

NOTAS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO Y LA RADIODIFUSIÓN

Luis Gerardo RODRÍGUEZ LOZANO

SUMARIO: I. *La radio y la televisión como servicios públicos en el ordenamiento jurídico.* II. *Concepto de radiodifusión.* III. *Historia de la radiodifusión.* IV. *Funcionamiento de la radio y la televisión.* V. *El controvertido carácter de servicio público de la radio y la televisión.* VI. *Antecedentes previos a la aparición del servicio público.* VII. *Origen del servicio público.* VIII. *El servicio público en la doctrina.* IX. *Las funciones públicas.* X. *El concepto actual de servicio público.*

I. LA RADIO Y LA TELEVISIÓN COMO SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Formalmente la radio y la televisión no se consideran como servicios públicos en el orden jurídico mexicano, sin embargo, doctrinalmente, se encuadran como servicios públicos impropios en el sentido propuesto por el profesor italiano Arnaldo de Valles,¹ por tratarse de sendas actividades técnicas destinadas a satisfacer las necesidades de carácter general de recibir información y disfrutar de esparcimiento. En cambio en España y otros países, la radio y la televisión son servicios públicos propiamente dichos, por estar previstos en la ley, con el carácter, además de esenciales de interés general.

¹ El concepto servicio público impropio propuesto por el italiano Arnaldo de Valles se refiere a los servicios públicos que no son creación de la ley, por lo que su prestación se deriva de un permiso o autorización que otorga la autoridad competente, a diferencia del servicio público propio que sí es creación de la ley y su prestación se encuentra atribuida al Estado. Además se recomienda ver el libro de Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995, pp. 89-93.

II. CONCEPTO DE RADIODIFUSIÓN

La radiodifusión se entiende como aquel sistema de carácter técnico que permite la transmisión a grandes distancias de señales sonoras, las cuales alcanzan una velocidad de 300 km por segundo, mediante una estación radioemisora que tras captarlas y tratar las señales sonoras de tipo mecánico, las convierte a ondas electromagnéticas con capacidad de ser percibidos en aparatos radiorreceptores, mismos que a su vez los reconvierten en sonido.²

III. HISTORIA DE LA RADIODIFUSIÓN

Este importante medio de comunicación tiene su antecedente en el siglo XX. Entre 1920 y 1930 la radiodifusión aparece prácticamente en toda Europa y parte del continente americano, al comenzar a consolidarse los géneros radiofónicos, básicamente derivados del periodismo y la literatura, con la añadidura de los géneros musicales.³ Es así que el 27 de agosto de 1920 tiene lugar la transmisión directa de la ópera *Parsifal* desde el Teatro Coliseo de Buenos Aires: “Esta fue la primera transmisión de una serie regular, con horario preestablecido al público que poseía aparato de “galena” y con ella comenzó a funcionar la Sociedad Radio Argentina que obtuvo la primera licencia de radiotelefonía en el país”.⁴

Un rasgo relevante de la radiodifusión es el hacerse acompañar de la intervención estatal, lo cual fue una característica que se observa en los ordenamientos jurídicos de corte democrático desde el inicio mismo de aquellas actividades en los años veinte. Los motivos fueron múltiples: or-

² Sobre el particular véase Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 1, pp. 344-354.

³ *Salvat Universal, Diccionario enciclopédico*, t. 17, p. 209.

Diversas cuestiones se presentaron casi paralelamente: la reglamentación jurídica de la empresa y el reparto internacional de la utilización de las ondas, dado que tenemos que tener muy presente que las ondas son un bien escaso. Durante los primeros años de experimentación, la evolución de la radiodifusión corresponde casi exclusivamente a la iniciativa privada. Posteriormente al estabilizarse los servicios, los Estados intervinieron con el objetivo de controlar los efectos del nuevo medio sobre la opinión pública.

⁴ Pellet Lastra, Arturo, *Régimen legal de radio y televisión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p. 13. Tomado de Alfonso Jiménez, Armando (coord.), Fernández Ruiz, Jorge, *Responsabilidad social, autorregulación y legislación en radio y televisión*, México, UNAM, p. 39.

denación del espectro, escasez de frecuencias, interés general, conveniencia pública, seguridad nacional; pero el resultado no varió: injerencia estatal bajo la bandera de la regulación e incluso, en bastantes países por medio del establecimiento de un régimen de monopolio público o asimilable.

Resulta obvio que la intervención pública en la radiodifusión, con las matizaciones que se quieran señalar, es la regla general en la mayoría de los países dotados de una democracia representativa. Es cierto que, actualmente, estamos siendo testigos de los fuertes embates del mercado dirigidos a eliminar totalmente, o reducir al mínimo, cualquier intromisión de tipo estatal y de otros poderes públicos, pero la privatización de este sector, aparte de la prensa escrita apenas comienza.

En México el desarrollo de este importante sector se remonta a 1921 con el inicio de las transmisiones radiofónicas, y los responsables de esta evolución tecnológica fueron los ingenieros Constantino de Tárnava y José Ruiz de la Herrán, ya que ellos propiciaron la proliferación de los radorreceptores de galena; lo que dio origen a que el 8 de mayo de 1923 se inaugurara una estación de radio con una potencia de 50 watts, con un alcance no mayor de cinco kilómetros.⁵

Posteriormente en 1930 surge la XEW, propiedad del señor Emilio Azcárraga Vidaurreta, el cual se encarga de consolidar en ese momento el más grande coloso de los medios de comunicación de América Latina, esfuerzo que se ha extendido a dos generaciones más, que se han encargado de hacer de la XEW una de las principales industrias de la comunicación de América Latina.⁶

Una vez que se logra y consolida este proceso evolutivo, la tecnología estaba lista para dar el gran salto en el sector de las comunicaciones el cual se encargan de mostrarnos Pierre Albert y Andre Jean Tudesq: “La televisión policroma es un viejo sueño que ya Baird había intentado en 1928: se trata de descomponer las imágenes en tres espectros, azul, verde y rojo y de superponerlos sobre una pantalla tricoma, que tiene tres veces más de puntos que para el negro y el blanco”.⁷

No obstante, lo anterior el que finalmente inventa la televisión a color es el mexicano Guillermo González Camarena en 1939. Esto tiene

⁵ *Enciclopedia de México*, 2a. ed., México, 1977, t. 11, p. 43.

⁶ *Idem.*

⁷ *Historia de la radio y la televisión*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 111.

sus consecuencias inmediatas, las cuales se encarga de destacar Jorge Fernández Ruiz:

...gracias a su sistema tricromático secuencial de campos, cuya patente obtiene el 19 de agosto de 1940; y el 31 de agosto de 1950 se inaugura la primera estación comercial de televisión de México: la XHDF-TV Canal 4, del señor Rómulo O'Farril, la que al día siguiente transmite la lectura del IV Informe de Gobierno del presidente Miguel Alemán.⁸

Cabe señalar que uno de los efectos del desarrollo de la radiodifusión es el que esta actividad sea hoy considerada una de las principales fuentes de empleo y de divisas para el Estado mexicano. Lo anterior permite afirmar la gran importancia de este estratégico sector para el desarrollo de México.

IV. FUNCIONAMIENTO DE LA RADIO Y LA TELEVISIÓN

Es importante señalar que la radio y la televisión funcionan a través de las ondas hertzianas, que el escocés James Clerk Maxwell, descubrió en 1864, al establecer su teoría referente al conjunto de las ondas electromagnéticas, las cuales guardan familiaridad con las ondas luminosas.⁹

Posteriormente en 1887, el alemán Heinrich Hertz, alumno de Helmholtz comprobó con éxito las teorías de Maxwell al lograr producir las ondas hertzianas, y fue de tal envergadura su descubrimiento que inmediatamente se abocaron los estudiosos en la materia a la investigación de este fenómeno.¹⁰

Por la misma época un joven italiano, Marconi, el cual es alentado por el físico Righi, inventa la telegrafía sin hilos,¹¹ invento que habría de servir de base para que el americano Reginald Aubrey Fessenden creara en 1906, el binomio de aparatos transmisor-receptor que denominó radio, invento que permitió transmitir la voz humana y otros sonidos a grandes distancias.¹²

El desarrollo de la tecnología permitió la invención de la radio y la televisión, no obstante, una vez que se encuentran en funcionamiento estos

⁸ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 40.

⁹ Albert, Pierre y Jean Tudesq, Andre, *op. cit.*, nota 7, p. 12.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Gran Enciclopedia Larousse*, Planeta, t. 19, p. 9120.

¹² *The New Encyclopaedia Britannica*, 15a. ed., Chicago, Encyclopaedia Britannica, Macropaedia, t. 3, p. 309.

medios de comunicación, tuvo mayor influencia la televisión, dado que ésta contaba con una mayor cobertura informativa, lo cual terminó por estimular la conversión de emisoras a frecuencia modulada, según recomendaciones y acuerdos adoptados en los congresos internacionales.

Pese a la primacía de la televisión sobre la radio, lo cierto es que a ambos medios de comunicación le dedican atención millones de personas en todo el planeta, son fenómenos nuevos, de ahí que, aunque tradicionalmente fueran motivo de regulación y de gestión pública, no se revelara hasta ahora en toda su magnitud su condición de instrumentos informativos de primer orden con la peculiaridad de que su naturaleza emisora y, sobre todo, sus efectos son diferentes de los de la prensa escrita.

V. EL CONTROVERTIDO CARÁCTER DE SERVICIO PÚBLICO DE LA RADIO Y LA TELEVISIÓN

Antes de proceder a situar a la radiodifusión como un servicio público, conviene definir qué es servicio público, lo que resulta harto complicado derivado de las diversas interpretaciones¹³ que se han hecho de esta noción, hasta dar lugar a un concepto multívoco de la expresión servicio público, lo cual se refleja en las complicaciones al momento de querer encuadrar ciertas actividades como servicio público como es el caso de la radio y televisión. Pero limitarnos a contemplar esa realidad en nada ayuda. Se hace necesario formular un concepto técnico y estricto de servicio público. La calificación como servicio público no es una calificación menor, se trata de un concepto básico, medular, en el sistema jurídico y en el derecho administrativo. De que algo se pueda conceptuar como servicio público o no, se desprenden consecuencias jurídicas importantes.

En efecto, este esfuerzo doctrinal y jurisprudencial por delimitar con exactitud aquellas actividades que eventualmente puedan ser calificadas como servicio público no es un mero afán científicista, pues resulta que el concepto de servicio público es piedra angular de nuestro sistema jurídico, y de que se comprenda o no su existencia dependen decisiones muy importantes.

¹³ Sobre la diversidad de interpretaciones, véase Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995, pp. 35-55.

Así pues, esta calificación, “servicio público”, no es una calificación menor, no es puro cientificismo, sino todo lo contrario es un concepto básico, medular, en el sistema jurídico y en el derecho administrativo. De que algo se le pueda conceputar como servicio público o no, se desprenden consecuencias jurídicas muy importantes.

La radio y la televisión, para ser consideradas servicios públicos, encuentran su fundamento en dos argumentos: primero, las pretendidas limitaciones técnicas y condicionantes económicos, que sitúan a la radiodifusión en una situación singular respecto de la prensa escrita. En segundo lugar, la importancia de la radiodifusión, como instrumento fundamental para la transmisión de información, cultura y entretenimiento y como destacado vehículo de formación de la opinión pública. Ahora bien, veamos en qué medida estas razones siguen aportando solidez a la construcción de la radiodifusión como servicios públicos.

1. *El argumento técnico y económico*

En el caso de las limitaciones técnicas debe mencionarse que el servicio público se justificaba en tanto que las condiciones no eran las más adecuadas para el ejercicio de la libertad de expresión. Los condicionamientos económicos hacían posible una estricta intervención pública que pudiera garantizar un óptimo aprovechamiento de las capacidades disponibles, evitando así abusos monopolísticos u oligopolísticos. Sin embargo, en la actualidad este argumento ya no se sostiene.¹⁴ El espacio radioeléctrico permite la utilización de un número ilimitado, pero plural, de canales de televisión propagados a través de ondas hertzianas terrestres, que se incrementaría si se llevara a cabo una más racional redistribución de dicho espacio. Además, se debe considerar la extraordinaria potencialidad que encierra la televisión por cable, lo que permite la transmisión de docenas de canales de televisión.¹⁵ El desplome del argumento de las limitaciones técnicas parece evidente. La escasez del número de frecuencias —que trae como consecuencia que el medio no sea accesible a todos—, aunado al elevado costo económico que esta actividad entraña, hacen que la radiodi-

¹⁴ Laguna de Paz, José Carlos, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 220.

¹⁵ Calvo Charro, María, *La televisión por cable*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 26.

fusión tenga que desarrollarse en unas condiciones sustancialmente distintas a aquellas en las que se desarrolla la prensa escrita.

Para José Carlos Laguna de Paz, el argumento de las limitaciones técnicas posibilita: “el reconocimiento a los particulares del derecho a fundar una empresa para realizar esta actividad, sin sometimiento a un régimen de licencias ni a ninguna restricción especial. En cambio la situación especial de la televisión justificaría el establecimiento de un régimen de servicio público”.¹⁶

2. *La situación de la radiodifusión como instrumento de transmisión de la cultura*

En relación con este argumento, habrá que decir que no se discute que la televisión es uno de los medios de comunicación más influyentes y difundidos hoy en día, de ahí que el análisis del tema tenga especiales repercusiones en el ámbito del derecho a la información, la política,¹⁷ y la economía,

¹⁶ Laguna de Paz, José Carlos, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 220.

¹⁷ Hace varias décadas se elaboraron diversos estudios que concluyeron en que la televisión es un medio masivo de información con un “tremendo impacto-potencial, sobre la conducta y la conciencia política de la gente. Un descubrimiento que emerge de muchos estudios, incluido éste, es que los medios masivos de comunicación tienden a hacer más efectiva la transmisión de mensajes cuando aquellos que los reciben ya están relativamente bien informados. Un reto crucial para la comunicación de masas lo constituye el llevar información a las mentes de aquellos menos privilegiados, para que éstos puedan participar inteligentemente en el proceso de toma de decisiones, sobre aspectos políticos que indiscutiblemente afectarán sus vidas”. Véase León Martínez, Enrique, *La televisión en el proceso político de México*, México, Federación Editorial Mexicana, 1975, pp. 14 y 15, o, por ejemplo el caso de las televisoras “clandestinas”, recuérdese el caso de TV Martí como vehículo de propaganda ideológica en contra de un determinado régimen de gobierno. Véase Castro Villalobos, José Humberto, *Las transmisiones internacionales directas de televisión por satélite. Régimen jurídico*, México (edición del autor), 1995, pp. 123-126. Asimismo, la influencia que tienen en la vida política nacional los medios de comunicación, dado que “son un poder porque poseen los instrumentos y los mecanismos que les dan la posibilidad de imponerse; que condicionan o pueden condicionar la conducta de otros poderes, organizaciones o individuos con independencia de su voluntad y de su resistencia”. Carpizo, Jorge, “Los medios de comunicación masiva y el Estado de derecho, la democracia, la política y la ética”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 96, septiembre-diciembre de 1999; véase también Talancón, Jaime Hugo, “El poder político y la televisión”, *Causes. Expresión de los estudiantes de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, núms. 12-13, octubre de 2004, marzo de 2005. Incluso se han

por citar algunos espacios de influencia, además de ser un instrumento para la transmisión de cultura y entretenimiento.

Sin embargo, esta calificación de la televisión como servicio público no es unánime. José Luis Fernández señala que la radiodifusión es una actividad de interés público, pero no está de acuerdo en que se le considere un servicio público. Para este autor, no se trata de un servicio público por las siguientes razones básicas: porque no hay prestación concreta a favor de cada individuo; porque no existe relación jurídica directa entre la empresa y el beneficiario; porque no satisface una necesidad colectiva inaplazable, y porque se realiza con espíritu de lucro.¹⁸ Los defensores de la calificación de la radiodifusión como servicio público han refutado esta posición.¹⁹

elaborado “manuales” para poder apreciar objetivamente los mensajes políticos difundidos. Véase Cruz, Patricia, *Cómo ver las campañas electrónicas por televisión*, México, Academia Mexicana de Derechos Humanos, 1997. En el mismo sentido, Acosta Valverde, Miguel y otros, *Los procesos electorales en los medios de comunicación, guía para el análisis de contenido electoral en México*, Academia Mexicana de Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, 1995.

¹⁸ Fernández, José Luis, *Derecho de la radiodifusión*, México, Olimpo, 1960, p. 44.

¹⁹ Jorge Fernández Ruiz se encarga de refutar una a una las razones esgrimidas por José Luis Fernández: “1o. Aun cuando para el grueso de sus usuarios se trata de un servicio público *uti universi*, y por tanto no tiene normalmente usuario identificado o concreto, sí hay prestación concreta a favor de cada usuario oyente, o sea de toda persona que haga funcionar su aparato radorreceptor en la frecuencia asignada a un determinado prestador del servicio; tal prestación consiste en proporcionarle información, educación, capacitación, cultura y esparcimiento. Por otra parte, existe otro tipo de usuarios de la radio difusión —que en este sentido es *uti singuli*— compuesto por los anunciantes, para quienes el servicio es oneroso por ser remunerada la transmisión de anuncios y mensajes comerciales. 2o. Porque, contrariamente a lo que insinúa el abogado Fernández, no es elemento indispensable del servicio público la existencia de relación jurídica directa entre la empresa y el beneficiario —que si se da respecto de los usuarios anunciantes—, porque la situación jurídica del prestador y el usuario del servicio público es determinable conforme a su ley y a su reglamento. 3o. Porque según vimos, es esencial en el servicio público satisfacer una necesidad de carácter general, más dicha necesidad no tiene que ser indispensablemente inaplazable. Independientemente de ello, en el servicio de radiodifusión tal necesidad puede ser inaplazable en millones de casos; así, no se debe aplazar la información y orientación del auditorio o teleauditorio en casos de desastre y hecatombe. En otro escenario, cualquier fanático de fútbol puede aplazar por un par de horas la satisfacción de la necesidad de comer, más no aplazar la de escuchar con toda atención la transmisión televisiva o radiofónica del partido final del campeonato mundial de fútbol, por ejemplo. 4o. Finalmente, el destacado jurista y radiodifusor niega al servicio de radiodifusión el carácter de público, porque lo anima el espíritu de lucro, con lo cual olvida dos cuestiones evidentes e importantísimas: la primera estriba en que todo servicio público

Aunado a lo anterior para José Luis Fernández es muy importante que México adopte el sistema americano, en donde se le dé primacía al particular, dado que de esta forma el ciudadano tendrá a su disposición diversas fuentes informativas lo cual permitirá que el usuario se forme un criterio más equilibrado de las cosas, dado que para el maestro Fernández una sola opción deviene en información tendenciosa y facciosa.²⁰

García Llovet señala que para calificar a la radio y la televisión como servicios públicos, no nada más se debe atender a un criterio legalista sino también se debe considerar la parte práctica de este servicio para darnos cuenta si cumple o no con la función de servicio público, porque, como apunta Carmen Chinchilla Marín: “Siempre he pensado que el mejor argumento contra la consideración o calificación de la televisión como servicio público es ver la televisión para concluir, y ese es un problema real y no teórico, que la televisión no sirve al público, luego no es verdad que sea un servicio público”.²¹

Por otra parte hay quienes consideran que el mejor sistema para intentar salvaguardar los valores implicados en la radiodifusión, con todas las imperfecciones que se puedan observar, es la competencia y el mercado, tal como explica José Carlos Laguna de Paz:²²

concesionado está animado por ese espíritu; la segunda consiste en que el servicio de radiodifusión prestado por el Estado carece del propósito de lucro”. Fernández Ruiz, Jorge, “Régimen jurídico de concesiones de radio y televisión”, en Alfonso Jiménez, Armando (coord.), *Responsabilidad social autorregulación y legislación en radio y televisión*, México, UNAM, 2002, pp. 42 y 43. En apoyo a la tesis de Jorge Fernández Ruiz, se encuentra la postura de Félix Fernández Shaw, el cual le atribuye a la radiodifusión carácter de servicio público por las siguientes razones: “a) cumple una misión cultural, informativa y formativa de primer orden; b) se dirige no a un grupo determinado, sino al público en general; c) dispone de unos medios técnicos de importante valor, con lo que alcanza un poder difícilmente igualable” Fernández Shaw, Félix, *Organización internacional de las telecomunicaciones y de la radiodifusión*, Madrid, Marcial Pons, 1991, p. 189.

²⁰ *Idem*.

Además vale la pena señalar que la degradación de los medios de comunicación de Estados Unidos quedo de manifiesto con la información tendenciosa y parcial sobre el conflicto del Medio Oriente, en suma la industria mediática norteamericana, se caracteriza por su creciente intolerancia.

²¹ Chinchilla Marín, Carmen, “El servicio público de televisión en la actualidad y sus problemas conceptuales y reales”, *El régimen jurídico del audiovisual*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 115.

²² Laguna de Paz, José Carlos, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 226-230.

- a) El mejor sistema para salvaguardar los valores implicados en la actividad de televisión, con todas sus imperfecciones, es la competencia y el mercado.
- b) El sometimiento de la televisión al mercado reduce el protagonismo público, y con ello afianza la independencia de la televisión.
- c) La mejor forma de garantizar la libertad de expresión es sustituir la regulación pública especialmente todo el sistema de licencias, por un sistema basado en derechos de propiedad sobre la radiotelevisión, que, por tanto, fundamentalmente descansa en el mercado y en la libre negociación individual.

En mi opinión los puntos que aduce el autor para justificar su dicho son muy interesantes, sin embargo no los comparto del todo por las siguientes razones: la radiodifusión y su sometimiento al mercado, no equivale a la ausencia de intervención administrativa en este sector. Con mucha frecuencia, la libertad requiere de la actuación pública tanto para su promoción como también para su limitación en atención del interés general. La radiodifusión no puede sin más ser confiada al espontáneo desenvolvimiento de las fuerzas sociales y económicas. Existen una serie de valores culturales, educativos, informativos, de calidad de la información, que requieren ser garantizados. Las libertades de expresión e información ocupan ser protegidas. De hecho, en todos los países, la televisión se encuentra sometida a regulación y control. Ahora bien, estos objetivos pueden conseguirse, en el marco de la competencia y del mercado, mediante una efectiva ordenación de la actividad y eventualmente con la obligación de servicio público y con una televisión pública orientada al cumplimiento de objetivos de interés público.

En todo caso, se debe pugnar por imponer una regulación más intensa para que las televisoras respeten las obligaciones del servicio público, esto por razones sociales o de interés general, para que así se trate de asegurar la calidad con que debe ser prestado el servicio público, con independencia de su rentabilidad.

Una vez expuestas las diversas posturas en pro y en contra sobre la clasificación de la televisión como servicio público, procedo a expresar mi opinión sobre el particular.

Las críticas para descalificar se basan más en aspectos sociales que jurídicos, lo cual quiere decir que lo que está fallando no es el régimen jurídico, sino su deficiente implantación por parte de los poderes públicos que

no hacen valer la norma legal. Sería muy largo explicar todas las razones que justifiquen que la televisión sea considerada como servicio público, por lo que nos limitaremos a expresar las que considero son las más importantes:

- a) La idea de que con la televisión se realiza una actividad de interés público no parece, en principio, que pueda negarse. Y si ello es así debemos considerar que la televisión es un servicio público que ha de prestarse a la sociedad.
- b) Los principios de igualdad, continuidad y adaptabilidad le son aplicables, porque ello es consustancial a la idea misma de prestación necesaria que otorgaría a la televisión esa naturaleza de servicio público.

De lo hasta aquí vertido puede advertirse la dificultad teórica para sostener la calificación que se hace de la televisión como servicio público, máxime si consideramos el espíritu de lucro de esta actividad,²³ por lo que reiteramos que, en nuestro país, formalmente no se reconoce tal naturaleza al servicio de la televisión.

²³ Sobre los grandes intereses económicos que condicionan a la radiodifusión, Claude-Jean Bertrand, afirma: “se le acusa de estar manipulada por un puñado de gente que no ha sido elegida, y que de ninguna manera son responsables ante los ciudadanos: propietarios reaccionarios según unos, y profesionales izquierdistas según otros. Culturalmente, se denuncia la prostitución de la televisión ante los poderes económicos, lo que se traduce en un predominio de programas estúpidos y violentos. En gran parte, estas constantes críticas explican las inmensas cualidades del medio”. Claude-Jean, Bertrand, *La televisión en los Estados Unidos*, Madrid, Rialp, p. 20.

Es tal la importancia de la radiodifusión, que la crítica hacia esta actividad proviene de muy diversos sectores, por ejemplo, para el gran literato austriaco Stefan Zweig: “Todos estos inventos no tienen por objeto más que una sola cosa: establecer la simultaneidad. Los habitantes de Londres, de París y de Viena, escuchan al mismo tiempo una cosa, y esta simultaneidad, esta uniformidad tiene, por lo supradimensional, un efecto embriagador. Todas esas maravillas técnicas implican una embriaguez, un estimulante para las masas, a la par que un terrible desencanto en lo moral, una peligrosa tentación para el individuo: la de abandonarse a la pasividad. Ocurre lo mismo con el baile, la moda y el cinematógrafo: el individuo se conforma con el gusto gregario, único; ya no elige desde la naturaleza intrínseca sino conforme a la opinión de algún mundo”. Zweig, Stefan, *El mundo insomne*, Buenos Aires, Claridad, 1940, p. 11.

A. *Clasificación*

Una vez ubicada la radiodifusión en la órbita del servicio público impropio o de interés público, es necesario ubicar a esta actividad en las diferentes clasificaciones de servicio público.

La radiodifusión en México implica diversos servicios así como también diversos usuarios, señala Jorge Fernández Ruiz:

La radiodifusión creemos implica dos servicios distintos y tiene dos clases de usuarios: los anunciantes y los oyentes; respecto de los primeros es un servicio *uti singuli*, que puede ser comercial y oneroso, o institucional y gratuito; referida a sus usuarios oyentes es un servicio público gratuito y *uti universi*, puesto que sus usuarios no pagan por el uso del servicio, ni se identifican necesariamente; como en México su gestión no está reservada al Estado, en la práctica concurren a su prestación tanto los particulares como la administración pública.

B. *Características esenciales*

Los usuarios de este servicio público: los oyentes, se actualiza la generalidad e igualdad mismas que son características esenciales del servicio público en tanto que la generalidad se cumple dado que cualquier persona puede gozar de este servicio público, tan sólo basta con que el usuario prenda su radiorreceptor; y su continuidad es obligada respecto a su regulación; además, este servicio es mutable toda vez que cabe la posibilidad de modificar su regulación y sus tarifas; y su permanencia es por demás manifiesta y seguramente así continuará dada la necesidad de comunicar e informarse para el ser humano.

C. *Régimen económico de la radiodifusión*

En México este servicio público se presta en régimen de concesión para la radiodifusión de tipo comercial, y en el caso de la radiodifusión cultural se necesita un permiso. La concesión no hace referencia a la prestación del servicio público, sino al uso de la frecuencia por medio de la cual opera la radiodifusora.

D. Requisitos

En cuanto al oyente el único requisito a cubrir es el de encender su aparato radiorreceptor y sintonizar la frecuencia que sea de su agrado, y en lo que respecta al usuario anunciante, los requisitos a cubrir son no atentar contra la moral pública y las buenas costumbres.

E. Régimen jurídico

El servicio público de radiodifusión se encuentra sujeto a un régimen exorbitante del derecho privado, esto es así por estar regulado por normas de derecho público y social. Dicho régimen encuentra su punto de apoyo en el fundamento de la desigualdad de los intereses que involucran a la doctrina del servicio público, entre otros: los usuarios, los prestadores, la sociedad y los intereses del Estado. Por tanto, es necesario lograr la armonía entre las partes.

F. La tarifa en el servicio público de la radiodifusión

La tarifa de este servicio público es reglamentaria, y se determina, revisa y modifica por medio de una decisión unilateral de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, a propuesta del prestador de este servicio.

G. La internacionalización de la radiodifusión

El 9 de diciembre de 1932 México suscribió en Madrid el convenio por medio del cual se crea la Unión Internacional de Telecomunicaciones, el cual se complementa con un Reglamento Telegráfico, Telefónico, y uno sobre radiocomunicaciones. El objetivo primordial de dicho convenio, es la no interferencia en las frecuencias de otros países. Además, dicho convenio tiene gran relevancia por el hecho de que incorpora casi a todas las naciones en una sola organización, con la finalidad de establecer estándares internacionales de calidad para la prestación del servicio público de la radiodifusión.

VI. ANTECEDENTES PREVIOS A LA APARICIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

La elaboración de una teoría del servicio público es precedida de diversos problemas políticos, los cuales condicionan la aparición de esta figura.

En el Estado liberal, gendarme de corte marcadamente individualista, es evidente que no se contempla una procuraduría social, es así que en esta etapa no tiene cabida la idea del servicio público.²⁴

Las consecuencias económicas de llevar el individualismo hasta sus últimas consecuencias fueron la desigualdad social, la pobreza, la falta de atención hacia los sectores más marginados, etcétera, que a su vez propiciaron el desprecio y el descrédito de la ideología liberal que habría de manifestarse en las revoluciones del siglo XIX, fundamentalmente en las europeas, que posteriormente tuvieron como consecuencia el surgimiento del Estado de Bienestar.

La característica principal del Estado de Bienestar es buscar un cambio económico con contenido social, apoyándose en el intervencionismo, dado que se advierte que si lo que se busca es reducir la desigualdad no se podía seguir confiando ciegamente en el individualismo del mercado por ser éste marcadamente egoísta para con los que menos tienen, es por eso que se acude al Estado de Bienestar, el cual tiene como objetivo principal moderar y revertir las desigualdades sociales por medio de los servicios públicos.

Un factor muy importante para el establecimiento de los servicios públicos es la cancelación de la obligatoriedad del pago del diezmo; al respecto el profesor Jorge Fernández Ruiz apunta: “El producto del pago del diezmo se aplicaba, por lo menos parcialmente, a cubrir los gastos de actividades que antaño eran atribuidos a la iglesia y luego secularizadas para convertirse en servicios públicos, como la educación, la sanidad, la beneficencia y la asistencia”.²⁵

Además, el desarrollo tecnológico es crucial para la aparición de nuevas necesidades de carácter general tales como: el telégrafo, el teléfono, la radiotelefonía y la radiodifusión, cuyos usos requieren el apoyo del ente estatal para poder dar satisfacción a dichas necesidades por medio del servicio público.

El proceso evolutivo del servicio público es lento y pausado, y en él intervienen múltiples factores: políticos, sociales, jurídicos y económicos, los cuales son determinantes para propiciar la distinción del carácter de servicio público sea éste público o privado.

²⁴ Ariño, Gaspar, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 275-284.

²⁵ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 24.

VII. ORIGEN DEL SERVICIO PÚBLICO

La noción del servicio público tiene su antecedente primero en Francia hacia finales del siglo XVIII, y fue de tal importancia esta noción que sirvió para la edificación del viejo derecho administrativo,²⁶ además el servicio público fue lo que justificó la competencia de los tribunales contencioso administrativo.

Según Roger Bonnard, los franceses de la era revolucionaria interpretaron el principio de la separación de poderes de la siguiente manera:

- a) La separación, diríamos, en compartimientos estancos de los órganos legislativo, administrativo y judicial.
- b) La separación de la administración activa de la administración contenciosa.²⁷

De manera que al deslindarse las jurisdicciones judicial y administrativa, queda establecida la separación de poderes así como la administración activa y contenciosa, por lo que en ese momento se da el campo propicio para la evolución de la idea del servicio público de dos maneras diferentes: como fundamento de atribuciones administrativas y como pauta de reparto de competencias entre los órganos judicial y administrativo. Al respecto observa José Luis Villar Palasí:

Estos dos niveles se entrecruzaron frecuentemente, produciendo de un lado el fenómeno de identificar servicio público con función estatal, cualquiera que sea ésta y de otro lado encerrando la idea de servicio público con una atmósfera hermética y confusa, casi como una idea mística y polivalente, cuyos límites avanzaban o retrocedían con aparente arbitrariedad.²⁸

Otro rasgo relevante es que en el servicio público fueron fundamentales diversas resoluciones, las cuales establecieron el reparto de competencias

²⁶ El servicio público hay que ubicarlo en el marco de los fines del Estado. El fin del Estado es la formulación tradicional, es el bien común temporal de los súbditos. Fines del Estado pueden serlos todos: el Estado es una entidad de fines totales.

²⁷ Bonnard, Roger, *Precis de droit public*, 7a. ed., París, Sirey, 1946, p. 88.

²⁸ Villar Palasí, José Luis, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, p. 161.

entre los órganos administrativos y judiciales, dichas resoluciones son: el Arret Blanco, el Terrier y Théron. Sin embargo, como apunta Villar Palasí, mucho antes del famoso Arret Blanco del Tribunal de Conflictos, el concepto de servicio público era funcional en un doble nivel; sustantivamente, como título de potestad administrativa y, procesalmente, como medida de separación del contencioso de la administración.²⁹

Pese a que en su momento el Arret Blanco no tuvo grandes repercusiones, lo cierto es que las consecuencias que de él se extrajeron fueron muy importantes para fundamentar la teoría del servicio público y su posterior evolución.

Sobre la importancia del Arret Blanco en el desarrollo del servicio público y más aun como piedra angular del derecho administrativo, el profesor Jorge Fernández Ruiz apunta lo siguiente: “De esta suerte el Arret Blanco fundamenta toda una teoría integral de la competencia y aun del derecho administrativo mismo (recuérdese que para León Duguit el servicio público es el fundamento de todo derecho público)”.³⁰

En relación con el argumento anterior, José Luis Villar Escurra señala: “Del Arret Blanco se extrajeron consecuencias importantes: el principio de la vinculación de la competencia al fondo, la noción de la gestión privada de los servicios públicos, la responsabilidad por actuación de obreros no encuadrables en la jerarquía administrativa, la autonomía de las reglas administrativas de responsabilidad, etcétera”.³¹

En estas condiciones es posible afirmar que una interpretación jurisprudencial destinada a resolver conflictos de competencia derivó el concepto de servicio público, sin que los propios tribunales franceses tuvieran la intención de determinar el referido concepto.

La noción de servicio público se encuentra inspirada, fundamentalmente, en la jurisprudencia de los tribunales administrativos, comentada y desarrollada por la doctrina del país galo, que tiene como sus más claros exponentes a la escuela de Burdeos representada principalmente por Duguit, Jeze y Hauriou.

²⁹ *Ibidem*, p. 60.

³⁰ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995, p. 21.

³¹ Villar Escurra, José Luis, *Servicios públicos y técnicas de conexión*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 66.

VIII. EL SERVICIO PÚBLICO EN LA DOCTRINA

Una vez que el servicio público hace su aparición en el campo jurídico como consecuencia de las resoluciones del Consejo de Estado francés, la doctrina se vio fuertemente atraída por este concepto, en ocasiones para respaldarlo, otras tantas para criticarlo,³² por lo que se encuentra lejano un apoyo unánime de la doctrina.

Es así que el servicio público, desde su gestación misma por la jurisprudencia francesa, ha sido una institución bastante discutida y menos precisa en sus perfiles y en su determinación material y objetiva. Su evolución es, en la doctrina, muy variable, lo que originalmente se consideró servicio público, posteriormente dejó de serlo y su lugar fue ocupado por nuevos y renovados contenidos. Es por ello que para Acosta Romero los autores no han logrado ponerse de acuerdo: “en aquello que con esas palabras quieren significar e inclusive, y a pesar de la poca edad y poderoso desarrollo del concepto, encontramos ya muy serios estudios acerca de la crisis de la noción del servicio público en Francia”.³³

Respecto a las diversas nociones de servicio público elaboradas por la doctrina, encontramos cuatro autores clásicos en la evolución del servicio público, sin embargo, la dimensión que le asigna cada autor es diversa, esto atendiendo a la importancia que cada autor le atribuye a dicha figura, pero cabe señalar que ningún autor la descalifica como una noción útil para el derecho administrativo.

1. *La corriente de León Duguit*

León Duguit señaló que por servicio público debe entenderse “toda aquella actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado y controlado por los

³² “Se trata de una noción fugaz (*fuyant*), difícil de cernir en una definición. Los autores han buscado su definición y, naturalmente, cada uno ha propuesto la suya. Cada autor tiene su propia teoría, si bien una buena parte de nuestras discusiones jurídicas semejan un diálogo entre sordos, pero no hay posibilidades de entendimiento cuando cada uno de los que discuten da diferente significado a las mismas palabras. Con la misma expresión, servicio público, se designa según el día, la ocasión o las consecuencias que se buscan, cosas muy diferentes. Así ocurre también con las sentencias que dictan el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos. Tomado de Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 34.

³³ Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 7a. ed., México, Porrúa, 2004, t. II, p. 987.

gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y es de tal naturaleza que no puede ser realizado sino por la intervención de la fuerza gubernativa”.³⁴ En el esquema de Duguit:

La noción del servidor público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público. Seguramente esta noción no es nueva. El mismo día en que bajo la acción de causas muy diversas cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción de servicio público nació en el espíritu de los hombres.³⁵

Para Duguit la noción de soberanía se vuelve anacrónica y obsoleta; es por ello que para el profesor de Burdeos la noción de servicio público termina por sustituir a la de soberanía. “El Estado es un poder que manda, es un grupo de individuos que tiene una fuerza que debe emplear en crear y dirigir los servicios públicos. La noción de servicio público deviene la noción fundamental del derecho público moderno”.³⁶

Como se observa fácilmente, la dimensión del servicio público es gigantesca en el esquema de Duguit, porque para este autor comprende toda la actividad del poder público a realizar a través de sus órganos legislativo, administrativo y judicial, porque las tres deben ser aseguradas, regladas y controladas por la fuerza de los gobernantes.

En un primer momento cuando esta teoría es formulada, a principios del siglo XX, la noción de Duguit gozó de gran aceptación, pero pasado ese momento inicial disminuyeron los partidarios y se multiplicaron los impugnadores. Veamos lo que alguno de éstos señala al respecto: Henri Berthélemy, contemporáneo de León Duguit, rechaza la noción de servicio público acuñada por su compañero ya que según éste carece de utilidad al no obtener beneficio alguno del servicio público esto es así, dado que el servicio público: engloba puntos tan diversos como “una corte de apelación, una caja de ahorros, un ferrocarril metropolitano, la imprenta nacional, etcétera”.³⁷

³⁴ Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, p. 85.

³⁵ Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, p. 85.

³⁶ *Ibidem*, p. 48.

³⁷ Tomado de Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 41.

No obstante, para algunos autores el argumento de Berthélemy para descalificar al servicio público es equivocado, ya que a juicio del profesor Jorge Fernández Ruiz:

No demuestra la carencia de utilidad de la noción en análisis, sino simplemente se limita a enunciarla. Erróneo, porque dicha noción que viene a emparentar en un tronco común a la mayoría de actividades de los órganos del poder público, propicia la determinación de los rasgos y las características comunes de todas ellas, lo cual permite asegurar, regular y controlar su realización con una visión de conjunto, en un enfoque sistémico capaz de proyectar al servicio público como medio para que el Estado proporcione prestaciones sociales, con lo que deja de ser el ente estatal un fenómeno de fuerza para convertirse en un lazo de seguridad social, según el esquema de Duguit.³⁸

Otro crítico de la noción de servicio público acuñada por Duguit es el argentino Manuel María Díez, el cual se concentra en descalificar dicho concepto por la confusión que tiene Duguit entre servicio público y función pública, al no alcanzar a diferenciar correctamente ambos.³⁹

Una noción que pretende abarcar toda la actividad estatal, es lógico que paulatinamente pierda su coherencia conceptual, pues abarca actividades totalmente distintas con caracteres totalmente diferentes.

Como dato adicional, es preciso señalar que desde la época misma del inicio del concepto de servicio público se observa la crisis de éste, la cual ha perdurado hasta nuestros días.

En consecuencia, la expresión servicio público corría el riesgo de transformarse en una simple figura pasada de moda si la doctrina partidaria de esta figura no replanteaba su significado, tarea que habría de desempeñar el francés Gastón Jeze.

2. La teoría de Gastón Jeze

El *enfant terrible* de la “Escuela del Servicio Público”, como llama Hauriou a Jeze, encabeza otra corriente doctrinaria que considera al servicio público como toda la actividad desempeñada por la administración

³⁸ *Ibidem*, p. 41.

³⁹ Díez, Manuel María, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, t. III, p. 334.

pública, por lo que para dicho autor: “El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos”.⁴⁰

Este autor asume una postura práctica sobre el servicio público, esto es así ya que para Jeze servicio público es el que establece el legislador con el objetivo de satisfacer necesidades de interés general, no obstante, el problema de esta postura es que no siempre lo que el legislador propone como servicio público cumple con los requisitos para considerarse como tal.

Otro aspecto relevante es que para Jeze el servicio público es un instrumento que tiene por finalidad dar satisfacción a necesidades de interés general, sujeto a un régimen jurídico especial, el cual puede modificarse en cualquier momento con la finalidad de salvaguardar el interés general.⁴¹

Debe señalarse que en un inicio la teoría de Jeze fue recibida con beneplácito, desafortunadamente éste no fue muy duradero, ya que tan pronto pasó la euforia que causó dicha definición, principiaron las críticas, las cuales terminaron por minar los argumentos que justificaban dicha teoría. Ante este escenario el derrumbe del edificio teórico de Jeze era evidente.

Volviendo a la médula de la corriente teórica encabezada por Jeze, sobre la noción de servicio público, conviene recordar que en el momento de su planteamiento tuvo una buena aceptación, al grado que sustituyó a la propuesta por Duguit, entre otros motivos por ser menos ambiciosa, pero poco después encontró un fuerte número de impugnadores, sin que en el momento de su apogeo hubiese habido una razón fundada para sustituir en la preferencia de la doctrina a la noción de Duguit sobre el servicio público.⁴²

La diferencia entre la definición de Duguit y Jeze es en que el primero considera servicio público toda la actividad del poder público, incluyendo con esto a las funciones públicas, las cuales en mi opinión se encuentran muy distantes de poder ser consideradas como servicios públicos, en tanto que para el segundo servicio público será toda la actividad de la administración pública.

La causa principal de que la noción de Jeze perdiera adeptos fue considerar que toda la administración pública es igual a servicio público, de

⁴⁰ Jeze, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. I, p. 1.

⁴¹ *Ibidem*, p. 18.

⁴² Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 50.

manera que la definición de Jéze corrió la misma suerte que la de Duguit, al perder fuerza en la doctrina público-administrativa, dando paso a la corriente que encabeza el decano de la Universidad de Tolouse, Maurice Hauriou.

3. *La escuela del servicio público encabezada por Maurice Hauriou*

Hauriou encabeza una tercera corriente del servicio público, por cierto la más amplia y de mayor duración en el derecho administrativo, esto debido a que la noción que Hauriou tiene del servicio público es menos ambiciosa que las de sus predecesores, al considerar al servicio público como “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública”,⁴³ además de señalar que servicio público sólo será el que preste una parte de la administración pública.

En torno a esta corriente se han congregado distinguidos juristas de diversas nacionalidades entre los que destacan: Fritz Fleiner, Carlos García Oviedo, Errico Presutti, Gabino Fraga, Rafael Bielsa, Manuel María Díez, Andrés Serra Rojas, Benjamín Villegas Basavilbaso, Enrique Silva Cima, Enrique Sayagués Laso, Marcel Waline, Eustorgio Sarría, Miguel Acosta Romero, Betty Saigg de Piccione y Jorge Fernández Ruiz.⁴⁴

Cabe señalar que ningún integrante de la escuela de Burdeos descalifica la noción de servicio público, todo lo contrario se encargaron de destacar siempre la importancia del servicio público como instrumento indispensable para satisfacer las necesidades de interés general, lo que se acredita con la labor de reconfiguración conceptual que la escuela de Burdeos lleva a cabo posterior a la corriente de León Duguit, con la finalidad de actualizar la definición del servicio público a la realidad sociojurídica de la época.

IX. LAS FUNCIONES PÚBLICAS

La doctrina jurídico-administrativa es originalmente una construcción francesa. Ahora bien, la concepción originaria francesa del servicio públi-

⁴³ Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif*, 9a. ed., París, Librairie Larose et Tenin, 1919, p. 44.

⁴⁴ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 53.

co es bastante extensiva, amplia: toda actividad de la administración tendiente a dar satisfacción de forma positiva a un interés o necesidad pública, cualquiera que sea. Para la concepción originaria sobre el servicio público la actividad jurídica y la actividad social eran equiparadas al servicio público en su puro sentido subjetivo o estructural: de esta forma servicio público es todo lo que gestiona la administración. En este sentido el régimen del servicio público encuentra una íntima conexión con el derecho administrativo.

La formulación clásica francesa (Duguit y Jeze) resulta hoy en día excesivamente amplia y por ende ha sido corregida sobre la base de una distinción entre función y servicio público,⁴⁵ misma que habremos de abordar a continuación.

Las funciones públicas⁴⁶ son todas aquellas actividades a cargo de los órganos del Estado; y tienen por objeto dar satisfacción a los fines estatales, de acuerdo con Serra Rojas; a las atribuciones de acuerdo con Fraga y de los cometidos para Sayagués Laso y Gabino Castrejón.

Además para algunos doctrinarios esta figura entraña la idea de soberanía, por lo tanto se considera que son actividades esenciales en el quehacer estatal. En este tenor de ideas, Jorge Fernández Ruiz señala:

Por nuestra parte consideramos a las funciones públicas, como actividades esenciales del Estado contemporáneo, fundadas en la idea de soberanía, cuya satisfacción satisface necesidades públicas, es decir, necesidades del Estado, necesidades del aparato gubernamental, necesidades de la administración pública, necesidades del municipio, en fin, necesidades de los entes públicos, distintas por tanto, a las necesidades de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares de los particulares.

Las funciones públicas se encargan de desempeñar actividades esenciales para la subsistencia del Estado vienen a ser: la administrativa, la legislativa y la jurisdiccional, mismas que se encuentran encomendadas a órganos

⁴⁵ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 53.

⁴⁶ La función pública se desarrolla en la consecución los fines esenciales, en su actividad propiamente soberana; aquella que ya en el siglo XIX era institucionalmente propia del Estado y que se manifiesta fundamentalmente por medio de la normatividad jurídica; su titularidad es, por esencia, propia del Estado: así toda su actividad legislativa, judicial y la administrativa de defensa, policial, fiscal y tributaria, certificante.

diferentes, sin embargo en la práctica esto no sucede así porque los órganos gubernamentales coparticipan en el ejercicio de las tres funciones citadas.

Las funciones públicas, por lo tanto entrañan la idea de soberanía por ser actividades esenciales del Estado que atienden necesidades generales indispensables para la existencia del Estado moderno, y en las cuales debe estar ausente la figura de los particulares.⁴⁷ Además, la función pública también supone normalmente un régimen autoritario el cual se manifiesta por medio de: actos jurídicos, sentencias, certificaciones, órdenes, autorizaciones de policía, etcétera.

Haber hecho esta distinción conceptual fue importante para aclarar ciertas formulaciones de la doctrina clásica francesa puesto que la mayor parte de las notas que aplica la doctrina francesa a la construcción del servicio público son en realidad funciones públicas, el error radica en querer ampliar las funciones públicas a los verdaderos servicios que se desarrollan en el campo económico y social.

X. EL CONCEPTO ACTUAL DE SERVICIO PÚBLICO

La ola de privatización de empresas y sectores económicos que ha recorrido al mundo en los últimos años ha obligado a replantear en algunos países una vieja cuestión que había sido olvidada: la regulación de las condiciones económicas, técnicas y sociales en las que debían ser prestadas aquellas actividades esenciales para la sociedad que hasta ahora venían siendo atendidas por el Estado y que hasta ahora han sido entregadas a empresas privadas. Mientras fueron públicas las empresas gestoras de servicios, no había en verdad mucho que regular.

Ahora bien, cuando tales actividades han sido devueltas a la iniciativa privada, la necesidad de regular se hace evidente; es preciso armonizar, con prudencia y equidad, dos intereses opuestos: el de la empresa que busca obtener beneficios por su actividad, cuanto más mejor —y el de los usuarios— que quieren tener un servicio barato y de calidad.

⁴⁷ En semejantes términos Manuel María Díez apunta: “Evidentemente el Estado tiene que realizar ciertas funciones esenciales que son inherentes a su calidad de tal y que no se conciben sino ejercidas directamente por el mismo. Por ejemplo, la defensa nacional, el poder impositivo, la seguridad en el interior. Tales funciones del Estado deben estar siempre a cargo de éste. No puede concebirse que sean encomendadas a los particulares, ni aun en carácter de concesionarios, por ser indeclinables e indelegables”. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, t. II, p. 338.

La desconfianza generalizada hacia lo público ha llevado a una revisión de los modelos de gestión de los servicios; se busca un nuevo equilibrio entre lo público y lo privado, entre sociedad y Estado. El Estado servicial y productor debe ser sustituido por el Estado regulador. Y la regulación debe orientarse no a sustituir el mercado y la competencia, sino a promoverlos. Si una de las razones de privatizar es terminar con los monopolios estatales, que se han revelado perversos, es preciso asegurarse que no sean sustituidos por monopolios privados. De ahí que todos los procesos de privatización importantes (comunicaciones), vayan acompañados de la aprobación de un marco regulador de la actividad gestionada por los particulares. En el caso de la radiodifusión, las leyes del mercado no se cumplen más que débilmente, y ello es lo que hace necesaria una regulación intensa que venga a ordenar y suplir de alguna manera la no existencia de competencia económica.

De lo señalado se desprende que el factor económico condiciona de cierta manera la noción de servicio público, toda vez que el servicio público no tendrá la misma importancia en un Estado capitalista que en uno de corte intervencionista, por lo que el servicio público evoluciona conforme evoluciona el Estado ya que como bien señala Manuel García Pelayo:

Es obvio que nos encontramos ante un momento histórico caracterizado por grandes transformaciones en distintos aspectos y sectores tales como el cultural, el económico, el social, el internacional, etcétera, transformaciones que son mucho más profundas que las grandes divisiones políticas del planeta en Estados capitalistas, neo-capitalistas y socialistas o en países desarrollados y en tránsito al desarrollo, aunque, naturalmente, las mencionadas transformaciones tengan modalidades distintas en cada uno de los países y sistemas. Parece no menos claro que el Estado no podía escapar a esta fundamental transformación y que, con o sin revoluciones políticas violentas, la estructura y función estatales han de sufrir también las correspondientes mutaciones.⁴⁸

Como podemos observar la evolución del Estado condiciona la transformación conceptual del servicio público y si consideramos que en toda evolución se encuentra el factor ideológico como motor de cambio en la

⁴⁸ García Pelayo, Manuel, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 1593.

sociedad, también podemos pensar que la noción de servicio público se encuentra condicionada por las ideologías del momento,⁴⁹ como expresa Ramón Parada, en los siguientes términos:

El servicio público es un término polémico por la tensión político ideológica que suscita entre quienes ven en los servicios públicos los males de la estatalización, la burocracia, el aumento del intervencionismo y del déficit público en contraste con la iniciativa y la empresa privada, el no va más de la eficiencia económica y servicial; para otros, el servicio público es la técnica única de que se dispone para atender las necesidades vitales de los ciudadanos en régimen de igualdad y a cubierto de la explotación y el lucro que guía a la empresa privada.⁵⁰

La evolución del Estado afecta el concepto del servicio público si consideramos, por ejemplo, que en los Estados comunistas la actividad pública no dejó margen a la iniciativa y a la empresa privada, lo cual pone de manifiesto que no hay actividades públicas o privadas por naturaleza y que la determinación de aquellas prestaciones que han de satisfacerse desde la propia administración depende de la ideología política de cada país en cada época, de la evolución tecnológica y organizativa de las empresas y, consecuentemente, de lo que a la vista de esos datos decida el poder público, mediante la asunción directa de los servicios o de su encomienda a la actividad privada o una combinación entre ambas fórmulas. Así podemos ver como se ha hecho de la seguridad un negocio privado o como conviven ahora la enseñanza pública y privada.

Sin embargo, sería erróneo considerar que el factor ideológico es el causante de toda evolución conceptual del servicio público. El progreso científico y tecnológico juega también un papel decisivo. Por ello, Tomás Ramón-Fernández asevera:

⁴⁹ Sobre el particular véase Mairal, Héctor, quien considera: “El análisis evidenciará cómo se esconden en el ropaje jurídico teorías de política económica que llegan a proclamar como dogma jurídico lo que no es sino una posición, respetable sí, pero no por ello carente de alternativas legítimamente posibles dentro del marco constitucional”. Como podemos observar el servicio público ilustra de manera muy nítida el carácter político del derecho. “La ideología del servicio público”, *Revista de derecho administrativo*, año 5, núms. 12 al 14, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 361.

⁵⁰ Parada, Ramón, *Derecho administrativo I*, 13a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 422.

La fuerza del progreso tecnológico no ha sido, ni es, ni probablemente lo será la misma en los demás sectores. El impacto en cada uno de ellos es, obviamente, distinto y distinto será también, por esa misma razón, el ritmo del proceso de liberalización o de reconstrucción de las estructuras. Así ocurrió en el pasado con el proceso inverso de *publicatio* de actividades y de ahí las asimetrías que hicieron tan confuso y tan inabordable el problema de la definición del servicio público. Si entonces hubo que aceptar resignadamente múltiples variantes técnicas que hicieron dudar de la utilidad del concepto mismo, hasta el punto de considerarlo una simple etiqueta, ahora hay que hacer otro tanto con la fórmula de la regulación que ha venido a sustituir a la anterior *publicatio* de esas actividades llamadas a tender un puente entre el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo.⁵¹

La noción de servicio es una noción que ha estado en constante transformación, lo cual es causado por múltiples factores: económicos, sociales, culturales, políticos, ideológicos y tecnológicos y se debe en parte a estos factores que en ocasiones ciertas corrientes doctrinarias lo descalifiquen como un concepto útil para el derecho administrativo. Nosotros, por nuestra parte, más allá de descalificarlo creemos que es importante reconocer los beneficios que esta figura ha aportado a la sociedad, por lo tanto, lo que abordaremos a continuación es la reconstrucción conceptual del servicio público a la luz de los diversos cambios en los que se ha visto inmersa esta figura. Acerca de este esfuerzo de delimitar conceptualmente al servicio público, Jorge Luis Salomoni señala lo siguiente:

Para construir el concepto de servicio público que dé certidumbre a la evolución que se está viviendo en el derecho administrativo actualmente hemos de considerar lo siguiente: que, no obstante coincidir en que es difícil establecer categorías universales sobre los distintos contratos o permisos administrativos y, dentro de éstos, a la diversa gama de técnicas establecidas para la privatización de servicios públicos en nuestro país, ya que: “el régimen concreto hay que buscarlo en el conjunto normativo de cada contrato determinado e individualizado”, para lo cual es pertinente llevar a cabo una racionalización y generalización de los principales aspectos de la misma que nos lleve a un concepto unitario de la institución en estudio. Lo cual implica buscar la armonía entre lo público y lo privado.⁵²

⁵¹ Ramón-Fernández, Tomás, *Panorama del derecho administrativo al comienzo de su tercer centuria*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 54.

⁵² Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Madrid, Vilella, 204, p. 369.

Ahora bien, lo que procede es definir al servicio público considerando los cambios políticos, económicos, sociales y culturales que ya fueron señalados aquí. Ya que si algo nos ha quedado claro es que la realidad sociopolítica de hoy es muy distinta a la que antaño se desarrolló y evolucionó el servicio público como una técnica estatal por medio de la cual se buscaban satisfacer necesidades de interés general. Actualmente la realidad es muy distinta dado que a partir de los noventa llega a México un cambio de orientación mundial en las ideas económicas, abandonando ciertos criterios estatales y por ende se orienta la transferencia de ciertas actividades públicas al entorno privado, mismos cambios a los que el servicio público no se puede considerar ajeno.

Por lo tanto, creemos que el meollo de la cuestión en este nuevo entorno es decidir qué tipo y cantidad de regulación desempeñará el orden jurídico en esta nueva etapa del servicio público sobre todo cuando hablamos de los servicios públicos improprios o virtuales, y más aún en este nuevo entorno de desregulación económica del Estado. Sin embargo, estamos convencidos que la crisis de la que tanto comentan algunos autores es relativa, ya que en tanto subsista la necesidad pública el servicio público estará presente, por lo que es importante señalar que si bien es cierto que el servicio público ha evolucionado de la concepción clásica del maestro Duguit, también lo es que se ha sabido adaptar a estos cambios de tal forma que el servicio público sigue siendo una noción capital y válida para el derecho administrativo.⁵³

Como consecuencia de lo anterior se observa la inferioridad social del hombre moderno. En algunos casos sus necesidades son satisfechas por medio del mercado, pero en muchos casos esto no sucede así y ha sido por ello absolutamente necesaria la asunción por el Estado de una serie de actividades que tiendan a satisfacer las carencias existenciales del ser humano. En tanto estos satisfactores sociales se encuentren a cargo del sector

⁵³ Como se advierte de lo expuesto, la noción y el régimen están indisolublemente unidos no solamente a la política económica del Estado en un momento dado sino también a las concepciones sociales y económicas de cada época. Ello explica la diversidad de opiniones jurídicas que se han pronunciado en la materia. La doctrina francesa moderna y comparada de antaño había venido observando incongruencias y errores en el concepto, modificándolo frecuentemente para adecuarlo a una realidad que se empeñaba en contradecirlo. Nótese en el presente comentario el énfasis que el autor hace a la capacidad evolutiva del servicio público para adaptarse a los cambios de la sociedad. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 7a. ed., México, Porrúa, 2004, t. II, pp. 191 y 192.

privado, deben hallarse igualmente sujetas a una vigilancia amplia y diferenciada por parte del Estado.

Las enormes posibilidades de potenciación del Estado como fruto de esa dependencia y el enorme riesgo para la libertad individual que supone el ensanchamiento de aquel poder no puede dejar de ser constatado.⁵⁴

Una vez expuesto lo anterior, estamos en posibilidad de proponer una definición de servicio público: servicio público es aquella actividad propia del Estado que encomienda desempeñar a la administración pública, por medio de un procedimiento de derecho público, para asegurar la ejecución regular y continua, ya sea mediante de la administración pública o por medio de los particulares que para este efecto autorice la administración.⁵⁵

⁵⁴ Roscoe Pound escribía en 1949: las sociedades de hoy demandan servicios que van mucho más allá de aquellos que el Estado liberal, encargado de mantener el orden y reparar las injusticias, podía ofrecer. En una sociedad industrial compleja resulta cada vez más difícil conseguir por propia iniciativa personal muchas cosas que el público desea ver realizadas rápidamente. Agencias y entidades administrativas encargadas de promover el bienestar general han llegado así a ser una necesidad y están aquí para muchos años. Resultaría fútil luchar contra la idea de un *service state* que guarde el debido equilibrio con la idea de espontánea iniciativa individual característica de América. Lo que uno debe resistir y combatir, no es la prestación por el Estado de muchos servicios públicos que aquél puede llevar a cabo sin atentar a nuestro sistema legal y político, sino la idea de que todos los servicios deben y pueden solamente ser realizados por el gobierno. "The rise of the service state and its consequences", *Hartad Law Review*, 1949.

⁵⁵ Ariño, Gaspar, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 299. Este autor señala que elementos esenciales de la noción del servicio público entraron en crisis hace tiempo, por lo que se hace necesario reformular su concepto para así dotarlo de vigencia acorde con los cambios que se han observado en la sociedad en los últimos años.