

# El servicio público en la Constitución peruana de 1993

CÉSAR OCHOA CARDICH\*

*«La instrucción es una necesidad común, y la República la debe igualmente a todos sus individuos».*

Artículo 181 de la Constitución peruana de 1823

## Resumen

El servicio público es uno de los conceptos más controvertidos del derecho administrativo. El presente artículo asume su plena actualidad y vigencia frente a aquellas posiciones que sostenían su ocaso a fines del siglo XX. Se desarrolla el concepto de servicio público en la doctrina y sus recientes mutaciones en el marco del derecho de la competencia —a nivel doctrinario y de la legislación comparada— así como su influencia en nuestro ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.

**Palabras clave:** Servicio público. Servicio de interés económico general. Servicios públicos sociales. Servicio universal.

## Sumilla

1. La noción tradicional del servicio público
2. La transformación del servicio público: el servicio de interés económico general y el servicio universal
3. El servicio público económico en las Constituciones peruanas
4. Los servicios públicos sociales
5. Servicio público local
6. A modo de conclusión

---

\* Profesor de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado litigante en derecho constitucional. Actualmente es miembro del Tribunal de Disciplina Policial.

## 1. La noción tradicional del servicio público

El concepto de servicio público aparece históricamente como todo aquello que guarda relación con los asuntos colectivos del Estado y que se contrapone a los asuntos privados. Tal fue la importancia histórica de esta doctrina consolidada por la Escuela de Burdeos, que León Duguit llegó a sostener que los tres elementos esenciales del Estado eran la Nación, los servicios públicos y el territorio<sup>1</sup>.

En la noción tradicional del servicio público, el acto de declaración (*publicatio*) de una actividad o de un sector como «público», como «servicio público», significa que tal actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares, aunque pueda darse a estos en concesión, la que de producirse tendrá un carácter traslativo, en el sentido que supone la transferencia de unas facultades o poderes de actuación que antes no tenían. Las actividades comprendidas bajo la *publicatio* como servicios públicos podrán y pueden estar regidas por el derecho privado. Sin embargo, dado el compromiso político implicado en la prestación, así como la necesidad de satisfacer los requerimientos colectivos, históricamente se prefirió someterlo a un régimen jurídico de derecho público.

Siguiendo a Kresalja<sup>2</sup>, podemos señalar que elementos constitutivos del servicio público son los siguientes: i) se trata de una actividad de prestación que el Estado asume, por organización propia o por delegación, y de la cual es primariamente responsable; ii) la titularidad del Estado sobre la actividad se manifiesta: a) por una declaración formal (*publicatio*) que supone la reserva de un sector y su posterior —y a veces necesaria— concesión a terceros, y b) por una intensa reglamentación que configure y obligue al desarrollo de la actividad; iii) se trata de una actividad en la que se aplica el régimen de derecho público, esto es, el servicio público goza siempre de una protección especial, aunque en su régimen de gestión la actividad pueda venir sometida al derecho privado; iv) no se trata de actividades necesarias al ser del Estado, como son las de soberanía, sino de mera utilidad, aunque indispensables o muy importantes para la vida de la sociedad; v) se trata de una prestación regular y continua, características sobre las que se edifica buena parte de su especial régimen jurídico (huelgas, quiebras, fusiones, etc.); y vi) se trata de una actividad dirigida a la utilidad general del público porque a través de ella no se tiene como objetivo conseguir ingresos para el Tesoro Público.

Brewer-Carías destaca que la noción de servicio público implica necesariamente la restricción de la libre iniciativa privada: «En mi criterio, esta consecuencia de la noción de servicio público es la más importante desde el punto de vista jurídico,

<sup>1</sup> DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Francisco Beltrán Editor, 1926, p. 71.

<sup>2</sup> KRESALJA, Baldo. «El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos». *Themis*, 39 (1999), pp. 47-48.

que cuando una actividad prestacional se erige en servicio público, es decir se impone obligatoriamente al Estado, [...] se restringe automáticamente la libertad económica de los particulares en el sentido de que no pueden libremente ejercer dicha actividad»<sup>3</sup>.

Luciano Parejo cita la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 (RJ 1989/8390), que define al servicio público como «actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que esta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio público de manera regular y continua».

A la noción tradicional del servicio público, Parejo la conceptúa como la noción *formal, subjetiva y estricta de servicio público* que alude a las características que debe reunir: continuidad, regularidad, igualdad de acceso y trato, universalidad, adecuación al progreso técnico, etc<sup>4</sup>.

En la jurisprudencia constitucional peruana se asume la concepción formal, subjetiva y estricta del servicio público en el fundamento 40 de la sentencia correspondiente al expediente 034-2004-PI/TC, que declaró infundada una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 al 5 de la ley 26271, ley que estableció el derecho a pases libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros a favor de policías, bomberos, universitarios y escolares, es decir, se asumió la definición tradicional del servicio público. Así, declaró que: «[...] es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standard mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

Otra sentencia relevante en materia de servicios públicos es la recaída en el expediente 06354-2006-PA/TC, correspondiente al «Caso Santos Eresminda Távara Ceferino». En este caso, la recurrente interpone demanda de amparo contra la

---

<sup>3</sup> BREWER-CARÍAS, Allan. El régimen constitucional de los servicios públicos. 2002, p. 6. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/content/449725d/f1cb.../1.1851.pdf>. Consulta: 20.8.2013.

<sup>4</sup> PAREJO, Luciano. Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/20.pdf>. Consulta: 19. 8.2013.

empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima—SEDAPAL, y solicita que se le restituya el servicio de agua potable al no tener deuda de pago de agua.

En los fundamentos 17 y 18, la sentencia del Tribunal Constitucional declara que el agua potable: (i) es un derecho constitucional no enumerado; y (ii) derecho de naturaleza prestacional cuya concretización corresponde promover al Estado y recurso natural esencial:

17. En el caso específico del derecho al agua potable, este Colegiado considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. [...] A tales efectos, atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudirse primeramente a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así, las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho.

18. El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito, supondría primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no solo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras, que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.

## **2. La transformación del servicio público: El servicio de interés económico general y el servicio universal**

A nuestro juicio, el servicio público no ha muerto como proclamaban entusiastas los corifeos del neoliberalismo a fines del siglo XX. Hoy hasta privatistas como Ariño no proclaman los funerales del servicio público sino que sostienen que el proceso de globalización exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ariño y Asociados y ARA Editores, 2004, p. 614.

En verdad como afirma Muñoz Machado la muerte del servicio público es imaginaria<sup>6</sup>. El concepto de servicio público viene mutando y adquiriendo nuevos contenidos y definiciones técnico-jurídicas especialmente durante los últimos años, lo que ha dado lugar a un debate intenso que se ha visto impulsado por desarrollos tecnológicos, desregulación normativa, promoción de la competencia económica y procesos de privatización. A ello, se ha sumado en el Perú el proceso de transformación del Estado basado en el principio de subsidiariedad e incorporado al texto constitucional en el artículo 60<sup>7</sup>, así como a la legislación positiva.

Así, para Tornos son servicio público aquellas actividades prestacionales necesarias para la cohesión social. Les corresponde determinarlas a la sociedad, y no al mercado, a través de normas jurídicas del más alto nivel como la Constitución y las leyes. Este autor sostiene que el concepto tradicional del servicio público como actividad prestacional de contenido económico reservada en su titularidad a la Administración Pública debe renovarse con la idea central de que el servicio público es la asunción por parte del Estado de la responsabilidad de garantizar determinadas prestaciones técnicas<sup>8</sup>.

En una dirección similar, Chinchilla señala que el servicio público es por eso una obligación que se impone a los gobernantes de asegurar sin interrupción el cumplimiento de actividades que satisfacen las necesidades de la comunidad, de modo que si esas necesidades se corresponden con derechos fundamentales, el servicio público opera como una técnica de realización de los mismos<sup>9</sup>. Se trata de servir a los intereses generales y asegurar una digna calidad de vida.

Parejo —comentando el régimen jurídico de los servicios públicos en España— asume que la continuidad del concepto tradicional del servicio público se da a través del concepto amplio o funcional del servicio de interés económico general:

La novedad del actual tratamiento doctrinal del servicio público consiste en la doble identificación de: i) Su concepto formal, subjetivo, orgánico o estricto con las características no de la actividad sino precisa y únicamente de las técnicas organizativas de la provisión o prestación de este, y ii) su concepto amplio, objetivo o funcional con las características de la provisión o prestación de que se trate y no

---

<sup>6</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado*. Tomo I: los fundamentos, Madrid: Civitas, 1998, p. 17.

<sup>7</sup> El citado artículo 60 establece que: «Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público de manifiesta conveniencia nacional».

<sup>8</sup> Cf. TORNOS MAS, Joaquín. Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2004, pp. 7-18.

<sup>9</sup> CHINCHILLA, Carmen. «El servicio público. ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión». En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T.II. Madrid: Civitas, 1991, p. 967.

de la organización, es decir, con las notas de continuidad, regularidad, igualdad de acceso y trato, universalidad, adecuación al progreso técnico, control de precios, etc. Sin perjuicio de que estas últimas notas se den también —con mayor razón incluso— en las actividades de provisión o prestación organizadas como servicios públicos en sentido estricto, lo decisivo es su permanencia —exclusivamente sobre la base del interés general— a pesar de una distinta organización de las correspondientes actividades (despublicación), incluso en las hipótesis de entrega de estas al mercado. La razón es obvia: la paralela subsistencia de la causa de tales notas, que no es otra que el interés general. Bajo la Constitución se da pues, la continuidad de la tradicional noción de servicio público objetivo o, mejor, de servicio público funcional en términos que lo hacen equivalente a la noción comunitaria europea de servicio de interés general.

En el año 2007 se aprobó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 36 estableció que: «La Unión Europea reconoce y respeta el acceso a los *servicios de interés económico general*, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión» (cursiva agregada).

En el derecho comunitario de la Unión Europea el concepto de servicio público se ha reconvertido en el nuevo metaconcepto del «*servicio de interés económico general*» o «servicio de interés general». Zegarra conceptúa a los servicios de interés general como aquellas actividades públicas o privadas que pueden abarcar servicios bajo el mercado o no, que tienen a su cargo misiones de interés general. En consecuencia, deben responder a principios de continuidad, universalidad e igualdad de acceso y transparencia, y que en razón de ello están sometidos a obligaciones de servicio público que plasman valores colectivos tales como la cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la garantía de un mínimo común de bienestar<sup>10</sup>.

Otro concepto innovador surgido como complemento básico de la liberalización del mercado de servicios, tales como las telecomunicaciones, y que es a su vez un contenido del servicio económico de interés general, es el *servicio universal*, que es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, para todos los ciudadanos, al margen de su situación económica, social o geográfica<sup>11</sup>. Por ejemplo, establecer que todos tenemos derecho a una conexión telefónica y al servicio correspondiente y a precios asequibles y sin retrasos irrazonables<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> ZEGARRA, Diego. *El servicio público*. Lima: Palestra, 2005, p. 232.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. «Servicio público y Derecho Comunitario Europeo». *Derecho y Sociedad*, 26 (2006), p. 40.

<sup>12</sup> De la Cuétara, Juan Miguel. «Tres postulados para el nuevo marco regulatorio de los servicios públicos» *WorkingPapers*, 24 (1996), p. 47.

Así, se afirma que es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más comercial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una suerte de intento de conciliación de los principios originales del servicio público con los de economía de mercado<sup>13</sup>.

En el Perú, la ley 28900 que otorga al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones-FITEL la calidad de persona jurídica de derecho público adscrita al Sector Transportes y Comunicaciones, en su artículo 1 establece que el FITEL es un fondo destinado a la provisión de *acceso universal*, entendiéndose como tal al acceso en el territorio nacional a un conjunto de servicios esenciales de telecomunicaciones capaces de transmitir voces y datos.

Debe resaltarse que en la mencionada sentencia recaída en el expediente 034-2004-PI/TC, el Tribunal Constitucional afirma que es obligación constitucional del Estado garantizar la prestación del servicio público sin que necesariamente se imponga una titularidad estatal del servicio. Así, la jurisprudencia constitucional peruana también asume la concepción amplia o funcional de los servicios públicos; en el fundamento jurídico 41 declara que: «[...] hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente, la titularidad estatal<sup>14</sup>, sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas, y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el Estado».

Asimismo, en el fundamento 42 el Supremo Intérprete de la Constitución afirma que la concesión del servicio público a privados habilita un rol de intervención del Estado en procura del interés público: «[...] pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población».

### 3. El servicio público económico en las Constituciones peruanas

La primera Constitución en asumir el concepto de servicio público económico fue la Carta de 1920, que previó la nacionalización de empresas en la línea de la Constitución socialdemócrata de Weimar —Constitución alemana de 1919— de marcado signo transformador en el ordenamiento económico y social. En su artículo

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ-ARANA. Ob. cit., p. 41.

<sup>14</sup> En nuestra opinión el Tribunal Constitucional confunde en esta sentencia el concepto de titularidad o *publicatio* con la gestión de la empresa prestadora del servicio, pues la titularidad es siempre estatal cuando se trata de un servicio público —no de un servicio de interés general—, mientras que la gestión puede ser tanto del Estado como de empresas privadas, usualmente en esta época en competencia con otras empresas de la misma categoría.

44 previó que el Estado podrá por ley tomar a su cargo o nacionalizar transportes terrestres, marítimos, aéreos u *otros servicios públicos de propiedad particular*, previo pago de la indemnización correspondiente.

En esa misma dirección, la siguiente Constitución peruana —la del año de 1933— estableció en el artículo 38 que el Estado mediante ley está habilitado a tomar a su cargo o nacionalizar servicios públicos como transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada.

La Constitución peruana de 1979, en su artículo 115, proclamó como sistema económico constitucional a la *economía social de mercado* y estableció, dentro de los principios del Régimen Económico, la habilitación al Estado de reservarse actividades productivas o de servicios. Esta reserva constituía un instrumento al que el Estado podía recurrir siempre que se acuerde por ley y que se declare la existencia de los presupuestos definidos en el artículo 114 de la Norma Suprema: las causas de interés social y de seguridad nacional.

El antecedente de esta disposición constitucional fue el artículo 128, párrafo 2 de la Constitución española de 1978, que declara que: «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, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

Otro antecedente en el derecho comparado es el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 —ratificado en la Constitución de 1958— que declara: «Cualquier bien o empresa cuya explotación posea o adquiera el carácter de un servicio público nacional o de un monopolio debe pasar a ser propiedad de la colectividad».

Durante la vigencia de la Constitución de 1979, el presidente Alan García Pérez anunció en su mensaje al Congreso del 28 de julio de 1987 la presentación de un proyecto de ley para la nacionalización de las empresas bancarias, financieras o de seguros. Este anuncio desencadenó uno de los grandes debates nacionales de naturaleza constitucional en la historia republicana del Perú. En el marco de la Constitución de 1979 era jurídicamente viable la nacionalización del sistema financiero, por cuanto el mencionado artículo 114 de la Constitución habilitaba al Estado a la reserva de actividades de servicios. Es interesante destacar que la ley aprobada con esa finalidad declaró a las actividades bancaria, financiera y de seguros como «servicio público», definición que no tenía precedente alguno en nuestro ordenamiento<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Sin embargo, existe el antecedente de la expropiación bancaria en México en 1982, que dio lugar en noviembre de dicho año a una reforma constitucional del párrafo quinto del artículo 28 de la Constitución

Como sostiene Kresalja, el cuestionamiento de los monopolios legales como la crisis de la empresa pública, que alcanzó niveles intolerables en el gobierno aprista de 1985-1990, son algunos de los antecedentes más notables que impulsaron la modificación de la Constitución Económica de 1993<sup>16</sup>.

El Régimen Económico de la Constitución de 1993 eliminó la habilitación al Estado para reservarse en exclusividad actividades productivas o de servicios, que estuvo prevista en el artículo 114 de la Constitución de 1979.

El artículo 58 de la Constitución de 1993 declara: «La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, *servicios públicos* e infraestructura». Sin embargo, el artículo 60 al establecer que la actividad empresarial del Estado solo puede autorizarse por ley expresa y de acuerdo con el *principio de subsidiariedad*, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, limita la posibilidad de retornar al Estado empresario<sup>17</sup>. La interpretación sistemática de ambas disposiciones nos conduce a afirmar que es jurídicamente viable la actividad empresarial del Estado en el ámbito de los servicios públicos.

#### 4. Los servicios públicos sociales

Siguiendo a Tornos los servicios sociales son servicio público cuando se trata de actividades prestacionales que la Administración se compromete a organizar y a prestar de forma directa o indirecta, incluyéndolas dentro del sistema público. Además, las actividades reglamentadas serán las prestaciones sociales que realice el sector privado fuera del sistema de responsabilidad pública y bajo la supervisión administrativa.

Históricamente la primera excepción a la abstención del Estado de tareas de prestación fue el diseño de los servicios de educación en la Constitución peruana de 1823 —primera Constitución de la República peruana— a la cual se dedicó

---

mexicana, con la que se estableció el ejercicio de la banca a un régimen de servicio público cuya prestación correspondió exclusivamente al Estado.

<sup>16</sup> KRESALJA, Baldo. «La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993». *Ius et veritas*, 22 (2001).

<sup>17</sup> Sobre el tema véase: KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 358-366. De otro lado, en el decreto legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal el artículo 14.3 prevé que toda actividad empresarial desarrollada por una empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución constituirá un acto desleal por violación de normas, específicamente que no se requerirá acreditar que la empresa estatal ha adquirido por esa actuación una ventaja significativa frente a sus competidores, lo que significa una calificación más rigurosa para la empresa estatal.

el capítulo III de la Sección Tercera de la Constitución a la «Educación Pública». El artículo 181 —que citamos en el epígrafe del presente artículo— reconoció el derecho a la educación pública.

En esa misma dirección, el artículo 183 estableció que la instrucción pública depende en todos sus ramos de los planes y reglamentos generales que decreta el Gobierno. Asimismo, el artículo 184 dispuso que todas las poblaciones de la República tengan derecho a los establecimientos de instrucción que sean adaptables a sus circunstancias y que no puede dejar de haber universidades en las capitales de departamento, ni escuelas de instrucción primaria en los lugares más pequeños.

Al surgir nuevas formulaciones del concepto de servicio público surge la necesidad de diferenciar los servicios públicos de contenido económico y no económico. Cuando el artículo 58 de la Constitución peruana de 1993 precisa el rol del Estado en el sistema económico y se refiere a los servicios públicos, y los distingue en esa misma disposición de los servicios de salud y educación, se debe interpretar que la Norma Suprema se está refiriendo con esa denominación a los *servicios públicos económicos*, que no deben ser confundidos con los *servicios sociales*<sup>18</sup>.

Así, debemos delimitar el concepto de *servicios públicos sociales* en la Constitución peruana de 1993. La Constitución utiliza el concepto «servicio público» —de la esfera estatal o del Poder Ejecutivo— u otros similares en relación con los *servicios públicos económicos y sociales* en las siguientes disposiciones:

- El artículo 9 prevé que el Estado determina la política nacional de salud y que el Poder Ejecutivo es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a *todos* el *acceso equitativo* a los *servicios de salud*.
- El artículo 10 declara que el Estado reconoce el derecho *universal* y progresivo de *toda persona* a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.
- El artículo 16 establece que es deber del Estado asegurar que *nadie se vea impedido* de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.
- El artículo 17 prevé que la educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias y que en las instituciones del Estado, la educación es gratuita.

---

<sup>18</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 23 destaca que la aparición de estos servicios públicos sociales y asistenciales no implicaban necesariamente el monopolio administrativo de tal tipo de actividad ni la prohibición a los particulares de ejercer actividades paralelas.

- El artículo 58 que establece que el Estado actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, *salud, educación, seguridad, servicios públicos* e *infraestructura*;
- El artículo 119 declara que la gestión de los servicios públicos está confiada al Consejo de Ministros, y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.

Para el liberalismo los derechos fundamentales están destinados principalmente a asegurar la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder político. Su contrapartida son los derechos a *acciones positivas* del Estado, que pueden ser calificados como derechos a prestaciones sociales del Estado en sentido amplio.

Es así que se afirman en la doctrina constitucional los denominados derechos fundamentales sociales: los derechos a la asistencia social, al trabajo, a la vivienda y la educación, entre otros<sup>19</sup>. Aquí nos centraremos en los derechos de protección a la salud, a la educación y a la seguridad social, por su vinculación con los servicios públicos sociales. Como sabemos, en el derecho internacional se alude a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), denominados también como «derechos de segunda generación». Pero como la denominación de derechos económicos no es unívoca, hemos optado por denominarlos como *derechos a acciones positivas del Estado*.

Dentro de esta concepción del Estado social de derecho, reconocido en el artículo 43 de la Constitución peruana de 1993, se establece que la República del Perú es *democrática y social*. Asimismo, el artículo 44 de la Norma Suprema, en su primer párrafo declara: «Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas a su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación».

La diferencia más relevante entre derechos civiles y políticos y los derechos a acciones positivas del Estado es la prestación estatal que representa verdaderamente la sustancia, el *contenido esencial* del derecho. En el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuita, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado, de modo que la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho<sup>20</sup>.

En esa dirección, el artículo VII del Título Preliminar de la ley 26842, Ley General de Salud, establece que: «El Estado promueve el aseguramiento universal

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *La teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 419-428.

<sup>20</sup> CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO. *Defensa del Estado social*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1994, p. 21.

y progresivo de la población para la protección de las contingencias que puedan afectar su salud y garantizar la libre elección de sistemas previsionales, sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido».

La ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, es la norma que desarrolla constitucionalmente el derecho fundamental a la salud. Así, define en su artículo 4 al *aseguramiento universal en salud* como la garantía de la protección de la salud para todas las personas residentes en el Perú, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

En el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho el *derecho a la educación*, además de la gratuidad de los niveles básicos de enseñanza, incluye medidas y actuaciones prestacionales, tales como el derecho que tienen los alumnos a permanecer en centros de educación pública hasta los dieciocho años de edad y la imposición de una edad laboral mínima que paulatinamente se eleve para permitir a los escolares un retraso en su incorporación a la actividad laboral con la finalidad de que dispongan del tiempo necesario para su formación básica<sup>21</sup>.

En esa dirección, las misiones sociales del Estado son establecidas en la Constitución y la ley ordinaria que regulará la organización de los servicios públicos sociales y asistenciales que se requieran para el cumplimiento de los fines establecidos.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia pronunciada el 3 de marzo de 2005, recaída en el expediente 04232-2004-AA/TC, «Caso Larry Ormeño», reconoció la naturaleza de servicio público de la educación. Así, en el fundamento jurídico 6 declaró: «[...] la educación posee un carácter binario en razón de que no solo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público, dado que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución por el propio Estado o por terceros bajo fiscalización estatal, y que, indudablemente, constituye, además de un elemento esencial en el libre desarrollo de la persona, un bien trascendental con importancia en la función social del Estado [...]».

En esa misma dirección, la sentencia pronunciada el 17 de octubre de 2007, recaída en el expediente 4646-2007-PA/TC, «Caso Feliciano Contreras Arana», afirma en el fundamento 25 que: «De otro lado, es de precisar que la educación no es solo un derecho sino un auténtico servicio público que explica una de las funciones-fines del Estado, cuya ejecución puede operar directamente a través de terceros —entidades privadas— aunque siempre bajo fiscalización estatal. [...]».

---

<sup>21</sup> CÁMARA VILLAR, Gregorio. «El derecho a la educación». En *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares Editores 2006, p. 993.

Con relación a la asistencia sanitaria es relevante la sentencia recaída en el expediente 2945-200-AA, «Caso Azanca Alhelí Meza García». Es un caso en el cual la recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud, solicitando que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA. El Tribunal Constitucional resuelve declarando fundada la demanda de amparo. Cabe citar los fundamentos 12 al 15 sobre la relación entre derechos sociales y servicios públicos en el marco jurídico del Estado social de derecho:

12. Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

13. De manera que los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados incluso como deberes de solidaridad que involucran no solo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad [...].

14. El reconocimiento de estos derechos implica, entonces superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho [...].

15. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho».

A nuestro juicio, el artículo 9 de la Constitución que prevé que el Estado determina la política nacional de salud y que el Poder Ejecutivo es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora *para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud* sí permite conceptualizar a la asistencia sanitaria como un servicio público social. En la doctrina nacional, Vignolo sostiene que no es un servicio público en estricto sino un *servicio público compartido* que abarca la concurrencia de la actividad prestacional pública, exigida por mandato constitucional con concurrencia de la actividad privada regida por el régimen de libertad de empresa en el mercado, pero ordenada y regulada por la dirección del poder público<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> VIGNOLO, Orlando. «El derecho a la protección de la salud y la intervención de la administración pública sanitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Comentarios a las sentencias relevantes de la última década». En O. Vignolo y R. Jiménez (coords.), *Homenaje a Allan Brewer-Carías*. Lima: Ediciones Legales S.A. y Asociación Civil Ius et Veritas, 2012, pp. 352-353.

## 5. Servicio público local

La Norma Suprema en su artículo 195 se refiere a los servicios públicos locales. Así, declara que los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

En su inciso 5 establece como competencia de los gobiernos locales el organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.

Así, por ejemplo, la ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 81, numeral 1.2 establece que es una función específica exclusiva de las municipalidades provinciales, el *servicio público* de transporte terrestre urbano e interurbano de pasajeros de su jurisdicción, *de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales de la materia*.

En esa dirección, la Ley Orgánica de Municipalidades subordina la competencia local en materia de transporte y tránsito terrestre al régimen jurídico que establezca el legislador y el Poder Ejecutivo. La ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, establece en su artículo 16 que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones es el ente rector a nivel nacional en esa materia.

A nivel reglamentario, el artículo 11 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte Terrestre —aprobado por el decreto supremo 017-2009-MTC— prevé que las Municipalidades Provinciales, en materia de transporte terrestre, cuentan con las competencias previstas en el Reglamento y que se encuentran facultadas, además, para dictar normas complementarias aplicables a su jurisdicción, sujeta a los criterios previstos en la Ley, el Reglamento y los demás reglamentos nacionales. Asimismo, dispone que en ningún caso las normas complementarias nacionales pueden desconocer, exceder o desnaturalizar lo previsto en las disposiciones nacionales en materia de transporte.

En suma, la calificación de la actividad prestacional del transporte terrestre urbano e interurbano de pasajeros como de competencia municipal no convierte al gobierno local en su titular ni excluye su desarrollo por el Poder Ejecutivo o a la iniciativa privada en régimen de libre y leal competencia. El mismo criterio puede asumirse respecto de cualquier otra actividad que la ley reconozca como servicio público local.

## 6. A modo de conclusión

La Constitución peruana de 1993 prevé la intervención del Estado en los servicios públicos económicos y en los servicios públicos sociales dentro de un régimen económico de economía social de mercado que es compatible con los mandatos del

Estado social de derecho. El primer antecedente de la noción de servicio público social lo encontramos en la Constitución de 1823 que diseñó a la educación como excepción a la abstención del Estado de las misiones de prestación.

Nos remitimos al profesor Luciano Parejo cuando afirma que la clave del servicio público en cualquiera de sus modalidades está en la exigencia de satisfacer necesidades sociales de interés general.

En esa dirección, el Estado debe ejercer sus potestades de intervención para exigir estándares mínimos de calidad en los servicios públicos económicos y sociales. Tengamos presente la protesta recurrente de los estudiantes secundarios y universitarios chilenos por el derecho a una educación de calidad. Con mayor razón deberíamos esperar un fenómeno similar dados los bajos estándares de calidad de la educación peruana, no solo pública sino también privada. La libertad de enseñanza no puede ser un escudo para que el Estado se abstenga de intervenir ante el déficit de calidad del servicio educativo. Las mismas reflexiones las podemos plantear respecto a la asistencia sanitaria pública.

Para concluir: la noción de servicio público prestacional no ha muerto. Es el Lázaro jurídico que ha resucitado en un sentido amplio y funcional, y que en nuestro sistema jurídico debe asegurar la calidad de vida como derecho fundamental de todas las personas.