

“SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS”: UNA REINTERPRETACIÓN CON BASE EN EL “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD”*

*Julián Daniel López-Murcia***
*Johann Schonberger-Tibocha****

RESUMEN

Este artículo es producto del proyecto La economía en los derechos humanos de la línea Globalización y desarrollo del derecho internacional del grupo de investigación Centro de Estudios de Derecho Internacional y Derecho Global “Francisco Suárez S.J.” (reconocido por Colciencias con categoría “A”). Los autores investigaron la delimitación de la categoría “servicios públicos domiciliarios” de la Constitución colombiana, tema problemático, porque su indeterminación posibilita la disminución de la garantía de los DESC en Colombia, en la medida en que el legislador disminuya el ámbito de aplicación de las normas constitucionales relacionadas con este tipo de servicios a través del desconocimiento del carácter de servicio público domiciliario de un servicio que así debería considerarse. De la investigación, concluyeron que (i) las delimitaciones de la categoría en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la doctrina son insuficientes para identificar los servicios que, obligatoriamente, deben considerarse “servicios públicos domiciliarios”; (ii) que en ninguna se ha hecho una interpretación sistemática de la Constitución, ni se

Fecha de recepción: Septiembre 9 de 2008
Fecha de aceptación: Noviembre 14 de 2008

-
- * Los autores agradecen los comentarios y observaciones sobre las implicaciones prácticas de la tesis del artículo hechos por Néstor Fernando López Murcia. La responsabilidad por el contenido del artículo es exclusiva de los autores.
 - ** Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional “Francisco Suárez S.J.” y profesor investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Asesor externo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Ex abogado de la firma Estudios Palacios Lleras S.A. Magíster en Derecho Económico (becado por excelencia académica) y abogado (graduado con honores) de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: lopez.j@javeriana.edu.co
 - *** Abogado (graduado con honores) y especialista en derecho tributario (graduado con honores) de la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Internacional “Francisco Suárez S.J.”. Contacto: johann.schonberger@gmail.com

ha aplicado el bloque de constitucionalidad y (iii) que al hacer una interpretación sistemática y al aplicar el bloque de constitucionalidad, la categoría queda referida a los servicios que, de acuerdo con la Observación General 4 del Comité de DESC, hacen parte del contenido del “derecho a una vivienda digna”, que debe ser respetado por el legislador colombiano.

Palabras clave: bloque de constitucionalidad, derechos económicos sociales y culturales, servicios públicos domiciliarios, derecho a una vivienda digna, derecho a una vivienda adecuada.

“SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS”: A REINTERPRETATION FROM THE “CONSTITUTIONALITY BLOCK”

ABSTRACT

This Research is the result of the project “La economía en los derechos humanos” of the line Globalización y desarrollo del derecho internacional, of the group of investigation Centro de Estudios de Derecho Internacional y Derecho Global “Francisco Suárez S.J.” (acknowledged by Colciencias –A category–). The authors carried out a research about the delimitation of the category “servicios públicos domiciliarios” in Colombian Constitution, which is a problematic issue as long as the indetermination of that category constitute an empty space appropriated for the reduction of Economic, Social and Cultural Rights in Colombia, in the sense that legislator can reduce the application of constitutional rules related with that category through ignoring the “servicio público domiciliario” nature of an specific service that should be considered in that way. From this research the authors concluded that (i) delimitation of that category in the jurisprudence of the Constitutional Court and in the settled view amongst academics, are not enough for identifying the utilities that must be mandatorily considered as a “servicio público domiciliario”, (ii) none of those approaches have been done with a “systematic interpretation” of the Constitution, nor taking into account the concept of “constitutionality block” and (iii) through the application of a “systematic interpretation” of the Constitution and the concept of “constitutionality block”, the definition of the category will be referred to the public utilities that, according to the CESCR General Comment No. 4, belong to the content of the right to adequate housing, which must be obeyed by the Colombian Legislator.

Key words: *constitutionality block, economic social and cultural rights, public utilities, right to adequate housing.*

INTRODUCCIÓN

En la Colombia de los años ochenta, la prestación de los servicios de agua potable, saneamiento básico, telecomunicaciones y energía eléctrica, en general, se encontraba en un círculo vicioso. El sector se caracterizaba por lo que los economistas identifican como un “equilibrio económico de bajo nivel”. La mayoría

de las empresas tenía tarifas insuficientes para la recuperación de los costos de prestación, lo que imposibilitaba contar con los recursos necesarios para mejorar su calidad, por lo cual, los usuarios –los ya conectados– no estaban dispuestos a aceptar alzas en las tarifas y todo esto tenía como efecto que fuera “financieramente inviable” ampliar la cobertura de dichos servicios a la parte más pobre de la población¹.

Lo anterior explica por qué los constituyentes colombianos de 1991 les destinaron casi todo un capítulo a los “servicios públicos domiciliarios”² (en adelante SPD), fijando unas reglas muy específicas para su prestación, dentro de las cuales se destacan, por los efectos positivos que han tenido en relación con la accesibilidad y la calidad de los SPD en los últimos 14 años, las relativas a la apertura del sector a los prestadores privados (fenómeno distinto de la “privatización” de activos estatales) y el reconocimiento de los costos de prestación en el régimen tarifario.

Sin embargo, la categoría “servicios públicos domiciliarios” no fue definida de manera “directa” en los artículos de la Constitución. La aparente falta de definición resulta problemática en la medida en que el legislador colombiano interprete que tiene la capacidad de determinar de manera arbitraria cuáles servicios públicos son domiciliarios y cuáles no³, con lo cual podría dejar inane la normativa constitucional sobre la materia, causando la desprotección de la población en relación con el acceso y la calidad de dichos servicios y, por tanto, de sus derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC). Esta no es una hipótesis lejana. Por el contrario, en el último año se han presentado varios proyectos de ley que excluyen de la categoría “servicios públicos domiciliarios” a servicios así considerados actualmente, especialmente, a la telefonía fija⁴.

1 Económica Consultores, *Impacto sectorial de los diez años de la legislación marco de servicios públicos domiciliarios en Colombia*, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Bogotá, 2004, p. 16.

2 El “capítulo V. De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”, del “título XII. Del régimen económico y de la hacienda pública”.

3 Como señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-035 del 2003, el legislador nunca ha precisado cuáles son las características que permiten identificar los SPD, sino que, simplemente, ha señalado taxativamente los servicios que considera “servicios públicos domiciliarios”. El artículo 1º de la Ley 142 de 1994 se limita a establecer que esta “se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente ley, y a las actividades complementarias definidas en el capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta ley”.

4 Por ejemplo: el proyecto de Ley 195-07 del Senado: “Por medio del cual se dictan normas en materia de integraciones y prácticas restrictivas de la competencia”; el proyecto de Ley 112-07 C “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones, TIC, en Colombia, se crea la agencia nacional de espectro y se dictan otras disposiciones” o el proyecto de Ley 269-08 C “Por la cual se dictan disposiciones tendientes a la protección de los suscriptores y/o usuarios de los servicios de telecomunicaciones”.

Frente a la falta de delimitación “directa” de la categoría, la Corte Constitucional (en adelante la Corte) ha señalado el contenido de la categoría SPD, a partir de construcciones “circulares” con las condiciones de prestación a las que obliga la Constitución en relación con estos servicios, o ha hecho remisiones a las normas con fuerza de ley que regulan la materia, por lo cual, los pronunciamientos de la Corte son insuficientes para la identificación del “contenido mínimo” de la categoría, además de ser, en no pocos casos, inapropiados frente a avances tecnológicos como el fenómeno de la convergencia en las telecomunicaciones y a la importancia de las soluciones alternativas que se utilizan en las zonas rurales.

En este escenario, el propósito de este artículo es analizar la delimitación de la categoría “servicios públicos domiciliarios” con el fin de superar las actuales ambigüedades para la determinación de los servicios que hacen parte, obligatoriamente –como mínimo–, de la categoría “servicios públicos domiciliarios”.

METODOLOGÍA

Este artículo es un producto del proyecto “La economía en los derechos humanos”, de la línea Globalización y desarrollo del derecho internacional del grupo de investigación Centro de Estudios de Derecho Internacional y Derecho Global Francisco Suárez S.J., de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y fue desarrollado con la colaboración en la búsqueda de información de la estudiante María Paz Mejía Londoño. Su desarrollo tuvo cinco fases: (i) revisión de los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la categoría “servicios públicos domiciliarios”; (ii) revisión de las aproximaciones a dicha categoría de los autores más reconocidos; (iii) determinación de las relaciones de la categoría “servicios públicos domiciliarios” con el resto de la Constitución, verbigracia, con los fines esenciales del Estado y con el derecho a una vivienda digna y el derecho a la salud, para llevar a cabo su “interpretación sistemática”; (iv) revisión del desarrollo del “bloque de constitucionalidad” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en particular, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC); (v) determinación de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia que, de acuerdo con dicha “interpretación sistemática” y con el “principio de favorabilidad” son aplicables para la determinación del contenido de la categoría “servicios públicos domiciliarios”; y finalmente, (vi) análisis de las consecuencias de la aplicación completa de dichas disposiciones internacionales, como las ha desarrollado su intérprete autorizado.

I. LA CATEGORÍA “SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS”: DELIMITACIONES CIRCULARES CON BASE EN LAS CONDICIONES DE PRESTACIÓN QUE SEÑALA LA CONSTITUCIÓN

1.1. La categoría “servicios públicos domiciliarios” en las sentencias de la Corte Constitucional

Casi desde el inicio de sus labores la Corte se ha dado a la tarea de señalar las características de los SPD. La primera y más importante referencia que encontramos está en la sentencia T-578 de 1992. Dicha sentencia es muy interesante, porque la Corte entiende que el análisis de los temas relativos a los SPD debe partir de las obligaciones del Estado colombiano relativas a los DESC, refiriéndose de manera específica a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Protocolo de San Salvador.

Sin embargo, cuando la Corte entra a llenar la categoría “servicio público” no acude al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ejemplo, al concepto de “servicios esenciales” de las decisiones de la OIT, sino que se remite al artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con el cual:

“... Para este efecto se considera como 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”.

Ahora bien, específicamente, sobre la categoría “servicios públicos domiciliarios”, en dicha sentencia señaló:

“Se consagra en esta disposición una categoría especial de servicios públicos, los llamados “domiciliarios”, que son 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.”

Son características relevantes para la determinación del servicio público domiciliario las siguientes, a partir de un criterio finalista:

a) El servicio público domiciliario –de conformidad con el artículo 365 de la Constitución–, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios.

b) El servicio público domiciliario tiene un “punto terminal” que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario “la persona que usa ciertos servicios, es decir, quien disfruta el uso de cierta cosa”.

c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir, en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna.

Igualmente no es derecho constitucional fundamental cuando el suministro de agua esté destinado a la explotación agropecuaria, casos en los que se trata del establecimiento de una servidumbre de acueducto de carácter privado cuya consagración es eminentemente legal y no constitucional.

En concordancia con los artículos 365 y 367 de la Constitución, se concluye, en primer lugar, que el servicio público es el género y el servicio público domiciliario es especie de aquel. Y en segundo lugar, se concluye entonces que el acueducto es un servicio público domiciliario.

Así pues, la conexión de redes de acueducto y alcantarillado en un predio que lo habilite para ser ocupado posteriormente por las personas, no cumple con el tercer requisito relacionado con la satisfacción inmediata de las necesidades, ya que si bien se trata de un servicio público domiciliario (servicio de agua), su limitación o el incumplimiento en la prestación del servicio por el Estado, los particulares o las comunidades organizadas no constituye vulneración o amenaza de un derecho constitucional fundamental por no encontrarse vinculada directamente la persona, el ser humano, sino la persona jurídica que contrató.

La opinión pública cuestiona diariamente la ineficiente prestación de los servicios públicos, especialmente de los llamados domiciliarios, pues revelan la importancia que tienen para la paz social el acceso a ellos de todos los colombianos como una obligación del Estado.

Lo anterior impone que el papel del Estado moderno se centre en la obligación de ser el motor del desarrollo social, y de procurar a las gentes, en forma igualitaria, que puedan tener las condiciones para llevar una vida digna, que, en nuestro caso, se traduce en la superación de la desigualdad y el atraso. No hay duda de que una de las expresiones de esa nueva forma de ser del Estado se concreta en la prestación de los servicios públicos”.

En relación con esta delimitación de los SPD, la más reiterada en la jurisprudencia de la Corte⁵, es posible afirmar que es “incompleta” y “circular”:

5 Entre otras, en las sentencias C-205 de 1995, C-253 de 1996, C-585 de 1995, T-730 del 2002, C-035 del 2003, C-041 del 2003, C-075 del 2006 y T-408 del 2008.

(i) “Incompleta” en dos sentidos, (i) no incluye cuáles son las “necesidades esenciales de las personas” a las que se refiere, a diferencia de la delimitación que explicaremos en el siguiente capítulo de este artículo basada en el bloque de constitucionalidad y (ii) restringe la categoría de los SPD a los servicios que se prestan a través de redes, desconociendo las soluciones alternativas⁶ a las necesidades de una vivienda digna como las que, con mucha frecuencia, se tienen que utilizar en las zonas rurales.

(ii) “Circular”, en la medida en que toma las normas que regulan las condiciones en que se deben prestar los servicios que sean considerados SPD para de ellas derivar las características de este tipo de servicios, en vez de identificar primero los SPD, para aplicarles luego dichas condiciones. Lo anterior, en particular, en cuanto a los apartes de la delimitación que se basan en los artículos 365 (prestadores autorizados de servicios públicos), 367 (relación género-especie entre los servicios públicos y los servicios públicos domiciliarios) y 368 (concepto de necesidades básicas) de la Constitución.

Con posterioridad a la sentencia T-578 de 1992, en la sentencia T-306 de 1994, la Corte determinó que el suministro de agua potable era un servicio público domiciliario, porque así estaba dispuesto en el Decreto-Ley 1842 de 1991. La Corte planteó su análisis en los siguientes términos:

“El suministro de agua potable es un servicio público domiciliario –los cuales según se entiende de lo dispuesto en el Decreto-Ley 1842 de 1991, son los de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, telefonía local y telefonía de larga distancia nacional e internacional, recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos y gas natural domiciliario–, cuya adecuada, completa y permanente prestación resulta indispensable para la vida y la salud de las personas y por ende, cumplen la finalidad de satisfacer sus necesidades esenciales.”

Sobre este pronunciamiento de la Corte puede advertirse que no retoma completamente las características de los “servicios públicos domiciliarios” señaladas en la sentencia T-578 de 1992, ya que prefiere acudir al Decreto-Ley 1842 de 1991. Sin embargo, vale la pena rescatar que reconoce que la adecuada, completa y permanente prestación del servicio de agua potable resulta indispensable para el disfrute de la vida y la salud de las personas.

Al año siguiente, de manera confusa, en la C-242 de 1997, la Corte entiende por “servicios públicos domiciliarios” así:

⁶ Como el uso de un pozo séptico.

“(…) debe existir un cuerpo normativo general de orden legal destinado a regular jurídicamente las actividades tendientes a suministrar los servicios públicos domiciliarios, es decir, aquellos que “... cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”. Sentencia T-528 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, en forma eficiente, continua y con igualdad de oportunidades con el fin de promover la prosperidad de la comunidad y establecer los parámetros generales de intervención para la supervigilancia de dicha prestación.”

De ese mismo año, cabe destacar el análisis del carácter “domiciliario” que hizo la Corte en la sentencia C-493 de 1997, retomado en la sentencia C-035 del 2003, en los siguientes términos:

“Lo domiciliario es, según el Diccionario de la Real Academia Española, lo ‘perteneciente al domicilio’ o lo que ‘se ejecuta y se cumple en el domicilio del interesado’, acepciones estas que sin perjuicio de la finalidad de los servicios públicos domiciliarios que es la satisfacción concreta de necesidades personales, sugieren una vinculación de los mentados servicios con el inmueble, aspecto que contribuye a explicar por qué el propietario puede ser llamado a responder aun cuando no sea consumidor directo y por qué existe también una solidaridad en los derechos, por cuya virtud los consumidores directos, así no sean propietarios, están habilitados para exigir que el servicio les sea prestado eficientemente o que la empresa prestadora repare un daño que se haya presentado”.

Posteriormente, en la sentencia C-389 del 2002, la Corte de nuevo tomó como características de los SPD las condiciones de prestación a las que obliga la Constitución:

“De los postulados consagrados en los artículos 365 a 370 de la Constitución, pueden deducirse estas características en relación con los servicios públicos: tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente; constituyen un asunto de Estado y, por lo tanto, pertenecen a la órbita de lo público, de ahí que deben ser prestados a todos los habitantes; su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; por razones de soberanía o de interés social el Estado puede reservarse su prestación previa indemnización a quienes queden privados del ejercicio de esta actividad; su prestación es descentralizada pues descansa fundamentalmente en las entidades territoriales; y, finalmente el pago de los subsidios a los estratos pobres involucra recursos de la Nación y de las entidades territoriales”.⁷

En general, los pronunciamientos de la Corte Constitucional son insuficientes para identificar como “domiciliario” un servicio que no ha sido clasificado como

⁷ En la sentencia C-353 del 2006 se lleva a cabo una aproximación muy similar a la de la sentencia C-389 del 2002.

tal en la ley. No permiten establecer un contenido claro que el legislador pueda identificar y respetar, de modo que no pueda ir sacando servicio por servicio de la categoría SPD para no tener que cumplir con todas las condiciones de prestación a las que obliga la Constitución, por ejemplo, excluyendo a la telefonía fija de los SPD para que no esté bajo la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (artículo 370 de la Constitución) y para que los usuarios de dicho servicio no tengan la protección especial de los usuarios de los SPD.

De otro lado, su fundamento jurídico es bastante discutible por dos razones: (i) no son fruto de interpretaciones sistemáticas de la Constitución, en la medida en que no se refieren a otras disposiciones, evidentemente, relacionadas con el tema como el artículo 51 de la Constitución en el cual se consagra el derecho a una vivienda digna, y (ii) nunca incluyen la aplicación del bloque de constitucionalidad a pesar de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución.

1.2. Aproximaciones doctrinales a la categoría servicios públicos domiciliarios: apenas se recogen los pronunciamientos de la Corte.

En las obras del profesor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA, tanto en el “Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios”⁸, como en “Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles”⁹, la categoría SPD se entiende tal y como fue delimitada por la Corte Constitucional en la sentencia T-578 de 1992, ya analizada en el anterior numeral de este capítulo.

Para el profesor JORGE DUSSÁN HITSCHERICH, la categoría SPD ya fue precisada con claridad por la Corte Constitucional en la sentencia T-578 de 1992 y él no encuentra límite alguno para la determinación por parte del legislador de cuáles son los servicios públicos domiciliarios, salvo los “límites de la razón”¹⁰.

Al respecto, el profesor ALBERTO MONTAÑA PLATA, en su tesis doctoral publicada bajo el título “*El concepto de servicio público en el derecho administrativo*”, posterior a las sentencias T-578 de 1992 y C-205 de 1995, concluye:

8 ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO, *Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios*, Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. 26.

9 ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO, *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*, Universidad Externado de Colombia., 2006, p. 54.

10 DUSSÁN HITSCHERICH, JORGE, *El régimen de los servicios públicos domiciliarios*, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 102 a 104.

“De este modo, pareciera ser la calificación concreta que hace la ley de una determinada actividad -catalogándola como “servicio público domiciliario”- el único factor que en últimas se encargaría de identificarlos; su conceptualización jurisprudencial resulta altamente pertinente para la delimitación de su naturaleza y alcances, pero no para la identificación de las actividades que esta calificación comprende”¹¹.

En relación con esta aproximación, coincidimos en que, hasta el momento, la conceptualización jurisprudencial que ha hecho la Corte no es muy útil para la identificación de las actividades que esta calificación comprende, pero nos apartamos de la posición del profesor MONTAÑA en el sentido de que sólo la “calificación concreta que hace una ley” sirva para dicha identificación, ya que el bloque de constitucionalidad es útil y obligatorio para dicha identificación, como se explicará más adelante.

Por su parte, el profesor HUGO PALACIOS MEJÍA, quien participó en la preparación de la Ley 142 de 1994 que desarrolló el régimen constitucional de los SPD, en su libro *El derecho de los servicios públicos*¹² y en su artículo más reciente¹³, va más allá de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y lleva a cabo su propio análisis sobre el contenido de la categoría SPD. Para ello, interpreta la expresión domicilio con base en los artículos 28 (prohibición de registro del domicilio sin orden judicial) y 32 (captura en flagrancia en domicilio propio y en ajeno) de la Constitución y en el Código Nacional de Policía (D. 1355/70, art. 74) y el contenido del capítulo sobre servicios públicos de la Constitución. Con base en lo anterior concluye:

“(…) de acuerdo con la Constitución, pueden considerarse como “servicios públicos domiciliarios” todas las actividades ordenadas a la generación o captación, transformación, transmisión o transporte, distribución, comercialización y provisión masiva de aquellos bienes de consumo y servicios de naturaleza homogénea, producibles en masa por empresas y mediante un régimen de tarifas, que, en cada etapa de desarrollo económico y social, todos los residentes en el país necesitan en forma continua en su lugar de habitación y trabajo para disfrutar en este de libertad e intimidad frente a terceros, vivir en forma digna y saludable y adelantar actividades productivas.” (subraya fuera de texto).

11 PLATA MONTAÑA, ALBERTO, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia. 2008. p. 99.

12 PALACIOS MEJÍA, HUGO, *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente. 1999. p. 38.

13 PALACIOS MEJÍA, HUGO, “La Constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios”, En: *Revista Contexto* n° 21. Universidad Externado de Colombia. 2007. pp. 39 a 56.

Nuestro primer comentario se refiere a las fuentes utilizadas, pues a la luz del artículo 93 de la Constitución, resulta cuestionable la remisión al Código Nacional de Policía y no al bloque de constitucionalidad. En segundo lugar, de manera similar a lo expuesto por la Corte en la sentencia C-389 del 2002, esta aproximación se limita a articular las condiciones en las cuales deben prestarse los SPD de acuerdo con la Constitución, aunque adicionando algunos elementos derivados del análisis económico de dichas condiciones; por ejemplo, al reconocer que para la eficacia del régimen es importante que también abarque la generación y la transmisión. Así, al igual que señalamos en relación con la sentencia de la Corte, este tipo de delimitación es “circular”, pues de las condiciones que impone la Constitución para la prestación de los SPD deriva las características por medio de las cuales se deben identificar, llevando a cabo un ejercicio contrario al de identificar primero los servicios, para luego aplicarles las condiciones de prestación a las que obliga la Constitución, como debería hacerse el análisis.

Todo lo anterior, además del defecto de estar planteada como una posibilidad (“pueden considerarse como servicios públicos domiciliarios”) y no como una obligación (por ejemplo: deben considerarse como servicios públicos domiciliarios), de modo que, pareciera dejar al legislador la posibilidad de dejar inanes las normas constitucionales referidas a los SPD a través de leyes que “vacíen” legalmente el contenido de la categoría, con lo cual, se podría disminuir el respeto y garantía de los DESC en Colombia.

En general, de estas aproximaciones doctrinales consideramos pertinente resaltar cómo ninguna se refiere a la incidencia del “bloque de constitucionalidad” sobre la interpretación y desarrollo de la categoría constitucional “servicios públicos domiciliarios”, obligatoriamente aplicable por la relación directa de estos servicios con los deberes del Estado y los derechos de toda persona consagrados en la Constitución, como se explicará en el siguiente capítulo.

II. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: SU USO PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DESC

2.1. El bloque de constitucionalidad en general: los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, en los términos de su intérprete autorizado.

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 93 de la Constitución, “*Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”.

Sobre este inciso, el profesor RODRIGO UPRIMNY señaló lo siguiente:

“Por su parte: ¿cuál es la importancia y campo de acción del inciso segundo del artículo 93 superior? A mi juicio es que esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual, no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado. La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, debemos concluir que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Y como es obvio, para ese ejercicio, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de las instancias internacionales, que constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados, tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado”¹⁴.

Sobre el valor vinculante de los pronunciamientos de los intérpretes autorizados de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, a la luz del artículo 93 de la Constitución, existen numerosas sentencias de la Corte Constitucional¹⁵ con un sentido muy similar al de la sentencia C-010 del 2000, en la cual señaló:

“La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio

14 UPRIMNY, RODRIGO, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, En: Compilación jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Vol. I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2002, pp. 148 a 149.

15 Entre otras: T-426 de 1992, T-568 de 1999, T-1319 del 2001, C-067 del 2003 y C-370 del 2006.

hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.”

Así, de acuerdo con dichos pronunciamientos de la Corte y como lo explica el profesor RODRIGO UPRIMNY, hacen parte del bloque de constitucionalidad los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y estos deben tomarse en los términos en que hayan sido desarrollados por sus intérpretes autorizados, pronunciamientos que debe atender el Estado como consecuencia de haber aceptado la competencia de dichas instancias.

2.2. El bloque de constitucionalidad para la interpretación de los DESC: la Corte ha interpretado salud, educación, trabajo y vivienda digna en los términos de las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Dentro de las sentencias en las que se ha aplicado el bloque de constitucionalidad a DESC –las más de las veces en relación con el derecho a la salud–, se pueden destacar, para el objeto de nuestro análisis, la C-936 del 2001 –por su temática– y la T-591 del 2008 –porque permite conocer la posición vigente de la Corte–.

En la sentencia C-936 del 2001, la Corte interpretó el derecho a una vivienda digna de la Constitución con base en el bloque de constitucionalidad, atendiendo lo dispuesto en la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “el Comité”), reconociendo, entre otros, que este derecho implica la adecuada prestación de los SPD. A esta sentencia nos referiremos de manera más extensa en el siguiente capítulo.

Por su parte, en la reciente sentencia T-591 del 2008, la Corte interpretó el derecho a la salud con base en el bloque de constitucionalidad, obedeciendo lo dispuesto en la observación general N°14 del Comité del Pacto. La Corte fundamentó su interpretación en los siguientes términos:

“Dicha regla general ha evolucionado y en la actualidad ya existe consenso en la comunidad jurídica a partir de la fuerza vinculante del precedente constitucional, en reconocer la salud no como un mero servicio público que se brinda por el Estado en mayor o menor medida según sus políticas públicas (C.P., art. 49) sino como un típico derecho subjetivo cuyo contenido interpretado de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 93 superior otorga a cada una de las personas residentes en Colombia el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de carácter fundamental autónomo en lo atinente a: i) recibir la

atención de salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, ii) a obtener la protección de los elementos esenciales del derecho a la salud como son la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad definidas en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y, iii) en los casos en que el paciente sea un sujeto de especial protección como en el caso de las niñas y niños, las personas con discapacidad y los adultos mayores. (Resaltado fuera de texto).

Otros buenos ejemplos de sentencias relativas a DESC en las que la Corte ha aplicado el artículo 93 e interpreta la Constitución con base en las observaciones generales del Comité son la C-038 del 2004 (sobre “no regresividad” en las condiciones laborales con base en la observación general N° 3) y la T-405 del 2008 (derecho a la salud con base en la Observación General N° 14).

III. APLICACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD A LA CATEGORÍA SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS¹⁶

La interpretación de la categoría servicios públicos domiciliarios no debe hacerse de manera aislada sólo refiriéndose a los artículos que la mencionan literalmente en la Constitución, ni recurriendo a las acepciones de domicilio de la Real Academia Española, al Código Nacional de Policía o a las disposiciones legales sobre la materia, sino de manera sistemática con las demás disposiciones constitucionales, como lo ha hecho la Corte en varias de las sentencias sobre DESC¹⁷, entre otros, con el principio fundamental del Estado social de derecho¹⁸.

Debe interpretarse en el marco de una Constitución que consagra que Colombia está “fundada en el respeto de la dignidad humana” y “en el trabajo” (art. 1°), que son fines esenciales del Estado “*promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*” (art. 2°), el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional y que estos hacen parte de la “finalidad social del Estado” (art. 365) y, de manera especial, en relación con el derecho a una vivienda digna (arts. 51 y 64), y el derecho a la salud (arts. 44, 49 y 64) de nuestra Carta.

De acuerdo con lo anterior, la interpretación sistemática de la categoría servicios públicos domiciliarios es, esencialmente, una interpretación de los derechos de

16 Algunos de los argumentos de este capítulo están basados en el artículo de LÓPEZ MURCIA, JULIÁN DANIEL, *La categoría “servicios públicos domiciliarios” en la Constitución colombiana*, En: “*El observador de los servicios públicos*”, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2008, pp. 50-55.

17 Entre otras, ver las sentencias C-1064 del 2001, C-1017 del 2003 y T-405 del 2008.

18 Al respecto, en términos generales, es muy ilustrativa la sentencia T-533 de 1992 y, específicamente sobre Estado social de derecho y servicios públicos, la sentencia C-150 del 2003.

todo colombiano¹⁹ y de deberes del Estado. Por tanto, es obligatorio interpretar la categoría servicios públicos domiciliarios a la luz del bloque de constitucionalidad dispuesto en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución.

Así, la categoría servicios públicos domiciliarios debe ser interpretada como los servicios públicos ligados al domicilio de las personas²⁰ y dicha característica en el marco de nuestra Constitución, los liga directamente al concepto de vivienda digna del artículo 51 de la Carta.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho a una vivienda digna se denomina “derecho a una vivienda adecuada” y dentro de los tratados ratificados por el Estado colombiano su mayor nivel de garantía se encuentra en el PIDESC, al cual, por tanto, debemos acogernos en aplicación del principio de favorabilidad, de acuerdo con el cual, se debe “escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”²¹.

De acuerdo con lo anterior, la forma adecuada de interpretar la expresión servicios públicos domiciliarios es refiriéndola a todos aquellos *servicios* a los que se refiere el intérprete autorizado del PIDESC como necesarios para que se entienda garantizado el “derecho a una vivienda adecuada”. Dicha interpretación se encuentra en la Observación General N° 4 del Comité, en los siguientes términos:

“(…) Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes:

(…)

*b) **Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.** Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a **agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado,***

19 Como señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-150 del 2003, una de las más profundas e importantes en el tema de los “servicios públicos domiciliarios”:

(…) la Constitución extiende el principio de reserva de ley a la determinación del régimen de regulación de la prestación de los servicios públicos. Ello obedece a la importancia de tales servicios no solo en el ámbito económico sino social, en especial en cuanto al acceso a ellos es necesario para que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos. (resaltado fuera de texto)

20 Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-035 del 2003.

21 Sobre su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se puede ver la sentencia C-038 del 2004.

a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

(...)

g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”. (Resaltados fuera de texto).

Dicho enfoque, además, ya fue recogido en la jurisprudencia colombiana, que en la sentencia C-936 del 2001 señaló que la prestación eficiente y planificada de los SPD hace parte del derecho constitucional a una vivienda digna. En dicha sentencia, la Corte señaló:

“24. El artículo 51 de la Constitución regula lo relativo al derecho a la vivienda digna. La disposición establece dos elementos diversos. En su inciso primero señala la existencia del derecho y, en el segundo, precisa algunos deberes estatales directamente ligados con dicho derecho. A fin de analizar la disposición demandada, la Corte considerará primeramente el alcance del derecho a la vivienda digna y, a partir de tales parámetros, iniciará el estudio de los cargos en su contra.

25. Como se indicó antes, el artículo 51 de la Constitución establece la existencia del derecho a la vivienda digna y fija deberes estatales en relación con el mismo. De la disposición no se desprenden elementos que permitan fijar claramente su contenido material. Los deberes estatales estatuidos en la disposición resultan insuficientes para una completa caracterización del derecho.

El artículo 93 de la Constitución dicta que los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el parágrafo 1º del artículo 11 que “los Estados partes... reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados...”. Por tratarse de un tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, resulta pertinente tomar nota de la interpretación que de dicha disposición ha adoptado su intérprete autorizado: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

26. *El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en la Observación General 4 expuso sus consideraciones en torno al derecho a una vivienda adecuada. Es de anotar que tales consideraciones se adoptaron luego de realizarse diversas conferencias sobre la materia y que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el año 2000. Para efectos del control constitucional y la función de la Corte de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, resulta central definir el alcance del derecho a la vivienda digna. La mencionada observación establece elementos que asisten a la interpretación de la disposición constitucional. El parágrafo 8° de la observación contiene algunos aspectos centrales del derecho a la vivienda adecuada que sirven de pauta de interpretación de la disposición constitucional. Tales elementos se refieren a dos grandes grupos de asuntos: condiciones de la vivienda y seguridad del goce de la vivienda.*

26.1. *El primer elemento –condiciones de la vivienda– se refiere a que la vivienda no puede, desde un punto de vista material, equipararse a la existencia de un simple techo que impida la lluvia y el frío o calor excesivos. La vivienda debe entenderse como un lugar que ofrezca seguridad a la persona frente a las inclemencias ambientales y un punto a partir del cual pueda proyectar su vida privada y en sociedad. Lo anterior implica que la vivienda, para entenderse adecuada, debe reunir elementos que aseguren su habitabilidad, es decir, que la vivienda cumpla con los requisitos mínimos de higiene, calidad y espacio, requeridos para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad física y su salud.*

Sobre la habitabilidad, en la Observación General 4° se lee:

“(Parágrafo 8°) d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados partes a que apliquen ampliamente los principios de higiene de la vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

En directa relación con lo anterior, la vivienda debe garantizar el acceso a una serie de bienes que aseguren su bienestar, como los servicios públicos, su seguridad, como acceso a servicios de emergencia, y su nutrición, lo que implica que los planes de vivienda correspondan a debidos planes de desarrollo urbano.

*Tales planes de desarrollo deben asegurar que la vivienda se encuentre en un lugar donde exista acceso a elementos centrales para la vida digna de la persona y su vida en sociedad como acceso a trabajo, salud, educación y un ambiente sano. Finalmente, debe tomarse en cuenta factores culturales, de manera que la vivienda responda, **sin sacrificar el acceso a los servicios tecnológicos**, a los patrones culturales de diseño, construcción, etc., de viviendas.*

En los literales b, f y g del párrafo 8º de su Observación General 4 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analiza los elementos antes mencionados:

*“b) **Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia**”.*

“f) Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

*“g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. **Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.**”*

*La Corte entiende, a partir de lo anterior, que **el derecho a la vivienda digna implica**, entonces, una relación estrecha entre las condiciones de vida digna de la persona y la garantía de la realización de derechos sociales y colectivos y **el aseguramiento de la prestación eficiente y planificada de los servicios públicos domiciliarios** y servicios públicos asistenciales, requeridos para la vida en sociedad de una persona. La Corte ha subrayado la importancia de algunos de*

*estos servicios al considerar las dificultades derivadas de la ineficiente prestación del servicio de energía eléctrica en zonas urbanas. (Resaltados fuera de texto)*²².

Así las cosas, *como mínimo*, hacen parte de los servicios públicos domiciliarios toda la cadena de servicios que se requieran para que las personas tengan en sus viviendas agua potable, energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y servicios tecnológicos modernos.

Como este contenido se deriva de un tratado sobre derechos humanos ratificado por Colombia, a la luz del segundo inciso del artículo 93 de la Constitución ni el legislador ni la Corte pueden apartarse de este y, por el contrario, tienen que adoptar todas las medidas dentro de su competencia para que se cumpla a cabalidad. Así, no podrían, por ejemplo, excluir a la telefonía fija de la categoría servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, en relación con estos mismos servicios, cuando las personas los reciben en inmuebles que no son vivienda, los deberes y derechos constitucionales deben interpretarse y se justifican con base en el respeto y garantía de otros DESC, así, en el contenido del derecho a la educación (en el caso de escuelas, colegios y universidades), en el derecho al trabajo (en empresas, locales comerciales y demás sitios de trabajo), en el derecho a la salud (en hospitales, centros de salud, etc.) y, en general, en el derecho de toda persona a una mejora progresiva en sus condiciones de vida (artículo 2° del PIDESC), por los beneficios directos de una persona derivados de tener agua potable, luz, telefonía, etc. y por la relación directa de una ampliada y eficiente prestación de los SPD con la productividad de una economía, que a su vez, mejora los ingresos de las personas y, de este modo, su nivel de vida.

Como vemos, esta reinterpretación de la categoría servicios públicos domiciliarios, a diferencia de las interpretaciones de la Corte y de la doctrina, (i) no es “circular” con las condiciones de prestación a las que obliga la Constitución, ya que permite identificar los SPD, sin recurrir a estas, (ii) es completa en la medida en que determina directamente cuáles son las necesidades esenciales de toda persona que deben ser satisfechas en su vivienda e incluye las “soluciones alternativas” a dichas necesidades así no se desarrollen a través de redes y (iii) permite asumir de manera adecuada fenómenos tecnológicos como la convergencia de las telecomunicaciones, en la medida en que maneja categorías amplias como “servicios tecnológicos modernos”.

22 Por supuesto, esta aproximación de la Corte es mucho más apropiada, lógica y clara que la expresada recientemente en la sentencia T-408 del 2008, en la cual, en vez de reconocer que parte esencial de una “vivienda digna” son los SPD –como se hace en la C-936 del 2001–, se señala que “el derecho a la prestación efectiva de los servicios públicos **presupone** lógica y analíticamente el derecho a una vivienda digna”. (Resaltado fuera de texto)

IV. CONSECUENCIAS DE ESTA REINTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Al interpretar la categoría servicios públicos domiciliarios en el marco de los derechos consagrados en el PIDESC, se precisa muchísimo el alcance de los deberes y derechos consagrados en la Constitución relacionados con estos servicios. Lo anterior, principalmente, por la aplicación de (i) las directrices sobre cómo respetar y garantizar el derecho a una vivienda adecuada de la Observación General N° 4 del Comité y de (ii) la obligación de progresividad en relación con todos los derechos consagrados en el Pacto.

4.1. Las directrices del Comité del Pacto relativas al respeto y garantía del derecho a una vivienda adecuada²³

De manera previa y general, es preciso resaltar que el PIDESC reconoce las realidades y metodologías económicas como elementos fundamentales para el análisis de la forma como se garantizan los DESC. De hecho, el Comité interpreta el PIDESC refiriéndose a “costos razonables”, a la “utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas”, a “medidas eficaces” y al “ejercicio sostenible de los derechos”. De modo que el legislador colombiano, al momento de adicionar, modificar o derogar las disposiciones en las cuales se sustentan el respeto y la garantía del acceso y calidad de los SPD también debe utilizar dichos criterios.

Teniendo en cuenta la anterior consideración, comoquiera que los SPD hacen parte del “derecho a una vivienda digna”, a su régimen le son aplicables las siguientes directrices, señaladas por el Comité en relación con el “derecho a una vivienda adecuada”:

- (i) los gastos asociados a los SPD deben ser soportables, es decir, en los términos del Comité, deben ser de un nivel que no impidan la satisfacción de otras necesidades básicas, que sean conmensurados con los niveles de ingreso y que existan formas y niveles de financiación adecuados;

23 Cabe mencionar que, para efectos de su aplicación en los juicios de constitucionalidad, dentro de las grandes ventajas que se presentan cuando el “bloque de constitucionalidad” se refiere a interpretaciones autorizadas como las observaciones generales del Comité o las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a otro tipo de interpretaciones autorizadas como las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos están: (i) su “generalidad” –entendida por oposición a las interpretaciones ligadas a las particularidades de un caso–, (ii) el hecho de estar precedidas de investigaciones y consensos mucho más amplios y (iii) el desarrollo mucho más “integral” del derecho bajo estudio.

(ii) los SPD deben prestarse de modo que no afecten la seguridad física de los ocupantes y que les sirvan para protegerse de las amenazas para la salud;

(iii) en las políticas estatales relacionadas con los SPD debe darse prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, estas deben enfocarse hacia la forma más efectiva de utilizar los recursos en función del costo, deben consultarse con las personas afectadas, –en lo posible– deben vincular capital privado para poder contar con mayores recursos y, todo lo anterior debe hacerse de modo que, en conjunto, las medidas que se estén tomando sean suficientes para realizar el derecho a una vivienda adecuada de cada individuo en el tiempo más breve posible de conformidad con el máximo de los recursos disponibles²⁴.

4.2. La obligación de progresividad aplicada a los servicios públicos domiciliarios

De acuerdo con el artículo 2º del PIDESC, cada Estado parte, como la República de Colombia, debe adoptar medidas especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado.

Así, las medidas regresivas están prohibidas, salvo que el Estado parte demuestre que, tras un examen “sumamente exhaustivo” de todas las alternativas posibles, están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el PIDESC en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado parte²⁵. Si la medida no cumple esa condición, su adopción será contraria al Pacto y dará lugar a la responsabilidad internacional del Estado.

De modo que, el legislador colombiano no puede modificar arbitrariamente las normas en que se sustenta la garantía de un derecho económico, social o cultural, como las relacionadas con los SPD, sino que tiene que probar que el contenido de sus reformas garantizará de mejor forma los DESC en general, o que logrará ampliar a más personas el goce de dicho derecho.

Un buen ejemplo de la aplicación de la obligación de progresividad es que sería contrario al PIDESC, y por tanto, a la Constitución, que el legislador colombiano

24 Para un análisis más extenso sobre estas directrices ver: LÓPEZ MURCIA, JULIÁN DANIEL, *El régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios y la cláusula de progresividad de los DESC en Colombia*, Tesis para optar al título de Magister en Derecho Económico, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 2007.

25 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Ginebra, 2002, párrafo 19.

modifique el régimen tarifario actual, prohibiendo a los prestadores la recuperación de la totalidad de los costos económicos en los que incurría una empresa eficiente, por cuanto ello impediría continuar con los actuales aumentos de accesibilidad y calidad que han tenido los SPD en Colombia²⁶.

CONCLUSIONES

1. El contenido de la categoría constitucional servicios públicos domiciliarios no está delimitado de manera directa en la Constitución y tampoco en la ley. Frente a ello, la Corte Constitucional ha expuesto varias delimitaciones, pero todas basadas en las condiciones de prestación que establece la misma Constitución o en remisiones a normas legales que regulan la materia, por lo cual, su utilidad para la identificación de los servicios que obligatoriamente hacen parte de dicha categoría es insuficiente. La doctrina, en su mayoría, se ha limitado a recoger dichos pronunciamientos y siempre ha desconocido la aplicación del bloque de constitucionalidad.

2. Dicha falta de definición es aparente, ya que la categoría servicios públicos domiciliarios ya está delimitada a través del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el cual debe entenderse referida obligatoriamente a todos los servicios a los que tiene derecho todo colombiano como parte de su “derecho a una vivienda digna”, según el alcance que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales le da al “derecho a una vivienda adecuada”. Estos son: agua potable, energía (cocina, calefacción y alumbrado), los requeridos para instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y los servicios tecnológicos modernos.

3. Dicho contenido no sólo debe ser respetado, sino desarrollado por el legislador colombiano. Al respecto, se destaca la atención que debe dar a las directrices contenidas en la Observación General N° 4 del Comité y la estricta atención que debe dar a la obligación de progresividad del artículo 2° del PIDESC.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

ANTÚNEZ, IVONNE Y GALILEA, SERGIO, *Servicios públicos urbanos y gestión local en América Latina y el Caribe: problemas, metodologías y políticas*, CEPAL, 2003.

ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO, *Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios*, Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

26 Para un análisis más extenso ver: LÓPEZ MURCIA, JULIÁN DANIEL Y GARCÍA DAZA, LINA MARÍA, *La obligación de progresividad de los DESC: El caso de los servicios públicos en Colombia.*, En: “International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional” n° 12, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pp. 15 - 42.

- ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO, *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, *Los servicios públicos domiciliarios en Colombia. Análisis socio jurídico*, Universidad Libre, Bogotá, 2001.
- DUSSÁN HITSCHERICH, JORGE, *El régimen de los servicios públicos domiciliarios*, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- Económica Consultores, *Impacto Sectorial de los diez años de la legislación marco de servicios públicos domiciliarios en Colombia*, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Bogotá, 2004.
- O'DONELL, DANIEL, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO, *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente, 1999.
- PLATA MONTAÑA, ALBERTO, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia. 2008.

2. Artículos

- LÓPEZ MURCIA, JULIÁN DANIEL, La categoría “servicios públicos domiciliarios” en la Constitución colombiana, En: *El observador de los servicios públicos*, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2008.
- LÓPEZ MURCIA, JULIÁN DANIEL y GARCÍA DAZA, LINA MARÍA, La obligación de progresividad de los DESC: El caso de los servicios públicos en Colombia., En: “International Law. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*” n° 12, Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO, La Constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios, En: *Revista CONTEXTO* n° 21, Universidad Externado de Colombia. 2007.
- UPRIMNY, RODRIGO, El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, En: *Compilación jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Vol. I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002.

3. Trabajos no publicados

- LÓPEZ MURCIA, JULIÁN DANIEL, El régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios y la cláusula de progresividad de los DESC en Colombia, Tesis para optar al título de Magister en derecho Económico., Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 2007.

4. Tratados y doctrina internacional

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1° del artículo 2° del Pacto), 1990.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1° del artículo 11 del Pacto), 1990.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 9 La aplicación interna del Pacto, 1998.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2002.

5. Normativa colombiana

Constitución Política de Colombia

Ley 142 de 1994

6. Sentencias de la Corte Constitucional colombiana

Sentencia T-426 de 1992

Sentencia T-533 de 1992

Sentencia T-578 de 1992

Sentencia C-205 de 1995

Sentencia C-585 de 1995

Sentencia C-253 de 1996

Sentencia T-568 de 1999

Sentencia C-936 de 2001

Sentencia C-1064 de 2001

Sentencia T-1319 de 2001

Sentencia C-389 de 2002

Sentencia T-730 de 2002

Sentencia C-035 de 2003

Sentencia C-041 de 2003

Sentencia C-067 de 2003

Sentencia C-150 de 2003

Sentencia C-1017 de 2003

Sentencia C-038 de 2004

Sentencia C-075 de 2006

Sentencia C-353 de 2006

Sentencia C-370 de 2006

Sentencia T-405 de 2008

Sentencia T-408 de 2008

7. Proyectos de ley

Proyecto de Ley 195-07 de Senado “Por medio del cual se dictan normas en materia de integraciones y prácticas restrictivas de la competencia”.

Proyecto de Ley 112-07 C “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones, TIC, en Colombia, se crea la agencia nacional de espectro y se dictan otras disposiciones”.

Proyecto de Ley 269-08 C. “Por la cual se dictan disposiciones tendientes a la protección de los suscriptores y/o usuarios de los servicios de telecomunicaciones”.