interesa en el presente trabajo es, puntualmente, no ya la regulación del servicio público en el esquema de potestades estatales, sino, por el contrario, su relación con la esfera de derechos y garantías de los particulares.

En relación con ello, cabe adelantar que el sistema constitucional de 1853 no incorporó derechos o garantías específicamente vinculadas con el servicio público, limitándose a integrarlo conceptualmente a la noción de policía de prosperidad en el esquema de potestades estatales.

En realidad, la vinculación directa entre servicio público y parte dogmática de la constitución se producirá, en primer término, con la sanción de la Constitución nacional de 1949 y, posteriormente, con la reforma constitucional de 1994.

#### a) *Reforma constitucional de 1949. El servicio público en el marco de los derechos sociales. Ratificación de las potestades de intervención del Estado argentino y del servicio público*

En efecto, la reforma constitucional de 1949 introducirá en esta temática algunos cambios significativos.

Ello en tanto, si bien desde el punto de vista del sistema de potestades estatales la principal modificación consistirá en la prohibición de la *delegación* del servicio público o su prestación por particulares, confirmándose, por lo demás, el sistema hasta ese momento vigente de la Constitución de 1853, se producirá, por otro lado, una modificación sustancial del concepto de servicio público por efecto de su incorporación dentro del sistema de derechos y garantías constitucionales<sup>20</sup>.

---

de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios...”.

<sup>20</sup> Desde el punto de vista del sistema de potestades, se mantiene el régimen originario establecido por la Constitución de 1853, aunque especificando las potestades otorgadas al

En efecto, en la parte dogmática de la nueva constitución, denominada como “Principios Fundamentales”, el Capítulo IV sobre *La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica*, incorporará, entre otros, al art. 40 que dispuso: “...Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine...”<sup>21</sup>.

La importancia de la modificación que se había producido en el sistema de derechos y garantías constitucionales, es puesta de relieve por OYHANARTE al sostener que: “...las nuevas cuestiones y tensiones creadas por el desarrollo político-social contemporáneo reclaman nuevas ‘limitaciones efectivas’ [...]”

---

Congreso nacional a partir de la incorporación del texto del art. 68 inc. 13, por el cual correspondía a aquel: “Ejercer una legislación exclusiva sobre los servicios públicos de propiedad de la Nación, o explotados por órganos industriales del Estado nacional, o que ligen la Capital Federal o un territorio federal con una provincia, o dos provincias entre sí, o un punto cualquiera del territorio de la Nación con un Estado extranjero.” Por su parte, se incorporará el concepto de servicio público entre las atribuciones del Poder Ejecutivo, tanto en su acepción estricta –y correlativa a los arts. 68 incs. 13, 16 y 26– como genérica, en la tradición del derecho patrio que antes hemos desarrollado, vinculándolo a la idea general de servicios prestados a favor de la comunidad o del Estado. El art. 83 inc. 23 estableció que correspondía al Poder Ejecutivo: “Proveer lo conducente al ordenamiento y régimen de los servicios públicos a que se refiere el inc. 13 del art. 68”; y el inc. 21 del mismo artículo que: “No puede ausentarse del territorio de la Nación, sino con permiso del Congreso. En el receso de este, sólo podrá hacerlo sin licencia por graves objetos de servicio público”.

<sup>21</sup> Modificándose, correlativamente, de la Cláusula de progreso o prosperidad, anterior fuente constitucional del servicio público, la posibilidad de la concesión de “privilegios” a sujetos particulares en relación con las actividades públicas allí enumeradas. En efecto, el art. 68 inc. 16, prescribió que correspondía al Congreso: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, a la higiene, moralidad, salud pública y asistencia social, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ciencia, organizando la instrucción general y universitaria; promover la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables y el establecimiento de otros medios de transporte aéreo y terrestre; la colonización de tierras de propiedad nacional y de las provenientes de la extinción de latifundios, procurando el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación y la creación de nuevos centros poblados con las tierras, aguas y servicios públicos que sean necesarios para asegurar la salud y el bienestar de sus habitantes; la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la explotación de ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de franquicias y recompensas de estímulo”. Por otra parte, el servicio público sería formalmente asimilado a los establecimientos de “utilidad nacional”, al establecerse en el inc. 26 del mismo art. 68 como potestad del Congreso la de “Ejercer una legislación exclusiva sobre todo el territorio de la Capital de la Nación y en los demás lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, aeródromos, almacenes u otros establecimientos de servicios públicos o de utilidad nacional”.

Cada tramo recorrido en el campo del progreso técnico capitalista origina un nuevo riesgo para la libertad humana y, consecuentemente, exige una técnica defensiva. Frente a semejante comprobación ¿puede aceptarse, lealmente, que las ‘limitaciones efectivas a la acción gubernamental’ incorporadas en 1853 resultan hoy una garantía suficiente de la libertad? Ciertamente, no; no puede aceptarse [...]”, por lo que “...tan defensores de la libertad como el hábeas corpus, o el principio *nulla poena sine lege*, lo son la expropiación nacionalizadora de los servicios públicos y la planificación democrática [...] para garantizar la libertad [...] es necesario adicionar también, aún cuando no se ajusten a los cánones, reglas expresas, inviolables, que digan, verbigracia: el Estado no delegará en particulares la prestación de los servicios públicos, que constituyen sectores-llaves de la economía y del bienestar colectivos, sino que se reservará a la comunidad...”<sup>22</sup>.

El servicio público, así, se inscribe como una garantía constitucional, es decir, una técnica para garantizar el goce de los derechos de propiedad y libertad establecidos a favor de los ciudadanos<sup>23</sup>.

Algo que, increíblemente, había sido pensado por ALBERDI al insertar en su proyecto constitucional las *Garantías públicas de orden y progreso*, pero

<sup>22</sup> JULIO OYHANARTE, op. cit., p. 8 a 11.

<sup>23</sup> “La Reforma Constitucional instaura la prestación directa, por parte del Estado, de los servicios públicos esenciales; prohíbe, para lo futuro, la enajenación de su propiedad o el otorgamiento de concesiones para su explotación, y manda la conversión progresiva, por compra o por expropiación—cuando la ley lo determine— del régimen de concesiones de los servicios públicos en un régimen de prestación directa y exclusiva del Estado. La prestación de servicios públicos es una de las funciones principales del Estado, garante del bien común, y es propio, en consecuencia, que después de haber experimentado el fracaso del sistema de concesiones a privados debido a que la consideración del provecho individual empujaba a segundo plano la preocupación por el bien general, se reponga en manos del Estado las riquezas y funciones que originariamente le pertenecen. La llamada nacionalización de los servicios públicos y de las riquezas básicas de la colectividad, además de haber sido aconsejada por razones políticas, como la seguridad del Estado, y por consideraciones económicas, como el acrecimiento de la producción de esas riquezas —ya que para hacerlas rendir un máximo la técnica moderna exige una organización colectiva y amplia, sólo posible en manos del Estado—, ha sido movida también por la necesidad de convertirlos en instrumento de la reforma social. Porque la nacionalización o estatización de los servicios públicos —que es lo mismo— al suplantar el espíritu y la organización capitalista de su gestión, permite fijar el precio y la distribución del servicio no en procura del lucro privado, sino sólo por criterios de utilidad social, pues hoy el concepto de servicio público casi se identifica con todas las actividades productoras de bienes requeridos por el conjunto de la población, cada vez más numerosos gracias al progreso de la técnica, que puso a disposición de los hombres bienes antes reservados a pocos, y convertidos en la actualidad en instrumentos ordinarios de la vida civilizada...”. ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1975, ps. 503 y 504.

que, finalmente, no fueron incorporadas por los constituyentes en el texto de la Constitución nacional de 1853<sup>24</sup>.

b) *Reforma constitucional de 1994. Derechos de “tercera generación”: el servicio público y los derechos de los usuarios. Servicio público y Derecho internacional.*

Por su parte, la reforma constitucional de 1994, introducirá al servicio público en la esfera de derechos y garantías de los particulares a través de dos vías:

a) En primer lugar, con la incorporación del art. 42, dentro del capítulo *Nuevos derechos y garantías*; que produce, por una parte, el retorno formal de la vinculación entre servicio público y derechos y garantías de los particulares; y, por otra, la incorporación del *usuario* como el sujeto privilegiado de dicho régimen<sup>25</sup>.

b) En segundo lugar, a través de los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados al bloque de constitucionalidad por vía del art. 75 inc. 22.

En relación con el art. 42, corresponde afirmar, preliminarmente, que el mismo responde en su formulación a la idea de derechos de *tercera generación*, es decir, no guarda en ese sentido coherencia interna con el art. 40 de la Constitución de 1949, que estaba vinculado a la idea de *función social de la propiedad y bienestar general*, entendidos como derechos sociales o de segunda generación.

Proyecta al usuario como nuevo *sujeto* de derechos constitucionales, especificando, por su parte, esos derechos, y –tal como acertadamente sostuvo

<sup>24</sup> Sobre las *Garantías públicas de orden y progreso* ver en particular el proyecto constitucional de JUAN B. ALBERDI incorporado a sus *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, edición “La Cultura Argentina”, Buenos Aires, 1915, ps. 267 y ss. Para su interpretación, ver: JORGE LUIS SALOMONI, *Teoría General de los Servicios Públicos*, op. cit.

<sup>25</sup> En efecto, el art. 42 de la Constitución nacional, establece que: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

el Prof. SALOMONI— en uno de los vicarios del interés público comprometido en la satisfacción de esos derechos<sup>26</sup>.

El Estado es, pues, *deudor* del servicio público y, específicamente, de los derechos que se acuerdan al usuario en la relación de consumo.

Es decir, que se incide, a nivel constitucional, directamente en las condiciones generales de *regularidad* del servicio público, subordinándose a la eficiencia y calidad de este, incluso, las normas vinculadas al derecho de la competencia<sup>27</sup>.

### 1. *El concepto servicio público en el marco de la reforma del Estado*

De manera concomitante con la reforma constitucional de 1994, se desarrollaba en Argentina lo que se denominó *reforma del Estado*.

Iniciada en nuestro país con la sanción de la ley 23.696, la “reforma del Estado” no trajo consigo un nuevo concepto de servicio público.

<sup>26</sup> JORGE LUIS SALOMONI, *Teoría General del Servicio Público*, op. cit., y en *El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina*, op. cit. Según el mismo autor, el art. 42 de la Constitución nacional ha producido “...un profundo cambio de legitimidad en el sistema servicial y concesional administrativo, al introducir como sujeto determinante al usuario [...] La norma constitucional en análisis..., designa a un sujeto acreedor: el usuario, y dos a sujetos deudores solidariamente responsables: el prestador del servicio y el Estado [...] Esta cualificación constitucional de los derechos del usuario pone en tela de juicio uno de los postulados sobre los que se asienta un sistema de Derecho Administrativo como el nuestro, como es, el de considerar a la Administración Pública vicaria de los intereses generales, ya que su co-titularización y ejercicio en este colectivo y para este caso concreto, puede desarticular tal postulado [...] Estas cuestiones me llevan también a afirmar que el usuario es titular de un derecho subjetivo pleno que le permite acceder irrestrictamente a la jurisdicción judicial para la defensa de esos derechos, esto es, la propia Constitución establece la garantía de defensa de sus derechos. Ello a través de las vías procesales comunes o de excepción, o a través de la vía procesal autónoma que denominé en otra oportunidad del Amparo o “Contencioso de los Derechos Humanos” establecida en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos [...] Todo lo expuesto, ha establecido un giro copernicano en la concepción sobre los derechos del usuario, y fundamentalmente sobre el servicio público...”.

<sup>27</sup> Por ello, tanto la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, como la Ley de Defensa de la Competencia 25.156, se configuran, necesariamente, como normas reglamentarias del art. 42 de la Constitución nacional, sin que hasta el momento, y a pesar de ello, hayan agregado demasiado en relación con la conceptualización general del servicio público. Ver, sobre esto: JORGE LUIS SALOMONI, “El art. 42 de la Constitución y la vinculación entre sus normas reglamentarias: el régimen legal de la defensa de la competencia y los marcos regulatorios, entes o agencias reguladoras de los servicios públicos en la república Argentina”, *Revista Actualidad en el Derecho Público* N° 12, Enero-Abril 2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 31 y ss.

En realidad, todo el proceso de *reforma estatal* se basó, en principio, en la noción tradicional de servicio público, para posteriormente intentar, y –en general– sin éxito, incorporarle algunas nuevas connotaciones.

Ello, en tanto, las problemáticas planteadas no se presentaban vinculadas a la noción o concepto de servicio público, sino a su enfrentamiento con los tres grandes paradigmas de la *reforma del Estado*: desregulación, liberalización, privatización.

De todos ellos, en nuestro caso, el que más tempranamente causó inconvenientes, justamente porque la reforma estatal comenzó por allí, fue el concepto de *privatización*.

La ley 23.696, en efecto, declaró sujetas a privatización tanto a *empresas* como a *actividades* estatales vinculadas a la erogación de servicios públicos.

El proceso privatizador se desarrolló sin una conexión sistemática con las ideas de desregulación económica y de liberalización de los mercados vinculados de manera directa con el sector de los servicios públicos.

Tan es así que el decr. 2284/91 de “desregulación” económica excluyó expresamente de su ámbito de aplicación a los servicios públicos.

Por su parte, la liberalización (entendida como la quita de barreras para el acceso de los prestadores a los mercados de servicios) sólo tuvo algún tipo de realización en el sector postal y de las telecomunicaciones<sup>28</sup>.

De cualquier forma, y como conclusión de aquel período, podemos decir que terminó afirmándose la idea de lo que podríamos denominar *titularidad regulatoria* del servicio público por parte del Estado.

Noción que, en líneas generales, concuerda con la vieja idea de *titularidad estatal del servicio*, ya que, en definitiva, otorga la primacía (pero también la obligación) del poder público para la regulación de una porción *singular* del mercado de servicios.

Titularidad que, en efecto, significa no otra cosa que *potestad regulatoria* de la actividad en su carácter de servicio público y no de actividad privada regulada.

Potestad regulatoria que, por ello, excede a las categorías *reguladoras* originarias del derecho norteamericano, en virtud de las específicas características de las actividades-servicios públicos a ser reguladas.

Al “privatizarse” el modelo de gestión de los servicios públicos, se *deconstruye* el sistema en tres *momentos*:

<sup>28</sup> JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, “Servicios postales. Su actual regulación y desmonopolización”, *Revista Actualidad en Derecho Público*, N° 11, Ad-Hoc, marzo de 2000.

a) Un *primer* momento normativo-regulatorio, desde donde parte el sistema mismo sistema, que se consolidará con la inclusión del modelo de regulación del servicio público en el marco de la constitución económica de cada Estado.

Plano que se proyecta, a su vez, necesariamente, y condiciona a los órganos constitucionalmente facultados para tomar las correspondientes decisiones políticas en torno a los rasgos conformadores del sistema y sus límites, y por ende, de las concretas (y potenciales) *obligaciones de servicio público* que se consideren indispensables para el cumplimiento de la específica misión del servicio público.

Definiciones que, a su turno, serán tendencial o progresivamente plasmadas en las *cartas de servicios públicos* que establecerán los mínimos (referidos a la calidad y cantidad) que deberán respetarse en la prestación de los mismos<sup>29</sup>.

b) Un *segundo* momento (como desagregación funcional del anterior), que cumplirá con la tarea de regular *sectorialmente* la gestión de los servicios, en la actualidad identificado con la atribución de estas tareas regulatorias a *Agencias* o *Commissions*, o en general, Autoridades independientes, lo cual en nuestro país, en función de lo normado por los arts. 42, 75 inc. 18 y 76, queda reservado en forma exclusiva al Poder Legislativo.

Plano que, en línea de principio, siguiendo las directrices o líneas de acción vinculadas a la idea de reforma del Estado (principalmente en Europa y Estados Unidos) debería poder separarse de toda consideración política de la gestión de las actividades (esto es, en la definición *política* y no técnica de los mínimos); a los efectos de intentar el continuo fomento de la eficiencia (aún en términos de la competitividad en los distintos sectores, como medio de incremento de aquella eficiencia) en la prestación de las mismas, en el marco de *mínimos* predefinidos o aprobados por la autoridad política.

Lo que, a su vez, llevara a estas autoridades públicas a funcionar como *mediadores* específicos entre los distintos actores involucrados (en particular, de las tensiones entre prestadores/usuarios de los servicios).

c) Un *tercer* momento representado por la gestión misma de las actividades a través de sujetos privados (o no), pero siempre en forma empresarial (y sujeta en línea de principio a las reglas de la concurrencia). Con los rasgos de gestión ya delineados; esto es, libertad de acción (o sujeción a las reglas del mercado) en todos aquellos aspectos no involucrados en las *obligaciones*

<sup>29</sup> Ver a este respecto: PIA MARCONI, “*La Carta dei Servizi Pubblici e la Citizen’s charter. La normativa sulla carta dei servizi*”, en *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* n. 1/1998, ps. 197 y ss.

*de servicio público* que les hubieran sido impuestas por la autoridad pública titular de la actividad<sup>30</sup>.

Lo que se privatiza, pues, es la gestión de las actividades-servicios públicos, no el sujeto titular. Por lo que, por otra parte, no se delega o entrega completamente la actividad al mercado; aquel, en efecto, no podrá dictar las *reglas de juego* en todo lo concerniente a la satisfacción de las específicas necesidades inherentes al servicio público.

Contexto regulatorio que comenzará, por su parte, a cambiar a partir de la sanción de la ley 25.561, punto de partida de un proceso de reestatización de la prestación de muchas de las actividades que habían sido objeto de *privatización* en la década de 1990<sup>31</sup>.

#### IV. EL SERVICIO PÚBLICO EN LOS ORDENAMIENTOS PÚBLICOS GLOBALES

La necesidad de vincular al concepto de servicio público con el creciente proceso de internacionalización de las formas de producción y de sus correlativas relaciones comerciales, con el consecuente impacto en los ordenamientos jurídicos nacionales, no es nueva<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Respecto de la relación de los procesos de liberalización y privatización, expresa recientemente REINER SCHMIDT: "...Ante todo, es oportuna una aclaración conceptual. Liberalizar los servicios públicos no significa privatizarlos [...] independientemente del hecho que sea el Estado, las comunas o los privados los prestadores... el monopolio existente debe ser limitado de manera de crear oportunidades de acceso al mercado [...] La liberalización de los servicios públicos está solo indirectamente conectada con las particulares instancias organizativas de la privatización material o funcional. El acceso a los mercados no depende de la forma jurídica ni de la figura subjetiva, sino únicamente de las condiciones de hecho y de derecho de tal acceso [...] El principio fundamental de la economía de mercado, abierta y en libre concurrencia (art. 4, parágrafo 1, TCE) no implica ninguna obligación de privatización, sino que garantiza que sea la propia concurrencia la que regule la producción..."; REINER SCHMIDT, "*La liberalizzazione dei servizi di interesse generale*", *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2003-3, ps. 690 y 691. La traducción es propia.

<sup>31</sup> Sobre esto, ver: JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, "Servicios Públicos y reforma del Estado. Del 'Estado de excepción' al orden público internacional de los derechos humanos", *Revista Urbe et Ius*, Buenos Aires, 2006.

<sup>32</sup> Desde hace tiempo ha señalado la doctrina que: "... Ya ha sido puesto de manifiesto cómo una de las proyecciones de mayor alcance del principio de colaboración radicaba precisamente en la internacionalización del servicio público (o colaboración internacional). Superadas las fronteras nacionales del servicio público merced a la despolitización de este concepto y desgajando de las concomitancias que antaño tuviera con la idea de soberanía, se avanza, cada vez en mayor medida, hacia una técnica de prestación de servicios a nivel internacional. Los transportes, las comunicaciones y hasta los suministros (a través de los trasvases internacionales de energía o de gas) van progresivamente desmoronando las fronteras de los Estados

Pero lo que sí es nuevo, o mejor, contemporáneo, es el inusitado grado de avance que, en las últimas décadas ha tenido el derecho internacional en sus versiones de: Derecho internacional del Comercio, de los Derechos Humanos y de la Integración o Comunitario. En todas estas variables se regula, de una u otra manera, al servicio público. Fundamentalmente, en lo que hace al rol del Estado y el grado de intervención que estos ordenamientos le permiten en la esfera de derechos de la sociedad civil<sup>33</sup>.

El texto constitucional reformado en 1994, establecerá nuevas relaciones entre el *servicio público* y los derechos y garantías reconocidos a través de los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

Ahora bien, dentro de este panorama hay que distinguir las dos posibles inflexiones que el concepto de servicio público recogerá en el Derecho internacional, esto es:

a) el servicio público dentro del esquema de intervención estatal, es decir, como potestad que el poder público puede esgrimir frente a los particulares para organizar y asegurar la prestación de determinados servicios en condiciones mínimas de cantidad y calidad; o bien,

b) el servicio público como derecho y garantía de los particulares usuarios (actuales o potenciales) de servicios que se consideran esenciales, tanto frente al Estado como frente a otros particulares prestatarios de dichos servicios.

Ambas acepciones tienen una notable importancia, pero ubican a los *sujetos* del servicio público, esto es: Estado titular, prestador y usuario, en distinto orden de prioridades.

Tanto el Derecho internacional del comercio como el Derecho comunitario o de la integración tienden, en primer término, a poner límites a la intervención estatal en materia de regulación de los servicios públicos frente a los potenciales prestadores de los mismos. Es decir, centran el cúmulo de sus normas en la tarea de imponer a los Estados nacionales determinados estándares de *desregulación* y *liberalización* del sector de la economía que incluye a

---

nacionales y realizando prestaciones de servicio público, sin discriminar la nacionalidad de los usuarios o en la territorialidad del lugar donde se llevan a cabo. Todo ello aparece como posible gracias a la colaboración en el ámbito internacional de cada uno de los sectores que integran los diversos servicios públicos...". JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA, *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 325 y 326.

<sup>33</sup> JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, "El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales", en CLAUDIO M. VIALE, Director, "Derecho Común y Derecho Administrativo. Diferencias y contactos", AA.VV., Lerner, Córdoba, 2009, ps. 75 y ss.; JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, "La concesión de servicio público en los ordenamientos públicos globales", Publicado en Suplemento de Derecho Administrativo, Eldial Express, Año X -N° 2406, 9 de noviembre de 2007, www.eldial.com.ar.

los servicios, tanto públicos como privados. Siendo el núcleo central de todo este sistema el denominado *derecho de la competencia*.

Por su parte, y al contrario, el Derecho internacional de los derechos humanos tiende a poner como centro de las regulaciones en materia de servicios públicos a las personas destinatarias de los mismos, es decir: a los usuarios. Y con ello, tendencialmente, y sin demasiado desarrollo aún, contrabalancean las regulaciones internacionales del comercio y de la integración comunitaria.

Sobre esta tensión, entonces, trabajaremos seguidamente.

*a) Derecho de la integración y derecho internacional del comercio de servicios*

El análisis de las relaciones que se establecen en el texto constitucional reformado en 1994 entre el servicio público y los derechos y garantías a través de los tratados internacionales de derechos humanos, debe necesariamente, pues, enmarcarse en la matriz de conformación de los denominados “ordenamientos públicos globales”.

Ello, en tanto, el derecho internacional de los derechos humanos es uno de los ordenamientos internacionales que modulan en la actualidad la noción y el régimen jurídico del servicio público, pero no el único.

En efecto, entre los ordenamientos jurídicos internacionales, no integrantes del derecho internacional de los derechos humanos, que tienen o pueden tener incidencia en la conceptualización y regulación del servicio público, encontramos, para el caso argentino, al menos, a los siguientes:

*a)* el Protocolo de Servicios del Mercosur (ley 25.623);

*b)* el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio (incorporado por ley 24.425), en general, y el acuerdo de la Unión Postal Universal, en particular, entre otros;

*c)* los Tratados Bilaterales de Protección recíproca de Inversiones Extranjeras.

Siendo, por su parte, ordenamientos jurídicos muy asimétricos si se tiene en cuenta que, por un lado, en el marco de la normativa de Derechos Humanos, el servicio público puede ser planteado como técnica de igualación de derechos y, por otro, en los Protocolos de servicios y de “defensa de la competencia” internacionales y regionales, el servicio público es reducido, en tanto excepción al régimen, a su mínima expresión.

En efecto, el Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del Mercosur, aprobado por ley 25.623, establece en su art. II sobre el “Ámbito de aplicación” de la norma, que: “...3. A los efectos del presente Protocolo [...] *b)* el término “servicios” comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios prestados en ejercicio de facultades

gubernamentales; c) un “servicio prestado en ejercicio de facultades gubernamentales” significa todo servicio que no se preste en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios prestadores de servicios...”.

Por su parte, ello se repite en la ley 24.425, aprobatoria del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio, que establece en su Anexo 1B, art. I “Alcance y definición”, que: “...el término ‘servicios’ comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales; [...] un ‘servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales’ significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios”.

Teniendo en cuenta estas disposiciones, se ha dicho que el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio (AGCS): “...define los ‘servicios públicos’ –o ‘servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales’– de manera estricta, en el sentido de que sólo se incluyen el Banco Central, el ejército, la policía y el sistema de justicia, como vemos, ámbitos que caen bajo la definición, no ya de servicios públicos stricto sensu, sino de funciones públicas o –tradicionalmente denominadas– de regalía. Todos los demás servicios, si se suministran en ‘condiciones comerciales’ o ‘en competencia con uno o varios proveedores de servicios’, están cubiertos por las normas del AGCS. Como vemos, se manejan en este texto normativo conceptos jurídicos indeterminados cuya delimitación en un marco geopolítico y económico-social de dimensiones mundiales presenta una indudable complejidad [...] Desde el punto de vista jurídico, como puede deducirse, a partir de la heterogeneidad de servicios comprendidos en el Acuerdo, resulta muy difícil alcanzar un mínimo rigor conceptual a partir del cual construir un régimen homogéneo y coherente con una serie de principios básicos aplicables a una serie de Estados, por otra parte, con coyunturas político-económicas y sociales muy dispares...”<sup>34</sup>.

### 1. *El concepto de servicio público en el marco constitutivo de la Unión Europea*

A partir del Tratado de Roma, la naciente Comunidad Europea se incardinó tras la consecución de un objetivo o fin bien definido: la construcción del *mercado interno* o mercado único.

<sup>34</sup> MARÍA YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA, “La regulación de los servicios en el ámbito de la organización mundial del comercio. Luces y sombras desde la perspectiva de la integración comunitaria europea”, *Revista Derecho Administrativo*, LexisNexis, año 17, 2005, Buenos Aires, 2005, ps. 13 y 14.

Inevitablemente, las políticas de liberalización de las *fronteras* nacionales (económicas, jurídicas, fiscales, etc.) incidirían sobre ciertos sectores de las economías nacionales fuertemente protegidos por los Estados miembros. Entre ellos, el de los servicios públicos<sup>35</sup>.

Ante la imposibilidad de desconocer la importancia económico-social de estos sectores de las economías de los Estados miembros, se optó desde un comienzo por el establecimiento de disposiciones que permitían *derogar* las disposiciones comunes del Tratado en materia concurrencial y de ayudas estatales<sup>36</sup>.

Así, en cuanto a la libre circulación de bienes y servicios, son admitidas excepciones por razones de seguridad y salud pública (antiguos arts. 36 y 56); en el sector de los transportes, se prevé la posibilidad de ayudas por razones de coordinación o correspondientes al “reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público” (antiguo art. 77; luego de Amsterdam, art. 73).

<sup>35</sup> Sobre esto, ver: SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo europeo*, 3ª edición, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, ps. 213 y ss. Hemos abordado esta temática en: JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, *Los servicios públicos en la Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

<sup>36</sup> Esto fue permitido con cierta amplitud por los órganos comunitarios para algunos servicios específicos como en el caso de los servicios postales. En este sentido señala MUÑOZ MACHADO que: “...la Comisión y los demás organismos comunitarios se han mostrado mucho más conservadores a la hora de producir cambios radicales en la estructura y funcionamiento de los servicios postales tradicionales de los Estados miembros. Los servicios postales son uno de los servicios públicos más tradicionales existentes en todos los viejos países del continente. Son servicios, además, monopolizados. Y, en último término, también gestionados, salvo muy contadas excepciones, por organismos públicos que están inmediatamente vinculados a la Administración reguladora del propio servicio [...] Las aperturas que se han empezado a producir en el sector presentan dos notas características: primero, la Comisión, a partir de 1989, no ha tenido inconveniente en declarar que son contrarios a las reglas de los Tratados las prohibiciones de la gestión por empresas privadas de algunos servicios nuevos sustancialmente distintos de los que se ofrezcan por los servicios postales tradicionales. La segunda característica de la transformación es una notabilísima preocupación por el mantenimiento de servicios de base reservados; es decir, la supervivencia de un servicio universal que comprenda las prestaciones que integran la práctica totalidad de lo que ahora constituyen los servicios postales públicos en todos los Estados miembros de la Comunidad. Entre la apertura leve para la liberalización de algunos servicios y el espíritu de reserva en los servicios tradicionales para que sigan siendo prestados por los mismos organismos que lo han hecho siempre, hay una notable distancia que se conjuga en los Informes de la Comisión mediante una propuesta de transición lenta que conduzca a una apertura progresiva, pero siempre bastante más corta y restringida que la...de las telecomunicaciones...” Conf. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, T. II, “Las telecomunicaciones”, Civitas, Madrid, 1998, ps. 119 y 120.

Por su parte, y quizá como la norma más importante a los efectos de la regulación de la materia, el *art. 86* (antiguo *art. 90*), dispone:

1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los arts. 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.

A las disposiciones citadas, deben agregarse los objetivos de cohesión económica y social insertos en el Acta Única (arts. 130 A a 130 E), que pueden ser considerados como elementos de un interés general comunitario, y las disposiciones del Tratado de Maastricht relativas a: 1) protección de los consumidores; 2) protección del ambiente; 3) redes transeuropeas en el sector transportes, telecomunicaciones y energía.

Lo que, claramente, no existe en el ámbito de la normativa comunitaria es, pues, una noción positiva o sustantiva de servicio público; tomándose como punto de referencia la no muy precisa noción de *servicio de interés económico general*<sup>37</sup>.

Continúan utilizándose, indistintamente, las nociones de servicio público y de servicio de interés económico general.

Aunque, sin duda, la norma más importante –aún por sus visibles defectos o limitaciones– es la contenida en el *art. 7D*. Y esto en tanto el mismo recepta lo que podría denominarse “solución de compromiso” entre las partes

<sup>37</sup> SANDRO GOZI, *Prospettive dei servizi pubblici nell'Unione europea*; Club B-SPISA; Bologna, 1998; ps. 14 y ss. Agrega sobre el punto este autor que: “...Es clara la falta de coherencia en la utilización de los términos: se habla de hecho de servicio de interés económico general, en el capítulo dedicado a la concurrencia, de servicio público, como excepción en el sector de los transportes y se autorizan intervenciones comunitarias para satisfacer el interés general sin todavía intentar definir un ‘servicio público comunitario’. Por otra parte, la misión de interés económico general es admitida solo como excepción respecto a la aplicación de las reglas de la concurrencia y está limitada a las actividades de tipo económico...”, conf. op. cit., p. 17. La traducción es propia.

involucradas en la negociación, evidenciando las dificultades existentes para la armonización de las políticas en torno a la cuestión del servicio público<sup>38</sup>.

La redacción final del mismo, indica que:

Art. 16 (antiguo art. 7 D): “Sin perjuicio de los arts. 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”.

Las dificultades que la redacción del mismo acarrea, resultan evidentes a primera vista. Y ello porque, en definitiva, no se establece explícitamente un corte respecto al *status quo* existente hasta el momento en la materia.

De cualquier manera, puede afirmarse que, a nivel comunitario, se advierte una tendencial especificación, al individualizarse dos conceptos:

a) El *servicio universal*, donde prevalece la noción de *mínimo garantizado*, y la tendencia a una aplicación estricta del derecho de la concurrencia, que conlleva a su vez la gestación de otras nociones, tales como: a) la separación de los regímenes jurídicos correspondientes a la gestión de las *redes transeuropeas*, de las infraestructuras necesarias para la prestación de los servicios (gestión que en muchos casos sería necesariamente monopólica), de las prestaciones mismas que podrían ofrecerse sobre las redes sobre la base de un régimen estrictamente competencial; b) las *obligaciones de servicio público* que se impondrían a las empresas prestadoras, las cuales deberían ser puntualmente diferenciadas en el marco contractual –o autorizativo– que ligue a las partes; c) la separación contable, tanto de la gestión de la infraestructura o red, como de las obligaciones de servicio público, aún en el caso de que sean ejercitadas por una sola empresa (pública o privada).

b) El *servicio de interés general*, (que comprende, por su generalidad al *servicio de interés económico general*) donde prevalece la misión de cohesión económico-social (idea legitimante a su vez de la función de redistribución de la riqueza entre los países miembros ejercitada a través de los Fondos Estructurales Europeos), tal como ha sido caracterizada en el nuevo art. 7D del Tratado<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Sobre las distintas posturas, tanto de los Estados como de los órganos comunitarios, en torno a la discusión del art. 7D, ver: LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale”; in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2-3/1998; ps. 527 y ss., y SANDRO GOZI, op. cit., ps. 24 y ss.

<sup>39</sup> En este sentido, es importante destacar el contenido de la Comunicación de la Comisión CE del 11 de septiembre de 1996, sobre ‘Los servicios de interés general en Europa’, en la

Advirtiéndose, entonces, por una parte, una identificación conceptual entre los llamados *servicios universales* y *servicios de interés general*, en términos *objetivos*, es decir, en tanto se definen a partir de la materialidad de las obligaciones impuestas a los sujetos prestadores (independientemente de la condición jurídica de estos sujetos prestadores), aunque diferenciándose, al menos, en cuanto: 1.- a la misión social que son capaces de desarrollar o, mejor, a la atribución a los *servicios de interés general* de fines de cohesión económico social; 2.- a las dimensiones estructurales de organización de los mismos, que determinaría en gran parte el régimen jurídico (comunitario o nacional/local) prevalente; 3.- al alcance o injerencia que podría tener el poder público en la organización de los mismos.

En este sentido expresa M. CLARICH que: "...los criterios del servicio universal —que es de todos modos una noción flexible, a puntualizar sector por sector, y evolutiva, que debe tener en cuenta los desarrollos tecnológicos y de las nuevas exigencias de los usuarios— se inspiran en los principios de paridad, continuidad, universalidad, adecuación a una rigurosa transparencia en la gestión, en la tarificación y en el financiamiento. El control debe ser ejercitado por distintos órganos. Las obligaciones de servicio universal definidas por el derecho comunitario representan una suerte de mínimo común denominador, respecto al cual cada uno de los Estados miembros es libre de agregar ulteriores elementos coherentes con la propia específica concepción de los servicios de interés general (o servicios públicos), siempre a condición de que los instrumentos utilizados sean conformes al derecho comunitario..."<sup>40</sup>.

---

cual se subraya que la solidaridad y la paridad de tratamiento, en el contexto de una economía de mercado abierto y dinámico, constituyen objetivos fundamentales de la Comunidad. A tales objetivos concurren los servicios de interés general, que muchos europeos consideran 'verdaderos y propios derechos sociales en cuanto contribuyen en medida considerable a la cohesión socio-económica' dando cuerpo a 'un conjunto de valores comunes a todos nuestros Estados y que hacen a la originalidad de Europa' (p. 102). Insistiendo sobre la noción de servicio universal de la cual surgen obligaciones tendientes a 'garantir donde sea el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales, de calidad y a precios abordables' (p. 103), la cual expresa 'la especificidad del modelo europeo de sociedad, en el contexto de una política que concilia dinamismo del mercado, cohesión y solidaridad' (p. 109). Todo lo cual lleva a sostener a GIANPAOLO ROSSI, que: "Los servicios de interés económico general están en el corazón del modelo europeo de sociedad y hacen la originalidad de la Europa [...] En conclusión, la legitimación de la empresa pública y la tarea de los entes territoriales de asegurar fruibilidad en los servicios a través de la gestión directa o el control y aún con erogación de recursos financieros por parte de los mismos, no es puesta en discusión.", conf. GIANPAOLO ROSSI, "*Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*", en *Diritto Pubblico*, n. 2, 1997, p. 307. La traducción es propia.

<sup>40</sup> Conf. MARCELLO CLARICH, "Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi.", en *Diritto Pubblico*, 1998, p. 184. La traducción es propia.

*b) El servicio público como derecho social en los ordenamientos internacionales de Derechos Humanos*

Entre las normas del Derecho internacional de los derechos humanos que tienen directa incidencia en la regulación de los servicios públicos, cabe destacar a:

*a)* la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXXVI);

*b)* la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1, 2 y 24);

*c)* el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” (art. 11.1).

Ello, en tanto, corresponde afirmar que el servicio público ha sido delimitado, en el marco de los ordenamientos internacionales de Derechos Humanos, como una técnica de cohesión e igualación social debida por los Estados nacionales, que, por su parte, implica, correlativamente, el deber de organizar su prestación y, en su caso, contribuir a su sostenimiento.

Asimismo, encontramos reconocimiento de derechos y garantías en relación con *servicios esenciales* o *servicios sociales*, al menos, en los siguientes tratados internacionales de derechos humanos:

*a)* la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25);

*b)* la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 11, 2. c. y 14, 2. h);

*c)* la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 5, e. iv., y f);

*d)* la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24).

*1. El servicio público como garantía y como derecho social*

*1. 1. Garantías y derechos generales en materia de servicio público*

El art. XXXVI de la mencionada Declaración Americana, que ostenta jerarquía constitucional como lo establece el art. 75, inc. 22, segundo párrafo de la CN, establece: “Deber de pagar impuestos: Toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Según el mismo autor, esta norma impone “...correlativamente al deber de pagar impuestos, el derecho a recibir los servicios públicos necesarios para su desarrollo personal y social. A su vez, especifica que entre los posibles propósitos públicos que pueden perseguirse a través del gasto de las rentas o erario público, lo que se le debe garantizar a las personas, es

En efecto, tal como ya ha sido señalado, en materia de servicio público “...el aseguramiento de la actividad responde, no al ámbito disponible de la potestad del legislador o administrador nacionales o provinciales, sino a la exigencia del derecho fundamental al sostenimiento de los servicios públicos establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el art. 42 de la Constitución nacional...”<sup>42</sup>.

Lo que, a su vez, ha venido a ser complementado por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales *Protocolo de San Salvador*, aprobado en nuestro país por la ley 24.658, establece en su art. 11.1 que: “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos...”.

Por su parte, el mismo Protocolo de San Salvador, en su art. 8, sobre *Derechos sindicales*, establece que: “1. Los Estados Partes garantizarán: b. El derecho a la huelga. 2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que estas sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros *servicios públicos esenciales*, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley...”.

Dotando al concepto de servicio público de entidad y validez de derecho internacional, se advierte que en caso de afectación del mismo, el Estado argentino podría ser responsable ante la comunidad de Estados que han suscripto dicho Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## 1.2. *Servicio público y servicios sociales*

Por su parte, y utilizando los conceptos de servicios sociales o directamente enumerando una serie de servicios específicos, aparecen otros Tratados

---

precisamente, el sostenimiento de los servicios públicos, como prioridad y contrapartida, por la obligación de pagar los impuestos de esos individuos. En segundo lugar, por el pago del impuesto, se adquiere el derecho al servicio. Esto es, el pago de cualquier impuesto, como lo es al valor agregado o consumo, que abona toda persona en la República Argentina, le otorga el derecho a reclamar la prestación de los servicios públicos indispensables para su desarrollo personal y humano. Se elimina la categoría de usuario potencial y usuario efectivo”. JORGE LUIS SALOMONI, “El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina”, op. cit.

<sup>42</sup> JORGE LUIS SALOMONI, *El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina*, op. cit.; y JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, “El concepto de servicio público”, op. cit.

internacionales de derechos humanos que, igualmente, incorporan estas nociones a la más general de derecho social.

En efecto, la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, establece en su art. 11, que: "...2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: [...] c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños..."

Y, en su art. 14, que "...2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: [...] h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones...". Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala en su art. 25, que: "1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

A su vez, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, establece en su art. 5, que: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el art. 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: [...] e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques".

Y, finalmente, la *Convención sobre los Derechos del Niño* señala en su art. 24, que: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las

enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

Normas que si bien, en algunos casos, tienen un ámbito de aplicación más específico que las anteriormente citadas, no pueden dejar de tenerse presentes a la hora de conceptualizar la noción general de servicio público en el marco de los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

## 2. *El servicio público como derecho social. Implicancias*

La evidente dificultad que trasunta la definición conceptual de los llamados *derechos sociales*, ha llevado a la doctrina a inclinarse por afirmar que: “...los derechos económicos, sociales y culturales son aquellos contenidos en el Pacto Internacional de Nueva York de 1966 y en documentos similares, sean regionales o nacionales...”<sup>43</sup>.

Ello, sobre la base de considerar que: “...a poco que iniciemos el examen de esa lista de derechos sociales caeremos en la cuenta de que no tienen un perfil unitario sino muy heterogéneo y diverso, y que se expresan en estructuras normativas y en modalidades jurídicas de diferentes tipos...”<sup>44</sup>.

Siguiendo, entonces, la clasificación intentada por FRANCISCO LAPORTA, distinguimos, entre ellos, los siguientes:

a) derechos que aseguran libertades, tienden a garantizar la no interferencia del Estado en determinados ámbitos de actuación: ejemplo, derecho de huelga, de asociarse con fines sindicales, se asimilan a otros derechos-libertades (libertad de expresión);

b) derechos de prestación: se otorga a los sujetos un título para exigir la entrega de ciertos bienes, ciertos servicios o ciertos recursos (vivienda; educación, salud; pensiones, subsidios, etc.);

c) Derechos a ciertas posiciones o *status* legales: las normas reconocen el derecho de los ciudadanos a ocupar determinado status jurídico previsto por el ordenamiento del cual derivan prestaciones sociales, beneficios económicos o exenciones de cargas (ej.: huérfano; jubilado; familia numerosa; etc.);

d) derechos a bienes públicos: a un ambiente sano, a gozar de los beneficios del progreso científico.

<sup>43</sup> FRANCISCO J. LAPORTA, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en J. BETEGÓN, J. RAMÓN DE PÁRAMO, F. LAPORTA Y L. PRIETO SANCHÍS, Coordinadores, “Constitución y Derechos Fundamentales”, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, ps. 298 y ss.

<sup>44</sup> FRANCISCO J. Laporta, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, op. cit., ps. 298 y ss.

Al decir del autor citado: "...podemos definir como derechos sociales tipos diferentes de derechos (o derechos complejos que contengan en sí tipos diferentes de derechos): libertades, en sentido estricto, derechos a bienes, servicios o asignaciones económicas, derechos a un *status* legal y pretendidos derechos a bienes públicos. Un corolario que puede inferirse de ello es que, desde un punto de vista estructural, o por lo que respecta a las modalidades jurídicas en que se expresan, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos llamados civiles o políticos..."<sup>45</sup>.

Ahora bien, a esta clásica visión de los denominados derechos sociales, desarrollados en torno a determinadas categorías o colectivos de ciudadanos (trabajadores, familia, y otras entidades sociales intermedias), cabe agregar, ahora, su vinculación con nuevos colectivos sociales, en nuestro caso, los usuarios de servicios públicos, esenciales o sociales, tal como lo hacen los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

Además, si en algo han contribuido dichos tratados internacionales de derechos humanos en materia de derechos sociales, es en el afianzamiento de la *justiciabilidad* de este tipo de derechos<sup>46</sup>.

En función de ello, la noción de servicio público al afirmarse progresivamente como derecho social, implica que: "...Hay que reafirmar, por tanto, la conclusión tradicional de la inexistencia de derechos constitucionales directamente exigibles cuyo objeto sea la creación o el mantenimiento de servicios públicos. De todos modos, los derechos sociales 'condicionados' no dejan de cumplir una importante función en los servicios públicos que constituyen el presupuesto de su eficacia: el reforzamiento de la posición jurídica de los usuarios y potenciales usuarios de aquellos, pues una vez instituido el servicio

<sup>45</sup> FRANCISCO J. LAPORTA, "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", op. cit., p. 298 a 300. Para otro sector de la doctrina, dicha clasificación podría simplificarse un poco, al sostenerse que: "...Los derechos fundamentales se clasifican según distintos criterios. La opinión mayoritaria en la doctrina jurídica distingue entre derechos de defensa y derechos de prestación, según la función que los derechos fundamentales cumplan en la relación Estado-ciudadano. En el caso del derecho de defensa, se trata del derecho a la acción negativa del Estado (omisión estatal), que limita su campo de acción y asegura la libertad del individuo [...] Los derechos de prestación se refieren principalmente a los derechos a la acción positiva del Estado (a un hacer estatal), la cual asegura la participación del ciudadano en prestaciones normativas –por ejemplo los derechos de organización o de procedimiento– o la participación del ciudadano en prestaciones fácticas –por ejemplo el derecho al mínimo vital. Los primeros se llaman derechos a prestaciones en el sentido amplio, los segundo a prestaciones en sentido más estrecho...", conf. RODOLFO ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*", Universidad Nacional de Colombia - Legis, Bogotá, 2005, p. 35.

<sup>46</sup> JUAN M. GONZÁLEZ MORAS, "El mito de la tarifa social y el principio de igualdad", en "Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento", Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, ps. 557 y ss.

y abierto al público, se convierten en verdaderos titulares de derechos subjetivos de prestación de origen constitucional. Esto, por una parte, confirma el valor jurídico de este nuevo tipo de derechos fundamentales, por más que su estructura no sea la de los derechos de libertad clásicos, y, por otra parte, constituye un importante progreso en la tutela de los usuarios y de los candidatos a usuarios, cuya posición se ve mejor defendida frente a la discrecionalidad organizativa del legislador y de la Administración...<sup>47</sup>.

Todo lo cual, actualmente, pues, comienza a verse reflejado en las interpretaciones y aplicaciones jurisprudenciales de las cartas internacionales de Derechos Humanos que reconocen este tipo de derechos y garantías.

### 2.1. *Los derechos sociales y las modulaciones del servicio público como servicio esencial o servicio social*

Avanzando un poco más, nos encontraremos, a su vez, con que las distinciones entre servicios públicos y servicios esenciales o sociales, reflejan, desde su origen, discusiones claramente enmarcadas en las distintas épocas en que se produjo el desarrollo de cada uno de los conceptos. Es decir, no están vinculadas a cuestiones teóricas o que hagan a principios jurídicos, sino más bien a las concepciones dominantes en cada época en relación con la prevalencia, o no, de la dimensión *social* o *económica* de determinados bienes.

En efecto, tal como lo señala la doctrina: "...La distinción entre servicios esenciales sociales y económicos no es ni mucho menos nueva sino que ancla sus raíces en la clásica distinción entre servicios públicos sociales o asistenciales (tradicionalmente, asistencia sanitaria, instrucción pública, beneficencia y asistencia social, etc.) y servicios públicos económicos o industriales, cuya aparición en el terreno dogmático fue [...] posterior a los primeros. La distinción entre ambos tipos de servicios radica, como ya hemos señalado, en la distinta naturaleza de los derechos o libertades cuyo ejercicio o satisfacción se pretende a través de las actividades que comprenden unos y otros, criterio distintivo este junto al que hay que tener en cuenta el diferente contexto histórico-político y técnico-económico que originó el surgimiento de los servicios sociales o asistenciales y de los estrictamente económicos [...] los servicios esenciales sociales son aquellos que comprenden actividades destinadas a la protección y conservación de la vida y la salud y al pleno desarrollo de la personalidad (básicamente, sanidad, educación, asistencia social, seguros sociales, medios de comunicación social [...] y cultura). Junto a estos clásicos

<sup>47</sup> LUIS MIGUEZ MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Cedecs, Barcelona, 1999, ps. 126 y 127.

servicios en los que prevalece su dimensión social sobre su dimensión económica, se comprende bajo la categoría de servicio esencial un amplio elenco de servicios esenciales en los que el componente económico está más presente que en los servicios anteriores y que tradicionalmente han sido definidos como susceptibles de explotación económica, industrial o comercial o que implican el ejercicio del comercio o de una actividad industrial...<sup>48</sup>.

### 3. *El concepto de servicio público en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

#### 3.1. *Principio de igualdad y no discriminación y servicio público*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva N° 18<sup>49</sup>, del año 2003, sentó, asimismo, las bases para la interpretación armónica del Principio de igualdad y no discriminación –como integrante del *ius cogens*– y la noción de servicio público.

En efecto, hemos recordado ya en el presente trabajo lo sostenido por la Corte Interamericana en el sentido de que: “...El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas...”.

En función de lo cual ha concluido que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.

Ahora bien, partiendo de la consideración de que de la obligación general que pesa en cabeza de los Estados, de respetar y garantizar los derechos

<sup>48</sup> M. YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA, *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, INAP, Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 2003, ps. 212 a 216.

<sup>49</sup> Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, deriva la obligación de los mismos de "...adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas...", se llega a la conclusión de que esto implica "...el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias...".

En base a dichas consideraciones, la Corte Interamericana entenderá, en la misma Opinión Consultiva N° 18/03, que, en el caso allí analizado: "...Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten..."<sup>50</sup>.

Aclarándose, seguidamente, que: "...En muchas ocasiones los trabajadores migrantes deben acudir al aparato estatal para la protección de sus derechos. Así, por ejemplo, los trabajadores de empresas privadas recurren al Poder Judicial para reclamar el pago de salarios, indemnizaciones, etc. Estos trabajadores también utilizan muchas veces los servicios de salud estatales o cotizan para el sistema estatal de pensiones. En todas estas ocasiones el Estado también está involucrado en esta relación entre particulares como garante de los derechos fundamentales, puesto que se requiere la prestación de un servicio determinado de su parte".

En la misma Opinión Consultiva, se abundaría en relación con la interpretación sistemática del principio de igualdad y no discriminación y el servicio público como "acción positiva", en el voto concurrente del Juez ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, en sentido de que: "...En tiempos de la así-llamada 'globalización' (el neologismo disimulado y falso que está de moda

<sup>50</sup> Aclarándose, en el voto concurrente del juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, que: "...La OC-18/2003 examina centralmente los derechos derivados del trabajo y concernientes, por ende, a los trabajadores. Estos pertenecen a la categoría de los derechos denominados 'económicos, sociales y culturales', que algunos tratadistas califican como derechos de 'segunda generación'. Ahora bien, sea cual fuere el emplazamiento de estos, tomando en cuenta su materia e incluso la época en la que llegaron a los textos constitucionales, primero, e internacionales, luego, lo cierto es que tienen el mismo rango que los derechos llamados 'civiles y políticos'. Unos u otros, mutuamente dependientes o condicionados, integran el estatuto contemporáneo del ser humano: son un solo conjunto amplio, partes del mismo universo, que se desintegraría artificiosamente si quedara excluida alguna de ellas..."

en nuestros días), las fronteras se han abierto a los capitales, bienes y servicios, pero se han tristemente cerrado a los seres humanos. El neologismo que sugiere la existencia de un proceso que abarcaría a todos y del cual todos participarían, en realidad oculta la fragmentación del mundo contemporáneo, y la exclusión y marginación sociales de segmentos cada vez mayores de la población. El progreso material de algunos se ha hecho acompañar por las formas contemporáneas (y clandestinas) de explotación laboral de muchos (la explotación de los migrantes indocumentados, la prostitución forzada, el tráfico de niños, el trabajo forzado y esclavo), en medio al aumento comprobado de la pobreza y la exclusión y marginación sociales...”.

En el marco de lo cual: “...Como circunstancias agravantes, el Estado abdica de su ineludible función social, y entrega irresponsablemente al ‘mercado’ los servicios públicos esenciales (educación y salud, entre otros), transformándolos en mercaderías a las cuales el acceso se torna cada vez más difícil para la mayoría de los individuos. Estos últimos pasan a ser vistos como meros agentes de producción económica, en medio a la triste mercantilización de las relaciones humanas...”.

Ratificándose, expresamente, y con carácter general, lo afirmado por la Corte Interamericana en relación con la cuestión específica tratada en la Opinión Consultiva N° 18/03.

Todo lo cual resulta de fundamental y singular importancia a la hora de analizar el contenido, alcance e interpretación posibles, de las ya citadas normas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del Protocolo de San Salvador, complementario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

### *3.2. El servicio público y la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

En relación con la aplicación concreta de los principios enunciados anteriormente, debe destacarse el fallo de la Corte Interamericana de derechos humanos en el caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia del 4 de julio de 2006, en el cual se afirmó que:

“... 90. La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota,

por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.

... 96. La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible...”.

La Corte Interamericana, pues, hace directa alusión a la técnica del servicio público, vinculándola directamente con:

a) Las obligaciones estatales en tanto el Estado es titular de dichos servicios, considerados –a su vez– tales por estar previstos para asegurar la provisión de “bienes públicos” a los ciudadanos;

b) La posibilidad de su delegación para la prestación por parte de un concesionario; y

c) La responsabilidad directa del Estado por la falta de debido control de la prestación del servicio público esencial por parte de un concesionario.

Posteriormente, la Corte Interamericana volverá sobre el concepto de servicio público y su función de garantía para la efectividad de otros derechos consagrados en el bloque de convencionalidad<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> En principio, se ha afirmado la conformación de un bloque de constitucionalidad, con los siguientes alcances: “...el contenido del art. 75 inc. 22 generó los siguientes fenómenos en el Derecho Público argentino: a) Se ha creado un bloque normativo, es decir, una comunidad de normas, integrada por la Constitución nacional más los instrumentos internacionales de derechos humanos a que se refiere ese artículo y los demás que el Congreso introduzca con posterioridad; b) Existen, por lo tanto, normas que están dentro y otras que están fuera de la constitución, pero todas ellas tienen la misma jerarquía normativa, y, en conjunto y armónicamente, sirven de parámetro para el control de constitucionalidad de las normas inferiores, sean estas federales, nacionales o locales. He allí el fenómeno que describimos como bloque de constitucionalidad. Las normas del derecho internacional de los derechos humanos que se han incorporado al bloque permanecen afuera de la constitución, pero en el mismo rango jerárquico: no se incorporaron a la constitución, sino al bloque de constitucionalidad; c) [...] las contradicciones, lagunas o redundancias que puedan existir en el seno del bloque no difieren de las que existen en cualquier sistema normativo, ni de las que ya existían en el seno mismo de la Constitución nacional. Y los mecanismos de solución son los mismos. Es más, se ha demostrado cómo el propio derecho internacional de los derechos humanos, con cuya elevación a la jerarquía constitucional se conformó el bloque, contiene pautas específicas para la solución de esos inconvenientes (los principios *pro homine*, *pro actione* y *favor debilis*, y la obligación

En efecto, en la sentencia dictada en el caso “Velez Loor vs. Panamá”, de fecha 23 de noviembre de 2010<sup>52</sup>, la Corte Interamericana señaló que:

“... El Tribunal observa que la falta de suministro de agua para el consumo humano es un aspecto particularmente importante de las condiciones de detención. En relación con el derecho al agua potable, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que los Estados Partes deben adoptar medidas para velar por que ‘[l]os presos y detenidos tengan agua suficiente y salubre para atender a sus necesidades individuales cotidianas, teniendo en cuenta las prescripciones del derecho internacional humanitario y las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos’<sup>53</sup>. Asimismo, las Reglas Mínimas establecen que ‘[s]e exigirá de los reclusos aseo personal y a tal efecto dispondrán de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza’, así como que ‘[t]odo recluso deberá tener la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite’<sup>54</sup>. En consecuencia, los Estados deben adoptar medidas para velar porque las personas privadas de libertad tengan acceso a agua suficiente y salubre para atender sus necesidades individuales cotidianas, entre ellas, el consumo de agua potable cuando lo requiera, así como para su higiene personal<sup>55</sup> [...] El

---

de adoptar medidas internas)...”, conf. PABLO LUIS MANILI, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el Derecho constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 277. Por su parte, la idea de un bloque de “convencionalidad” surge a partir del desarrollo del control de convencionalidad, impulsado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la sentencia dictada en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile”, el 26 de septiembre de 2006. Sobre los alcances del bloque de convencionalidad, ver: Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sentencia del 26 de noviembre de 2010, voto razonado del juez *ad hoc* EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT.

<sup>52</sup> Corte IDH, caso “Velez Loor vs. Panamá”, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218.

<sup>53</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 15 (2002) sobre El derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), aprobada por el Comité en su 29° período de sesiones (2002), HRI/GEN/1/Rev.7, 2002, párr. 16.g) Ver, también, Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 2349 (XXXVII-O/07), Resolución sobre “El agua, la salud y los derechos humanos”, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2007, Puntos Resolutivos primero a tercero.

<sup>54</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de los Delincuentes, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977, Reglas 15 y 20(2).

<sup>55</sup> Recientemente, la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida

Tribunal considera que la ausencia de las condiciones mínimas que garanticen el suministro de agua potable dentro de un centro penitenciario constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia, toda vez que las circunstancias propias del encierro impiden que las personas privadas de libertad satisfagan por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna<sup>56</sup>, tales como el acceso a agua suficiente y salubre...”.

Todo lo cual, reiteramos, redundando en el concepto de servicio público en su función de garantía para la satisfacción de otros derechos consagrados en el bloque de convencionalidad.

## V. CONCLUSIONES

En función del abordaje que hemos realizado de los tópicos propuestos para este trabajo, hemos de concluir preliminarmente, las siguientes cuestiones.

En primer lugar, debemos afirmar que el presupuesto de la inmensa transformación que se está produciendo en nuestros ordenamientos jurídicos nacionales está dado por la *multipertenencia* de los sujetos a varios ordenamientos, tanto del derecho internacional y supranacional como nacional y local.

Multipertenencia que, a su vez, implicará la posibilidad lícita, en determinadas condiciones, para los sujetos sometidos a esa constelación de ordenamientos disímiles, de elegir el ordenamiento jurídico menos severo o que mejor los proteja.

El presupuesto del que se parte, en todos los casos (sea en el marco del derecho internacional de los derechos humanos como en el del derecho comunitario o incluso en el caso de los Estados federales) es el de la falta o incompleta armonización de las legislaciones dentro de los sistemas jurídicos aplicables.

Situación que permite la existencia de desniveles de regulación jurídica de las relaciones entre particulares, pero, fundamentalmente, entre estos y el poder público, y su *utilización* por parte de los sujetos sometidos a estos sistemas jurídicos policéntricos.

---

y de todos los derechos humanos”. Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 64/292 en su 108ª sesión plenaria de 28 de julio de 2010 sobre “El derecho humano al agua y el saneamiento”, A/Res/64/292, 3 de agosto de 2010, párr. 1.

<sup>56</sup> Cfr. Corte IDH Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, párr. 152; Corte IDH Caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)”, supra nota 207, párr. 87, y Corte IDH Caso “García Asto y Ramírez Rojas”, párr. 221.

Como adelantáramos, creemos que asistimos al final de aquel ciclo histórico y asistimos al comienzo de otro, en el cual el régimen del servicio público cambia su eje discursivo y de anclaje jurídico.

Fundamentalmente, a partir del cambio producido en el sistema constitucional de fuentes de Derecho Público.

Ello implica la imposibilidad de seguir considerando al servicio público como mero título de intervención o, por el contrario, un título de propiedad privada.

El régimen actual del servicio público ha desbalanceado progresivamente ese eje (es decir, el de la tensión Estado-prestador, bajo cualquiera de sus modalidades históricas) a favor de un régimen jurídico que pone en el centro al usuario (actual y potencial), a partir de un claro mandato constitucional: su tutela jurídica y económica como medio para garantizar la efectividad de otros derechos fundamentales y, en definitiva, su dignidad como persona humana.

En este contexto surge, puntualmente, la idea de que si la noción de servicio público, incluyendo a sus variantes de *servicio esencial* o *servicio social*, se incorpora como un derecho humano en el bloque de constitucionalidad, de manera correlativa y necesaria, se afirmará en un sistema de potestades estatales (necesarias para garantizar la efectividad de los derechos y garantías consagrados).

A su vez, si las regulaciones del Derecho internacional del Comercio y de la Integración tienden a regular las relaciones entre el Estado y el mercado, es decir, las formas o modalidades de prestación de los servicios, el Derecho internacional de los Derechos Humanos regula, particularmente, la relación entre aquellos (El Estado y los prestadores) y los usuarios o destinatarios de los servicios.

Se sigue de ello que, en caso de colisión de derechos (entre prestadores y usuarios), tanto por aplicación del art. 42 de la Constitución nacional (derechos especificados), como de los Tratados internacionales de Derechos Humanos incluidos en el bloque de constitucionalidad, deberán prevalecer los derechos de los usuarios o destinatarios de los servicios públicos, esenciales o sociales, que se encuentren comprometidos.

El servicio público tendrá, como especie de derecho social incorporado al marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos, al menos, dos posibles alcances:

- 1) Un primer alcance general, como garantía en el marco del principio de igualdad y no discriminación (*arg.* arts. 1, 24 del Pacto de San José de Costa Rica, tal como ha sido desarrollado por la jurisprudencia y las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En función del cual, el concepto de servicio público se impone, claramente, como una técnica de garantía (de la efectividad de otros derechos)

e igualdad social, lo que implica, en términos de la Corte Interamericana, su utilización por parte del Estado, como una de las “acciones positivas” que el mismo se encuentra obligado a desarrollar para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

2) Un alcance particular, vinculado a la noción de servicio público esencial que atiende a la provisión de bienes públicos, y los derechos específicos que de allí emergen, conforme los lineamientos que emanan de los casos “Ximenes Lopes vs. Brasil”, de 2006 y “Velez Loo vs. Panamá”, de 2010, ambos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ello, especialmente, en lo que hace a las obligaciones estatales en tanto titular de dichos servicios, la posibilidad y condiciones de su delegación para la prestación por parte de un concesionario; y la responsabilidad directa del Estado por la falta de debido control de la prestación del servicio público esencial por parte de un concesionario.

# ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -  
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -  
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -  
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -  
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -  
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -  
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -  
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -  
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -  
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -  
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -  
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -  
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -  
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -  
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN  
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*1ª Edición: Diciembre de 2013*

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

## **Edición:**

© Asociación de Docentes  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son  
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
Av. José Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina