



Los servicios públicos domiciliarios desde la perspectiva de los derechos fundamentales

Lucas Araque García ¹

Resumen

El estudio de los servicios públicos domiciliarios desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es de gran importancia para entender la interacción de los sistemas jurídico, económico y social, que se interrelacionan en la órbita de estos. Sin lugar a dudas, adentrarse en la disertación del tema presenta gran complejidad, en razón de las dificultades que han surgido alrededor de la definición misma del concepto de Servicio Público Domiciliario como medio esencial del Estado Social de Derecho para la consecución de sus fines, dentro del modelo económico aplicado a los mismos.

Por una parte, a partir de la caracterización del Estado como «Social» y de «Derecho» alrededor de los servicios públicos domiciliarios; y, por otra parte, con la promulgación de la Constitución de 1991 donde son entendidos como medios para la consecución de los fines del Estado, a los que se integran intereses de equidad, justicia social, dignidad humana y calidad de vida respecto de los usuarios, y el principio de libertad económica en relación a los prestadores, dentro del esquema de Estado Regulador.

Ahora, teniendo en cuenta la particular importancia de los servicios públicos domiciliarios dentro de la concepción de Estado Social de Derecho que ostenta constitucionalmente nuestro país, resulta necesario indagar sobre la condición jurídica de estos, es decir, si son meros mecanismos para la garantía y consecución de los fines del Estado y los derechos fundamentales o, si, por su parte pueden considerarse por sí mismos derechos fundamentales. Adentrándose así, el presente artículo, en el debate doctrinal y jurisprudencial de determinar si dentro del ordenamiento jurídico colombiano pueden entenderse los servicios públicos domiciliarios como derechos fundamentales o no.

Palabras clave: Servicios Públicos; Servicios Públicos Domiciliarios; Derechos Fundamentales; Estado Social de Derecho.

¹ Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre de Colombia. Profesor de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: lucasaraque@gmail.com.

Citación de este artículo: Araque García, L. (2018). Los servicios públicos domiciliarios desde la perspectiva de los derechos fundamentales. *Diálogos de Derecho y Política*, (20), pp. 106-132. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/332513/20788406>

Los servicios públicos domiciliarios desde la perspectiva de los derechos fundamentales

Introducción

El estudio de los servicios públicos domiciliarios desde la perspectiva de los derechos fundamentales es de gran importancia para entender la interacción de los sistemas jurídico, económico y social, que se interrelacionan en la órbita de los servicios públicos domiciliarios. Sin lugar a dudas, adentrarse en la disertación del tema presenta gran complejidad, en razón de las dificultades que han surgido alrededor de la definición misma del concepto de Servicio Público Domiciliario como medio esencial del Estado Social de Derecho para la consecución de sus fines, dentro del modelo económico aplicado a los mismos.

Por una parte, es evidente la problemática acerca de la caracterización del Estado como «Social» y de «Derecho» alrededor de los servicios públicos domiciliarios, con ocasión de la dicotomía entre las categorías de Fines y de Medios, que convergen dentro de este concepto, y las cuales surgen a partir de la determinación de dichos servicios tanto como fines del Estado, en tanto objetivo fundamental de su actividad, y como medios de consecución de los fines mismos del Estado e inherentes a estos. Sin embargo, ha resultado conciliada la determinación de este, el Estado Social de Derecho, como aquel que persigue garantizar el óptimo estado de cosas para sus asociados.

Por otra parte, con la promulgación de la Constitución Política de 1991 fueron enunciados los servicios públicos domiciliarios como medios para la consecución de los fines del Estado, a los cuales se integran intereses de equidad, justicia social, dignidad humana y calidad de vida, respecto de los usuarios, y el principio de libertad económica, en relación a los prestadores, dentro del esquema del Estado Regulador.

Ahora, si bien se ha reconocido la importancia de los servicios públicos domiciliarios dentro de la concepción de Estado Social de Derecho, que ostenta constitucionalmente nuestro país, resulta necesario indicar que no existe consenso frente a la condición jurídica de estos, es decir, si son meros mecanismos para la garantía y consecución de los derechos fundamentales y los fines del Estado, o, si, por su parte, pueden considerarse por sí mismos derechos fundamentales. Este debate surge en la medida en que los servicios públicos domiciliarios no pertenece explícitamente a la categoría de los derechos fundamentales enunciada de forma tácita dentro del Capítulo 1 del Título II de la Constitución Política de Colombia, pese a que el texto constitucional contiene valores y principios tales como la

dignidad humana, la igualdad, la justicia social y la calidad de vida, y proclama a Colombia como un Estado Social de Derecho.

Se integran, entonces, los servicios públicos domiciliarios a la controversia doctrinal y jurisprudencial de determinar qué son y cuáles son los derechos fundamentales.

Es por lo anterior que se hace imperioso analizar, si los Servicios Públicos Domiciliarios, i.) Son meros instrumentos para el cumplimiento de los fines del Estado, y, por ende, postulados programáticos sin contenido subjetivo, o por el contrario ii.) Pueden considerarse derechos fundamentales por su estrecha relación con la garantía de las condiciones materiales de existencia y con los derechos fundamentales, pues en caso de que no se garantice la prestación de tales servicios, estos derechos se verían avocados a su vulneración o amenaza, o si, por su parte iii.) Los servicios públicos domiciliarios pueden ser catalogados como derechos fundamentales *per se*, debido a su esencialidad, esto es, a su carácter de medios para satisfacer las necesidades básicas e inherentes a la dignidad como imperativo categórico de la condición humana.

Así pues, es el propósito de este artículo presentar un examen sobre los servicios públicos domiciliarios desde la perspectiva de los derechos fundamentales a fin de determinar si dentro del ordenamiento jurídico colombiano pueden entenderse estos como derechos fundamentales o no.

Los conceptos de «servicio público» y «servicio público domiciliario»

Tal como lo sostiene Palacios Mejía: “Si la doctrina sobre los ‘servicios públicos’ estaba, desde su inicio, plagada de ambigüedades, el uso posterior que se hizo del concepto ha llevado a darle tantos sentidos, y tan distintos que, sin duda, son más los problemas de comunicación que crea que los que resuelve” (Palacios Mejía, 1999, p.9).

Y es que el carácter polisémico del término «servicio público», no es un fenómeno que se presente solo dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por el contrario, dentro del derecho comparado presenta múltiples significados que se sobreponen, y entre los cuales la variación es constante.

Para Cassagne:

La noción de servicio público aparece, en el campo del Derecho administrativo, sin que preexista una definición legal que la tipifique y sin que se establezca en sus caracteres de una manera precisa. Por obra de la doctrina y jurisprudencia francesas se fue perfilando una institución, con un régimen jurídico peculiar de derecho público, destinada a regir las

actividades de prestación tendientes a satisfacer necesidades de interés general que asumió el Estado y que éste pasó a prestar, a partir del siglo pasado, en forma directa o indirecta. (2002, p. 290)

Laubadère denominaba el servicio público como “toda actividad de una persona u organismo público, tendiente a satisfacer una necesidad de interés general” (Citado en: Suárez Tamayo, 2009).

En términos semejantes Rodríguez (2000, p. 431) presenta una noción tradicional del servicio público según la cual, “tradicionalmente se había entendido el servicio público como toda actividad de una colectividad tendiente a satisfacer una necesidad de interés general”.

Esta noción clásica presentada por Libardo Rodríguez, ostenta tres elementos esenciales: i.) Era una actividad de la administración en un sentido casi exclusivo y excluyente, es decir, era la actividad que caracterizaba a la administración y solo ella podía ejercerla, pues en eso consistía su diferencia esencial con las actividades privadas, ii.) Su finalidad era satisfacer una necesidad de interés general, o sea, una necesidad de carácter colectivo, por oposición a las necesidades individuales, y, iii.) La consecuencia necesaria de la existencia de dicho concepto era que; en los casos en que el servicio público estaba presente, se aplicaba el derecho administrativo y la jurisdicción administrativa.

Durante la vigencia de concepción clásica del servicio público, la prestación de dichas actividades era competencia exclusiva de los organismos públicos. Sin embargo, la crisis de esta noción clásica, ha hecho que se precise en ciertos aspectos, lo cual ha repercutido sobre algunos de los elementos mencionados.

Así, por una parte, se entiende actualmente que no todas las actividades de servicio público son realizadas por la administración, pues algunas son efectuadas por particulares y, por otra parte, no siempre la administración cumple actividades de servicio público en el sentido tradicional, pues a veces desarrolla algunas cuyo carácter es privado, como puede suceder con su actuación mediante las empresas industriales y comerciales del Estado, o con la fijación de normas que tengan por objeto la regulación de la estructura y funcionamiento institucional, el nombramiento y remoción de servidores públicos, entre otras.

De la mano de las anteriores apreciaciones Marienhoff entiende por servicio público:

Toda actividad de la administración pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer las necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación,

en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera control de la autoridad estatal. (1982, p.18)

Siguiendo esta línea, en la cual la prestación de los servicios públicos deja de ser un monopolio estatal, Otto Mayer entiende el servicio público como “todo aquel que busca satisfacer necesidades de carácter colectivo, donde el Estado tiene un poder de dirección sobre dicha actividad, ya sea prestándolos él mismo u otorgándolos en concesión a los particulares para que sean prestados por ellos pero bajo las mismas garantías que ofrece el Estado cuando es él quien asume la prestación” (Citado en: Suárez Tamayo, 2009).

En igual sentido Vedel, presenta una definición de servicio público según la cual:

En sentido orgánico o formal, el servicio público se caracteriza por una cierta organización, se trata de una empresa regida por la administración. La definición material se refiere a la naturaleza de la actividad, considerada independientemente de la organización mediante la cual ejerce la misma. Se definirá el servicio público como la actividad que tiende a satisfacer una necesidad de interés general. (1980, p. 47)

Puede percibirse que dentro de todas las definiciones presentadas, se fija un elemento caracterizador y determinante del servicio público, el cual es la satisfacción de un interés general. Conforme a lo anterior, el elemento «público» del concepto «servicio público» se ha de entender, no por razón de quien presta el servicio (concepto orgánico o formal), sino de su destinatario, es decir, a quien tal servicio se dirige, siendo éste no otro más que el servicio para el público. Así, pues, se define el servicio público desde el hecho de la prestación misma y los sujetos a quienes se dirige, no importando tanto la definición legal de un servicio como público, ni tampoco el hecho de que la prestación esté a cargo del ente estatal.

Para generar mayor complejidad en el manejo del tema, las acepciones que se han dado del servicio público en el ordenamiento jurídico colombiano no son pocas. En primer lugar la Constitución Política usa la expresión «servicio público» con mucha frecuencia y para referirse a los fenómenos más disímiles. Así, entre otros, en su artículo 48 indica que la seguridad social es un servicio público, en el artículo 49 que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos, en el artículo 67 que la educación es un servicio público, en el artículo 131 que la actividad de los notarios y registradores es un servicio público, y en el artículo 311, que corresponde a los municipios prestar los servicios públicos que determine la ley.

En segundo lugar, el servicio público ha sido definido por dos normas legales, a saber, el Código Sustantivo del Trabajo y el Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993).

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 430 presenta una definición de servicio público inspirada en Jéze, la cual señala que:

se considera servicio público toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.

Por su parte, la Ley 80, en el numeral 3 de su artículo 2, define el servicio público, con la salvedad que esta definición solo opera para los precisos efectos de dicha norma, así:

Se denominan servicios públicos: Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

Se observa una evolución en el concepto de servicio público en la normatividad colombiana, toda vez que la Ley 80 sustituye la equívoca expresión «necesidades de interés general» las cuales se circunscriben desde la concepción misma del término, “a la suma de los intereses particulares” (Hernández, 1997, p. 62), y se orienta por la de «necesidades colectivas», lo que podría interpretarse como necesidades «de la colectividad» como tal, las cuales se determinan en el cuadro de las funciones sociales, como propias de las comunidades menores, o población vulnerable para el caso de los servicios públicos domiciliarios y no de todas las personas individualmente consideradas. De igual forma la Ley 80 abandona o atenúa la idea, esencial en el concepto clásico, según la cual los servicios públicos debían someterse a un «régimen jurídico especial». Igualmente esta definición legal más contemporánea, recoge, así, las categorías ya expuestas por los doctrinantes, como son: la satisfacción de necesidades de interés general, el control por parte del Estado y la posibilidad de la prestación de los servicios por parte de particulares.

Ahora bien, como se señaló en la parte inicial, el término de servicio público ostenta un carácter polisémico, es decir, presenta múltiples significados que se sobreponen, y entre los cuales la variación es constante. Entre los servicios públicos, concebidos en forma general, existe lo que se denominará una «especie» y que corresponde a los servicios públicos domiciliarios, en los cuales se enmarca el objeto de este artículo. Antes de realizar algunas observaciones y menciones sobre los servicios públicos domiciliarios; es debido indicar que de la revisión de las disposiciones constitucionales y legales colombianas se puede afirmar

que no existe una definición de «servicio público domiciliario». Por lo anterior, al término de «servicio público domiciliario» debe dársele el sentido que el constituyente y el legislador, dentro de los elementos que proporcionan, quiera darle o el que pueda deducirse de los respectivos textos, mientras no exista una definición constitucional o legal clara y de carácter general.

A fin de determinar el concepto de servicio público domiciliario, y teniendo en cuenta que el término servicio público se definió como la actividad de la administración o de los particulares tendiente a la satisfacción de las necesidades de interés general, es preciso pasar a conceptualizar la expresión «domicilio», que se presenta como la categoría diferenciadora de los servicios públicos domiciliarios como especie de los servicios públicos.

El concepto de «domicilio», antiguo en el derecho continental, se relaciona con importantes facultades que se reconocen a la persona humana. En particular, se asocia con el derecho que cada persona tiene a su intimidad, a la libertad de hacer todo aquello que no lesione a los demás, y a conseguir, gracias al respeto a la intimidad y a la libertad, el desarrollo de la personalidad.

Si bien, nuestra Constitución no trae una definición expresa del término «domicilio», éste puede entenderse dentro del ordenamiento jurídico constitucional como un sitio en el que la persona tiene una relación particular, para gozar de especial libertad e intimidad frente a terceros y frente a las autoridades; por ello, de conformidad con los artículos 28 y 32 de la Carta Política no puede ser registrado sin previa orden de autoridad judicial.

De otro lado, la legislación colombiana no presenta una definición de «domicilio» que pueda servir para delimitar de forma clara y precisa lo atinente a los servicios públicos. Sin embargo, haciendo una remisión a normas de carácter civil y de policía, tenemos que el Código Civil presenta una concepción muy relacionada con la persona y el lugar en el cual desarrolla sus actividades. Así, el artículo 76 de la citada norma señala que: “el domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella”.

Esta noción, tal y como señalan Serna & Correa:

podría abarcar una considerable extensión de territorio (un municipio normalmente), lo que en últimas conduciría a definir los servicios públicos domiciliarios como una especie de servicios públicos que prestan en el lugar en que una persona tiene ánimos de permanecer y desarrolla sus actividades cotidianas. Esta definición se compadece con el propósito del

servicio público, cual es la satisfacción de necesidades de interés general a un conglomerado de personas concretas. (2003, p. 28)

Por su parte, el Código Nacional de Policía, Decreto 1355 de 1970, en su artículo 74², concibe el «domicilio» en términos más amplios, abarcando no solo el sitio en el que se vive, sino aquel en el que se trabaja siempre y cuando no esté abierto al público. Así, cuando se habla de «servicios públicos domiciliarios»:

Se quiere destacar que hay ciertos bienes y servicios que se requieren para que el domicilio cumpla su función de facilitar la dignidad de la vida en el ámbito de intimidad y de libertad que proporciona el domicilio, y para permitir el trabajo y hacerlo productivo. Estos servicios son, entonces, instrumentos indispensables para dar contenido material a derechos fundamentales de la persona, y reciben, por eso, especial atención del constituyente. (Molina Torres, 1998, p. 39)

Siguiendo con esta línea de pensamiento la Corte Constitucional, en Sentencia T-578 de 1992, definió los servicios públicos domiciliarios como, “aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”.

Con posterioridad a la referida sentencia se expidió el Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios, Ley 142 de 1994, que si bien no presenta una definición precisa del término, sí delimita e incluso limita el mismo haciendo una relación taxativa de los servicios públicos domiciliarios, en sus artículos 1 y 14, a saber: acueducto, alcantarillado, aseo, energía, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. Es claro pues, que el concepto de servicio público domiciliario está delimitado e incluso limitado por lo que al respecto ha estipulado la ley, el cual se puede ver estrechamente relacionado con la definición y caracterización de estos servicios.

Los servicios públicos en la Constitución Política de 1991

El término «servicio público domiciliario» llegó a nuestro ordenamiento jurídico constitucional, por primera vez, con la Carta Política de 1991 y no era de uso común en la normativa colombiana previa. Con la expedición de la Constitución Política, Colombia

² Artículo 74. Se entiende para los efectos de este estatuto, por domicilio los establecimientos de educación, los clubes sociales y los círculos deportivos, los lugares de reunión de las corporaciones privadas, las oficinas, los talleres y los demás recintos donde se trabaja; aquella parte de las tiendas y sitios abiertos al público que se reservan para habitación u oficina; los aposentos de los hoteles cuando hubieren sido contratados en arriendo u hospedaje y las casas y edificios de departamentos estén o no divididos por pasajes.

estructuró cambios en lo relacionado a los servicios públicos, y en especial al campo de los servicios públicos domiciliarios, con ocasión del cambio de perspectiva sobre el papel del Estado, el cual pasó de ser un Estado interventor a un Estado regulador, como un reflejo de la coyuntura social, política y económica, que a finales de la década de los 80 se entrañaba a nivel nacional e incluso mundial, con ocasión de la crisis del Estado de bienestar donde el Estado, mediante intervención directa, producía bienes y prestaba servicios sin intermediarios y la necesidad de pasar a un Estado regulador en el cual la intervención del mismo, se limitara a la regulación, el control y la vigilancia de dichos bienes y servicios.

Como se dijo en líneas anteriores, la Constitución colombiana no define qué son los servicios públicos, pues solo se limita a afirmar que las actividades relacionadas con la educación, la seguridad social, la salud y la preservación del ambiente tienen tal carácter, al igual que las actividades de los notarios y registradores. No obstante, proporciona algunos cimientos para elaborar el concepto de servicio público y se esmera en iterar su importancia, por lo cual prescribe que son inherentes a la finalidad social del Estado. Puede afirmarse entonces, con base en el artículo 365, que si existe el Estado es, entre otros fines, para que se ocupe de los servicios públicos.

Por otra parte, uno de los aspectos sobresalientes de la Constitución de 1991 es el hecho de haber destacado dentro de la esfera de los «servicios públicos», una especie, los «servicios públicos domiciliarios» que presenta caracteres más precisos que los del género del cual hace parte, y que a la postre permitió la expedición de dos leyes de particular importancia: la Ley 142 de 1994, Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios, y la Ley 143 del mismo año, que regula el servicio de electricidad. En estas leyes se consagra un régimen jurídico específico que permite construir más adecuadamente un concepto de servicio público domiciliario y definir múltiples relaciones jurídicas alrededor suyo pero, en todo caso, sin dar una definición clara y precisa del concepto.

El concepto de «derechos fundamentales»

El constitucionalismo contemporáneo ha centrado su atención en la órbita de los derechos fundamentales, figura que también fue acogida por la Constitución Política colombiana.

Empero lo anterior, al igual que en el caso de los servicios públicos domiciliarios, el concepto de derechos fundamentales, ha presentado multiplicidad de definiciones, aunque a diferencia de los primeros para el particular de los derechos fundamentales, se han determinado derroteros que permiten una acepción formal más uniforme. Es así como los

diferentes intentos por definir el concepto parten de una premisa inequívoca de entenderlos como derechos inherentes al hombre.

Una primera definición expuesta dentro del constitucionalismo clásico, la cual corresponde a una perspectiva formal, fue la propuesta por Carl Schmitt (Citado en: Alexy, 1997) en la cual se vinculaban elementos materiales y estructurales, y que concebía los derechos fundamentales solo como "aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales en la Constitución". En términos generales, esta perspectiva formal o positivista la cual también podría denominarse como positivista, reconoce que pertenecen a esta categoría solo aquellos derechos que se encuentran reconocidos expresamente como tales dentro del ordenamiento constitucional del Estado.

En tal concepción, como lo expresa Alexy (1997, p. 63), que un derecho pertenezca al fundamento mismo del Estado es una manifestación material, la cual puede presentar inconvenientes pues la determinación de qué son y cuáles son los derechos fundamentales estará determinada indefectiblemente por la concepción de Estado que se tenga.

Ferrajoli, por su parte, en su texto «Derechos y garantías. La ley del más débil» abordó el estudio del concepto de derecho fundamental de forma más precisa y clara. Al respecto presentó inicialmente una definición teórica o puramente estructural del término, aunque no ligada al concepto clásico, conforme la cual:

Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos³ que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (Ferrajoli, 2001, p. 37).

Dicha definición se propuso como teórica, en cuanto, si bien guardaba relación con los derechos fundamentales positivizados en las leyes y algunos textos constitucionales, prescinde de dicha circunstancia al no estar formulada a partir de estas, ni circunscrita a un determinado ordenamiento jurídico. Por otra parte, resulta necesario resaltar en este punto la importancia de catalogar como subjetivos los derechos fundamentales, pues tal como

³ Entendidos estos como las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, y los deberes correspondientes que constituyen las garantías asimismo dictadas por normas jurídicas, ya sean éstas las obligaciones o prohibiciones correlativas a aquéllos.

afirma el profesor Chinchilla Herrera (2009, p. 54) “les permite ganar el atributo de la justiciabilidad que con carácter radical caracteriza estos”, lo que precisa la existencia de un juez y un procedimiento para la garantía y eficacia de los mismos.

Sin embargo, a pesar de darse una mayor amplitud al concepto de derecho fundamental por parte de Ferrajoli, el mismo, al guardar un criterio material, desconoce otras dimensiones necesarias dentro de su desarrollo, a partir de la órbita moral e iusfundamental, y que forman el carácter mismo de fundamental de los derechos. Aunado a esto, si bien resulta vital la incorporación del carácter de subjetivo de los derechos fundamentales, el mismo deja insatisfecha la dimensión de valores objetivos de estos, es decir, su dimensión ética y moral.

Abarcando dicha problemática y superando el criterio netamente material antes plasmado, Guastini (2001) distingue dos matices dentro del significado de derecho fundamental, a saber;

Por un lado, se dicen fundamentales aquellos derechos que dan fundamento al sistema jurídico; por otro, se dicen fundamentales aquellos derechos que no requieren el fundamento del sistema jurídico. El primer matiz encierra una doctrina positivista del derecho; la segunda, una doctrina iusnaturalista. 1. En primer lugar, se dicen fundamentales aquellos derechos que reposan sobre normas jurídicas, a su vez, fundamentales. En el pensamiento jurídico moderno se consideran ‘normas fundamentales’ de cada sistema jurídico las normas ‘materialmente’ constitucionales. Se dicen ‘formalmente’ constitucionales todas (y sólo) las normas incluidas en un documento constitucional. Se dicen ‘materialmente’ constitucionales todas las normas que, aunque no pertenecen a un documento constitucional, son relativas a la ‘materia’ constitucional. . . . 2. En segundo lugar, se denominan ‘fundamentales’ aquellos derechos que no requieren a su vez un fundamento o una justificación, o por lo menos que no requieren un fundamento o una justificación jurídica positiva. En ese sentido, los derechos fundamentales son derechos morales o ‘naturales’. (p.221).

Así pues, en la noción de «derechos fundamentales» presentada por Guastini convergen ideas iuspositivistas e iusnaturalistas, y esta deja de estar supeditada exclusivamente a la forma de Estado que se adapte, y a la consagración expresa en un texto constitucional presentándose, entonces, una visión objetiva de los derechos fundamentales.

En similar sentido, ha entendido el profesor Chinchilla Herrera (2009) los derechos fundamentales, respecto los cuales ha afirmado, que no corresponden a derechos subjetivos a secas, con base en los siguientes argumentos:

a) además de su dimensión subjetiva, ellos poseen una dimensión valorativa o ética insoslayable que se torna relevante al momento de interpretarlos y operar con ellos en la práctica institucional; b) como valores fundamentales del orden ético-político adquieren también una dimensión ‘objetiva’ que los hace imperativos al legislador, a todos los poderes públicos y a los particulares . . . Por lo cual la óptima protección de tales derechos conduce a otorgarles no solo dispositivos judiciales de reclamación subjetiva; sino, además, garantías institucionales objetivas tales como el contenido esencial (núcleo esencial según nuestra jurisprudencia), el control político , las acciones judiciales de control abstracto u objetivo de constitucionalidad, denominadas acciones públicas (p. 54).

Como consecuencia de tal acepción, ha señalado el mismo autor, que una interpretación correcta de los derechos fundamentales no puede ser asumida desde su entendimiento como normas-reglas, las cuales imponen deberes cerrados, sino, como normas-principios, esto es, “como mandatos para que un estado ideal de cosas sea perseguido... en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas del sistema y fácticas del contexto” (Chinchilla Herrera, 2009, p. 66).

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, a partir de la promulgación de la Carta Política de 1991 desmontó la noción restrictiva y formal de los derechos fundamentales. Para ello sostuvo que el constituyente no determinó de forma taxativa cuáles eran los derechos fundamentales, significando que, no solo han de entenderse como tales los consagrados en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución Política de Colombia. Así desde la Sentencia T-002 de 1992, la Corte Constitucional determinó:

El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991.

En igual sentido se pronunció la Corte en Sentencia T-418 de 1992, al señalar de forma tajante la insuficiencia del criterio positivista, para lo cual indicó:

Los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible.

La superación de una concepción formal y exegética del concepto de derechos fundamentales, por parte de la Corte Constitucional, encuentra su fundamento inicial en la argumentación lógica y sistemática del texto constitucional, conforme la cual, a pesar de la denominación dada al capítulo 1 del texto constitucional como «derechos fundamentales», la lista de derechos relacionados en este no es taxativa. Criterio que toma fuerza, al analizar el hecho que, el constituyente asignó el carácter de fundamental a otros derechos no señalados allí, tal como es el caso de los derechos fundamentales de los niños relacionados en el artículo 44 constitucional. Aunado a lo anterior, se encuentra el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona contenida en el artículo 5 de la Constitución, la dignidad humana en el artículo 1 de la misma carta y la disposición del artículo 94 constitucional conforme a la cual, la enunciación de los derechos contenidos en la Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en esta. Así, conforme lo señala el profesor Chinchilla Herrera (2009, p. 111) “la definición cerrada positivista, de los derechos fundamentales, no da cuenta exacta de cuáles son tales derechos en nuestro ordenamiento jurídico colombiano”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional para el año 2003 presenta un giro respecto al concepto de derechos fundamentales, en el cual supera los criterios tradicionales que había asumido para determinar cuáles derechos se encontraban dentro de dicha categoría, y los cuales correspondían a: i.) Un criterio positivista, o de consagración expresa en la carta, ii.) Un criterio de correspondencia con la realización de principios y valores constitucionales, iii.) Un criterio de aplicación inmediata o protección en sede judicial vía tutela, iv.) Un criterio de núcleo esencial o ámbito necesario e irreductible, y v.) Un criterio de conexidad con derechos fundamentales expresamente consagrados en el texto constitucional.

Este giro de la jurisprudencia constitucional, en palabras de Chinchilla “comporta una redefinición del postulado básico de dignidad de la persona, y una metodología más flexible y creativa para fundamentar e interpretar derechos” (Chinchilla Herrera, 2009, p. 166), lo que se traduce en el reconocimiento de nuevos derechos que carecen de fuente positiva como fundamentales y el carácter de fundamental de ciertos contenidos de derechos que no lo son.

Este nuevo concepto de derecho fundamental, se evidenció en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la Sentencia T-227 de 2003, en la cual la Corte Constitucional sostuvo:

La Corte Constitucional no ha dado una respuesta inequívoca sobre el concepto de derechos fundamentales. Su postura ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. Entre estos dos extremos se han presentado varias posturas teóricas. De la línea dogmática de la Corte Constitucional no es posible establecer un concepto claro y preciso de derecho fundamental. Ello no quiere decir que esta línea deba ser abandonada, sino que exige su sistematización, pues la Constitución no define qué se entiende como derechos fundamentales y, por otro lado, autoriza reconocer como tales, derechos no positivizados. A partir de dicho análisis es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. **Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella**” (Negrita fuera de texto).

Dicho concepto fue iterado en posteriores fallos de la alta Corte⁴, y presenta tres criterios necesarios para determinar cuándo se está frente a un derecho fundamental, a saber, i.) Que el mismo esté consagrado en el texto constitucional, ii.) Que esté dirigido o ayude a la concreción y consecución de la dignidad humana, y iii.) Que sea traducible en derecho subjetivo.

Ahora bien, en la precitada Sentencia, la Corte recoge el concepto de dignidad humana, el cual como se indicó resulta necesario a fin de determinar el carácter fundamental de un derecho; así, el alto tribunal indicó:

La comprensión de la dignidad humana ha partido de tesis naturalistas o esencialistas (dignidad humana hace referencia a condiciones intrínsecas de la persona humana) y se ha movido hacia posturas normativas y funcionales (dignidad humana guarda relación con la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y con “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”).

⁴ Véase al respecto entre otras las Sentencias T-859 de 2003, T-219 de 2005, T-585 de 2003 y T-760 de 2008 entre otras.

A partir de dicho análisis, concluye la Corte Constitucional, es posible recoger la jurisprudencia sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, como valor central del sistema y principio de principios.

El papel del Estado Social de Derecho en los servicios públicos domiciliarios

Previo a establecer las implicaciones que tiene la determinación del Estado Social de Derecho, respecto la condición jurídica de los servicios públicos domiciliarios, resulta pertinente contextualizar dicha forma de Estado. La formulación de la idea del Estado Social de Derecho se debe, señala Carnota (2005), a Hermann Heller, quien, ante la crisis de la democracia y del Estado de Derecho, “sostuvo que la solución estaba en introducir en aquel ‘el momento social’”. Aunado a ello, sostiene el autor, el surgimiento de dicha forma de Estado, se vincula con los fenómenos del *welfare state* y del constitucionalismo social, lo que “implica o significa que al lado de la garantía y afianzamiento de los clásicos derechos civiles y políticos, se va a abastecer al ser humano de derechos económicos y sociales” (p. 3).

En tal sentido, afirma García Pelayo:

El Estado Social de Derecho acoge los valores jurídico - políticos clásicos; pero . . . a tales derechos clásicos añade los derechos sociales y económicos y, en general, los derivados de la procura existencial. Por consiguiente, no sólo incluye derechos para limitar la acción del Estado, sino también derechos a las prestaciones del Estado. (Citado en: Carnota, 2005, p. 3)

Ahora bien, tal como se indicó inicialmente, el régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia se enmarca, por un parte, en el carácter de Social de derecho de nuestro Estado, en el cual, conforme lo señala la Constitución Política, su prestación es inherente a tal finalidad social y se le asigna al Estado el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; por otra parte, aquel régimen jurídico se enmarca en una determinada concepción económica, esto es, en un modelo de libre mercado.

De esta forma, resulta imperioso revisar el impacto que sobre los servicios públicos domiciliarios en la órbita de los derechos fundamentales, tiene la cláusula de Estado Social de Derecho, y las restricciones que frente a los mismos puede presentar el modelo de libre mercado.

La Carta Constitucional, en su artículo 365, al desarrollar el tema de los servicios públicos, dentro de los cuales quedó claro se encuentran como subgénero los servicios

públicos domiciliarios, dio a estos, no la connotación de meros bienes o servicios, sino que los concibió como inherentes a la finalidad social del Estado y como un deber del mismo la garantía de su prestación. Así, enmarcados en el artículo 2 Constitucional, el cual señala como fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y con la claridad presentada por la Corte Constitucional, de entender la dignidad humana, como principio de principios, puede plantearse una estrecha relación entre la garantía de los servicios públicos domiciliarios y la dignidad humana.

Es así como la Corte Constitucional, señaló, tempranamente, en la Sentencia T-571 de 1992, que:

La consideración de la persona humana y de su dignidad es el presupuesto y el elemento esencial del nuevo 'Estado Social de Derecho', razón por la cual el sistema constitucional de derechos y garantías –máxima expresión jurídica de la dignidad de la persona humana– contribuye a darle sentido, contenido y fin a ésta modalidad de Estado.

El carácter «Social de Derecho» de la forma de Estado adoptada por el Constituyente del 91 no resulta, entonces, una mera afirmación retórica o vacía; por el contrario, la misma tiene concreción fáctica, en tanto expresión diáfana de la prevalencia de los derechos fundamentales, los principios y valores constitucionales. Al respecto, en la sentencia T- 540 de 1992, la cual fue iterada en la Sentencia T-270 de 2004, la Corte Constitucional afirmó que al acogerse por parte del constituyente la organización socio política de «Estado Social de Derecho», respecto los servicios públicos, elevó a deber constitucional del Estado suministrar prestaciones a la colectividad. De suerte que, desde la naturaleza social del Estado ha de considerarse a cada ciudadano como un fin en sí mismo, en razón de su dignidad humana y de su derecho a la realización personal dentro de un proyecto comunitario que propugna por la igualdad real de todos los miembros de la sociedad. Lo anterior se traduce en el deber del Estado de sujetarse a un rol evolutivo de mayores prestaciones y mejores servicios al público, según las cambiantes necesidades.

En tal sentido el Consejo de Estado en Sentencia del 21 de febrero de 2007, reconoció la interrelación de los servicios públicos domiciliarios y el rol del Estado Social de Derecho, así:

Por ser los servicios públicos domiciliarios inherentes a la finalidad social del Estado (Arts. 1° y 365 Constitucionales), en tanto contribuyen al mejoramiento de la calidad de vida de los asociados, en los términos de los artículos 2° y 366 de la Carta, su prestación constituye la concreción material y efectiva de la cláusula del Estado Social de Derecho. Esta cláusula se funda en el respeto al postulado de la dignidad humana –valor supremo de toda

Constitución que se afirme democrática– y está erigida a partir de la búsqueda de la igualdad material, esto es, a partir del supuesto conforme al cual, el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (inc. 2° del art. 13 superior).

Dar entonces, el estatus de «Social de Derecho» al Estado, configura a los servicios públicos domiciliarios, por una parte, como un medio para garantizar los fines de este, en tanto determina el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y se traduce en un medio eficaz de gestión pública para dar respuesta a las necesidades sociales, y, por otra parte, como un fin en sí mismo al estar ligado estrechamente a la consecución de la dignidad humana, como principio fundador de esta forma de Estado. Adquieren entonces gran trascendencia los servicios públicos domiciliarios tanto en la órbita de los medios y fines del Estado, pues se traducen en una razón fundamental de este, toda vez que con los mismos se pretenden satisfacer las necesidades más básicas de las personas.

Por otra parte, desde el punto vista económico, el concepto de Estado Social de Derecho tal como lo manifiesta Arias García (2009, p. 77) “pretende reconciliar posturas que parecieran absolutamente incompatibles tales como las favorecedoras de una economía de libre mercado con las defensoras de la intervención del Estado en la economía”.

Bajo tal panorama, se tiene que dentro de la estructura dada al Estado Social de Derecho, se trata de concertar la actividad económica y la iniciativa privada, como reflejo del libre mercado y el derecho a la propiedad y el valor constitucional del interés general, ligado a la dignidad humana. De suerte que, la libre competencia económica y la propiedad, como derechos de tipo social, han de ser ejercidos bajo el entendido del respeto de los principios, valores y derechos constitucionales. Lo anterior se garantiza por medio de la elaboración y aplicación de políticas económicas y sociales, que tiene a cargo el Estado como Regulador.

Es así como, si bien la prestación de los servicios públicos domiciliarios está enfocada en su carácter de servicio, se comporta como una actividad económica y se desarrolla en el ámbito del libre mercado, dada la consagración constitucional precedente. En todo caso, tal actividad, no puede ser considerada exclusivamente como tal, pues los servicios públicos domiciliarios, como se analizará luego se constituyen como efectivos derechos.

Puede concluirse en este punto, que, la cláusula del Estado Social de Derecho, es determinante en el rol que debe desempeñar el Estado, para la consecución y efectividad de los principios y valores constitucionales, por medio de la garantía de los derechos constitucionales.

Los servicios públicos domiciliarios desde la perspectiva de los derechos fundamentales

Dado el carácter de esencial que ostentan los servicios públicos domiciliarios, en tanto, inherentes a la finalidad del Estado, al tener como propósito específico la satisfacción de necesidades básicas de las personas, y estar por ende inescindiblemente ligado a intereses de equidad, justicia social, dignidad humana y calidad de vida, el debate constitucional sobre su categoría jurídica ha sido de trascendencia.

Justamente, a partir de “la esencialidad de los servicios públicos domiciliarios como un medio eficaz para satisfacer necesidades básicas y configurando un instrumento para contrarrestar el desequilibrio económico y por ende la injusticia social” (Cardona Martínez, 2003, p. 85) la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los ha reconocido. Así, la Corte Constitucional en Sentencia C-066 de 1997), adujo:

Los Servicios Públicos Domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupa un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.

En similar sentido, se pronunció la Corte con posterioridad en la Sentencia C-1371 de 2000, resaltando el propósito que tuvo el Constituyente al establecerlos como una actividad inherente a la finalidad del Estado Social de Derecho así:

con el fin de facilitar su acceso a todos los habitantes del territorio colombiano, de manera que, puedan alcanzar una entera satisfacción de las necesidades mínimas consustanciales a la condición humana, como ocurre con la salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable proporcionando un bienestar general, acompañado de un mejoramiento de la calidad de vida nacional.

Particularmente, respecto el servicio público domiciliario de acueducto, la Corte ha reconocido su fundamentabilidad. Sobre este punto resulta de gran envergadura el análisis presentado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-546 de 2009, en la cual expuso:

La Corte Constitucional ha resaltado que la satisfacción de la necesidad básica de agua potable es un objetivo fundamental, debido a que la supervivencia del ser humano está indisolublemente ligada a la posibilidad de gozar de ella. En ese sentido el agua potable, en cualquiera de sus estados, es un recurso natural insustituible, y al mismo tiempo es

condición de posibilidad para el disfrute de otros derechos como la vida, la salud y la dignidad humana. En ese sentido el agua potable, en cualquiera de sus estados, es un recurso natural insustituible, y al mismo tiempo es condición de posibilidad para el disfrute de otros derechos como la vida, la salud y la dignidad humana.

Pues bien, cuando el agua potable se destina al consumo humano adquiere carácter de derecho fundamental y es susceptible de protección mediante tutela, dado que sin ella se ponen en serio riesgo los derechos a la vida, la salud y la dignidad de las persona. . . . '[e]n principio, el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art. 11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal [puede] ser objeto de protección a través de la acción de tutela'.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional, aún no ha catalogado los servicios públicos domiciliarios como “derechos fundamentales *per se*”, sino que ha limitado su aplicación como tales al criterio de conexidad con derechos que sí tienen dicha categoría, tales como la vida, la salud, y a la dignidad humana. En tal sentido la Corte Constitucional señaló en Sentencia T-334 de 2001, que si bien es viable la procedencia de la tutela para proteger los derechos de los usuarios de servicios públicos domiciliarios ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

Esa protección se ha supeditado a la conexidad entre tales derechos y derechos fundamentales pues de lo contrario se estaría extendiendo el amparo a situaciones que no implican vulneración de derechos de tal índole y se estarían desconociendo los mecanismos legales y administrativos previstos para protegerlos.

Adicional al criterio de conexidad, la Corte Constitucional ha presentado varios criterios para determinar la fundamentabilidad de los servicios públicos domiciliarios, a saber: i.) Cuando las personas afectadas por esa medida sean sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de los menores y las personas de la tercera edad, ii.) Cuando se trate de establecimientos constitucionalmente protegidos en atención al servicio que prestan y las condiciones de vulnerabilidad e indefensión de sus usuarios, tales como los establecimientos penitenciarios y carcelarios, las escuelas, los centros hospitalarios y los geriátricos, iii.) Cuando esté debidamente acreditado que se trata de usuarios que carecen de recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio, y iv.) Cuando se constate que el accionante no realizó conexiones fraudulentas a las redes de suministro.

Respecto el primer criterio, pueden tomarse como referencia las Sentencias T-546 de 2009 y T-270 de 2007. En el primer fallo, la Corte analizó si la suspensión del servicio de agua

potable por no pago vulneraba derechos fundamentales a la salud y la vida digna de una familia de estrato uno compuesta por dos menores y sus padres; al respecto la Corte consideró:

Sí fue violado el derecho fundamental al suministro de agua potable, a la vida y a la salud de los niños que habitan en la casa de la tutelante, razón por la cual en casos similares al presente le corresponde a las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios garantizar una protección real y efectiva de los mismos, mediante la celebración de acuerdos de pago con plazos amplios y cuotas flexibles que les permitan a los usuarios de escasos recursos y pertenecientes a estratos bajos de la población, la satisfacción de las obligaciones causadas por el consumo de agua potable, todo ello en procura de la consecución de un desarrollo pleno y armónico de los menores. Pero, si aún de éste modo, el usuario de servicios públicos incumple con sus obligaciones legítimamente contraídas, en el número consecutivo de veces que fije la ley, y ello se debe a una imposibilidad probada e imprevista de cumplir con ellas, no puede cortarse totalmente el suministro de agua potable cuando en el domicilio viven niños, pues en ese caso lo procedente sería suspender la forma de prestar el servicio público de modo que se les garanticen cantidades mínimas básicas e indispensables de agua potable, para vivir sana y dignamente.

En igual sentido, en la Sentencia T-270 de 2007, la Corte amparó los derechos fundamentales de una mujer a quien las Empresas Públicas de Medellín le había suspendido los servicios de agua y energía por incumplimiento en el pago, en tanto esta requería de su prestación para la realización de sesiones diarias de diálisis peritoneal, y la accionante presentaba una precaria situación económica lo que le impedía asumir el pago de los servicios públicos domiciliarios. En dicha sentencia, y sobre el particular la Corte señaló:

Como quiera que de no recibir la prestación de los dos servicios públicos a que se ha hecho referencia, se afecta ostensiblemente la vida de la señora Flor Enid Jiménez de Correa en las más elementales condiciones de dignidad e incluso se pone en serio peligro su subsistencia; la Sala de Revisión encuentra que al hacer una interpretación sistemática de las normas constitucionales aplicables al caso, es decir, en aplicación directa de la Constitución, en este caso concreto, no es posible suspenderle la prestación de los mismos, debido a la mora en el pago de la contraprestación económica, y existen razones suficientes para que la Corte Constitucional ampare los derechos fundamentales de la peticionaria, a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En cuanto al segundo criterio señalado, en Sentencia T-881 de 2002, con relación a la suspensión del servicio de electricidad de un establecimiento carcelario, la Corte señaló:

La Vulneración al derecho fundamental a la dignidad humana (en el ámbito de las condiciones especiales de existencia), derecho a su vez vinculado al derecho a la vida en

condiciones dignas, y al derecho fundamental al ambiente sano, invocado; se concreta en la penosa situación de los actores quienes en algunos días del mes, durante las horas del racionamiento, se han visto privados de la posibilidad de suministro de agua potable, les resulta entorpecida la posibilidad de la alimentación en las condiciones ordinarias del penal y se les ha hecho imposible disfrutar de los abanicos o ventiladores.

Para la Sala es evidente la existencia de una estrecha relación entre la posibilidad del goce efectivo del derecho a la dignidad humana y la prestación ininterrumpida del servicio de suministro de energía eléctrica al centro penitenciario como bien constitucionalmente protegido.

Resulta preciso resaltar que en dicho fallo, la Corte no limitó tal interpretación a los establecimientos carcelarios y la hizo extensiva a todos los establecimientos constitucionalmente protegidos tales como hospitales, acueductos, sistemas de seguridad, establecimientos de seguridad terrestre y aérea, comunicaciones, entre otros.

Por su parte en lo que al tercer criterio se refiere, en la Sentencia T-546 de 2009, la Corte afirmó que si bien, las Empresas de Servicios Públicos están en el legítimo derecho de realizar el cobro de las tarifas como contraprestaciones por los servicios suministrados y resulta razonable pensar que una prohibición categórica de suspender los servicios públicos a los domicilios de las personas pertenecientes a estratos socioeconómicos bajos de la población, cuando se esté frente a sujetos de protección especial podría promover una cultura del no pago, no en todo caso de incumplimiento en el pago es posible suspender la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y al respecto señaló:

Si el incumplimiento es involuntario u obedece a una fuerza insuperable; si, además, el domicilio a que se destinan está habitado por personas que merecen una especial protección constitucional; si el servicio es de aquellos indispensables para garantizar otros derechos fundamentales como la vida, la igualdad, la dignidad o la salud; y si, por último, se dan las condiciones establecidas en la ley para la suspensión, lo que debe suspenderse es la forma de prestar el servicio público. Es decir, debe cambiar la forma en que se suministra el servicio y ofrecerle al destinatario final unas cantidades mínimas básicas e indispensables, en este caso, de agua potable.

Así pues, las empresas de servicios públicos domiciliarios deben abstenerse de suspender el suministro de dichos servicios, en caso de incumplimiento en el pago, cuando esté acreditado que se trata de usuarios que carecen de recursos económicos para cubrir el costo de los servicios. Ahora bien en cuanto a la acreditación de la incapacidad de pago, al Corte ha acudido en sede de tutela al criterio de dar validez a las afirmaciones indefinidas

presentadas por los accionantes, trasladando la carga de la prueba a la empresa de servicios públicos domiciliarios⁵.

Finalmente en lo atinente al último criterio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que en los casos en que ha mediado una conexión fraudulenta para obtener el suministro de los servicios públicos domiciliarios que se reclaman vía tutela, la protección constitucional no es procedente. Así lo reseñó en la Sentencia T-546 de 2009 *ibídem*, al encontrar probado que existió fraude en la conexión, por lo cual denegó el amparo constitucional, señalando:

Con todo, tras advertir la Corte que, en el caso concreto, la casa de la tutelante fue reconectada ilegalmente al acueducto, se vio imposibilitada para impartir una orden que suponga la protección de los derechos, pues en ese caso estaría materialmente convalidando una actuación contraria a la Carta, la ley y los intereses de los demás usuarios de servicios públicos. Ese es el motivo determinante para negar la protección solicitada.

De la jurisprudencia reseñada puede evidenciarse la marcada referencia a la dignidad humana como valor central del Estado Social, y como concepto transversal para catalogar los servicios públicos domiciliarios como derechos fundamentales, especialmente los de acueducto, alcantarillado y electricidad, lo cual va de la mano del nuevo concepto de derecho fundamental, desarrollado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-227 de 2003.

Consideraciones finales

La problemática de entender los servicios públicos domiciliarios como derechos fundamentales

La problemática de asumir los servicios públicos domiciliarios como derechos fundamentales, se origina principalmente en la naturaleza de los mismos y en el marco económico en que se han desarrollado.

El primer problema está ligado a la naturaleza de «servicio» de los servicios públicos domiciliarios. Esta consiste en la dificultad de entender en un sentido global un servicio de carácter prestacional como un derecho, que sin embargo, no resulta ilógico si se tiene en cuenta que en similar escenario se desarrolló el debate frente al derecho a la salud, el cual pese a consagrarse como un servicio dentro de la Ley 100 de 1993, a través del tiempo ha adquirido el carácter de derecho dentro de la jurisprudencia y la doctrina constitucional.

⁵ Sobre el particular ver la Sentencia T-614 de 2010.

Aunado a la dificultad de definir los Servicios Públicos como un derechos, máxime como fundamentales, se presenta la disyuntiva entre la «universalidad» de los derechos fundamentales “está tomada en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares”, como afirma Ferrajoli (2001, p. 46), y la «singularidad» de los Servicios Públicos Domiciliarios, frente a los cuales se presenta un titular determinado en cada caso concreto.

Un segundo problema y quizás el de mayor envergadura, es el que se circunscribe el carácter de indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos que ostentan los derechos fundamentales, características estas que los sustraen de la esfera de discusión política y económica, siendo esto contrario al caso de los Servicios Públicos Domiciliarios, los cuales se desarrollan en la órbita del mercado y los actos de tipo negocial, y que los supedita a condiciones de disponibilidad y limitación.

Los servicios públicos domiciliarios como derechos fundamentales

Como se expuso en los acápites iniciales, el propósito del presente artículo es presentar un examen sobre los servicios públicos domiciliarios desde la perspectiva de los derechos fundamentales a fin de determinar si dentro del ordenamiento jurídico colombiano pueden entenderse estos como derechos fundamentales o no. Así una vez desarrollado el marco conceptual, como precede, debe determinarse si los servicios públicos domiciliarios pertenecen a la categoría de los derechos fundamentales.

Tal como se determinó previamente, dentro de la doctrina constitucional, habrá de entenderse como fundamental, “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo” (T-227, 2003), definición a la luz de la cual habrá de analizarse la fundamentabilidad de los servicios públicos domiciliarios.

A fin de determinar la fundamentabilidad o no de los servicios públicos domiciliarios, por fines prácticos y metodológicos, se analizará inicialmente si los mismos se traducen en Derechos Subjetivos, posteriormente se estudiará su integración como derechos constitucionales y, finalmente, su relación directa con la consecución de la dignidad humana.

Sobre el comportamiento de los servicios públicos domiciliarios como derechos subjetivos, entendiendo estos últimos, tal como se ha abordado al definir los derechos fundamentales, conforme el criterio presentado por Ferrajoli (2001, 59), como expectativas de prestaciones o de no lesiones atribuidas a un sujeto (titular) por una norma jurídica, y los deberes

correspondientes (sujeto obligado) que constituyen las garantías de estos (objeto), puede afirmarse que de los servicios públicos domiciliarios, se pueden predicar todos los elementos que comporta un derecho subjetivo, esto es, un titular determinado, un sujeto obligado y un objeto identificable, tal como pasa a establecerse.

Los titulares de la expectativa o derecho son aquellos sujetos a los cuales el texto constitucional, en particular en los artículos 365 (todos los habitantes del territorio nacional), 366 (población) y 369 (usuarios) de la Constitución Política, les ha reconocido una pretensión o un derecho en sentido estricto y que, en tal sentido, se presentan en un plano de universalidad.

Por correspondencia de las mismas normas citadas, los sujetos obligados a la satisfacción de dichas prestaciones o derechos son el Estado (artículos 365 y 366) y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en la relación empresa – usuario (artículo 369).

De igual forma se encuentra determinado el objeto de protección, el cual es la consecución de una prestación eficiente y de calidad de los servicios públicos domiciliarios.

Si bien, sobre este aspecto podrían aducirse inconvenientes en cuanto a la indeterminación de las obligaciones a cargo del sujeto obligado, tratándose de un derecho prestacional, cabe precisar que dicha dificultad, tal como lo señaló la Corte Constitucional, es propia de todas las normas de rango constitucional. Sobre tal punto la Corte en Sentencia T-701 de 2009 dijo:

Esta dificultad es propia de todas las normas de raigambre constitucional por el nivel de generalidad del orden jurídico constitucional y la vaguedad del lenguaje característico que se utiliza en este tipo de normas, y es que, tal como se pregunta la Corte “¿Qué debe entenderse por igualdad? o ¿Qué es libre desarrollo de la personalidad? A pesar de ello, ‘la existencia de esta dificultad jamás ha llevado a la afirmación de que los derechos civiles no sean derechos, o no sean exigibles judicialmente sino más bien la tarea de especificación de su contenido y límites, a partir de distintos procedimientos de afinamiento de su significado –principalmente la reglamentación legislativa y administrativa, la jurisprudencia y la dogmática jurídica’⁶.

⁶ Si bien en el fallo de la referencia, la Corte revisó la procedencia de la acción de tutela, para determinar si la Empresa Proactiva Aguas de Montería S.A. vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana, la igualdad y al debido proceso de la señora María Elena Guerra Torres al cobrarle una determinada suma de dinero por concepto del servicio de acueducto y alcantarillado, aseo y parques, correspondiente a 105 facturas dejadas de pagar, bajo el argumento de la ruptura de la solidaridad entre el arrendador y el arrendatario en materia de servicios públicos domiciliarios; declarando la misma improcedente al considerar que existía otro mecanismo de protección respecto el acceso a los servicios públicos domiciliarios; al desplegar las

Ahora bien, en torno al carácter de derecho constitucional, de los argumentos presentados a lo largo de este artículo se colige de forma clara que los Servicios Domiciliarios ostentan dicho estatus, pues fueron determinados expresamente dentro de la Carta Política, en particular en el Capítulo 5 del Título XII, a ello se suma la regla fijada en el artículo 94 constitucional, la cual, como ya se mencionó inicialmente, consagra que, la enunciación de los derechos contenidos en la Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en esta, lo que permite con mayor seguridad afirmar que, al estar relacionados estrechamente los servicios públicos domiciliarios con la consecución de la dignidad humana, como se verá, resultan inherentes a las personas y por ende resultan derechos constitucionales.

Finalmente, resulta necesario examinar el grado de importancia que tienen los servicios públicos domiciliarios, para la consecución o el logro de la dignidad humana. De la definición del concepto dada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-227 de 2003, en tanto valor central del sistema y principio de principios, fundante del Estado Social de Derecho, se concluye que este hace referencia a tres ámbitos esenciales: i.) La posibilidad de determinar un plan de vida, ii.) Contar con la garantía de satisfacción de condiciones mínimas materiales de existencia, y, iii.) Tener la posibilidad de inclusión social.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-389 de 2002, “el contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer las necesidades básicas esenciales de las personas”. De suerte que, al estar la prestación de los servicios públicos domiciliarios dirigida a la satisfacción de necesidades básicas, con ello se pretende garantizar las mínimas condiciones para la existencia de las personas, acorde a la dignidad humana.

En tal sentido la Corte Constitucional en Sentencia T-1104 de 2005, reconoció la estrecha relación que existe entre la dignidad humana y la prestación de los servicios públicos domiciliarios, frente a lo cual manifestó:

La dignidad humana, concepto normativo de carácter fundamental, se relaciona estrechamente con la garantía de las condiciones materiales de existencia y dentro de ésta garantía se debe incluir, sin duda alguna, la prestación de los servicios públicos esenciales y, entre ellos, el de acueducto. Así pues, la falta de prestación de éste servicio también está

consideraciones para resolver el asunto, estableció que el derecho al acceso a los servicios públicos domiciliarios como un derecho subjetivo.

llamada a constituir una posible violación del derecho que tienen todas las personas a vivir una vida digna.

Del anterior análisis puede concluirse que los servicios públicos domiciliarios, como derechos subjetivos, que corresponden a instrumentos necesarios para la satisfacción de necesidades básicas del individuo, esto es, dirigidos a la consecución de la dignidad como imperativo categórico de la condición humana, adquieren ineluctablemente la categoría de derechos fundamentales.

Una vez determinada la fundamentabilidad de los servicios públicos domiciliarios, persiste el segundo problema planteado. Al respecto resulta necesario precisar, que tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, particularmente la Sentencia C-821, 2005, en un Estado Social de Derecho no puede hablarse de derechos absolutos, pues:

el absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juridicidad, y, si se trata de un derecho subjetivo, tratarlo como absoluto es convertirlo en un antiderecho, pues ese sólo concepto implica la posibilidad antijurídica del atropello de los derechos de los otros y a los de la misma sociedad.

De suerte que, tal como el derecho al trabajo, el derecho a la educación e incluso, el derecho al acceso a la administración de justicia, se ven en ocasiones limitados y supeditados a regímenes económicos. Por tanto, el hecho de que los servicios públicos domiciliarios, desde su órbita prestacional, se consideren como una actividad económica, dentro de un modelo de libre mercado, ello no obsta para reconocerlos como efectivos derechos fundamentales. Lo anterior debiendo ser así, máxime cuando al enmarcarse el ordenamiento jurídico colombiano en un modelo «Social de Derecho», el mismo debe estar soportado, precisamente, en los derechos y no en un modelo económico.

Referencias

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Arias García, F. (2009). La consideración de los servicios públicos domiciliarios como actividad económica bajo el clausulado del Estado Social de Derecho. *Principia Iuris*, (10), pp. 76-102
- Cardona Martínez, G. (2003). Servicios públicos domiciliarios. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB*, (103), pp.73-124.

- Carnota, W. F. (2005). *Instituciones de derecho político*. Buenos Aires, Argentina: La ley.
- Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Chinchilla Herrera, T. E. (2009). *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales*. Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2001). *Estudio de teoría constitucional*. México: Doctrina jurídica contemporánea.
- Hernández, M. D. (1997). *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Marienhoff, M. S. (1982). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Molina Torres, J. A. (1998). *Régimen de los servicios públicos domiciliarios*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.
- Palacios Mejía, H. (1999). *El derecho de los servicios públicos*. Bogotá: Ediciones derecho vigente.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2000). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.
- Serna Quintero, J. R., & Correa Rendón, L. E. (2003). La función normativa de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios. *Revista Estudios de Derecho*, 61 (13), pp. 31-57.
- Suárez Tamayo, D. (2009). Seminario de actualización de servicios públicos domiciliarios. *Seminario de actualización de servicios públicos domiciliarios* (pág. 1). Medellín: Universidad de Antioquia.
- Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo*. España: Ediciones Aguilar.