

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. HISTORIA, POLÍTICA; ACIERTOS Y RETOS*

CASTELLANOS HODELÍN, YANISEL¹

UNIVERSIDAD DE LA HABANA

1. Surgimiento de los Servicios Públicos, acercamiento a sus inicios en Francia

La división y separación de las funciones de la Administración de las otras actividades del Estado (Fernández Ruiz, 1997), siempre ha sido una preocupación y está en la misma esencia del surgimiento del Derecho Administrativo. Sin embargo, su actividad queda dentro del manto estatal y por tanto su actuación, depende de los factores internos y externos que determinan al Estado, entre ellos la política; es así que los rumbos que adquieran la Administración y su actuación estarán signados por la forma por esta asumida.

Como bien han señalado Peters y Pierre citados en Macedo,

* Recepción: 9/8/2024; evaluación: 20/10/2024; aceptación: 25/11/2024.

¹ Jurista del Comercio Internacional, Empresa Comercializadora de Alimentos, ALIMPORT. Maestranda en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

la Administración Pública es en esencia una creación política, sencillamente porque es la estructura que presta servicios públicos a los ciudadanos y así juega un rol en determinar quién consigue qué del sector público (...) En efecto, sabemos que las Administraciones públicas forman parte del sistema político en tanto que participan en el proceso de elaboración y ejecución de políticas públicas (Roman Macedo, 2010: 68)

Es así que la política como elemento axiológico influye (para bien o para mal) determinadamente, en la forma que adquirirá los Servicios Públicos, que actividades de interés general se asumirán como tales, y si quedará o no determinado en función de esta, en un cuerpo normativo de rango superior y se concretará en sus elementos, o quedará en la simple mención, como parte de lo que ya es común: que se emplee la locución para llamar así a cualquier actividad que genere determinado interés social. Por lo que los Servicios Públicos han de ser entendidos, por los hechos históricos, la realidad social, la corriente normativa (en este caso el texto constitucional), las posturas teóricas derivadas de este, incluso el entorno cultural y la cosmovisión de las sociedades, que determina algunos servicios como categorías jurídicas por encima de otros con trascendencia jurídica, que más allá de visualizar una concepción doctrinal permitirá entenderlo en cada caso concreto. Es bien conocido por todos que la noción de Servicio Público proviene del Derecho Francés. Sin embargo, puede definirse una etapa previa de servicios prestados a una colectividad, de un interés social con más o menos regulación. En la Edad Media los señores feudales proveían a su gleba servicios de molino, hornos y prensados en un régimen de monopolio del señor, que a su vez no podía interrumpir la prestación, debía estar por tanto en funcionamiento constante, garantizando un acceso constante y por

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

igual a todos los habitantes, así como su seguridad, so pena de que el siervo podría buscarse otro proveedor del servicio en otra ciudad y las consiguientes pérdidas de ganancias y vasallos (Zegarra Valdivia, 2012).

Una vez que fueron apareciendo las ciudades, nuevas actividades surgieron bajo la responsabilidad de la gobernación local como el mantenimiento de murallas, limpieza de calles, organización de ferias y alumbrado. Es así que la República Francesa por ejemplo hereda de la corona y sostiene el servicio de postal.

Ambos precedentes de la noción de Servicio Público, fueron influenciados por la doctrina de la *utilitas pública*, recogida de las leyes romanas durante el siglo XIII, y que significó la legitimación de la supremacía del interés general sobre el interés privado. “*La notion de commun profit ou d'utilité commune qui se dégage d'elle-même des institutions notamment municipales sera reliée au concept romain d'utilitas publica*” (Zegarra Valdivia, 2012, pág. 14).

Para el siglo XVIII en Francia ya era común el uso de la locución *Service Public* entendidos por los servicios que ya se prestaban por la corona, o por la autoridad local, se ofrecían al público en general y no se regían por leyes privadas (Zegarra Valdivia, 2012) sin que haya una regulación que le establezca o una conceptualización teórica que le precise. El término Servicio Público se le acuña a JUAN JACOBO ROSSEAU en su libro *El Contrato Social*; no da una conceptualización del término, sino que lo usa en referencia a la visión como función principal del estado de satisfacción de interés público.

La génesis de los Servicios Públicos parte de los servicios heredados de las monarquías absolutas, es así que no es de extrañar que su surgimiento parta de los países con tradición monárquica y que fueron caldeados con la Revolución Industrial, que aumentó el crecimiento de las ciudades por el éxodo masivo de

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

campesinos y el surgimiento de nuevas necesidades sociales, el auge de la burguesía en el caso francés con la Revolución burguesa y el destrono de la corona, todo lo que genera en el Estado y por ende en la Administración como su brazo operativo, el deslinde de funciones con respecto a otros órganos y a la vez concentración de funciones públicas, que poseían algunos por razón de herencia y buen nombre y de las que tenía la iglesia como la sanidad y la enseñanza. La Revolución Francesa vino a ser el colofón para la construcción teórico conceptual de los Servicios Públicos, tanto desde lo filosófico, con el surgimiento del Estado liberal, el iluminismo y los cambios sociales y políticos que desencadena: desde la tripartición de poderes y por consiguiente el surgimiento de los tribunales administrativos, hasta la declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano, que afianza como centro de la organización estatal la libertad sin oposiciones y límites.

El surgimiento de una noción de Servicios Público en Francia se construye en un ámbito caracterizado por cuatro elementos: la visión social del *Service Public* (servicios de utilidad e interés social heredados), la creación de los tribunales administrativos (derivados de la tripartición de poderes), la realidad social de un estado que tiene por necesidad asumir nuevos roles, y la construcción epistémica de un nuevo Estado (sin salir del liberalismo), cuyo fundamento es el estado servidor (sustentado en el pensamiento jurídico Duguitiano de cooperación de Servicios Públicos), todo lo que tiene un posterior repercusión en los textos constitucionales sarmiento de los cambios que a la vez le son germen y desembocadura.

En el Estado de Servicios Públicos, el concepto aparece como aquella

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, al ser indispensable a la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante (Duguit, 2007:27)

De esta manera se instaura la llamada escuela de Servicios Públicos (Rivero, 1980)² la que podemos calificar como una noción amplísima de servicio público definitoria del Derecho administrativo, y al mismo tiempo, de la jurisdicción administrativa frente a la jurisdicción ordinaria.

Es innegable la influencia de tales teorías de la Escuela de Burdeos eminentemente sociales atemperadas a racionalidad histórica en que se desencadena y a las ciencias del momento, categorizadas incluso como socialistas (Cassagne, 2002) tuvieron una influencia en el ámbito europeo signando incluso, la conformación del estado democrático y social del siglo XX en pugna con el liberalismo clásico, este estado de Bienestar influenciado además por el Derecho anglosajón y otras corrientes políticas y jurídicas, incluso teorías contemporáneas a las desarrolladas por DUGUIT (2007) generan un nuevo liberalismo que toma forma en el período entre guerras, gracias a la superación de los presupuestos liberales clásicos (no intromisión estatal ,plena libertad mercantil ...) donde precisamente se genera la cimente de los servicios públicos

² Rivero caracteriza a la escuela de los Servicios Públicos en los siguientes términos: “la diferencia esencial entre la actividad de los particulares y la actividad pública reside en el hecho de que ésta está enteramente consagrada a la gestión de empresas capaces de satisfacer el interés general, es decir, a servicios públicos. Estas actividades, en el mundo liberal, son sustancialmente diferentes, por su objeto, de las actividades privadas; tienen sus exigencias propias, que imponen su régimen jurídico particular. En consecuencia, *se puede definir al Derecho administrativo como el Derecho de los servicios públicos*. En esta concepción, el servicio público traza la frontera del derecho administrativo y por ella misma la de la competencia del juez administrativo. Le proporciona también su contenido: todas las soluciones propias del derecho administrativo se explican por las necesidades del servicio público” (Rivero, 1980: 32)

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

en un entorno con creciente necesidad social, que precisamente fue la que generó la necesidad de asunción de actividades de prestación de los poderes Públicos. Es así que la primera Guerra Mundial desembocó en una masificación de estas mismas necesidades, que genera una dependencia mayor de las instituciones públicas haciendo imposible las visiones individualistas liberales de subsistencia social; es necesario entonces enfocar la Administración en solventar necesidades sociales y garantizar la subsistencia pública. Entre estos avatares se promulga la Constitución Francesa de 1946 quien en su preámbulo de alguna manera traza las líneas fundamentales del Constitucionalismo Social (Álvarez Vélez, 2008) y menciona por primera vez de forma directa los Servicios Públicos³. Tal regulación⁴ es coherente con la visión objetiva de los Servicios Públicos de León Duguit cuyo sujeto es el Estado con vocación al monopolio.

2. Los servicios públicos en Alemania

³ Preámbulo párrafo 8vo. Constitución Francesa del 26 de octubre de 1946, que establece que todo bien, toda empresa cuya explotación tiene o adquiere los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe pasar a ser propiedad de la colectividad.

⁴ La constitución Francesa de 1958 amplía la regulación entorno a los Servicios Públicos, declara se adhiere al preámbulo de la Constitución de 1946 que establece el monopolio de hecho del Estado sobre la actividad de servicios públicos, pero además el artículo 71-1 establece la obligación del Defensor de Pueblo de velar por la realización y prestación coherente de los Servicios Públicos, independientemente de quien los preste, además el derecho de solicitar su actuación por cualquier perjudicado por el funcionamiento de estos, estableciendo de por sí, pautas para la protección de los consumidores y/o usuarios de los Servicios Públicos. Mención aparte requiere el artículo 11 modificado en su escritura por la ley constitucional n.º 2008-724 de 23 de julio de 2008 estableciendo como función del presidente de la República: someter cualquier ley a referéndum incluso la de Servicios Públicos. De lo que se infiere el mandato de necesidad regulatoria de los Servicios Públicos en norma de rango superior.

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

La *Daseinsvorsorge* surge en el Derecho Administrativo Alemán casi de las mismas fuentes que el *Service Public* Francés, la necesidad de una mayor actuación del Estado ante una creciente industrialización y sobrepoblación de las ciudades que hace requerir una garantía prestacional de necesidades, que no pueden ser suplidas por sí mismas por los usuarios. La visión sociológica de FROSTHOFF al igual que DUGUIT parte de la observación de la realidad (Magaldi Mendaña, 2020)⁵. El Esquema de Estado presente en Alemania era de liberalismo prusiano de Estado vigilante nocturno, que se mueve en el contexto de las transformaciones surgidas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, donde la actividad pública pasa de la previsión, al carácter solamente represivo a un enfoque de actividades que deben garantizarse. Teniendo en cuenta el gran margen de devastación del enfrentamiento bélico y las grandes pérdidas sufridas por Alemania en lo que a territorios se refiere, generó una convicción nacionalista en franca oposición a los tratados de paz posteriores al conflicto, de ahí que el Estado en una visión casi monárquica, sea sumamente protegido borrando la división de poderes que tradicionalmente primaba en la visión estatal alemana (Pielow, 2004.). Evidentemente esto tuvo repercusiones en el Ordenamiento Jurídico y en las Instituciones del Derecho Público, que además marca las señas de identidad de la procura existencial, que la distancia del

⁵ Quizás –o precisamente– por ello, lo cierto es que cabe hablar de un concepto sociológico de procura existencial, construido a partir de la observación directa de las transformaciones sociales que Alemania (y buena parte de Europa, en realidad) experimentó a partir de la segunda mitad del siglo XIX y durante las primeras décadas del siglo XX. Este concepto sociológico, prejurídico si se prefiere, conformará el sustrato sobre el que luego el propio autor tratará de construir un concepto jurídico de procura existencial y lo insertará en una renovada dogmática del Derecho administrativo, como habremos de ver.

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

Service Public aún presente en todo el derecho europeo incluido el germánico. (Mayer, 1886)⁶.

Es así que se precisa la imperiosidad de superar el estado liberal clásico, que representaba una realidad social superada por el impacto de la revolución industrial, pero en el caso alemán dentro del liberalismo y sus postulados⁷, impulsado además por los movimientos sociales del siglo XIX que sacuden Europa y el crecimiento acelerado que se produce en los primeros años del siglo XX. Todo esto le obliga a replantear la razón de ser del Estado, orientándose al reconocimiento de su cada vez mayor intervención en la vida social. Junto al fortalecimiento de las libertades individuales, surge el establecimiento de las libertades-participación. Así, los derechos sociales son reconocidos y garantizados por el nuevo estado-protector el cual, no sólo participa como árbitro en las relaciones capital-trabajo, sino que además planifica y regula la cultura y la familia, imprimiendo fuertes restricciones a los clásicos derechos liberales en pro del bienestar social. A la par de la realidad imperante de entreguerras, se

⁶ La doctrina del *Service Public* Francés ejerció una influencia considerable incluso en territorio Alemán pues muchos escritos de OTTO MAYER profesor de Derecho en la Universidad de Estrasburgo dan fe de ello; por ejemplo fue autor de un curso de Derecho Administrativo Francés coincidiendo además con alguno de los postulados esbozados. “En lo que al ámbito Jurídico Germano se refiere, conviene tener presente que la construcción de una teoría del *service public* al modo francés con la ilustre excepción de OTTO MAYER, eso completamente extraña al mismo.” (Carro Fernández-Valmayor, 2003: 585)

⁷ “FORSTHOFF –a diferencia de DUGUIT– no pondrá en duda las bases conceptuales y dogmáticas del Estado tal y como este se había construido por la doctrina alemana clásica. De hecho, afirmará expresamente que no pretende sustituir el Derecho administrativo propio del Estado liberal ni a su Administración, sino completarlos, al entender que la dogmática liberal propia de aquel Estado (y de su Administración) no agota, por sí sola, todo su objeto. Este debe contemplar también la importante tarea de proveer al individuo de aquellos bienes y prestaciones que son necesarios para su subsistencia en condiciones adecuadas; tarea que necesariamente corresponde a la Administración pública en los Estados modernos.” (Forsthoff, 2013: 138)

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

fragua en el plano ideológico la crisis del Estado Liberal a partir de mediados del siglo XIX, cuando entre la propia burguesía comienzan a surgir voces a la vista de las consecuencias sociales de la industrialización y en nombre de sus víctimas, reclamaban una reinterpretación en sentido material y efectivo de los principios de libertad e igualdad, y una rectificación de la concepción individualista de la sociedad y el Derecho.

Por otro lado, desde el punto de vista netamente jurídico era imposible la asimilación de *service public* en Alemania, primeramente no era necesario en tanto que su ordenamiento resolvía lo público con la jurisdicción ordinaria, no ameritaba una creación normativa particular en tanto que las maneras de hacerlo eran eficaces; al menos en su cosmovisión no eran requeribles. Igualmente es generador el surgimiento del Constitucionalismo social con las Constitución de Querétaro de 1917 y la Alemana de Weimar de agosto de 1919 que igualmente impulsado por el contexto descrito, es puntal para la aparición de la procura existencial⁸.

⁸ La Constitución de Weimar marcada por el intervencionismo estatal en amplios sectores, distingue las señas del Estado de bienestar y así amplía la participación el Estado, en una especie de mezcla de socialdemocracia con tintes liberalistas. Es así que reconoce en la Parte Primera Organización y Atribuciones del Imperio, Sección Primera El imperio y pos núcleos políticos (países) consultivos, en el artículo 11 regula que el Imperio puede, por vial legislativa, establecer así mismo reglas en cuanto se refiere a al sistema de imposición de los países al efecto de impedir: 3. Establecimiento de Derechos exagerados o prohibitivos sobre el uso de medios de transporte o sobre Servicios Públicos de Comunicación. Por lo que solo acoge bajo los Servicios Públicos las comunicaciones y el transporte. Es así que el artículo 88 plantea que son de exclusiva competencia del imperio el régimen de correos, telégrafos, así como el de los teléfonos. De igual manera el artículo 89 precisa la competencia del gobierno en tema ferrocarriles bajo el interés general, para establecerlo como servicio unitario; reforzando la visión estrecha de subsumir solo comunicaciones y transporte a servicios públicos. Soslayando además establecer postulados que precisen los efectos de tal declaración como Servicios Público. Si bien en los artículos siguientes se pueden comprender algunos elementos efectos de tal declaración: según el artículo 92 la creación de empresas autónomas para su gestión, y artículo 95 sobre el control tarifario y económico. Es importante aclarar que la Parte Segunda Derechos y Deberes de los alemanes, Sección IV Educación y Enseñanza, en el artículo 143 norma que se entenderá a la educación de la juventud mediante establecimientos, públicos. No se refiere a que sea un servicio público sino que se crearan instituciones públicas en su forma de

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

Ante el creciente desarrollo industrial en una sociedad basta, donde los individuos en base a la libertad no son capaces de solventar por si mismos las necesidad para la vida diaria, se necesita que sean asegurados esos intereses, que cada uno está en condiciones de apropiarse (*Appropriationsinteresse*), amerita un apoyo de carácter extraordinario que supla esas necesidades sobre el individuo y su familia de carácter vital, que le es dado por la comunidad estatal. Por lo que todas las prestaciones llevadas a cabo por la administración a favor de los ciudadanos, son formas de asistencia vital. Donde algunas son vitalmente necesarias como el agua, el gas, la electricidad y el transporte; sin que interese si son vitalmente necesarias, si el hombre quiere aceptarlas o no, mientras dependa de su arbitrio como ir al teatro municipal o la enseñanza, aunque se haga distingos. Todo lo que acontece del lado de la administración, para poner en disfrute de prestaciones útiles a la generalidad o a un sector de personas por características objetivas, es asistencia vital. (Forsthoff, 1958).

Es entonces que el estado pasa de estar limitado a la actividad de policía a una administración de las actividades de servicio francamente prestadora (*leistende Verwaltung*), donde en su visión sin salirse de los límites del liberalismo y la realidad del ordenamiento jurídico alemán, transmuta al estado social. (Martin, 2005)

Es entonces característica de la *Daseinsvorsorge* al igual que el *Servicie Public*, su forma de surgimiento, partiendo de una visión sociológica de la realidad de sus autores, ponen el puntal de la transmutación del estado (dentro de su propio margen liberal) hacia un estado social de bienestar avocándose en ser

acceder libremente y para todos a ellas. Por lo que, por la regulación de esta, es limitando su alcance a determinadas actividades contrario a la necesidad objetiva. Constitución del Imperio (REICH) Alemán, de 11 de agosto de 1919. Textos Constitucionales Españoles y Extranjeros Editorial Athenaeum, Zaragoza, 1930.

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

eminentemente prestador. Sin embargo, difieren y por tanto es al menos antes de las “crisis” del modelo Francés su acoplamiento, en que la asistencia vital no proveía al individuo de un derecho a la prestación de asistencia individual sino de expectativas seguras en el marco de comunidades, a diferencia del servicio público. El elemento corporativo debía subordinarse al principio de primacía de la voluntad del líder que por entonces era intocable en Alemania, por lo que los gobernantes solo eran responsables de la planificación y dirección del estado prestacional y a diferencia del *service public* la creación o no de los servicios dependía del líder no de la ley. Por la propia naturaleza del Derecho Administrativo Germánico al contrario del francés, no era menester (en su visión) crear un régimen autoritario de derecho público por lo que convivía con el privado complementándose y fusionándose en ocasiones, reservándose la preeminencia del público ante determinados servicios de suma importancia. Nunca fue al menos en principio la *Daseinsvorsorge* materializada en régimen de monopolio, salvo reserva por ley de ferrocarril y otros servicios reservados a las municipalidades, sin que marcara preponderancia tampoco del Estado ante la asunción de determinadas actividades. La necesidad de la Publicación para el nacimiento del Servicio Público en el modelo Francés, es desechado en la asistencia vital en tanto que su creación parte del interés del líder por lo que al margen regulatorio en las municipalidades se consideran como tales sin requerir una regulación que le de nacimiento. Si bien el *service public* y la procura existencial abarcan en su concepción amplísimas actividades la propia forma adoptada por el Estado signa las diferencias en tanto DUGUIT plantea una concepción en fondo liberal de república burguesa que legitima toda actividad si es de interés general y por tanto servicio público cuidadosamente limitados por la

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

ley, FORSTHOFF sostiene la conservadora y romántica de Estado como suprema comunidad de convivencia con responsabilidad general para con el bienestar de sus miembros, es así que en Francia un estado restringido por márgenes legales de servicio público y en Alemania un estado omnipotente que además presta servicios públicos, pero que conserva los fundamentos de garante de la soberanía. La Ley Fundamental de la República Alemana o Ley Fundamental de Bonn del 23 de mayo de 1949, establece cambios políticos que impactan los Servicios Públicos y su concepción en de la *Daseinsvorsorge* desde la esencia de sus fundamentos⁹. Es así que se hable en este cuerpo normativo concisamente de Servicio Público en referencia a la *öffentliche Daseinsvorsorge* (Administración Prestacional) en el artículo 33 apartado 3 y otros artículos. Pero si bien se podría referir que existe mayor acercamiento a la teoría francesa, es coherente decir que toma caminos propios, basado en elementos asentados y entendidos de la asistencia vital. Es así que el mentado artículo 33 apartado 3 no da derechos subjetivos de los Servicios Públicos, sino que habla de derechos adquiridos en el Servicio Público (criterio sostenido por FORSTHOFF en su construcción teórica). De alguna manera conserva la idea de creación de los Servicios Públicos a nivel municipal y de manos de los funcionarios públicos del mismo (artículo 33 apartado 4) con la obligación de creación normativa que regule los mismos (artículo 33 apartado 5). El artículo 34 introduce la responsabilidad última y

⁹ Al desaparecer el Estado cuasi monárquico, previo a la ley y al servicio, el cual solo existía porque este lo creaba, donde el ciudadano tenía que entrar voluntariamente si quería hacer uso de servicio, que por demás no estaba regulado sus derechos y obligaciones. Convirtiéndose la procura existencia entonces en un concepto metajurídico que abarca por tanto no solo la administración prestacional sino otros como los fines del Estado de proveer salarios justos, la satisfacción personal, el desarrollo social y otros. Además su vocación de estar al margen de la ley y principalmente sociológico redundan en tales consecuencias.

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

subsidiaria del Estado ante la violación de los deberes de función pública, además de ser clara alusión a los derechos de los usuarios de los servicios ante incumplimientos; todo esto también como consecuencia del constitucionalismo social del cual bebe. Es manifiesto el eclecticismo en torno a que se rija tanto por Derecho Público como por Privado. La *Daseinsvorsorge* encuentra cabida en la Ley Fundamental en tanto detenta la Federación la facultad de legislación exclusiva en los servicios de transporte ferroviario (artículo 73 apartado 6a para el ferrocarril Federal y artículo 74 apartado 23 los que no le pertenecen y los de montaña) correo y telecomunicaciones (artículo 73 apartado 7), Financiamiento de los Hospitales y la regulación tarifaria de los mismos (artículo 74 apartado 19a). Sin embargo estos a pesar de ser regulados por la Federación (siguiendo el modelo del *Service Public* francés) se gestionan bajo la forma de empresas económicas de Derecho Privado en el caso de la actividad Ferroviaria, según el artículo 87e apartado 3 y las telecomunicaciones y correo según el artículo 87f apartado 2. Es llamativa la introducción en el artículo 96 apartado 4 de la Carta Magna en cuestión, de la posibilidad de crear tribunales ad hoc para decidir ante quejas respecto a un servicio de Derecho Público, creando así una vía de evacuación ante incumplimientos y realización inadecuada de los Servicios Públicos (igualmente el artículo 34 plantea la vía judicial).

De tal construcción a partir de la *Daseinsvorsorge* alemana, asumida en la Ley Fundamental de Bonn con atisbos de *Service Public* francés, podemos decir que incorpora como novedoso a los Servicios Públicos la creación por la municipalidad con la obligación de regulación de los mismos, la introducción de los derechos de los consumidores y el deber de la Administración con estos, la responsabilidad última y subrogada del Estado ante los servicios Públicos, la

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

gestión en régimen de Derecho Privado bajo control de Derecho Público y la posibilidad de procedimiento judicial por prestación inadecuada de servicios.

3. Los Servicios Públicos como actividad de la Administración en América

La visión de los Servicios Públicos como actividad de la Administración y brazo operante del Estado, llega a América a través de España y su regulación que abarca las provincias de Ultramar. Sin embargo, no fue hasta principios del siglo XVIII con la implantación de la dinastía de los Borbón, cuando se introdujo el Estado moderno en España, al mismo tiempo que se liquidaba el protagonismo de la monarquía hispánica en el escenario europeo en favor de Francia. La falta de arraigo de las corrientes filosóficas que lo hicieron posible y sustentaron intelectualmente la eclosión industrializadora, debida a la casi total desvinculación de España con el pensamiento europeo del siglo XVIII, mantuvo al país anclado en las estructuras económicas y sociales pre-industriales hasta fechas relativamente tardías. Fue la conmoción producida por la invasión napoleónica, el acontecimiento que favoreció la difusión en España de las ideas revolucionarias, antes circunscritas a minorías muy reducidas, y en medio de la guerra contra el invasor se elaboró su primera Constitución liberal, la de 1812, que por lo demás, respeta algunos elementos y tradiciones del Antiguo Régimen. Con la extensión del iluminismo, el despotismo ilustrado y la invasión napoleónica, evidentemente la locución Servicio Público llega a España y de alguna manera se revierte sobre su legislación constitucional. Si bien la Constitución de Cádiz no hace mención directa de la voz Servicios Públicos, se

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

puede vislumbrar que subyace en algunas de sus disposiciones¹⁰. Sin embargo la referencia directa al termino Servicios Públicos en el caso Español discurrió en la legislación ordinaria¹¹, es así que la Ley de 2 de Abril de 1845, que establecía los criterios de atribución de competencias a la jurisdicción administrativa, acuñó en relación con los contratos de las administraciones públicas la fórmula "Obras y Servicios Públicos", también presente en el artículo 3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, y más adelante, el Código Civil de 1889 sometió en su artículo 339 al régimen propio del dominio público,

¹⁰ En el cuerpo normativo de la Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812 la primera propiamente española, si bien no regula directamente los Servicios públicos, establece elementos propios marcados por la influencia francesa y sus constituciones históricas, la que le es contemporánea la Constitución Francesa del 18 de mayo de 1804 y las anteriores. Es así que desde el punto de vista de los Servicios Públicos, gravita en torno a conceptos de Utilidad Pública (la constitución francesa de 1848 lo regula en el artículo 11, 15); es así que el artículo 321 precisa, que estará cargo de los ayuntamientos en el apartado séptimo: cuidar de la construcción y reparación de los caminos, calzadas puentes y cárceles, de los montes y plantíos del común y de todas las obras publicas de necesidad, utilidad y ornato. Igualmente sostiene la posibilidad de una especie de expropiación por decisión de las cortes a través de la diputación provincial a solicitud del ayuntamiento por conceptos de utilidad pública (establece la expropiación por necesidad publica la Constitución francesa de 1795 en el artículo 358). Plantea la responsabilidad de la Administración ante servicios indispensables como la educación que cataloga como pública; es así que regula el artículo 131 apartado vigesimosegundo la obligación del Estado de establecer un plan general de Enseñanza Pública, artículo 321 apartado quinto como función a cargo del ayuntamiento: cuidar de las escuelas de primeras letras y demás establecimientos de educación que se paguen con el fondo del común, además de que establece todo un título referente a la educación pública el Título IX, remarcando que es función del Ayuntamiento (la Constitución Francesa de 1795 lo regula en el Título X). Igualmente hace referencia al deber de la Administración ante otros servicios: la policía de salubridad y comodidad según el artículo 321 apartado primero y en apartado sexto como función de los ayuntamientos como Administración municipal: cuidar de los hospitales, hospicio, casas de expósito y demás establecimientos de beneficencia (La constitución Francesa de 1791 en el Título Primero párrafo séptimo regula la creación y organización del socorro). De la misma manera regula la determinación de que se establezcan actividades como la policía y sanidad pública en reglamentos aprobados por las Cortes según el artículo 131 apartado vigesimotercero. Constitución de Cádiz, 1812 http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_cadiz.pdf.

¹¹ “El concepto de *Service Public*, como eje central del Derecho administrativo, es una construcción típicamente francesa y del Derecho francés fue importada en España por nuestra doctrina científica, legislación y jurisprudencia.” (Garrido Falla, 1994). Sin embargo, otros autores argumentan, que, en torno a los servicios públicos en el contexto español, existía una bifurcación en tanto la legislación sectorial y general; en torno a que los servicios públicos iban por un cauce y la teoría y la doctrina por otro muy diferente.

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). "El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos", *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

todos los bienes que "pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún Servicio Público". Sin embargo, la expresión tenía todavía un significado poco preciso, pues se la hacía equivaler genéricamente a la satisfacción de una necesidad o utilidad pública inmediata. El surgimiento de los Servicios Públicos también en el caso ibérico, estuvo marcado por el desarrollo social y la necesidad de sumar actividades sobrevenidas por el adelanto urbano, y se ve marcado por la influencia de la regulación francesa de los mismos. Es así que en un especie de ítem temporal, pasando en el contexto Español de ser visto como sinónimo de actividad administrativa y por ende toda actividad de esta (Oliván y Borrue, 1843), ligado al concepto de obra pública específicamente vinculado al ferrocarril que es de gran trascendencia en plena revolución industrial, siguiendo además la costumbre administrativa europea, más adelante y como consecuencia de una pugna de competencias entre municipios y Estado sobre algunos Servicios Públicos, por ejemplo el de tranvías, se utilizará la relación del servicio con el dominio público para justificar la intervención de los municipios. Es en torno a 1924 cuando se ha consolidado la importación de la doctrina francesa del Servicio Público y cuando en la legislación española se realizan las primeras declaraciones formales como tal, para referirse a determinadas actividades, como es el caso del agua, gas y electricidad. Sólo entonces el Servicio Público, aparece como el título habilitante de la intervención de la Administración Pública. (Melián Gil, 1968). Es en el Derecho Administrativo Español y previo a la Constitución Española de 1978, como parte de la construcción teórico doctrinal del Servicio Público aparece por VILLAR PALASÍ (Villar Palisí, 1950) la *publicatio* en correlación con las regulaciones normativas de estos, es entonces que la teoría ibérica se precisa sobre un

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

Administración sea titular o propietaria de la actividad; lo que no puede desembocar en el monopolio como elemento indispensable, ni eliminar la necesidad de satisfacer el interés general por parte del Servicio Público.

Si bien la Constitución Española de 1978 no podemos inscribirla dentro del Constitucionalismo Social, al igual que muchas de las constituciones del siglo XX está marcada por su influencia, además da centralidad a los derechos fundamentales, por lo que su contenido vincula a todos los poderes públicos y cuyo contenido ha de ser respetado ampliado y vigilado también por el legislador (artículo 53.1). El articulado de esta Constitución no establece un concepto directo y estricto de Servicio Público, de este se hace alusión indirecta y se transversaliza también en la separación de funciones y la concreción, al conceptualizar la Administración Pública desligándose de otros entes estatales.¹²

La Constitución Española vigente marca pautas en la Regulación legal y Constitucional de los Servicios Públicos, precisa el salto de gravitar la

¹² Es así que el artículo 103.1 regula que: La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; remarcando el interés general como elemento central de su actividad que es rasgo determinante de los Servicios Públicos. Como consecuencia del reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas –“reales y efectivas”- y de la referencia a la “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (artículo 38), se producirá una reducción del ámbito de actuación del servicio público. Como equivalente a actividad administrativa, a efectos de responsabilidad de la Administración, en el artículo 106. Se habla de “servicios esenciales de la comunidad” en los artículos 28 y 37 al tratar del derecho a la huelga y del derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, para reconocer garantías que aseguren el mantenimiento o el funcionamiento de aquellos servicios. La misma expresión “servicios esenciales” existe en el artículo 128, que constituye el primero de los dedicados a “Economía y Hacienda”. Su apartado 2 dice: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio”. No se habla de servicios públicos, sino de reservar al sector público servicios esenciales. Traducida esta expresión en notas clásicas, definidoras del servicio público significa, en primer lugar, atribuir al Estado la titularidad en exclusiva de determinados servicios. No otra cosa creo que significa la reserva al sector público, por varias razones. Constitución Española aprobada el 27 de diciembre de 1978.

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

Administración Pública en torno a la Utilidad Pública de la constitución de Cádiz ,a la visión de Interés General signado por los derechos fundamentales, por lo que distanciándose de la doctrina francesa se puede inferir titularidad subjetiva de los mismos, y por tanto la obligación legal del Estado y por tanto la titularidad exclusiva de la Administración de los Servicios Públicos; aún y cuando no se separa del liberalismo y los amplios márgenes a la actividad comercial y el mercado, regula límites constitucionales a la libertad de empresa sustrayendo de las mismas algunas actividades dejándola a su titularidad e iniciativa pública, a tal punto que es imposible la abdicación de la Administración de actividades tenidas como esenciales aunque pueda cedes su gestión. Resulta interesante remarcar que, si bien le da importancia a los Servicios Públicos y lo dota de algunos elementos generales, no cataloga algunas actividades como tal, por lo que refuerza la visión ya sentada en su teoría, de que tal declaración sea por ley que su vez hace nacer el mismo, marcando pautas generales para la regulación particular de los servicios con un fuerte ámbito normativo especial que ya era acostumbrado incluso antes de la Carta Magna. La necesaria formulación en ley de los servicios de alguna manera es un límite a tal actividad declarativa, en tanto que al nuclear como centro de su construcción normativa a los derechos fundamentales, frena la actividad pública declarativa de la administración de cualquier actividad como Servicio Público para garantizar su intervención.

Si bien la Constitución española tiene un espacio regulatorio de Servicios Públicos y cuenta además con una tradición de los mismos, para garantiza al margen de la carta magna prestaciones esenciales como es costumbre referir en leyes hispánicas. Sin embargo, algunos autores seducidos por ideas neoliberales y globalizadoras, han llegado a defender la idea de estos están anticuados y han

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

perdido la razón de ser; si bien es cierto que las condiciones sociales y del mercado de postguerra, con su ámbito político y social distan mucho de los actuales; en este sentido GASPAR ARIÑO ORTIZ ha señalado que el servicio Público

fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres, a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy-como dice JOSÉ LUIS VILLAR- hay que hacerle un digno entierro (Ariño Ortiz, 2009: 215).

Si bien es un criterio con bastantes adeptos hay que analizar su posibilidad y factibilidad en el contexto constitucional Español; y es que la Ley de leyes es la primera que imposibilita tales exequias, pues su artículo 128 sostiene la centralidad del interés general en el manejo y uso de las riquezas del país, así mismo permite la participación pública en la actividad económica, sin embargo, se reserva al sector público recursos o servicios esenciales en monopolio, sin que esto excluya la participación de empresas siempre en interés general.

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

Referencias bibliográficas

ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel (2008):" Constitución de Francia", *Revista de las Cortes Generales*, año 2008, nº 75, pp. 387-446.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2009): *Significado actual de la noción de servicio público. El nuevo Servicio Público*, Sevilla: Instituto García Oviedo.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis (2003): *Servicio público e intervención pública una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica*, Madrid: Civitas.

CASSAGNE, Juan Carlos (2002): *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

DUGUIT, Leon (2007): *Las transformaciones del Derecho Público y privado*, Granada: Comares.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (1997): *Derecho Administrativo*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

FORSTHOFF, Ernst (1958): *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

FORSTHOFF, Ernst (2013): *El Derecho de la Sociedad Industrial*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). "El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos", *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

GARRIDO FALLA, Fernando (1994): "El concepto del Servicio Público en Derecho Español", *Revista de Administración Pública*, Universidad Complutense, año 1994, nº 135, pp. 7-36.

MAGALDI MENDAÑA, Nuria (2020): "El Concepto de Procura existencial (Daseinsvorsorge) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la Administración Pública", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, año 2020, nº11, pp. 147-174.

MARTIN, Bullinger (2005): "El Servicio Público Francés y la Daseinsvorsorge en Alemania", *Revista de Administración Pública*, Tecnos SA, año 2005, nº 166, pp. 29-49.

MAYER, Otto (1886): *Theorie des franzosichen Verwaltungsrechts (teoría de derecho administrativo francés)*, Estrasburgo: De Gruyter.

MELIÁN GIL, José Luis (1968): *La cláusula de progreso de los servicios públicos*, Madrid: IEA.

OLIVÁN Y BORRUEL, Alejandro (1843): *De la Administración Pública con relación a España*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

PIELOW, Johan-Christian (2004): "Servicio Público en Francia y Daseinsvorsorge en Alemania: Convergencia de los Objetivos, Diversidad de los

Castellanos Hodelín, Yanisel (2024). “El reconocimiento Constitucional de los Servicios Públicos. Historia, Política; aciertos y retos”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 46, Facultad de Derecho, Unicen,

Medios", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, ReDAE, año 2004, n° 12, pp. 17-31.

RIVERO, Jean (1980): “*Droit Administratif*”, París: Dalloz.

ROMAN MACEDO, Laura (2010): *La politización de la Administración Pública. El concepto y su aplicación en el caso de la Administración General del Estado. La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena de Alcázar*, Madrid: n. N. Pública.

VILLAR PALISÍ, José Luis (1950): "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, año 1950, n° 3, pp. 53-130.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego (2012): "Del Servicio Público a los Servicios de Interés General: la evolución del service public en el sistema jurídico", *Circulo de Derecho administrativo*, año 2012, n°12, pp. 13-43.