

**Luis  
Alfonso  
Herrera  
Orellana**

laho76@gmail.com  
Recibido: 26.11.20  
Aceptado: 02.03.21

## **La calificación de actividades de prestación como servicio público: revisión crítica desde criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico**

### **The qualification of provision activities as a public service: critical review from substantive criteria provided by legal realism**

---

**Resumen:** El trabajo plantea críticas a la calificación por las autoridades como servicio público de ciertas actividades solo a partir de criterios formales y tópicos, argumenta a favor de considerar en tal proceso criterios sustanciales aportados por el realismo jurídico y demuestra la factibilidad de utilizar esos criterios al considerar el calificar o no como servicio público a actividades de prestación dirigidas a satisfacer necesidades públicas.

**Palabras clave:** servicio público; realismo jurídico; criterios sustantivos; determinación.

**Abstract:**The work criticizes the authorities' assessment of particular activities as a public service, solely based on formal and topical criteria. Moreover, it argues in favor of considering substantial criteria in said process, provided by legal realism. It also demonstrates the feasibility of using these criteria assessing a public service as rendering activities aimed at satisfying public needs.

**Keywords:** public service; legal realism; substantial criteria; determination.

---

Cuando las autoridades de un país deciden calificar una determinada actividad de prestación como “servicio público” (Cassagne, 2017, pp. 118-119) tal decisión se reputará conforme a derecho aunque dichas autoridades solo hayan considerado: (a) si tienen competencia para ello; (b) la importancia política de la actividad -por ejemplo, el suministro de electricidad, los servicios sanitarios, la recolección de desechos sólidos, el transporte terrestre, el servicio de telefonía, etc.-; y (c) que no existan normas positivas que le prohíban tomar esa decisión.

La juridicidad de esa calificación no se cuestiona cuando el servicio público implica sustraer la actividad por entero del ámbito de libertad económica de los particulares, a través de una reserva de actividad, y tampoco cuando implica dejarla abierta a la libre iniciativa privada pero sujeta a potestades del Estado que exceden la fiscalización, situación observada incluso cuando el derecho positivo de un país adopta el “nuevo servicio público” (Peña Solís, 2009, p. 377; Ariño Ortiz, 2004, p. 599; De La Cuétara, 1997, p. 134).

En tal sentido, sea que se aplique en su versión más intensa de “servicio público tradicional” o en su versión menos intensa de “nuevo servicio público”, esta teoría siempre evoca, en el entendimiento de las autoridades y de la dogmática administrativa en general, la idea de que se está ante prestaciones que, por su importancia para las personas, deben concebirse como una función o una actividad estatal.

Por vía de consecuencia, en ningún caso o solo en un sentido muy relativo, cabe considerarlas como actividades efectivamente privadas, desarrolladas en ejercicio de derechos como la libertad económica y la propiedad privada (Silva Cimma, 1995, p. 12; Muñoz Machado, 1998, p. 32; Rojas, 2014a, p. 178).

La calificación de actividades como servicio público está, en principio, reservada a la ley. Sin embargo, también suele ser aplicada por autoridades administrativas, contraloras y hasta judiciales, al ejercer potestades normativas y jurisdiccionales<sup>1</sup>. De allí la relevancia de estudiar su uso en cada derecho positivo.

En cualquiera de esos casos, en general, lo que las autoridades toman en cuenta como criterios jurídicos de obligatorio cumplimiento para calificar, a través de enunciados normativos o de interpretaciones, como servicio público una actividad de prestación, son los criterios antes referidos, relativos a la competencia, a la importancia de la actividad y a la inexistencia de prohibición de actuar de ese modo<sup>2</sup>.

Se trata de criterios formales que acreditan la habilitación jurídica del órgano decisor para proceder a calificar como servicio público una actividad. Asimismo, de criterios tópicos<sup>3</sup> que dependen de elementos contingentes y circunstanciales, como el “interés público”, la “utilidad pública” o la “función pública”, dúctiles para vincular una actividad de prestación determinada con la noción de servicio público.

<sup>1</sup> En Chile son ejemplo de esto los fallos de la Corte Suprema de Justicia roles Nos. 4365-2015, de 29 de julio de 2015, 8.268-2012, de 28 de enero de 2013, 73.923-2016, de 25 de junio de 2018, 5.308-2009, de 30 de noviembre de 2009 y 9.047-18, de 08 de octubre de 2018, así como los dictámenes de la Contraloría General de la República Nos. 042008N07, de 13 de septiembre de 2007 y 011781N18, de 09 de mayo de 2018.

<sup>2</sup> Se trata de una comprensión formalista, desvinculada de criterios sustantivos, del principio de juridicidad previsto en el inciso primero del artículo 7° de la Constitución chilena, según el cual “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

<sup>3</sup> Con la palabra “tópicos” aludimos a la idea de lugar común, no a la de “repertorios de puntos de vista”, en el sentido propuesto por Viehweg (García Amado, 1987, p. 167)

Como lo muestra la experiencia<sup>4</sup>, al calificar como servicio público a una prestación las autoridades no atienden a criterios sustantivos como los propuestos por la concepción realista del derecho (en adelante, “realismo jurídico”). Para ésta, al dictar e interpretar el derecho se deben tener presente criterios de razón práctica, advertidos desde la antigüedad hasta nuestros días a partir del reconocimiento del dinamismo propio de la persona humana, la sociedad y la autoridad (Hervada, 2011, p. 92), y los resultados positivos que para la vida en común se siguen de observar esos criterios en la actividad jurídica.

Con la expresión *criterios sustantivos* nos referimos a conceptos, principios y métodos como naturaleza humana, bienes humanos básicos, subsidiariedad, principios de razón práctica y la determinación del derecho positivo.

Consideramos que limitar el análisis de juridicidad de la calificación como servicio público de una actividad al cumplimiento de criterios formales y tópicos, y de forma

incidental a otros de tipo utilitario o económico, permite a diferentes autoridades de un país el definir de forma coactiva si debe ser el Estado o los particulares quienes actúen como titulares en el desarrollo de prestaciones vinculadas con necesidades públicas, sin considerar criterios sustanciales acerca de los roles propios que al Estado y a los particulares les corresponde desarrollar en garantía del bien común.

Según lo expuesto, y considerando la probabilidad de que el servicio público sea uno de los asuntos de discusión en el proceso de cambio constitucional a desarrollar en Chile en 2021, este trabajo objeta la práctica institucional de calificar como servicio público a prestaciones considerando solo criterios formales y tópicos, argumenta en favor de considerar criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico al considerar el empleo de esa calificación, y ofrece razones sobre lo conveniente y factible que resulta utilizar esos criterios para decidir si emplear o no la calificación de servicio público en situaciones concretas.

---

<sup>4</sup> En Colombia la declaratoria legislativa de internet como servicio público se justifica en el propósito de “impulsar el desarrollo y la conectividad de las provincias y regiones más pobres y necesitadas para lograr hacer un cierre de la brecha digital” (recuperado de: <https://bit.ly/3q0mwtR>, [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]) no en la indicación de cómo la declaratoria creará incentivos hoy no existentes para fortalecer el servicio, cómo se estimulará al sector privado a invertir y cómo se aumentará el acceso y la calidad del mismo. En Costa Rica la declaratoria legislativa de la función judicial como servicio público se justifica en la necesidad de “prohibir la huelga en varios servicios judiciales” que “inciden en el funcionamiento y organización del Poder Judicial” (recuperado de: <https://bit.ly/3nUAWd9>, [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]), no en cómo dicha declaratoria mejorará la calidad, regularidad y acceso al servicio, pues solo se busca prohibir huelgas en el sector y sancionar a los que las realicen. En Italia la declaratoria mediante decreto presidencial de la cultura como servicio público se justifica a partir de la necesidad de “...evitar lo sucedido (...) en el Coliseo romano, cerrado por una asamblea sindical” (recuperado de: <https://bit.ly/2Zx5gd>, [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]) es decir, no se ofrecen razones relativas a la continuidad, universalidad y calidad del servicio, limitándose la autoridad a prohibir huelgas bajo amenaza de sanción y a asegurar el cobro del precio por acceder a “la cultura”. En España la declaratoria mediante decreto ley de la Comunidad Autónoma de Valencia de la actividad de selección y clasificación de envases ligeros con reserva de titularidad autonómica se justifica en la necesidad de consolidar “una base sólida para la gestión pública del servicio de selección y clasificación de envases ligeros y residuos de envases recogidos en la vía pública y ecoparques” que presta una empresa pública de la misma Comunidad llamada “VAERSA” (recuperado de: <https://bit.ly/3q4XLNk>, [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]), sin explicar por qué era necesario crear un monopolio estatal para que una actividad que ya era prestada por el Estado sea ahora más regular, continua, accesible, etc. En Ecuador la declaratoria legislativa por iniciativa presidencial de hace unos años como servicio público de las comunicaciones se justificó en la consideración según la cual “el servicio público es una prestación necesaria para todos los habitantes de un Estado; por lo tanto, es el Estado quien debe proveerlo o regularlo. Ese es el concepto” (recuperado de: <https://bit.ly/33jLWZP>, [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]), de modo que, al margen de la continuidad, la calidad, la universalidad, etc., la razón de la declaratoria fue reafirmar el poder estatal de regular, controlar y fiscalizar, además de prestar el servicio en cuestión, sin considerar los roles que en dicha tarea han de desempeñar de forma regular la autoridad y los grupos intermedios. Finalmente, en Argentina la reciente declaratoria mediante decreto presidencial de “necesidad y urgencia” como servicio público de las actividades de telefonía, internet y la televisión paga tiene por fundamento el “garantizar el acceso a los mismos (servicios) para todos y todas” y recuperar “herramientas regulatorias que el gobierno anterior (...) quitó al Estado. El derecho de los usuarios y consumidores es un derecho constitucionalmente reconocido. En lo sucesivo, no podrá haber ningún aumento sin la previa aprobación del Estado” (recuperado de: <https://bit.ly/2JgUWry>, [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]), sin indicar si el Estado pasará a ser un proveedor adicional del servicio o si subsidiará, invertirá, auxiliará e incentivará a los proveedores privados para que amplíen el acceso y la cobertura, así como la continuidad o la calidad, siendo las únicas razones específicas el obligar a prestar el servicio a los privados y el establecer un control de precios de esos servicios, vía conversión del precio en tarifa pública.

## 1. La calificación como servicio público de actividades de prestación considerando solo criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos

Como lo sostiene Massini (1980, p. 15) el triunfo en Occidente del pensamiento racionalista hizo que la voluntad y la convención derivada de aquélla se erigiesen en fuente última y única del derecho, generando así escepticismo frente principios de justicia universales o comunes a toda sociedad. Si bien tal paradigma mantuvo diferenciado por un tiempo lo espontáneo de lo organizativo (Martínez, 2009, p. 195), es decir, el derecho privado del derecho público, poco a poco terminó por debilitar esa distinción al pasar a considerar que todo podía ser configurado o reconfigurado desde la razón y la voluntad.

Tal abandono de la distinción señalada operó, primero, a partir de la progresiva invasión de lo convencional público en el ámbito reservado a lo natural privado y, a la larga, en la negación de toda *ley de la legislación* (Hayek, 2006, p. 155), o límite diferente a la voluntad humana, al definir qué es derecho en cada sociedad a través de la legislación, la Administración y la jurisdicción.

### 1.1. Voluntarismo, racionalismo, derecho administrativo y servicio público

A partir del predominio del racionalismo ilustrado, esto es, de la “actitud de quien se confía a los procedimientos de la razón para la determinación de creencias o técnicas en un campo determinado” (Abbagnano 1995, pp. 976-977), serán excepcionales los límites que tendrán en las sociedades la voluntad de los gobernantes o la mayoría democrática.

Solo la voluntad de la autoridad, guiada por una razón teórica y monótona, en lugar de una práctica y dialógica, será en última instancia la fuente rectora de las decisiones sobre qué se considerará derecho o no en las naciones modernas, dando lugar en el derecho administrativo

económico al llamado “modelo clásico de regulación” de grandes servicios (Olivares Gallardo, 2014, pp. 215-216).

En efecto, la “voluntad general” encarnada en el Estado y su poder de decisión rechazará los criterios de juridicidad observados por los juristas de la antigüedad y del medioevo, derivados de la observación y la “factualidad” (Grossi, 1996, p. 75), como parámetros que la autoridad o las mayorías deban observar para considerar sus decisiones ajustadas a derecho.

A causa de ello, antes del reconocimiento de la constitución como derecho, en las sociedades que siguen la tradición del *civil law*, el derecho administrativo carecía de límites materiales en su proceso de expansión y aplicación a las más variadas actividades y realidades sociales.

Todo su contenido era convencional: “el contenido del derecho administrativo también variará si la Administración Pública, a quien regula, es el instrumento de un Estado autocrático (o dictatorial) o de un Estado democrático” (Brewer-Carías, 1996, pp. 10-11).

Tal situación, aun luego de reconocer carácter jurídico a la constitución, no se ha superado, pues para fundamentar su decisión de someter la acción humana al derecho público, con independencia del país del que se trate, la autoridad sigue apelando a criterios formales y tópicos para dar respaldo a sus decisiones.

Distinto es el derecho anglosajón, en el que se atienden criterios utilitarios o económicos al usar la calificación *public utilities*, categoría análoga al servicio público (Peña Solís, 2009, pp. 381-38; Bentham, 2010, pp. 3-4; Dómenech, 2014, p. 101; Gordley, 2013, p. 20).

Esa es la realidad que se aprecia hoy día en ambas tradiciones jurídicas de Occidente (Epstein, 2008, p. 494). En ambas, el derecho administrativo se erige como estructura normativa neutra y pragmática, instrumento de acción jurídica de las autoridades, las cuales, a partir de la concepción que cada una tenga del ser humano, la sociedad y el Estado, pueden asignar a la Administración un rol en la tarea de asegurar el bien común. Mas tal asignación suele resultar contraproducente y, en general, inadecuada, por desmesura si se le encomienda el control y dirección entera de la sociedad (Santamaría Pastor, 2001, pp. 70-71), o por insuficiente, si se le priva de potestades o técnicas requeridas para actuar con eficacia.

Desde luego, la constitución y su catálogo de derechos subjetivos limitó esa tendencia del derecho administrativo a permitir a las autoridades el tratar y planificar la realidad social desde sus propias concepciones del bien o la justicia, y la obligó a reconocer la existencia, a partir de la experiencia, de ciertos criterios universales como rectores de su acción. Gracias a ello, la constitución ha logrado hasta hoy contener la expansión totalizante del llamado “Estado administrativo” (Arias Castillo y Herrera Orellana, 2019, p. 88).

Pero tal limitación no llegó a generar un replanteo en la premisa básica de la disciplina, según la cual ella es resultado de convenciones y en ningún caso consecuencia del reconocimiento de realidades constantes en el ser humano, la sociedad y la autoridad, al margen de la cultura, la historia y las problemáticas concretas de cada comunidad.

Luego, si todo en esta disciplina es convencional y dependiente de la voluntad, entonces la autoridad *que pone* el derecho administrativo carecerá de límites sustantivos al legislar, interpretar y aplicar las normas de esta área del derecho, por ejemplo, al regular prestaciones que satisfacen necesidades públicas.

Tal situación puede ocurrir incluso en casos en que la constitución, como ocurre en Chile, contemple ciertos límites basados en criterios sustantivos realistas, si se

adopta una postura formalista, escéptica en lo axiológico o de deferencia hacia la actividad legislativa.

Tal comprensión del derecho administrativo ha permitido que, por simple voluntad de la autoridad y la llegada de contingencias, se consideren como propias del Estado, y por tanto se califiquen como servicio público, diversas prestaciones de interés público, en casos con *publicatio* incluida (Castán 1997, pp. 525-542), y en otros sin reserva de la actividad.

Tal amplitud para decidir un asunto tan relevante es el resultado de pensar que los roles jurídicos de la Administración y de los particulares respecto de las referidas prestaciones no se pueden determinar a partir de criterios sustantivos extraídos de la experiencia y dinamismo de cada agente, de cada sujeto de la relación jurídica.

Se asume más bien que los roles de aquella y éstos se determinan solo a partir de la voluntad y la convención de las autoridades, o del respaldo de una mayoría de electores, proceder que termina ignorando límites derivados del estado de derecho (Viola, 2017, pp. 15-18), y el hecho de que existen opciones de decisión que conviene considerar como no disponibles a las autoridades o a las mayorías, atendidas las consecuencias que derivan de su aplicación.

1.2. La calificación normativa o interpretativa de actividades como servicio público a partir de criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos

La calificación como servicio público de prestaciones de interés público que desarrollan la Administración o los particulares nos ofrece un ejemplo de lo que sucede cuando la voluntad de la autoridad actúa asumiendo que no existen opciones indisponibles para ella.

Desarrollada por León Duguit como una doctrina “realista, objetiva y positiva” (Santofimio, 2011, p. 58), el servicio público planteó que la existencia del Estado y del poder que éste ejerce sobre las personas, se justifican por su condición de exclusivo prestador de servicios para satisfacer necesidades colectivas, una vez que éstas

han sido declaradas por la autoridad como necesidades públicas. Según esta teoría, es el servicio y no la soberanía, lo que justifica el funcionamiento y las prerrogativas del Estado moderno.

De acuerdo con Duguit:

“Las actividades cuyo cumplimiento se considera como obligatorio para los gobernantes constituyen el objeto de los servicios públicos ¿Cuáles son estas actividades? ¿Cuál es su extensión exactamente? Imposible es dar a la cuestión una respuesta general. Ya en 1911 escribíamos: ‘Cuáles son las actividades cuyo cumplimiento constituye para los gobernantes una obligación? No puede darse a esta pregunta una respuesta determinada. Hay ahí algo esencialmente variable, evolutivo, desde luego; es hasta difícil fijar el sentido general de esta evolución. Todo lo que puede decirse es que a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta, y por lo mismo aumenta el número de servicios públicos...’” (1920, pp. 110-111).

Desde entonces, la calificación de una prestación como servicio público deriva de la adhesión de las autoridades en muchos países a la postura impulsada por Duguit, según la cual bastará con cumplir las formalidades del ordenamiento y declarar como servicio público, esto es, como tarea propia del Estado, una prestación que satisface necesidades públicas, para considerar ajustado a derecho la declaratoria, siendo innecesario considerar criterios sustantivos, o atender la evolución del orden social (Martínez, 2006, p. 227).

Solo en un plano más técnico, el servicio público apela a la necesidad de asegurar la satisfacción de forma ininterrumpida de una necesidad pública, para atribuir de forma coactiva esa tarea a un organismo administrativo.

Desde esa idea se asume, sin ofrecer por lo general prueba alguna de ello, que los particulares no están interesados o se hallan en peor situación que la Administración, para satisfacer sin interrupciones la necesidad en cuestión.

De este modo, será suficiente cumplir con criterios formales y reconocer como necesidad pública una demanda común de las personas, para calificar como servicio público una determinada actividad y, a partir de ello, privar a los particulares de la titularidad de esa prestación de interés público y transferirla al Estado, o reconocerles una titularidad *precaria* al desarrollarla, que permite la iniciativa privada pero sujeta al control del Estado.

Se le permite así desentenderse de criterios sustantivos como la garantía del bien común (Arancibia, 2018a, p. 5) o de los bienes humanos básicos, por considerarlos no vinculantes, a pesar de que son relevantes, como se explicará, para una decisión jurídica justificada.

Frente a esta posibilidad de aplicación casi ilimitada del servicio público a un sinnúmero de actividades, no surgen por lo general preguntas acerca de los límites que tendría que respetar la Administración al incidir en la vida de las personas. La mayoría, más bien, se limita a preguntarse si lo que hace la Administración lo permite el derecho convencional puesto por la autoridad de cada país, y si las decisiones que ella adopta satisfacen algún interés público así reconocido por la legislación o así calificado por alguna fuente formal de derecho, sea o no normativa<sup>5</sup>.

1.3. Consecuencias de calificar actividades como servicio público al solo tomar en cuenta criterios formales y tópicos, y eventualmente utilitarios y económicos

Dejamos constancia que no consideramos equivocado que la autoridad use criterios formales, utilitarios y económicos para decidir si califica o no como servicio público a una actividad. Tales criterios, además de

<sup>5</sup> En un voto salvado a la sentencia Rol 25.123-2015, del 05 de julio de 2016, de la Corte Suprema de Justicia, el entonces ministro Pedro Pierry afirmó que el servicio público es un “concepto es variable y dependerá de lo que el Estado -sus gobernantes- a través de la ley, decida asumir en un momento dado”.

necesarios, pueden ser de suma valía para descartar opciones que no darán los mejores resultados en garantía del bien común.

Lo que estimamos problemático es que solo se tomen en cuenta esos criterios al momento de adoptar la decisión, dejando de lado el considerar criterios sustantivos.

Primero, porque los criterios formales no son suficientes para asegurar condiciones jurídicas estables, ciertas y equilibradas entre las partes de la relación jurídico-administrativa. Segundo, porque los criterios utilitarios y económicos no son idóneos para la determinación de límites precisos tanto a los derechos de los proveedores del servicio, como a las potestades de la Administración.

En efecto, se puede decidir investido válidamente de autoridad, ejerciendo una competencia atribuida por norma previa y cumpliendo con el procedimiento para ello, y sin embargo fijar técnicas de fiscalización inadecuadas o un régimen sancionatorio desproporcional.

Por otro lado, a partir de un cálculo de qué puede ser mejor en un momento determinado para la mayoría de los usuarios, o de la estricta definición de los costos y beneficios asociados a la calidad del servicio a prestar, se podrían establecer obligaciones tan onerosas o excesivas que pongan en riesgo la continuidad del servicio, o reconocer tales derechos a los proveedores frente a los usuarios, por ejemplo, al fijar tarifas, que dificulten cumplir con la universalidad del acceso.

Tales escenarios, contrarios tanto a la seguridad jurídica como al equilibrio entre derechos y obligaciones de proveedores y usuarios, son de muy probable ocurrencia si se adopta una perspectiva epistemológica que considere que, fuera de los criterios formales, utilitarios y económicos, no existen otros criterios relevantes para orientar y justificar la decisión.

Una consecuencia de esa postura podría ser el reconocimiento de regímenes administrativos por entero subordinados a la política imperante en un país como opción para la autoridad, que funcionan en esta materia del servicio público y en cualquier otra de la disciplina (actos, contratos, responsabilidad, etc.), es decir, como mero instrumento del poder.

De este modo, al depender de la comprensión del servicio público de la autoridad de cada país, resultarían por igual ajustados a derecho tanto el régimen que diferencie con acierto el rol fiscalizador de la Administración del rol prestacional de los particulares proveedores del servicio, como el régimen que no haga esa diferenciación y más bien sea ambiguo al definir qué corresponde a cada parte de la relación jurídico-administrativa.

Ahora bien, si en realidad no existen criterios sustantivos que contribuyan a definir mejor esos roles, y toda o casi toda decisión está disponible para la autoridad al definir qué será o no servicio público, las posibilidades de control jurídico sobre las normas y decisiones tomadas por la Administración en esta materia se reducirían drásticamente.

Tal control, en definitiva, se limitaría a revisar la juridicidad formal de lo actuado, a disputas en torno al mayor o menor beneficio de lo decidido para las personas o a estrictos análisis de sostenibilidad de la prestación de acuerdo con reglas de mercado, carentes de toda conexión con la dignidad de la persona, el bien común y la subsidiariedad, así como otros criterios de índole técnica, como los atendidos por el derecho administrativo centrado en el riesgo (Rojas 2019, p. 63).

## 2. La insuficiencia de considerar solo criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos al calificar actividades de prestación como servicio público

Por diferentes causas, algunas empíricas y otras teóricas, el derecho administrativo es poco dado a prestar atención a criterios sustantivos como los aportados por el realismo jurídico. Tal postura tal vez se considere respaldada por refutaciones como la desarrollada por Bobbio respecto del uso de criterios como el “orden natural” (Bobbio, 2018, p. 176), sin reparar en que el cuestionamiento del referido autor se dirige contra el uso de dicho criterio para “identificar” lo que sea derecho en una sociedad, y no necesariamente contra la posibilidad de emplear ese u otros criterios aportados por el realismo jurídico para “enriquecer” el proceso de producción de decisiones normativas e interpretativas del derecho.

Tal negativa, derivada también del rechazo a la escuela racionalista del derecho natural, no toma en cuenta que el realismo jurídico, a diferencia de dicha escuela, asume una postura minimalista de lo que es universal y maximalista de lo que es convencional en el derecho, postura desde la cual propone criterios sustantivos para reducir o excluir opciones arbitrarias de lo que será considerado como obligatorio, en términos jurídicos, en una sociedad.

Los criterios no sustantivos pueden ser atendidos en muchos casos, sin que ello implique establecer reglas justas para los afectados por la decisión (Arancibia, 2018a, pp. 13-14), es decir, ajustadas a sus capacidades y estructuras, y sin que brinden soluciones efectivas a problemas asociados con las prestaciones para satisfacer necesidades públicas de forma continua y universal como las de energía eléctrica, servicios sanitarios, comunicaciones, transporte, recolección de basura, etc.

Dada la volatilidad jurídica que caracteriza nuestro tiempo, encontramos prudente considerar criterios

sustantivos previstos de forma explícita o implícita en el derecho positivo, que pueden servir, como ya lo hicieron en el pasado (Chafuen, 2009, p. 33), para identificar opciones arbitrarias que corresponde desestimar, y guiar a la autoridad a adoptar otras más ajustadas a derecho y, por tanto, idóneas para resolver problemas prácticos de las personas.

No considerarlos, en cambio, incrementa el riesgo de que las autoridades asuman opciones contrarias al bien común, a los derechos de las personas y al estado de derecho, como ocurre cuando califica a la ligera como servicio público a una actividad de prestación.

1.4. Problemas jurídicos no resueltos por la calificación de servicio público, no obstante cumplir criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos

La calificación de una actividad como servicio público estará más lejos de dar debida atención a problemas como el de la idoneidad del prestador, la calidad del servicio, la continuidad del servicio, la certeza en las relaciones jurídicas derivadas de la prestación, la limitación de las potestades administrativas, la responsabilidad por abuso de derechos o por incumplimiento contractual y la delimitación de las áreas del derecho involucradas, si omite considerar criterios sustantivos relevantes para determinar los roles a desarrollar por cada agente. Veamos en detalle cada uno de estos problemas.

### 1.4.1. La idoneidad del prestador del servicio

En cuanto a la idoneidad del prestador, será más complejo para el legislador responder a la pregunta de quién es, según el derecho aplicable, el sujeto más idóneo para desarrollar la prestación, si solo considera criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos.

En este primer problema, lo relevante es determinar si la prestación la deben desarrollar grupos intermedios dotados de incentivos naturales y capacidades técnicas para ello, o un organismo administrativo del Estado dotado de potestades, obligado a desarrollarla por algún mandato positivo, a pesar de la ausencia de incentivos naturales (Cea, 2008, pp. 166-181).

Desde luego, ante necesidades públicas así reconocidas por el derecho positivo, nunca podrá adoptarse un curso único de acción, es decir, nunca podría ser el mismo sujeto el único habilitado u obligado a ofrecer satisfacción a aquéllas.

Por ejemplo, habrá sociedades en las que, en un cierto momento, esa prestación no podrá estar a cargo de grupos intermedios por falta de recursos, conocimientos, infraestructura, etc., sino de la Administración, como pudo ser el caso de varios países en el momento histórico en que surgió la teoría del servicio público (Santofimio, 2011, p. 69).

Ahora bien, si se entiende correctamente el rol de la Administración, que no consiste en innovar, invertir y buscar rentabilidad a cambio de satisfacer demandas de bienes y servicios, no se le atribuirá esa labor de forma permanente y universal, bajo riesgo de incumplir con la misma y descuidar funciones que no podrían asumir grupos intermedios, como son la justicia, la seguridad, la edificación y el mantenimiento de bienes públicos.

Sin embargo, dado que es en las personas y en las asociaciones que ellas conforman donde se hallan los talentos, recursos, conocimientos e intereses para realizar con la debida calidad prestaciones continuas y universales de interés general, en muchas sociedades esos servicios podrán estar por derecho propio a cargo de grupos intermedios, quienes al desarrollar esa actividad estarán contribuyendo con la realización de las personas -usuarios- y el disfrute por parte de éstas de bienes humanos básicos, de acuerdo con incentivos naturales que orientan el orden social sin plan previo (Infantino, 2000, p. 23).

La Administración, en este contexto, tendrá el rol de fiscalizar esos grupos intermedios prestadores del servicio, y acudir en su auxilio, conforme al principio de subsidiariedad (Darnacullea y Tarrés, 2000, p. 340), así como de los usuarios del servicio, cuando los primeros no puedan realizar esa tarea o no con la calidad y continuidad debida.

¿Cuándo se debe optar por una solución u otra?, ¿cómo justificar jurídicamente de forma coherente y prudente la opción que se adopte? Se trata de cuestiones que no deberían quedar liberadas a la voluntad de la autoridad y la contingencia, pues en tal supuesto lo que terminará prevaleciendo serán sesgos o preferencias subjetivas (Ripert, 2016, p. 27), medidas reactivas o intereses sectoriales de quienes ejercen la autoridad, tal y como lo ha demostrado la teoría de la elección pública (Buchanam y Tullock, 2009, p. 21).

Al abordar esta problemática, es importante considerar que el servicio público tradicional no es una opción para considerar en la mayoría de los supuestos, primero, porque no contempla que las prestaciones que satisfacen necesidades públicas fueron asumidas por grupos intermedios a través del mercado o la asociación civil antes de surgir el Estado moderno, como lo ilustra el caso de la educación (Arancibia, 2018b, p. 46-47) y, segundo, porque existe consenso suficiente en torno a lo injustificado que resulta el que el Estado monopolice esas prestaciones como condición para satisfacer necesidades públicas, siendo prueba de ello el nuevo servicio público, en el cual los particulares tienen un rol protagónico en la garantía del bien común (Bravo Lira, 1986, pp. 105-106).

#### *1.4.2. La calidad del servicio*

Con relación a la calidad del servicio, el no considerar criterios sustantivos al decidir calificar o no como servicio público una actividad, impide evaluar de forma realista si el carácter privado o estatal de la persona que realizará la prestación aumenta o disminuye su calidad, esto es, si será más confiable y satisfactorio para el usuario que sea una empresa privada o un organismo administrativo el que preste el servicio.

Lo mismo respecto del tipo de régimen jurídico para aplicar con miras a asegurar la calidad, si uno propio de actividad regulada sujeta a ordenación, o si uno propio de servicio público, con potestades derivadas de la titularidad o preponderancia estatal sobre la actividad privada.

La consideración de criterios sustantivos como los propuestos por el realismo jurídico y que se examinan en la sección 3 de este capítulo, permite comprender por qué han sido y son privados quienes han asumido y asumen el riesgo de invertir, hallar tecnologías, procesos e innovaciones para satisfacer necesidades públicas de forma continua y eficiente, para obtener un beneficio económico, y por qué los gobernantes y funcionarios, no han desarrollado esa labor con igual eficiencia, en especial cuando lo hacen de forma monopólica<sup>6</sup>.

Dicho en breve, los privados buscan obtener una ganancia, una utilidad, pero más allá de ellas, orientan su conducta al disfrute de bienes humanos básicos, tales como el juego, la sociabilidad y la razonabilidad práctica, si se sigue el listado de tales bienes propuesto por Finniss (1992, pp. 118-120), exponente contemporáneo del realismo jurídico.

Y lo hacen ejerciendo derechos subjetivos como la libre empresa y la propiedad privada, indispensables para la adecuada satisfacción de necesidades públicas. En cambio, cuando el Estado ha asumido esa labor de forma monopólica, al no buscar quienes lo dirigen el disfrute de bienes humanos básicos sino otros fines, como el control político de ciertas actividades o legitimar su propia autoridad, se observa cómo existen menos

incentivos en los responsables del servicio para que éste se preste con la debida calidad a los usuarios (Krause, 2011, p. 124).

Cosa distinta es cuando el Estado auxilia a particulares debido a una incapacidad temporal de éstos para satisfacer necesidades públicas con su propia acción, siendo esa intervención un complemento de sus tareas propias, a saber, seguridad, justicia, orden y mantenimiento de bienes públicos, y no como una tarea propia y permanente<sup>7</sup>.

Tener presente lo anterior es crucial para asignar a cada uno de estos actores el rol que mejor podrá desempeñar ante las necesidades públicas. Ayudará a evitar el asumir *a priori* que por ser públicas siempre será el Estado el mejor garante de la calidad de las prestaciones. O tan grave como ello, que es indistinto que las satisfagan uno u otros (Tocqueville, 1996, p. 475). Apartarse de estas últimas opciones permitirá incrementar la probabilidad de que los fines esperados con la asignación del deber de calidad se cumplan satisfactoriamente.

### 1.4.3. La continuidad del servicio

Similar problemática genera lo concerniente a la continuidad del servicio. Se suele asumir que un organismo administrativo está mejor capacitado y dispuesto a prestar servicios de forma continua que un grupo intermedio con fines de lucro, por servir aquél no a un interés privado sino a un interés público (Camacho 2010, pp. 276-277). Del mismo modo, allí en donde se acepta que los privados son más regulares que la autoridad prestando servicios, se concluye que las potestades que debe tener la Administración sobre aquéllos han de ser las propias

<sup>6</sup> Los contrastes entre la situación de la calidad, continuidad y acceso que presentaban los servicios públicos antes de la privatización y liberalización de actividades y que pasaron a tener después de la aplicación de esas políticas pueden observarse, en el caso de Chile, en los informes: *Efectos de un Programa de Privatizaciones: el Caso de Chile (1985-1989)* (Larroulet, 1994); *Privatizaciones: reforma estructural pero inconclusa* (Hachette, 2001) y *Privatizaciones: una revisión* (Sánchez, 2005). Dos análisis sobre la privatización y liberación de los servicios públicos describen el cambio en el caso del Reino Unido: *Privatization in Britain - The Institutional and Constitutional Issues* (Veljanovski, 1988) y *Privatización de Servicios Públicos* (Villar Rojas, 1994).

<sup>7</sup> Como ocurre en los casos de rescates y administración temporal por parte del Estado de ciertos servicios que por ley de deben prestar de forma continua y universal en momentos de crisis económicas o contingencias como la generada en este 2020 por la pandemia del Covid-19, por ejemplo, del transporte público terrestre en España ("El Gobierno se lanza a rescatar el sector del transporte con medidas por 1.700 millones" (recuperado de: <https://bit.ly/2V0uKnI> [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]) y Colombia ("Cuáles son las empresas estratégicas que necesitan ayudas billonarias" (recuperado de: <https://bit.ly/33gSrN1> [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021])).

de una actividad reservada al Estado, pues solo así será posible asegurar, entre otras condiciones, la continuidad (Silva Cimma, 1995, p. 256; Cosculluela y López, 2009, p. 240).

Ante tales opciones, los criterios usados por la autoridad suelen ser insuficientes para determinar qué conviene al bien común, esto es, a la continuidad del servicio.

Los criterios formales y tópicos no entran en honduras al examinar qué factores favorecen o desfavorecen a la Administración en este asunto. Se limitan a verificar si quien legisla o quien interpreta actúa dentro de su competencia para decidir, y si fundamenta su decisión en conceptos como el interés público o las necesidades colectivas, así como en principios tales como la eficiencia, la eficacia y la “servicialidad”.

Por su parte, los criterios utilitarios y económicos ayudarán a asignar la tarea o a la Administración o a los privados, previo cálculo relativo a la satisfacción, cantidad de usuarios y beneficios para los prestadores, con alto riesgo de dejar sin atención a casos minoritarios, que no serán regularmente atendidos por el Estado o por los privados, pero que, al ser solo la excepción a la regla, no son relevantes para tomar la decisión ni para evaluar sus resultados. Tal circunstancia terminaría siendo una suerte de mal inevitable.

Dado que tales criterios no consideran o hasta niegan la existencia de roles propios de la Administración y de los grupos intermedios para enfrentar este desafío de la continuidad en la prestación, no tendrán en cuenta elementos sustanciales y comunes a toda sociedad.

Nos referimos a los incentivos que mueven al Estado y a los privados, a los beneficios de la relación de subsidio entre el Estado y los grupos intermedios más allá de la potestad de sancionar, a los resultados que derivan de enfocarse en el bien común y no solo en el interés público o solo en el interés privado, y al logro de la regularidad

esperada cuando se emplean potestades propias de ordenación y no del servicio público tradicional.

Ignorar o rechazar esos criterios sustantivos, aumenta la posibilidad de que la tarea se asigne a quien está en peor posición para desarrollarla (Ripert, 2016, p. 27).

#### 1.4.4. *La certeza en las relaciones jurídicas derivadas del servicio*

Sobre la certeza en las relaciones jurídicas en esta materia, los resultados que derivan de solo considerar criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos al aplicar la calificación de servicio público a una actividad, tampoco son satisfactorios si de evitar o reducir al máximo la incertidumbre se trata.

En efecto, cuando al legislar o interpretar se requiere determinar el número, tipo y amplitud de las potestades que tendrá la Administración en esta materia, así como el tipo y variedad de derechos y obligaciones que tendrán los particulares proveedores de la prestación, no es recomendable limitarse a invocar “la voluntad del Estado” (Pierry, 1977, p. 112), para de este modo solo considerar las reglas de competencia, ciertos conceptos jurídicos indeterminados como el “interés general” o efectuar cálculos políticos, como atender a los votos a favor en un eventual debate legislativo, no relacionados con la eficiencia de la medida a adoptar.

Tanto al diseñar como al aplicar las normas de calificación de una actividad como servicio público, se necesita determinar los roles que le corresponde desarrollar a la Administración y a los particulares en esta materia, si se aspira a establecer relaciones jurídicas ciertas.

Si tal enfoque está presente con sus criterios correspondientes, se entenderá que la prioridad es otorgar potestades que potencien los roles de fiscalización y fomento de la Administración desde los cuales ella, actuando siempre conforme a derecho, podrá contribuir al bien común asegurando el correcto proceder

de los proveedores privados<sup>8</sup> y actuando en auxilio de éstos cuando sus capacidades sean insuficientes o circunstancias extraordinarias como catástrofes naturales o sanitarias lo demanden.

Del mismo modo, esos criterios sustantivos, que se estudian en la sección 3 de este capítulo, ayudarán al operador jurídico a asignar y garantizar a los proveedores derechos propios de los privados que ejercen una actividad como su titular, solo que, según normas imperativas de orden público, orientadas a satisfacer el bien común y fiscalizadas en su cumplimiento por una autoridad administrativa especializada.

Por su parte, considerar el aseguramiento de bienes humanos básicos relevantes en esta materia, la subsidiariedad, el bien común o seguir el método de la determinación del derecho positivo desde principios generales de la razón práctica, puede contribuir a distinguir mejor entre el fiscalizar y el planificar, esto es, entre arbitrar la prestación y realizar la prestación.

Asimismo, aportará mayor base jurídica a la decisión de en qué casos la autoridad impondrá obligaciones “de servicio público” a los privados, o desarrollará directamente, en auxilio, actividades de prestación para que necesidades públicas no queden sin la debida satisfacción<sup>9</sup>.

No es posible desarrollar una caracterización sustantiva de los responsables de ejecutar estas prestaciones de forma universal y continua, si la decisión se limita a considerar criterios formales. Tampoco si solo atiende a criterios utilitarios o económicos, para maximizar los beneficios de alguno o de algunos de los sectores involucrados en la problemática, o asegurar la rentabilidad

de la actividad que se desarrollará, en descuido de casos más complejos de satisfacer pero que no pueden dejar de ser atendidos por la autoridad.

La juridicidad formal, la búsqueda de los mayores beneficios sociales y la eficiencia en la prestación sin duda son importantes y deben considerarse, pero asociándolos a criterios derivados del dinamismo propio de cada uno de los actores involucrados en la actividad.

### 1.4.5. El régimen de potestades y derechos por prestación/uso del servicio

Vinculado con el recién examinado, nos encontramos con el problema relativo a los límites en el ejercicio de las potestades atribuidas a la Administración, sobre todo en un esquema regulador o fiscalizador de prestación de servicios. Que ella pueda dictar normas, sancionar, fijar tarifas o revocar la autorización para prestar el servicio, no son potestades que en sí mismas deban considerarse contrarias al rol que le corresponde desempeñar respecto de la actividad. Tampoco a los derechos de los proveedores o de los usuarios del servicio.

Lo que puede volverlas contrarias a todo ello, son reformas legislativas que incrementen esas potestades, llevándolas al supuesto de actividades reservadas, o que las interpretaciones que se hagan de las normas que atribuyen esas potestades, promuevan la expansión imprudente de los supuestos de hecho y alcance en el uso discrecional de esas potestades (Hayek, 2011, pp. 74-79), inspiradas en el servicio público tradicional.

Ante esta problemática, si los operadores no toman en cuenta criterios sustantivos tenderán a ampliar o debilitar los límites razonables para la acción administrativa. Suscribirán tesis sobre las normas que regulan el

<sup>8</sup> Lo que ha sido reconocido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) al formular recomendaciones sobre la prestación del servicio de electricidad, entre las que figura el garantizar los derechos de propiedad en el sector. Ver, al respecto, estudio de Faye Steiner *Regulación, estructura industrial y desempeño en la industria eléctrica*, (2002, p. 36).

<sup>9</sup> Por ejemplo, en casos de interrupción del servicio sanitario de agua potable, como ocurrió en Osorno en julio de 2019, por fallas imputables al proveedor del servicio, la Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos (Essal). Dicha empresa es la responsable de abastecer de agua potable a la ciudad de Osorno en la Región de Los Lagos, la cual estuvo sin servicio desde el 11 hasta el 17 de julio, y luego desde la noche del mismo día 17 hasta el 21 de julio, recibiendo antes de ese período agua contaminada. Una síntesis de los hechos relevantes de este caso en Alberto González, “Essal y la crónica de un castigo anunciado por el desastre en Osorno”, del 14.08.20 (recuperado de: <https://bit.ly/30ohZpm> [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]) y en Carolina Maldonado Pinto, “Chao Essal: a un año de la crisis sanitaria en Osorno”, del 21.07.20 (recuperado de: <https://bit.ly/3cgJWwq> [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]).

ejercicio de las mencionadas potestades que darán base jurídica a acciones administrativas que, además de afectar derechos, perjudicarán la calidad, continuidad y mejoramiento de las prestaciones.

En cambio, es posible que si consideran criterios sustantivos puedan identificar y considerar como no disponibles dentro de sus posibilidades de decisión, opciones tales como aquellas que incrementen el tipo y número de potestades, que debiliten los límites que debe respetar la autoridad al normar, supervisar, sancionar e intervenir, o que reduzcan el contenido esencial de los derechos de los proveedores y sus garantías.

#### *1.4.6. La interaplicación de normas de diferentes áreas jurídicas al servicio*

Otro problema es el de la interaplicación de normas de diferentes sectores del derecho positivo a prestaciones que satisfacen necesidades públicas, en especial, cuando aquéllas han de realizarse en un régimen de iniciativa privada y competencia entre proveedores.

En efecto, mientras en un contexto de prestaciones reservadas por completo al Estado, como tendió a ser la regla en el modelo de Estado de Bienestar durante el siglo XX (Rehbinder, 1971, pp. 947-948), todo conflicto jurídico en esta materia era resuelto mediante la aplicación de contenidos del derecho administrativo, en un contexto de iniciativa privada y competencia entre particulares y hasta entre éstos y el Estado, bajo las reglas del llamado *Estado garante* (Esteve, 2015, p. 65), la situación debe ser muy distinta.

Si hay iniciativa privada, las relaciones contractuales entre los prestadores del servicio y los usuarios, las relaciones de subordinación entre aquéllos y sus trabajadores y la obligación de reparar daños a que haya lugar, deberán sujetarse a normas de otras disciplinas jurídicas, como la comercial, la laboral y la civil (Cassagne, 2005, p. 91). Todo ello es relevante para la determinación de la sede jurisdiccional en la que se dirimirán las controversias entre las partes, y las normas a seguir para atender las demandas y defensas por ellas planteadas.

Pero, para reconocer lo anterior y determinar correctamente los ámbitos de aplicación de cada área, más si se pretende operar con la calificación de servicio público, los criterios de uso corriente por la autoridad resultan, una vez más, insuficientes.

Esos criterios tenderán a maximizar la aplicación a todo conflicto del derecho administrativo, al asumir que éste es el único idóneo para servir a un interés público. En cambio, los criterios económicos tenderán a favorecer un predominio de lo contractual privado sobre lo imperativo público, que llevado a extremos puede alejar la oferta de prestaciones privadas para la satisfacción universal y continua de necesidades públicas de la efectiva satisfacción de esas necesidades en una no menor cantidad de personas, requeridas del auxilio estatal.

Si se maximiza el régimen administrativo, resultará factible que la autoridad defina cada vez un poco más, de forma unilateral, los términos contractuales que regirán entre el prestador y el usuario, limitando y hasta suprimiendo la autonomía negocial. También podría llegarse al supuesto de exigir a los proveedores, al celebrar contratos de suministro o de servicios con otros particulares, que sigan normas de contratación administrativa, por estar involucrado un interés público en la relación a constituir.

Pero si se excluye en demasía dicho régimen, se corre el riesgo de reducir el ámbito de tutela que la Administración o la jurisdicción deben brindar a los afectados por un mal servicio, a partir de la reafirmación de la naturaleza privada de los contratos suscritos en la materia.

Tener en cuenta criterios sustantivos para la definición de los roles de la Administración y los grupos intermedios, puede ayudar a que la calificación de servicio público de una actividad no sea causa de una interaplicación caótica o improvisada del derecho público y del derecho privado en esta materia, ya que a partir de aquéllos y según los hechos del caso, estarán en mejor situación para determinar si el conflicto debe resolverse con predominio

de unas normas o de otras, y no siempre o solo con base en una sola clase de ellas.

### *1.4.7. La responsabilidad patrimonial y laboral por la prestación del servicio*

Mención especial merece el problema de la responsabilidad por daños, ya sea con motivo de la realización de un trabajo para el proveedor o a propósito de la prestación del servicio.

Si se pretende decidir qué normas aplicar y cómo interpretarlas, tomando la calificación de servicio público como base de la decisión, sin considerar criterios sustantivos, pueden materializarse situaciones que, en este caso, no serán justas para la autoridad, y más allá, para la sociedad en su conjunto.

En efecto, tanto el abuso en el ejercicio de derechos como el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del prestador se podrían considerar, en última instancia, evidencias de un mal funcionamiento de la Administración, y dar lugar a condenas en su contra, al margen de que ella pueda repetir en contra de los particulares que causaron la afectación<sup>10</sup>.

Ante la discusión de si un usuario afectado por la falla de un servicio tiene derecho a accionar en contra del prestador o en contra de la autoridad, los criterios formales y tópicos poco dirán más allá de dar una guía procesal para definir ante qué instancia plantear la reclamación, pero sin que ello implique definir el derecho aplicable y el juez natural de la controversia (González Pérez, 2002, p. 222).

Entre tanto, los criterios utilitarios y económicos podrían llevar a maximizar la aplicación del derecho administrativo en esta materia, a fin de permitir a los afectados accionar en contra del sujeto con el patrimonio más solvente, esto es, contra la Administración, al margen de que no sea lo más justo o razonable actuar contra la Administración.

Similares dificultades se podrían generar en materia de incumplimientos y daños vinculados con la realización de trabajos bajo subordinación y por cuenta del proveedor del servicio.

Los conflictos entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción laboral mal se podrán resolver si no se parte de una diferenciación sustantiva, permanente, de roles, que permita claramente identificar cuándo se está ante la exclusiva responsabilidad del prestador privado, cuándo ante la exclusiva responsabilidad del fiscalizador estatal y cuándo, de ser procedente, ante una responsabilidad solidaria o concurrente entre ambos.

La calificación como servicio público de una actividad, en especial si esta última la desarrolla un privado, dará lugar a diferentes respuestas ante problemas como los indicados, en especial debido a la influencia del servicio público tradicional, incluso en la práctica de operadores jurídicos que actúan en ordenamientos en que los proveedores de esas prestaciones son privados ejerciendo derechos propios, bajo régimen de competencia.

### *1.4.8. Otros problemas jurídicos no resueltos por la calificación como servicio público de una actividad de prestación, sin considerar criterios sustantivos*

A lo expuesto pueden añadirse otros problemas adicionales que se resumen a continuación, no menos relevantes para el buen ejercicio de las prestaciones continuas y universales de interés público, a las que se denominan usualmente servicio público.

Por ejemplo, los criterios formales y tópicos no ayudarán, una vez calificada como servicio público una actividad, a evaluar si la concesión de servicio es la figura que conviene aplicar al estar la actividad abierta a la iniciativa privada, considerando que esa figura es

---

<sup>10</sup> En Chile, el riesgo de que se imputen en algún caso a la Administración excesos en el ejercicio de derechos, incumplimiento de contratos o fallas en el servicio, en lugar de a los proveedores privados de servicios públicos, deriva de ciertos criterios presentes en fallos de la Corte Suprema de Justicia en los que se asimila la actividad de prestación de servicios públicos a una actividad estatal. Ejemplos de ello son los criterios contenidos en las sentencias Roles 8.268-2012, de 28 de enero de 2013, y 73.923-2016, de 25 de junio de 2018.

usada respecto de actividades o bienes reservados a la Administración (Meilán, 1973, pp. 59-100).

Tampoco disuadirán de otorgar potestades administrativas orientadas a la planificación y al control de la actividad privada, o al cambio sobrevenido de las reglas de operación, que no se corresponden con el rol que una autoridad fiscalizadora ha de asumir frente a actividades privadas sujetas a regulación. Ni evitarán que se omitan normas indispensables para definir el rol que debe tener la Administración ante una falla por incapacidad o por circunstancia extraordinaria del prestador privado del servicio, alejados como están de criterios como la dignidad de la persona o los bienes humanos básicos.

Por otro lado, los criterios utilitarios o económicos no serán suficientes para excluir del ámbito de disponibilidad otras decisiones contrarias a derecho. Por ser extrajurídicos, no podrán impedir una carga regulatoria excesiva a los oferentes de prestaciones continuas y universales de interés público, pues sus argumentos de eficiencia serán desestimados a partir de tópicos contenidos en el derecho positivo como “interés público”, “utilidad pública” o “necesidad pública”.

Desde un punto de vista opuesto, podrían servir para justificar decisiones normativas o interpretativas que debiliten la fiscalización de la conducta de los privados que satisfacen necesidades públicas, o el fomento de dichas actividades y de su calidad, pues el utilitarismo y el análisis económico del derecho permitirían, según los hechos y la época, manejar de forma “pragmática” los intereses en juego y la intensidad de las normas de fiscalización y fomento, sin considerar criterios sustantivos.

Ya porque en unos casos se adopte una decisión que suponga un cierto sacrificio singular o sectorial de derechos particulares, no abiertamente violatorio de la constitución o de la legislación, o en otros una decisión basada en cálculos contingentes y no sustanciales, los criterios que el utilitarismo y el análisis económico del derecho aportan para tomar decisiones jurídicas

normativas e interpretativas permiten que se opte por posibilidades que no contribuyen, según muestran los hechos (Villar, 1993, p. 78), a un funcionamiento eficiente de las prestaciones calificadas como servicio público y a la garantía del bien común.

1.5. Necesidad de considerar criterios sustantivos para calificar normativamente como servicio público una actividad o para aplicar dicha calificación en casos concretos

Ante los problemas derivados del uso del servicio público no resueltos desde los criterios examinados, varios de ellos presentes en el derecho positivo chileno vigente (Vergara Blanco, 2004, p. 33), es que resulta pertinente conocer los criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico y aplicarlos a problemáticas como las descritas.

Entre otros, nos referimos a las nociones de naturaleza humana, de bienes humanos básicos, a los principios de razón práctica, a la subsidiariedad y a la determinación del derecho positivo, como criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico para orientar la producción y la aplicación del derecho positivo, en cualquiera de las disciplinas jurídicas en que vayamos a desempeñarnos.

Desde luego, no es posible profundizar ahora en los contenidos de cada uno de estos criterios. Por tanto, ofrecemos a continuación una brevísima explicación de cada uno de ellos y sólo respecto de la *determinación* del derecho positivo haremos un análisis más de fondo, en la sección 1 del capítulo III de este trabajo, dada su condición de criterio metodológico para la toma racional, argumentada, de decisiones jurídicas.

#### 1.5.1. La naturaleza humana

Baste decir, sobre la noción de naturaleza humana del realismo jurídico, que según ella somos seres determinados y complejos a la vez, animales racionales que buscan su bienestar material, intelectual, moral y espiritual. Somos individuos a los que relacionarnos y asociarnos con otros nos resulta indispensable para prosperar y desarrollar proyectos de vida plenos. De

allí que voluntariamente nos vinculemos con otros y formemos lazos no solo con fines instrumentales, sino también para, a partir de ellos, disfrutar de situaciones en sí mismas beneficiosas (George, 2009, p. 3).

### 1.5.2. Los bienes humanos básicos

Respecto de los bienes humanos básicos, siguiendo al mismo autor, valga señalar que aparte de los bienes instrumentales hay bienes que son buenos por sí mismos para las personas (George, 2009, pp. 11-12; Gómez Lobo, 2006, p. 28).

Los bienes humanos básicos varían según la fuente consultada, si bien en algunos de ellas hay coincidencias. A efectos de este trabajo, como ya se indicó, pueden ser relevantes al calificar una actividad como servicio público en una norma, o al aplicar esa calificación en casos concretos, considerar bienes humanos básicos como el juego, la sociabilidad y la razonabilidad práctica.

El juego, entendido como el disfrute de lo lúdico, del azar, de la competición, del riesgo de acertar o no. La sociabilidad, asumida como la disposición a colaborar, cooperar y asistir a otros, no solo por obtener beneficios materiales. Y la razonabilidad práctica, entendida como “realizaciones genuinas de sus propias valoraciones, preferencias, esperanzas y autodeterminaciones libremente ordenadas” (Finnis, 1992, p. 120).

### 1.5.3. La subsidiariedad

En cuanto a la subsidiariedad, en síntesis, se plantea con ella la relación de auxilio, socorro o asistencia que la organización mayor -Estado- debe brindar a las organizaciones menores -grupos intermedios, familias, etc.- cuando éstos no pueden satisfacer sus propias necesidades, siempre de forma temporal y sin propósito de absorción. Por ello, se trata de una relación que se manifiesta tanto en una obligación de no actuar allí cuando las organizaciones menores no requieren su auxilio, como en una obligación de hacerlo cuando esa

necesidad de auxilio es constatada y justificada (Soto Kloss, 2012, p. 115).

### 1.5.4. Los principios de la razón práctica

Finalmente, respecto de los principios de razón práctica, se sostiene en el realismo jurídico que la razón práctica tiene un punto de partida en el principio según el cual “hay que hacer el bien y hay que evitar el mal”. Sobre el mismo se ha explicado que “es un principio evidente, que no se deduce de las afirmaciones sobre la naturaleza del hombre o la naturaleza en general (...) Expresa la inclinación natural del hombre al bien y ordena lo primero que debe hacer el hombre en el ejercicio de su libertad: buscar el bien y apartarse del mal” (Contreras, 2016, pp. 12-13; Miranda, 2006, p. 231).

Tener presente el primer principio de la razón práctica al abordar el problema que nos ocupa, esto es, la calificación como servicio público de una actividad de prestación o la aplicación de esa calificación en casos concretos, implica comprometerse con que la decisión a adoptar sea, entre las posibles, la que mejor asegurará la satisfacción de las necesidades públicas involucradas, y no la que más satisfaga el propio punto de vista o la que atienda a situaciones contingentes, ajenas a lo sustancial. Plantea, en definitiva, una exigencia de empatía como la expuesta por Adam Smith, próxima a la idea de lo justo como aquello debido a otro.

### 1.5.5. ¿Por qué considerar en las decisiones jurídicas los criterios sustantivos señalados?

En primer lugar, porque varios, si no todos, están presentes de forma explícita o implícita en el derecho positivo de países como Chile<sup>11</sup>, solo que se interpretan desde perspectivas diferentes a las del realismo jurídico. Y, en segundo lugar, porque esos criterios han surgido de la observación y del razonamiento práctico, a través de un proceso evolutivo que, si bien no los libera plenamente de sesgos, sí los distingue de los prejuicios, del dogmatismo, de la abstracción vacía o de razonamientos apodícticos sin base empírica.

---

<sup>11</sup> Arts. 1 (incisos 1º, 3º y 4º), 5 (inciso 2º), 7 (incisos 1º y 2º), 19 y 23 de la Constitución Política de la República, en los que se reconoce la igual dignidad y libertad de las personas, la protección de los grupos intermedios, la garantía del bien común, la obligación de asegurar la mayor realización personal material y espiritual de cada persona, la protección de los derechos fundamentales y la responsabilidad de las asociaciones.

Debido a lo anterior, pueden servir como guías del pensamiento jurídico contemporáneo, en tiempos en los que frente a problemáticas como la calificación de una actividad como servicio público, las respuestas de la autoridad oscilan entre el formalismo normativo y la disolución del derecho en contenidos de otras disciplinas del conocimiento.

Incorporar criterios sustantivos en tal contexto contribuirá además a aproximarse con otra mirada al debate iusnaturalismo-positivismo (Orrego, 2015, p. 48), reafirmar el objeto y rol del derecho ante la expansión e incorporación de nuevas tecnologías a la Administración con los grandes desafíos y riesgos que ellas plantean (Sadin, 2020), exigir nuevas justificaciones de la expansión del poder administrativo en la vida de las personas (Vermeule, 2018) y limitar el subjetivismo extremo, fundamento del *nihilismo jurídico* (Pereira Menaut, 2019, p. 301).

Como lo indica George, *no mandan* los criterios sustantivos que la salud o la educación deban ser siempre proporcionados por el gobierno mediante sistemas estatizados, o siempre por los sectores privados en el mercado (George, 2009, pp. 6-7). Los criterios sustantivos que reivindica el realismo jurídico no equivalen a un sistema normativo *metalegal*, como el planteado por la escuela racionalista del derecho natural.

Sin embargo, el que no prescriba qué opción es mejor o peor, no significa que desde ella no se puedan formular importantes objeciones, por ejemplo, a la decisión de adoptar una *publicatio* explícita o implícita de prestaciones de interés público, o al aplicar potestades o técnicas administrativas propias de actividades reservadas a actividades liberalizadas.

Es decir, a partir del realismo jurídico, como se expondrá en el siguiente capítulo, es posible cuestionar el uso del servicio público, tanto en su versión más intensa como en su versión más moderada, como supuesto derecho del Estado de realizar en forma directa o delegada ciertas prestaciones, por estar dirigidas a atender necesidades públicas.

Varias objeciones podrían también plantearse a la premisa según la cual el carácter continuo o ininterrumpido de un servicio se asegura mejor cuando la actividad la asume un prestador estatal que cuando lo hace uno privado, considerando para ello tan solo las obligaciones que tienen los entes estatales y los derechos que tienen las personas privadas.

Por supuesto, plantear en el análisis práctico de problemáticas del derecho administrativo, en particular de las derivadas del servicio público, criterios que en apariencia no están previstos en el derecho positivo puede parecer no científico, dados los componentes filosóficos presentes en el tratamiento analítico del derecho por parte del realismo jurídico.

Respecto de tal apreciación, en primer lugar, valga indicar que tanto en el derecho positivo chileno como en otros ordenamientos jurídicos hispanoamericanos están presentes varios de los criterios sustantivos defendidos por el realismo jurídico, bajo la forma de bases de la institucionalidad, principios, obligaciones o derechos subjetivos.

El reconocimiento en fuentes formales como la constitución o la legislación de la dignidad humana, la libertad de asociación, la protección de los grupos intermedios, el libre desarrollo de la personalidad, el principio de juridicidad, el principio de “servicialidad” y el principio de la subsidiariedad, entre otros, son prueba de ello.

Lo que aquí se propone es que esos enunciados normativos positivos se interpreten desde el realismo jurídico, y que se tengan presentes en los procesos de producción y aplicación del derecho, como fórmula para contribuir a reducir la incertidumbre y el decisionismo que suele acompañar a la invocación de dichos enunciados.

Luego, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que en el derecho administrativo chileno ya se ha ofrecido una fundamentación del derecho administrativo basada en el realismo jurídico (Soto Kloss, 2019, p. 87), en que se

sintetiza lo expuesto en diversidad de trabajos dedicados al análisis de problemáticas e instituciones específicas de la disciplina.

La relevancia de esta fundamentación es su apuesta de derivar los roles y obligaciones que corresponde a cada sujeto de una relación jurídica desde criterios sustantivos, provenientes en última instancia del antiguo derecho romano (Soto Kloss, 2012, p. 883), lo que convendría tener presente cuando se evalúa el calificar como servicio público una actividad.

Como ya se advirtió, en este trabajo no se consideran inútiles o impertinentes los criterios formales, utilitarios y económicos. Se plantea, más bien, a partir de lo expuesto en torno a la insuficiencia de esos criterios, la necesidad de utilizar criterios sustantivos en el tratamiento de problemas del derecho administrativo, y en particular cuando se trate de aplicar el servicio público, interpretados desde el realismo jurídico, sobre el que conviene formular algunas precisiones a continuación.

### 3. La conveniencia de atender a criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico al calificar actividades de prestación como servicio público

Así como existen diferentes posturas al interior del positivismo jurídico que exigen precisar cuál de ellas se adopta cuando se sigue este enfoque en el análisis jurídico (Orrego, 1997, p. 20), cuando se habla de derecho natural es forzoso también hacer esa precisión.

Dentro de las diferentes concepciones del derecho natural, existe una tradición que lejos de plantear una relación conflictiva entre ella y el derecho positivo, propone una coexistencia necesaria y, en lo posible, armónica entre ambas manifestaciones de lo jurídico. Se trata de la tradición conocida como el realismo jurídico<sup>12</sup>.

Para esta concepción es posible determinar lo justo en el sentido de establecer, mediante el razonamiento

jurídico, lo que es debido a cada uno, trátase de un particular o de la autoridad (Hervada, 2008, p. 41), empleando los criterios sustantivos previamente examinados. A continuación, veamos en qué medida resultan ellos aplicables a la problemática del servicio público.

3.1 ¿Es factible considerar los criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico en la solución de problemas del derecho administrativo?

Las concepciones jurídicas dominantes en los sistemas de derecho legislado cuestionan toda posibilidad de identificar criterios sustantivos presentes explícita o implícitamente en fuentes formales vigentes, para regular

---

<sup>12</sup> Esta tradición tiene su más antiguo antecedente en la obra de Aristóteles, particularmente en *Ética a Nicómaco* II, 5, y en *Retórica* XIII, 1. Según el estagirita, observando la realidad se advierte que en todo lugar hay cosas que son justas por naturaleza y otras que lo son por convención (Aristóteles, 2007, XIII.1). Tanto a partir de la distinción propuesta por el mismo Aristóteles, como de los análisis realizados por reconocidos estudiosos de su obra (Waldstein, 2007, pp. 79 y ss.; Hervada, 1987, pp. 61-62), se ha considerado que las cosas justas por naturaleza son las menos (Aristóteles, 2000, II, 5), mientras que las cosas que la convención de cada ciudad determina como justas son las más (Aristóteles, 2000, V, p. 7; George 2009, p. 3). Esta idea está presente en la obra de otros "realistas" del derecho, como los juristas romanos, Tomás de Aquino y los escolásticos Francisco de Vitoria, Juan de Mariana y Francisco Suárez, y llega hasta nuestros días en los trabajos de Javier Hervada (1987), Francesco Viola (2017), John Finnis (2000) y Robert P. George (2004, pp. 597-610), entre otros.

conductas con relevancia jurídica o para la resolución de controversias jurídicas. Tal postura, en gran medida, se debe a su escepticismo o relativismo respecto de la posibilidad de definir racionalmente lo justo en casos concretos (Kelsen, 1992, p. 132; Squella, 1995, pp. 80-86.).

Lo anterior plantea el desafío de mostrar la factibilidad de someter a criterios sustantivos aportados por esa tradición, las implicaciones de calificar una actividad de prestación como servicio público, en una normativa o en un acto de aplicación del derecho. Tal desafío, como se adelantó, ha sido atendido por Soto Kloss respecto de las problemáticas generales del derecho administrativo (1996, p. 15; 2019, p. 84).

Con apoyo en lo anterior, sostenemos la operatividad de dichos criterios sustantivos, por ejemplo, al definir normativamente lo que será derecho en una sociedad, para descartar la hipótesis de que se parte de una hoja en blanco e insistir en la obligación de la autoridad de considerar evidencias y realidades, regularidades, surgidas no de una voluntad desinformada o de una convención contingente, sino del conocimiento de las condiciones que hacen posible la realización del ser humano y que optimizan los roles que corresponden a los particulares y a las autoridades, de acuerdo a su dinamismo propio.

Asimismo, estimamos que han de interpretarse desde esos criterios las fuentes formales en el ámbito del derecho administrativo, que aseguran la dignidad de la persona, la protección de los grupos intermedios, el rol servicial de la Administración, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad económica, la propiedad privada, los deberes compartidos entre privados y autoridades en garantía del bien común y el Estado de derecho como principio rector para determinar la juridicidad de los actos estatales.

No solo porque respecto de tales criterios existen consensos profundos entre distintos campos del conocimiento, como las ciencias naturales (Wilson, 2015, p. 281), la psicología evolutiva (Pinker, 2018, p. 125), la filosofía (Polanco, 2017, p. 83) y el derecho (Leoni, 2010, p. 77), sino también porque pueden contribuir a que las autoridades actúen con menos arbitrariedad o en perjuicio del bien común cuando ejercen sus funciones, al demandarles ofrecer mejores y explícitas razones, sustantivas, del porqué deciden de un modo y no de otro, lo que facilita a su vez el control, adhesión o el rechazo a lo decidido.

La concepción aquí reivindicada considera que a la ley humana o al derecho convencional es más prudente llegar mediante un proceso de derivación, que parta de ideas últimas, mínimas y sustanciales sobre lo justo natural, que son comunes a toda sociedad si bien adaptables a las circunstancias concretas. Y advierte que ese proceso de derivación, en unos casos se desarrolla a través de la deducción o la *conclusión*, y, en la mayoría de ellos, mediante la *determinación*<sup>13</sup>.

La determinación permite evaluar durante el proceso de derivación si una decisión como, por ejemplo, calificar como servicio público una actividad, es contraria al dinamismo del ser humano, la autonomía de los grupos intermedios, al primer principio de la razón práctica (Contreras, 2016, pp. 12-17) y a los que derivan de él (Miranda, 2006, p. 231), al rol de la Administración, al aseguramiento de bienes humanos básicos o a la garantía del bien común.

Ello dado que en la determinación está implícita la idea del derecho como “lo debido” a cada uno a partir de su condición de persona, que plantea una respuesta dogmática alternativa a la perspectiva hoy dominante sobre la juridicidad de las decisiones, que solo toma en

---

<sup>13</sup> “Tomás expone que la ley positiva, que es siempre cambiante, surge como una especificación de la ley natural según el modo en que el artista produce una obra particular. Esta derivación no es deductiva ni es unívoca. Tampoco es necesaria o universal. Es distinta en los distintos lugares y depende de la opinión, esto es, de lo que a los hombres parece razonable” (Contreras, 2017, pp. 34-35; García-Huidobro, 1993).

cuenta la noción de “derecho subjetivo” como criterio para evaluar la sujeción de aquéllas al derecho objetivo (Villey, 2019, p. 146).

3.2. El servicio público ante los criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico

Consideramos que los criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico, aplicables en casos concretos a través de la determinación, permiten identificar y excluir mediante razones sujetas a refutación, algunas respuestas a los problemas examinados en el capítulo II de este trabajo, en tanto opciones no disponibles para la autoridad.

Asimismo, sostenemos que los criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos son relevantes pero no suficientes para evaluar la sujeción a derecho de calificar una actividad como servicio público o al aplicar esa calificación en un caso concreto, pues dejan dentro de las opciones de decisión disponibles para la autoridad una serie de posibilidades —*publicatio*, potestades implícitas, uso de la técnica concesional, creación de obligaciones sobrevenidas, etc.— no siempre ajustadas a derecho por sus efectos sobre los oferentes de prestaciones, sobre los usuarios de esas prestaciones e incluso sobre la propia Administración.

Planteamos, por tanto, que si en el debate legislativo sobre calificar como servicio público una actividad, o en el análisis para aplicar esa calificación a casos concretos, se sigue el método de la determinación del derecho y se consideran criterios sustantivos como los examinados en este trabajo, se abriría la posibilidad de que las soluciones adoptadas a futuro sean diferentes a las que hoy se juzgan ajustadas a derecho, y que los resultados derivados de esas soluciones alternativas pueda ser más favorables a las personas y al bien común que las actuales. Dos supuestos nos permitirán mostrar esta afirmación.

3.2.1. ¿A quién corresponde, en definitiva, prestar el servicio?

Respecto de la pregunta de si corresponde al Estado o a las personas ofrecer prestaciones continuas y universales para satisfacer necesidades públicas, cabe responder, partiendo del rol que naturalmente corresponde a cada uno de estos agentes, que tales prestaciones las han de ofrecer por derecho e interés propio las personas, los privados y no la Administración, cuyo deber consistirá en certificar la capacidad de aquéllas de ofrecer esas prestaciones de forma continua y universal, y en acudir en su auxilio o suplir su ausencia allí en donde la oferta privada sea insuficiente o inexistente, de acuerdo con el principio de subsidiariedad.

A tal conclusión se llegará de forma invariable si se admite que parte de lo justo debido a las personas en toda sociedad, directamente o mediante grupos intermedios, es permitir que ellas desarrollen actividades económicas en ejercicio de derechos propios, entre ellas algunas que satisfagan necesidades públicas, en tanto que lo justo debido a la Administración es que ella fiscalice la oferta de esas prestaciones conforme a normas ciertas y estables, a través de la actividad de ordenación y no a través de la actividad de servicio público, eliminando con ello la ambigüedad que respecto de esto último propicia la vigente legislación chilena (Soto Kloss, 2012, p. 565).

Ahora bien, si los roles de los particulares y la Administración no están bien definidos, no se evalúan correctamente las implicaciones de calificar una actividad en una norma como servicio público y no se corrigen las fallas a través de la interpretación administrativa o jurisdiccional, sino que más bien se mantienen o agravan<sup>14</sup>, entonces lo más probable es que con el uso del servicio público, en cualquiera de sus variantes, se tomarán decisiones que terminarán por afectar gravemente la calidad de vida de las personas, así como la legitimidad y eficacia de la función administrativa.

<sup>14</sup> Ejemplo de esto se observa en sentencia Rol No. 27.106-2019, de la Corte Suprema de Justicia, de 30 de marzo de 2020, en el que la Sala Tercera afirma que el proveedor privado del servicio público es “el Estado mismo”.

### 3.2.2. ¿Qué técnica administrativa debe emplearse para fiscalizar el servicio?

Por su parte, ante la decisión legislativa de si emplear como técnica de intervención frente a las prestaciones que satisfacen necesidades públicas la autorización o la concesión, es también decisivo tener en cuenta los criterios extraídos de la observación de la realidad.

Mientras que la autorización es un obstáculo que remueve la autoridad para permitir al interesado ejercer un derecho propio sujeto a fiscalización previa verificación de que se cumplen con requisitos exigidos por la legislación, la concesión es una condición o derecho que la Administración entrega de manera temporal a un particular, para que haga o gestione algo que solo a aquélla corresponde, pero que, por permitirlo la legislación, lo concede bajo condiciones y sujeto a intensa *dirección* (Arancibia, 2019, p. 335; Cordero, 2015, p. 474).

Debido a los importantes efectos que se siguen de una decisión o de otra —en un caso el titular del derecho es el particular, en el otro el titular es el Estado—, no es prudente dejar de considerar criterios sustantivos definitorios de los roles propios, naturales, de las personas y el Estado, de lo justo debido a cada uno, pues gracias a ellos siempre que no haya titularidad de la actividad, será la autorización y no la concesión la técnica que se deba utilizar.

El mismo estándar podemos emplear frente a otros problemas del servicio público. Hemos indicado que éste presenta una variante intensa con reserva al Estado y otra menos intensa, con iniciativa privada y sujeción a la actividad de ordenación. En su segunda variante, ha sido una teoría que permitió la liberalización de servicios, la competencia y la continuidad de prestaciones que satisfacen necesidades públicas. Sin embargo, los vestigios o influencia de la variante original siguen presentes en la comprensión que no pocos operadores jurídicos tienen de esa teoría y del régimen jurídico que de ella deriva.

Por tanto, a partir de los criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico, sería oportuno preguntarse si hay buenas razones para que las autoridades insistan en utilizar el servicio público y el régimen jurídico, normalmente problemático, que de él deriva (Mairal, 1993, pp. 368 y ss.), o si es necesario superarla definitivamente y adoptar en su lugar una perspectiva más ajustada al actual derecho de la regulación económica (De La Cuétara, 1997, p. 156).

Desde luego, mientras el servicio público esté presente en el derecho positivo de los países, tocará atender los problemas que genera y, en lo posible, ofrecer soluciones dogmáticas para superarlos. Pero ello no ha impedido considerar la precariedad actual de sus fundamentos y la dificultad de evaluar su utilización normativa o jurisdiccional, desde la sola consideración de criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos.

### 3.2.3. Complementariedad de los criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico y los restantes criterios examinados en este trabajo

Lo expuesto en estas líneas no pretende negar que, en muchos casos atendidos por el derecho administrativo, los cálculos utilitarios, económicos y hasta políticos serán los que orienten la elección de la autoridad respecto de la solución que dará a conflictos jurídicos o exigencias ciudadanas, como parte del proceso de determinación del que habló Tomás de Aquino.

Tampoco cuestiona la practicidad y solidez conceptual del enfoque descriptivo y analítico del derecho de autores como Herbert Hart para atender múltiples problemas jurídicos relevantes para el derecho administrativo, en los que no están en disputa asuntos vinculados con lo que está o no disponible a la autoridad. Enfoque, por cierto, no reñido con los criterios aportados por el realismo jurídico, en contra de lo que podría pensarse (George, 2004, p. 36).

En efecto, la vinculación entre el realismo jurídico y el enfoque hartiano es posible tanto en el proceso de producción del derecho, como en el proceso de aplicación del derecho al atender los llamados *casos difíciles*, a partir de la inevitabilidad de emplear criterios sustantivos para definir lo que será derecho en una sociedad, así como para orientar la discrecionalidad de quien resuelve controversias jurídicas.

Lo que sí se cuestiona es que las autoridades, al normar o al aplicar normas a casos concretos, tomen decisiones en el derecho administrativo con impacto en la vida de las personas y hasta en su propio rol institucional, prescindiendo completamente de criterios sustantivos como los estudiados en este trabajo, por ignorarlos o considerarlos inexistentes.

Todos esos criterios han derivado de la observación de la realidad, de la experiencia. Es esta última la que ha mostrado que se desarrollan mejor las personas en las sociedades en que se respeta de forma general la cosa justa y se logran equilibrios complejos pero indispensables para el bienestar social (Acemoglu y Robinson, 2019, p. 16).

La calidad de vida en las sociedades en que se cumple de forma general con el dar a cada uno lo suyo, es la mejor prueba de que cuando las autoridades evalúan desde criterios jurídicos sustantivos si, por ejemplo, califican o no como servicio público una actividad de prestación, cumplen un rol más eficiente y ajustado a derecho, al estar mejor posición para hacer el bien y evitar el mal.

## Conclusiones

En la actualidad se acepta de forma general como una acción ajustada a derecho el que la autoridad califique como servicio público una actividad de prestación, sea en su versión más intensa (servicio público tradicional) o en su versión más moderada (nuevo servicio público), considerando tal solo criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos, los cuales serían una garantía de la no arbitrariedad de tal calificación.

Tal consenso es cuestionable si se advierte que tales criterios no son suficientes para definir los roles que corresponde a los particulares y a la Administración, y que pueden determinarse de forma prudente a partir de criterios sustantivos como los que aporta el realismo jurídico.

Solo a partir de criterios sustantivos, en general presentes en el derecho positivo, es posible identificar el ámbito de indisponibilidad que tienen las autoridades al definir el tipo de régimen jurídico apropiado para las

prestaciones continuas y universales de satisfacción de necesidades públicas, evitando que tal régimen entre en contradicción con lo que corresponde a cada uno según su dinamismo propio, en este caso, a la autoridad y a los particulares.

Tales criterios sustantivos derivan de un conocimiento verificable sobre la persona, la sociedad y el Estado, y proponen un método para la determinación del derecho positivo que hace posible la aplicación armónica de diversos criterios y el debate entre cada uno de ellos.

El servicio público es una calificación que las autoridades deben emplear tomando en cuenta criterios sustantivos, a fin de evitar que el régimen jurídico que de ella derive sea arbitrario e impida la continuidad y universalidad de las prestaciones así calificadas, por ejemplo, al negar la existencia de roles propios de las personas y de la Administración.

## Referencias

- Abbagnano, N. (1995). *Diccionario de filosofía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Acemoglu, D. y Robinson, J. (2019). *El pasillo estrecho. Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad*. Madrid: Deusto.
- Arancibia, J. (2016). Los puntos de prueba en los litigios de impugnación de los actos administrativos. En J. Arancibia Mattar y A. Romero Seguel (coords.). *La Prueba en la Litigación Pública* (pp. 161-190). Santiago: Universidad de Los Andes.
- Arancibia, J. (2018a). La relación jurídica público-privada: iter conceptual, atributos y criterios. En E. Soto Kloss (ed.). *El Derecho Administrativo y la protección de las Personas. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC* (pp. 1-16). Santiago: Ediciones UC.
- Arancibia, J. (2018b). La autonomía universitaria ante el derecho. En: J. A. Guzmán, J. I. Brito e I. Illanes (eds.). *La universidad en debate: 18 miradas sobre una controversia* (pp. 45-76). Santiago: Universidad de los Andes.
- Arancibia, J. (2019). La concesión de bienes nacionales: concepto, objeto, fines y consecuencias prácticas. En J. Arancibia Mattar y P. Ponce Correa (eds.). *El Dominio Público. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (pp. 327-375). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Arias Castillo, T. y Herrera Orellana, L. (2019). Positivismo jurídico, Estado de Derecho y libertad: una propuesta de formulación. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* No. 16 (pp. 65-93). Recuperado de: <https://bit.ly/35FVQp2> [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021].
- Ariño Ortiz, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública y Regulación Económica*. Granada: Editorial Comares.
- Aristóteles. (2000). *Ética Nicomaquea*. Madrid: Gredos.
- Aristóteles. (2007). *Retórica*. Madrid: Alianza.
- Bobbio, N. (2018). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Trotta.
- Bravo Lira, B. (1986). *Historia de las Instituciones Políticas de Chile e Hispanoamérica*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- Brewer-Carías, A. (1996). *Derecho Administrativo*. Tomo I. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Buchanan, J. y Tullock, G. (2009). *El cálculo del consenso*. Pamplona: Aranzadi.
- Camacho, G. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado*. Tomo IV. Santiago: Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. (2005). El servicio público en el campo de la contratación administrativa. En J. C. Cassagne y O. Gaspar Ariño. *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación* (pp. 9-50) Buenos Aires: LexisNexis, Abeledo-Perrot.
- Cea, J. (2008). *Derecho Constitucional Chileno*. Santiago: Ediciones Universidad Católica, Tomo I.
- Contreras, S. (2014). *El primer principio de la razón práctica. Tomás de Aquino y las nuevas teorías de la ley natural*. Berlín: Logos Verlag Berlin GmbH.
- Contreras, S. (2017). La determinación del derecho en la filosofía medieval. Antecedentes de la doctrina tomista en Alberto Magno y proyecciones en Egidio de Roma. *Scripta Mediaevalia. Revista de Pensamiento Medieval*, Vol. 10, No. 2, 33-55.
- Cordero, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.
- Cosculleula, L., y López, M. (2009). *Derecho Público Económico*. Madrid: lustel.
- De Aquino, T. (1998). *Suma Teológica*. México: Porrúa.
- Darnacullea, M. y Tarrés, M. (2000). «Adelgazamiento» del Estado y modernización administrativa. A propósito del informe «Schlanker Staat». *Revista Catalana de Derecho Público*, No. 26, 335-347.

- De La Cuétara, J. (1997). Tres postulados para el nuevo servicio público. En J. M. de la Cuétara y J. L. Martínez López-Muñiz. *El nuevo servicio público* (pp. 107-182). Marcial Pons: Madrid.
- Doménech, G. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho. *Revista de Administración Pública*, No. 195, 99-133.
- Duguit, L. (1920). *Las Transformaciones del Derecho Público*. Madrid: Librería Española y Extranjera.
- Epstein, R. (2008). Why the modern administrative state is inconsistent with the rule of law. *NYU Journal of Law & Liberty*, No. 3, 491-515.
- Esteve, J. (2015). *Estado Garante. Idea y realidad*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Finnis, J. (1992). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- García-Amado, J. (1987). Tópica, Derecho y método jurídico. En *Doxa* No. 4 (pp. 161-188). Recuperado de: <https://bit.ly/3kDCCXh> [fecha de consulta: 25 de febrerode 2021].
- García-Huidobro, J. (1993). *Razón Práctica y Derecho Natural* (El iusnaturalismo de Tomás de Aquino). Valparaíso: Edeval.
- George, R. (2004). Ley natural y naturaleza humana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVII, No. 110, 597-610.
- George, R. (2009). *Moral Pública. Debates Actuales*. Santiago: Instituto de Estudios Sociales.
- Gordley, J. (2013). Los fundamentos morales del Derecho Privado. *Revista Ius Et Veritas*, No. 47, 16-34.
- Gómez Lobo, A. (2006). *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*. Santiago: Mediterráneo.
- González Pérez, J. (2002). Contencioso administrativo de los servicios públicos. En: *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*. Tomo II (pp. 203-229). Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.
- Grossi, P. (1996). *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons.
- Guerrero, H. (2019). Michel Villey y el problema del voluntarismo en Duns Scoto. En *Revista de Humanidades* No. 31 (pp. 31-55). Recuperado de: <https://bit.ly/3a08IH0> [fecha de consulta: 25 de febrerode 2021].
- Hachette, D. (2001). Privatizaciones: reforma estructural pero inconclusa. Felipe Larraín B. y Rodrigo Vergara M. *La transformación económica de Chile*. Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- Hart, H. (2003). *Utilitarismo y derechos naturales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hayek, F. (2006). *Derecho, Legislación y Libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- Hayek, F. (2011). *El ideal político del Estado de Derecho*. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín.
- Hervada, J. (2011). *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Hervada, J. (1987). *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Infantino, L. (2000). *El orden sin plan. Las razones del individualismo metodológico*. Madrid: Unión Editorial.
- Kelsen, H. (1992). *¿Qué es la Justicia?* Barcelona: Ariel.
- Krause, M. (2011). *Economía, Instituciones y Políticas Públicas*. Buenos Aires: La Ley.
- Larroulet, C. y Alessandri, G. (1994). Efectos de un Programa de Privatizaciones: el Caso de Chile (1985-1989). En *Estudios Públicos* No. 54 (pp. 175-222). Recuperado de: <https://bit.ly/3slqWfK> [fecha de consulta: 25 de febrerode 2021].
- Leoni, B. (2010). *La Libertad y la Ley*. Madrid: Unión Editorial.
- Mairal, H. (1993). La ideología del servicio público. *Revista de Derecho Administrativo*, 14, 359-425.
- Martínez, C. (2009). *La Teoría Evolutiva de las Instituciones*. La perspectiva austríaca (2da. ed.). Madrid: Unión Editorial.
- Massini, C. (1980). *La Desintegración del Pensar Jurídico en la Edad Moderna*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Meilán, J. (1973). Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión. *Revista de Administración Pública*, 71, 59-100.

- Miranda, A. (2006). La infalibilidad en el conocimiento de los primeros principios de la ley natural. Análisis a partir de los textos tomistas. En: S. Legarre, A. Miranda Montecinos y C. Orrego Sánchez (eds.). *La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights* (pp. 229-247). Santiago: Universidad de Los Andes.
- Muñoz Machado, S. (1998). *Servicio Público y Mercado. I. Los fundamentos*. Madrid: Editorial Civitas.
- Olivares, A. (2014). Libre mercado y regulación: la experiencia en el sector eléctrico español. *Revista Chilena de Derecho*, 41 (1), 205-228.
- Orrego, C. (1997). *H.L.A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*. Navarra: Eunsa.
- Orrego, C. (2015). Iusnaturalismo contemporáneo. En J.L. Fabra Zamora y A. Núñez Vaquero (coords.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 1 (pp. 37 – 59). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pantoja, R. (1992). El Derecho Administrativo. *Concepto, característica, sistematización, prospección*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Peña Solís, J. (2009). *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen III. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Pereira Menaut, A. (2019). Nihilismo jurídico: ¿etsi ius non datur? Disponible en: <https://bit.ly/2ZvmeAO>
- Pérez-Gómez, S. (1997). De la romana institución de la *publicatio* a la actual noción de afectación. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 96, 525-542.
- Pinker, S. (2019). *En defensa de la Ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*. Buenos Aires: Paidós.
- Polanco, M. (2017). *La Filosofía Moral de Adam Smith*. Madrid: Unión Editorial.
- Rasmussen, D. y Den Uyl, D. (2017). *Las Normas de la Libertad. Una base perfeccionista para una política no perfeccionista*. Madrid: Unión Editorial.
- Ripert, G. (2016). *La regla moral en las obligaciones civiles*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik.
- Rehbinder, M. (1971). Status, contract, and the Welfare State. *Stanford Law Review*, 23 (5), 941-955.
- Rojas, C. (2014a). La categoría jurídica de los 'servicios privados de interés público'. El caso de las juntas de vigilancia de ríos. *Revista Chilena de Derecho*, 41 (4), 171-204.
- Rojas, C. (2014b). *Las potestades administrativas en el derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- Rojas, C. (2019). *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación*. Santiago: Ediciones DER.
- Sadin, E. (2020). *La inteligencia artificial o el desafío del siglo*. Buenos Aires: Editorial Caja Negra.
- Sánchez, A. (2011). El derecho administrativo y sus equilibrios básicos. En J. M. de La Cuétara, J. L. Martínez López-Muñiz y F. J. Villar Rojas (coords.). *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz* (pp. 81-96). Madrid: Editorial La Ley.
- Sánchez, R. (2005). *Privatizaciones: una revisión. Serie Informe Económico No. 155*. Santiago: Libertad y Desarrollo. Recuperado de: <https://bit.ly/3rkIJ6r> [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021].
- Santamaría Pastor, J. (2001). *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Santofimio Gamboa, J. (2011). León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 5, 43-86.
- Sarmiento García, J. (2010). Sobre la filosofía del derecho administrativo. *Ius Publicum*, 24, 53-62. Disponible en: <https://bit.ly/35mOhC9>
- Silva Cimma, E. (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. El servicio público. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Soto Kloss, E. (2019). Los fundamentos del Derecho Administrativo. Una visión iusnaturalista. *Ius Publicum*, 43, 83-96.
- Soto Kloss, E. (2012). *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. Santiago: Thomson Reuters.
- Soto Kloss, E. (1996). *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Vol. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Spaemann, R. (1988). Sobre el concepto de dignidad humana. *Revista Persona y Derecho*, 19, 13-33.

## La calificación de actividades de prestación como servicio público

- Squella, A. (1995). ¿Por qué vuelve a hablarse de derecho natural? *Revista Chilena de Derecho*, 22, 79-89.
- Steiner, F. (2002). *Regulación, estructura industrial y desempeño en la industria eléctrica*. México: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Comisión Federal de Competencia.
- Tocqueville, A. (1996). *La Democracia en América*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Trujol y Serra, A. (1995). *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*. Madrid: Alianza.
- Veljanovsk, C. (1988). Privatization in Britain - The Institutional and Constitutional Issues. En *Marquette Law Review*, 71 (pp. 558-582). Recuperado de: <https://bit.ly/3rmoP9Z> [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021].
- Vergara Blanco, A. (2018b). *Derecho Administrativo Económico*. Santiago: Thomson Reuters.
- Vergara Blanco, A. (2004). El nuevo servicio público abierto a la competencia: De la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 12, 33-49.
- Vermeule, A. (2018). *La abdicación del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villar Rojas, José (1993). *Privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*. Madrid: Editorial Técnos.
- Villey, M. (2003). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Scire Universitaria.
- Viola, F. (2017). *Rule of Law. El gobierno de la ley, ayer y hoy*. Lima: Palestra.
- Waldstein, W. (2007). *Lecciones sobre Derecho Natural: en el pensamiento filosófico y en el desarrollo jurídico desde la antigüedad hasta hoy*. Santiago: Universidad Santo Tomás.
- Wilson, E. (2015). *La conquista social de la tierra. ¿De dónde venimos?, ¿qué somos?, ¿a dónde vamos?* Barcelona: Editorial Debate.

## Jurisprudencia judicial

- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 9047-2018; 08 de octubre de 2018.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 73.923-2016; 25 de junio de 2018.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 4365-2015; 29 de julio de 2015.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 8268-2012; 28 de enero de 2013.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 5308-2009; 30 de noviembre de 2009.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 25.123-2015; 05 de julio de 2016.

## Jurisprudencia constitucional

- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia 1295-2009; 06 octubre 2009.

## Jurisprudencia administrativa

- Dictamen No. 042008N07, Contraloría General de la República; 13.09.07.
- Dictamen No. 011781N18, Contraloría General de la República; de 09.05.18.