



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)

9. EL CONCEPTO DE "SERVICIO PÚBLICO" EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución no define ni delimita la noción de "servicio público". Tampoco se lo propone ya que la enumeración del artículo 149.1.21 se refiere a la delimitación de competencias exclusivas del Estado. No obstante, en el artículo 158.1 expone una condición distintiva del "servicio público" que no afecta a su concepto sino a su distribución: "un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español". Es decir, el servicio público se distingue del servicio al público en que éste es regulado por el mercado y nadie tiene derecho a exigir que el Estado garantice una cobertura cuando no la satisfaga el mercado, mientras que aquél es independiente del mercado y el Estado ha de asegurar un "nivel mínimo en la prestación" si el mercado es incapaz de satisfacerla. Este criterio de mínima generalización de la prestación es, sin embargo, conceptualmente insuficiente pues no permite deducir qué servicios han de considerarse implicados por esta condición.

La Ley de 1987 insiste en que las telecomunicaciones tendrán la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal. Hay una diferencia importante, no obstante, entre el Estatuto de 1980 y la Ley Orgánica de Televisión Privada de 1988 y la ley de 1987. Aquéllas no tienen fundamento en el texto constitucional mientras que la última lo tiene expresamente en el artículo 149.1.21 donde,

aunque no se hable de "servicio público", se establece que será de competencia exclusiva del Estado el régimen de "correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación".

La noción de "servicio público" es equívoca. Puede entenderse de dos maneras. En un sentido amplio puede interpretarse que todo servicio *al* público es un "servicio público". Pero en sentido jurídico por "servicio público" se entiende aquél cuya administración corresponde al Estado y no a los ciudadanos a menos que el Estado delegue o conceda a éstos la administración de alguna actividad cuya *titularidad* ⁽²⁶⁾ se concibe expresamente como de competencia reservada al Estado. Que el Estado sea titular de una actividad significa que los ciudadanos no pueden ejercerla por iniciativa propia sino por "concesión" expresa de éste. Del hecho de que una actividad se haga ante el público o para el público no se deduce que jurídicamente haya de concebirse como un "servicio público". Son muchas las actividades que son servicio público en el sentido amplio o genérico de que se realizan para el público pero que no pueden ser consideradas como "servicios públicos" en el sentido jurídico administrativo de la expresión. La distinción entre "servicio público" en sentido jurídico administrativo y "servicio público" en sentido sociológico puede ser correlativa con la diferencia entre "interés pú-

⁽²⁶⁾ La palabra "titularidad" no está recogida en el DRAE (20 ed.) con el significado que en el lenguaje burocrático se le suele dar de "cualidad o propiedad de ser titular de algún derecho o función". No obstante, la usamos en este sentido no académicamente reconocido.

blico" e "interés social". La separación entre ambos aspectos puede describirse como la que distingue entre la que obliga a todos y todos pueden reclamar y la que se realiza para cualquiera aunque ante todos. Por ejemplo, la Constitución dice que todas las personas tienen derecho a la tutela efectiva de los jueces o que todos tienen derecho a la educación. El Estado se compromete a asegurar que todos accedan a estos servicios que, en el primer caso, corresponde administrar exclusivamente a sus dirigentes y a los funcionarios, pero no en el segundo, donde el Estado garantiza una cobertura no excluyente sino concurrente con la que la sociedad civil organice por sí misma. Puede considerarse que la actividad educativa que realiza el Estado es un "servicio público", mas la que realiza la sociedad civil es un "servicio al público".

Es obvio que el espontáneo dinamismo de la sociedad civil no puede ser controlado ni sofocado por la voluntad política sin que ese sofocamiento no cause una pérdida de libertad en los individuos. En el origen de la sociedad moderna, exceptuando las más democráticas y libres como son las sociedades de los países anglosajones, estos dos aspectos no estuvieron, por razones ideológicas, claramente separados. Por influencia de las ideologías estatalizadoras de derecha o de izquierda se pensó que las funciones del Estado atendían directamente al bien colectivo como si los gobernantes, los políticos y los funcionarios de la Administración Pública no tuvieran un interés propio, particular, privado o gremial, en aumentar el ámbito de competencia de lo público. La progresiva estatalización de lo

público se fraguó a expensas de la depauperación no menos progresiva del espacio público de la sociedad civil. La causa de ese deterioro hay que encontrarla en la pérdida de conciencia de que la proyección social de la vida civil es tan pública, aunque lo sea en distinto sentido, como lo es el ámbito de competencia reservado al Estado.

Trataremos de apreciar la diferencia entre estos dos sentidos de lo público. La vida en sociedad política se caracteriza porque ha de estar sometida a reglas de conducta que afectan a cuantos conviven en común. Pero se pueden distinguir dos clases de reglas: las que son imprescindibles para regular la interacción entre personas que se distinguen entre sí porque mantienen principios o criterios discrepantes; y los principios o criterios, que también son comunes, en los que las personas discrepan. Las primeras reglas son públicas en sentido administrativo y político, constituyen el contenido del Derecho Público, pues son objetivas, es decir, son independientes de los criterios subjetivos de las personas a las que han de aplicarse, las cuales están sometidas a ellas en todo momento pues las reglas son independientes de sus declaraciones de voluntad. Se imponen, por tanto, a los miembros de la sociedad en tanto se las considera necesarias o útiles para asegurar la equilibrada convivencia entre ciudadanos libres cuyos intereses pueden, en ocasiones, llegar a ser incompatibles o entrar en colisión. Pero las segundas reglas son las que se viven libremente en la sociedad sin que nadie las imponga, no son, pues, obligatorias pero como se viven entre muchos

y no reservadamente sino en público, son socialmente públicas, aunque no sean encuadrables como Derecho Público. La convivencia entre personas cuyos intereses y juicios de valor discrepan, requiere una regulación objetiva, es decir, independiente de los criterios subjetivos o particulares, que permita dirimir las discrepancias y conflictos recíprocos, y una autoridad política que imponga su decisión cuando las reglas se infringen. Esta regulación delimita el régimen de competencia del Estado y de la Administración Pública como institución que ha de aplicar aquellas normas que expresan su supremacía instrumental sobre los ciudadanos.

Lo objetivamente "público" corresponde, por tanto, al ámbito en que el Estado y la Administración Pública se convierten en punto de referencia instrumental de los ciudadanos. Lo "público" es, de esta manera, un instrumento necesario o imprescindible para asegurar la convivencia pacífica en la comunidad política. La convivencia pacífica es una *conditio sine qua non* de la convivencia social, y lo objetivamente público se refiere a esa condición. Pero esta condición es un fin de la comunidad en su conjunto que tiene a su vez como fundamento el garantizar en lo posible que cada ciudadano pueda realizar personal o asociadamente sus fines particulares. Lo que da, pues sentido, a lo objetivamente público es que sea un instrumento que garantice que los ciudadanos puedan libremente hacer y opinar cuanto no signifique un daño a los demás o lesione la "dignidad de las personas". El

aseguramiento de la libertad del ciudadano de opinar, expresarse, emprender, asociarse y actuar por sí mismo es el fundamento de que se delimite un "espacio político público" respecto del cual la libertad se recorta. De aquí que, con relación al fundamento, se hable de derechos fundamentales inviolables, los cuales, no pueden ser recortados más que por motivos instrumentales, no sustantivos, es decir, para evitar los conflictos, dirimir las desavenencias o proteger "la dignidad". No es, por tanto, la importancia social de un servicio lo que le hace público, ni que sea más o menos esencial, sino el que sea un instrumento objetivo para la resolución de problemas subjetivos ⁽²⁷⁾.

La confusión, a veces interesada, entre "el aspecto público de toda actividad social" libremente ejercida ante los demás (es decir, lo que se hace *en público* o *para* el público o porque interesa *al* público) cuya regulación no puede ser supeditada a criterios políticos ya que pertenece al ámbito social o al privado, y el espacio jurídico que

⁽²⁷⁾ La Doctrina más reciente y la tendencia jurídica común a toda la Unión Europea se orienta a sustituir la concepción decimonónica de "servicio público" como acotación de un ámbito de actividades reservadas a la competencia del Estado, por la más moderna de imposición de obligaciones concretas a los agentes libres del mercado (privados) que administren el servicio en régimen de competencia. Este criterio es congruente con el requisito del artículo 158.1 de la Constitución que exige que los "servicios públicos fundamentales" tengan "un nivel mínimo en la prestación... en todo el territorio español". Bastaría, pues, exigir, una determinada cobertura para que el sistema de concesión se sustituyera por el de autorización administrativa.

corresponde a lo “objetivamente público”, que queda delimitado por la competencia de la autoridad política o la burocrática, ha sido la causa de que actividades como las relativas a la televisión se hayan concebido como “servicio público de titularidad estatal”. No hay razón para que los servicios públicos o al público, por importantes, genéricos o “esenciales” que sean, hayan de tener por *titular* al Estado. El Estado es —y no solo puede serlo— titular de los servicios de interés público, es decir, de aquellos que son imponibles a los ciudadanos porque forman parte del núcleo de garantías que son independientes de sus intereses particulares y sin los cuales no se podría mantener el sistema de protección de esos intereses. Un hombre, un ciudadano, no es libre de eludir el servicio militar, la obligación de declarar a hacienda o el pago a la cotización social. Puede decirse que cumplir con estas exigencias legales que se le imponen limita su libertad de hacer, pero también que esa limitación es el pago que el ciudadano realiza por vivir socialmente protegido en una comunidad pública de convivencia que se denomina “Estado” para que pueda realizar por sí mismo sus propios fines mientras no infrinja aquellas reglas que aseguran que también los demás pueden realizar por sí mismos sus propias pretensiones.