

ÍNDICE

I. Introducción	11
II. Derecho alemán	11
III. Derecho español	16
IV. La eficacia de los derechos fundamentales en Colombia	18
1. El ámbito subjetivo de los derechos	18
2. La tutela contra particulares	21
3. Casos en que es procedente la acción de tutela contra particulares	23
A. Tutela contra particulares que prestan servicios públicos	23
B. Tutela contra particulares respecto de los cuales el demandante se encuentre en una relación o situación de subordinación o indefensión	25
C. Esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos	45
D. Ejercicio del <i>habeas data</i> contra la entidad privada reuente	45
E. Rectificación de informaciones inexactas o erróneas	53
F. El ejercicio de funciones públicas	55
G. La conducta legítima	57

PRESENTACIÓN

Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica es una línea de publicaciones del Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, organismo de cooperación entre la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), la Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) y la oficina del Procurador de Derechos Humanos, ambos de Guatemala. Estas dos instituciones celebraron, representadas por su rector y su presidente, respectivamente, en octubre de 1991, en la ciudad de México, un convenio de colaboración, con el fin de realizar actividades conjuntas y coordinadas en proyectos de investigación, capacitación y docencia, principalmente sobre materias relacionadas con derecho constitucional, derechos humanos y democracia, así como el intercambio de estudios sobre los mismos temas, sin perjuicio de que puedan llevarse a cabo acciones en relación con otras materias de tipo jurídico. En atención a este compromiso se convino, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en crear un programa específico, una unidad de investigaciones jurídicas denominada Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, que tiene su sede en la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

El Centro fue creado en virtud del convenio suscrito en la ciudad de Guatemala, por el presidente de la Corte y el director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, con objeto de concretar las tareas de cooperación e investigación. Dentro de sus proyectos destaca la actividad editorial, de orientación pluralista que pretende recoger el pensamiento de los constitucionalistas del área y sus reflexiones sobre aspectos de interés común. Unifica a promotores y autores su compartida

preocupación por la efectiva aplicación de las normas constitucionales, la eficaz protección de los derechos humanos y la búsqueda de la realización del ideal democrático en una coyuntura crítica de la región.

Dr. José Luis Soberanes
*Director del Instituto
de Investigaciones
Jurídicas, UNAM*

Dr. Jorge Mario García Laguardia
*Coordinador del Centro
de Estudios Constitucionales
México-Centroamérica*

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es el de explorar, en el derecho colombiano, el tema relativo a la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. A título simplemente introductorio se ha considerado ilustrativo ofrecer una brevísima síntesis del aporte significativo del derecho alemán y de su recepción por la jurisprudencia y dogmática española.

II. DERECHO ALEMÁN

En el texto de la ley fundamental, salvo el caso de la libertad sindical (artículo 9.3), no se atribuye expresamente a los derechos fundamentales, efectos directos frente a terceros. Los derechos consagrados mantienen la estructura tradicional que ubica al Estado y a sus distintas manifestaciones orgánicas, en la posición de sujeto obligado. Desde el punto de vista procesal, las competencias del Tribunal Constitucional Federal (artículo 93.1 de la ley fundamental y parágrafo 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal) se refieren exclusivamente a las violaciones de los derechos fundamentales causadas por el “poder público”.

Pese al mutismo de la carta, la doctrina y la jurisprudencia confrontadas con la necesidad de extender en algún grado la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones *inter privados*, se dieron a la tarea de justificar y determinar el efecto frente a terceros de tales derechos (*Drittwirkung der Grundrechte*). De esta manera, se pretendía responder a los nuevos desafíos de la época, extrayendo de los derechos un significado más pleno, en un contexto en el que el epicentro de las vul-

neraciones a sus dictados no se reducía al Estado, habiéndose éste extendido a los grandes poderes sociales, cuando no a los mismos particulares.

Nipperdey —según lo exponen García Torres y Jiménez-Blanco,¹ entre otros autores— tuvo destacada participación en la formulación de la novedosa teoría. A su juicio, ciertas normas sobre derechos fundamentales dotan al ciudadano de un *status socialis* que el ordenamiento constitucional garantiza frente a los particulares y, en especial, en relación con los grandes poderes económicos y sociales, lo cual viene a compensar su relativa precariedad. Algunas normas constitucionales, en consecuencia, contendrían orientaciones y principios directamente aplicables a la vida social.

La tesis de la incidencia de los derechos en las relaciones privadas estaba destinada a perdurar. En realidad, se trataba de una justa reacción contra la visión reduccionista que circunscribía el derecho constitucional a la antítesis ciudadano-Estado, pese a la emergencia de poderes sociales capaces de reducir o anular la virtualidad tuitiva de los derechos fundamentales. Igualmente, la incidencia de los derechos en la esfera de los particulares contribuía a actualizar su significado práctico y a imprimirle a la libertad el sentido que le es propio en un Estado social de derecho. Con todo, la teoría esbozada sólo con serias reservas fue finalmente admitida por la dogmática constitucional dominante, como se verá a continuación. En lugar de sostenerse un efecto directo e inmediato de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, terminó por admitirse únicamente un efecto mediato o indirecto.

La doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado, se fijó y expuso claramente en el caso Luth-Urteil, decidido por el Tribunal Constitucional Federal el 15 de enero de 1958. El ciudadano Luth, en su condición de presidente del Club de Prensa de Hamburgo, fue condenado por el juez civil de Hamburgo por incitar a la gente con el fin de obtener que no se permitiera la comercialización

¹ *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cuadernos Civitas, 1986, pp. 21 y ss.

y exposición de una película dirigida por Harlan, a quien públicamente imputó actuaciones censurables cometidas por él durante el tercer *reich*. En la sentencia, el Tribunal Constitucional expresó lo siguiente:

Los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. De ahí que la acción de amparo sólo proceda contra actos del poder público.

La Constitución, sin embargo, no es neutral respecto de los valores. Los derechos fundamentales traducen un orden o sistema de valores, sustentado en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad de la persona humana, que en su condición de decisión constitucional básica, está llamada a regir en todos los ámbitos del derecho y a ser acatada por todos los órganos del poder. En este sentido, el sistema de valores, prohiendo por la Constitución, influye en el derecho civil, no pudiendo sus disposiciones contradecirlo y, por el contrario, debiendo ellas interpretarse con arreglo a su espíritu.

El alcance, efecto e influencia de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho civil, se realiza a través de los preceptos propios de esta rama del derecho y, especialmente, de las disposiciones imperativas generales que remiten a conceptos jurídicos indeterminados, los cuales deben ser aplicados e interpretados con estricta sujeción a los primeros. La controversia, aunque su resolución se inspire en los principios rectores de la Constitución, sigue siendo de carácter civil y se gobierna por este mismo tipo de reglas.

Si el juez civil deja de reparar en el efecto objetivo que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales producen sobre las disposiciones del derecho civil —“efecto de irradiación”—, viola con ocasión de su fallo el derecho fundamental que ha debido proteger y cuya observancia judicial le es impuesta, como quiera que a ello el titular tiene derecho. En este caso, contra las sentencias lesivas de los derechos fundamentales, sin perjuicio de los restantes recursos, cabe la acción de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, el cual limitará su examen a la cuestión constitucional únicamente, vale decir, al análisis del aludido “efecto de irradiación” y a su correcta o incorrecta valoración por parte del juez de la causa.

Como lo refieren los dos autores que hemos seguido muy de cerca en esta exposición,² luego de producido el fallo, si-

2 *Idem*, pp. 33 y ss.

guieron voces de crítica o de sistematización dogmática. Forsthoff se pronunció acremente contra la *Drittwirkung*. A este respecto señaló que la Constitución de su condición de ley quedaba disuelta en “mero orden de valores”, al paso que los derechos abandonaban su naturaleza para convertirse en deberes sociales, lo que se verificaba al proyectarse directamente el principio de igualdad a las relaciones sociales.

Por su parte, la reconstrucción teórica que emprende J. Schwabe, no se aparta de la premisa jurisprudencial que conduce la eficacia social de los derechos fundamentales a un problema procesal, que identifica primariamente al juez como causante de su violación por no discernir la protección debida. Opina este autor que “todos los derechos privados están al menos en parte cubiertos por un derecho fundamental, y si cualquier poder jurídico del Estado define los derechos de los particulares contraviniendo el derecho fundamental que los protege, éste debe desarrollar su función defensiva propia en el campo del derecho público”.³

Konrad Hesse⁴ centra su análisis en los costos que se derivan de someter el derecho privado a la abierta y amplia influencia del derecho constitucional. La claridad y la certeza jurídicas, indispensables para el tráfico jurídico-privado, resultan, en su criterio, “afectadas de modo no irrelevante”. En las relaciones entre particulares, todos, de una forma o de otra, están protegidos por derechos fundamentales, de modo que el juez debe, a partir de normas constitucionales amplias e indeterminadas, precisar su efecto irradiador sobre las disposiciones privadas, para lo cual se ve en la necesidad de efectuar arduas compensaciones y ponderaciones, lo que contrasta con la exigencia que gravita sobre esta rama del derecho que la obliga a ofrecer reglas claras, detalladas y determinadas para la resolución de los conflictos.

³ *Idem*, p. 36.

⁴ Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Cuadernos Civitas, 1995, pp. 69 y ss.

Por otro lado, prosigue Hesse, la superposición del derecho constitucional sobre el derecho privado, amenaza con producir la pérdida de identidad y autonomía de este último, las que dependen de su adecuación a la propia materia objeto de su regulación y a la evolución que ella experimente, objetivo que no se logra con la simple apelación a los derechos fundamentales. De otro modo, la autonomía privada, principio medular del derecho privado y base de la libertad responsable, puede ser objeto de una grave restricción si se les niega a las personas en sus relaciones recíprocas la posibilidad de renunciar a las normas de derecho fundamentales que referidas a la acción estatal son indisponibles. En fin, la extensión del “efecto de irradiación”, podría desvirtuar el papel constitucional del Tribunal Constitucional, hasta llegar a convertirlo en el “supremo tribunal de los conflictos jurídico-civiles”.

La función de concretar mediante normas objetivas la protección de los derechos fundamentales frente a terceros —concluye este autor—, esencialmente incumbe al legislador:

Así cumple la Ley su clásica tarea de delimitar la libertad de los otros... La aplicación inmediata de los derechos fundamentales por los tribunales civiles que siga existiendo ya no debería dar lugar a dificultades serias, al menos si no se pierde de vista que los derechos fundamentales tampoco hoy trazan algo así como las líneas fundamentales del ordenamiento jurídico-privado, sino que siguen siendo garantías específicas, puntuales, que sirven a la protección de ámbitos particularmente amenazados de la libertad humana. Sólo si se mantiene su influencia sobre el derecho privado en las fronteras así marcadas cabe evitar que el beneficio de una protección general y eficaz de los derechos fundamentales se convierta en plaga de una inflación de los derechos fundamentales, con la cual el derecho privado tendría poco que ganar, y los derechos fundamentales y su verdadero significado mucho que perder.⁵

⁵ *Idem*, p. 67.

III. DERECHO ESPAÑOL

La Constitución española (C. E.) de 1978 prescribe expresamente la vinculatoriedad de los derechos y libertades frente a todos los poderes públicos (C. E., artículo 53.1). De otra forma, el artículo 9.1 señala que “los ciudadanos” y los “poderes públicos” están sujetos a la Constitución. Pese a que el artículo 161.1.b atribuye al Tribunal Constitucional la función de conocer del recurso de amparo “por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”, la Ley Orgánica de dicho tribunal reservó éste a las violaciones originadas en los poderes públicos.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia siguieron la huella de la doctrina alemana sobre la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. En la sentencia 78 de 1982, el tribunal decide el recurso elevado por un trabajador “miembro del comité de empresa por la candidatura de comisiones obreras”, despedido por la empresa Ford España, S. A. El trabajador alegaba que fue violado su derecho de representación sindical (C. E., artículo 28.1). La sentencia de la magistratura ordenó el reintegro del trabajador, pero posteriormente el Tribunal Central del Trabajo revocó esta decisión. Por su parte, el Tribunal Constitucional, luego de reconocer la vulneración de los derechos del demandante, concluyó: “Como la violación del derecho fundamental sólo es imputable a la resolución impugnada en cuanto revoca la de la magistratura —que no fue impugnada por el actor— los pronunciamientos del fallo vienen a restablecer la situación existente como consecuencia”. El tribunal interpreta que su función no es la de examinar la actuación de la empresa —lo que rebasa el ámbito del recurso—, sino la actuación pública, en este caso representada por la decisión del Tribunal Central del Trabajo. La deficiente tutela judicial de un derecho cuya protección se ha reclamado por parte del agraviado, se estima, en consecuencia, como un caso autónomo e independiente de

vulneración, hasta el punto de franquear la puerta del amparo constitucional contra las sentencias.

En la sentencia 55 de 1983, el Tribunal Constitucional no podía ser más explícito a este respecto: “Entiende esta Sala que, cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia, previo el análisis de los hechos denunciados, es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión”. Por su parte, el Tribunal Constitucional hace la siguiente aseveración en su sentencia 18 de 1984:

Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares, cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos que corresponde a los jueces y tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela judicial de tales libertades y derechos (artículo 41.1 LOTC). En este sentido debe recordarse que el tribunal ha dictado ya sentencias en que ha admitido y fallado recursos de amparo contra resoluciones de los órganos judiciales, cuando los actos sujetos al enjuiciamiento de los mismos provenían de particulares.

En síntesis, aunque el artículo 53.1 de la C. E. se refiere únicamente a los “poderes públicos” como sujetos obligados por los derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia han postulado, con las necesarias matizaciones, su eficacia indirecta y mediata frente a los particulares. La eficacia indirecta o mediata obedece a que corresponde al legislador y a los jueces hacer efectivos y concretar los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas. Particularmente, la protección de los derechos se confía a los jueces; su omisión o deficiente tutela, equivale a su violación y desata los mecanismos de defensa previstos en la Constitución y en la ley. En otras palabras, si ante la violación de un derecho por un particular, el agraviado solicita la protección judicial y ésta no acierta a otorgarla pese a la existencia de la vulneración, se verifica una violación del derecho por parte del poder público

que puede ser objeto del recurso de amparo constitucional. De este modo, se asegura que los particulares se sujeten al cumplimiento de la Constitución y de los derechos que ella consagra.

IV. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA⁶

1. *El ámbito subjetivo de los derechos*

No se discute que sea el Estado, a través de sus distintas manifestaciones, el sujeto pasivo por excelencia de los derechos constitucionales, tanto de los fundamentales como de los económicos, sociales y culturales. De todas formas, la estructura, el contenido, los sujetos y demás elementos de cada derecho, se deducen de cada una de las normas constitucionales que los consagran. En este sentido, por ejemplo, la norma del artículo 15 de la Constitución Política (C. P.), referente al derecho a la intimidad personal y familiar, indica como sujeto pasivo al Estado, pero en modo alguno excluye a los terceros; correlativamente su titular ostenta una pretensión general —*erga omnes*— de respeto a su intimidad, la que puede enderezarse contra cualquier persona o ente que vulnere o amenace, sean éstos públicos o privados. Además, el examen del contenido de cada derecho resulta indispensable para concluir si la posición pasiva de la respectiva relación o pretensión que lo conforman, debe estar integrada sólo por el Estado o adicio-

⁶ Este escrito sólo se ocupa de la eficacia “directa” de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. En otra oportunidad se abordará el tema de la eficacia “indirecta” o “mediata”. Este tipo de eficacia se concreta cuando, dentro de la jurisdicción constitucional, se ejerce el control de constitucionalidad sobre las sentencias y providencias de los jueces que, de manera flagrante, violen derechos fundamentales (vía de hecho). La doctrina de la “vía de hecho” elaborada por la Corte Constitucional, en la práctica llenó el vacío que produjo la misma Corte luego de que, en la sentencia C-543 de 1992, declaró la inconstitucionalidad del artículo 40 del D. L. 2591 de 1991 que contemplaba expresamente el amparo contra sentencias.

nalmente por personas privadas. En el caso propuesto, la intimidación vería reducido su núcleo esencial significativamente y su protección sería sólo parcial, si se limitase el universo de los obligados al Estado, dejando por fuera a los particulares. En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional y la ley, dentro del marco fijado por la Constitución, deben precisar y desarrollar el ámbito subjetivo de todos y cada uno de los derechos constitucionales.

A propósito de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, el análisis individual de la respectiva norma constitucional, en los términos señalados, constituye el método principal para establecer o descartar la obligatoriedad de un determinado derecho frente a los particulares. El deber general de respeto a los derechos fundamentales (C. P., artículo 95-4), demuestra que los derechos encierran un orden objetivo de valores que como orientaciones básicas de sentido se imponen a la sociedad y a sus miembros; sin embargo, más allá de plantear de manera general tal imperativo categórico, sobre el que se funda la sociedad y el Estado moderno, a partir del mismo difícilmente podrá establecerse de modo definitivo y preciso, sin recurrir al objeto de cada derecho y a su precisa concreción constitucional y legal, la obligatoriedad jurídico-privada de un determinado derecho. El derecho a la no autoincriminación, por ejemplo, se comprende únicamente en el contexto de la relación particular-Estado. El deber de respeto de los derechos ajenos, por sí solo, no genera un nuevo sujeto pasivo del mencionado derecho, aparte de aquellos que la propia norma supone.

La cláusula del Estado social de derecho (C. P., artículo 1o.), aisladamente, carece de capacidad procreadora de sujetos pasivos de los derechos constitucionales. La opción que se asocia a esta forma de Estado, apareja profundos cambios en la intersección de las esferas pública y privada y de sus mutuas interrelaciones. No obstante, el alcance y sentido de tales mutaciones tiene que percibirse con base en las restantes normas de la carta y en el desarrollo legal de sus mandatos. La anotada cláusula explica y justifica la emergencia de una pléyade de nuevos deberes y obligaciones constitucionales y legales,

pero la necesaria abstracción que caracteriza su consagración en el texto de la Constitución no parece autorizar que con base en ella se introduzcan sin más sujetos pasivos de los derechos constitucionales diferentes de los que enuncian las normas singulares.

Por su parte, la cláusula de primacía de la Constitución y su valor normativo (C. P., artículo 4o.), expresan su carácter de fuente superior del orden jurídico que ella instituye y la naturaleza vinculante y dispositiva de sus prescripciones. Las restantes normas, subalternas y subordinadas a la Constitución, justamente por serlo se aplican e interpretan de conformidad con la Constitución. Aparte de las situaciones en las que está llamada a aplicarse directamente, la Constitución no reemplaza o sustituye a la legislación ordinaria en los distintos campos del derecho. Sin embargo, la doctrina extranjera y la jurisprudencia nacional, en este caso concuerdan en destacar el poderoso efecto de “irradiación” que sobre el derecho infraconstitucional produce la carta, lo que conduce a interpretar y aplicar en “clave constitucional” el entero ordenamiento, el cual ha de quedar impregnado del más profundo sentido constitucional. Ahora bien, este efecto de “irradiación” se materializa en el plano hermenéutico y a él no puede atribuirse la función de ampliar el ámbito subjetivo de los derechos constitucionales más allá del dato que suministran las normas.

En resumen, desde el punto de vista sustancial, el señalamiento del sujeto pasivo —público o privado, o ambos— de los derechos constitucionales, es un asunto que se determina por la propia Constitución, como que se trata de un elemento esencial de su configuración. En principio, la posición pasiva de la relación iusfundamental la ocupa el Estado, pero bien puede residir en un particular si el contenido del derecho o la norma que lo consagra reclaman construir así su ámbito subjetivo. Se trata de un asunto que no se puede decidir de manera general y unilateral con base en principios o deberes generales, a los cuales no cabe conceder funciones procreativas, sin perjuicio desde luego de su efecto hermenéutico y reforzador respecto de los contenidos explícitos o implícitos de las normas en las que se plasman los derechos en concreto.

2. La tutela contra particulares

A diferencia de otras Constituciones, la colombiana no restringe la acción constitucional de defensa de los derechos fundamentales —acción de tutela—, a las vulneraciones o amenazas que puedan provenir de las autoridades públicas. El último inciso del artículo 86 de la Constitución Política dispone: “La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

La protección procesal constitucional frente a terceros se rige por el principio del *numerus clausus*. No tiene carácter universal en cuanto sólo se concede en los casos taxativamente señalados por el legislador. El decreto 2591 de 1991, dictado por el gobierno con base en facultades extraordinarias otorgadas por el constituyente, determinó los casos en que procedía la acción de tutela contra particulares.

El trámite de la tutela, salvo en lo relativo al agotamiento opcional de la vía gubernativa y en lo tocante al contenido de las medidas de protección que se ponen en práctica cuando prospera la acción contra las autoridades públicas, en lo demás *mutatis mutandis* se adelanta con arreglo a las mismas normas que gobiernan esta última (D. 2591 de 1991, artículo 43). En este escrito, por lo tanto, se dejará de lado lo concerniente al procedimiento de la tutela. A continuación se analizan las hipótesis legales en las que procede la acción de tutela contra particulares por razón de las “acciones u omisiones” que violen derechos fundamentales.

La acción de tutela contra las autoridades públicas ofrece a las personas un medio de defensa contra la arbitrariedad. El poder público se desvía de su fin siempre que éste se utilice para vulnerar o amenazar los derechos constitucionales de las personas o deje de emplearse para procurar su efectividad. Pero el particular no solamente se resiente del abuso del poder público, sino también del abuso que proviene de otros particulares que en el concierto social detentan posiciones de su-

premacía. La suma de poder no se reduce a la que se ejerce por parte del Estado. En la sociedad surgen y se consolidan poderes, al amparo de la ley o por fuera de ella, frente a los cuales los particulares pueden resultar tanto o más vulnerables que frente a las autoridades públicas. Por ello no es suficiente proclamar la interdicción de la arbitrariedad pública —cuya manifestación más conspicua es la violación de los derechos fundamentales—, sino que se torna necesario plantear asimismo la interdicción de la arbitrariedad privada. Finalmente, las condiciones de ejercicio de muchos derechos y su objeto, no resultan ajenos a las conductas activas u omisivas de quienes ostentan posiciones de control social. La Corte Constitucional ha resumido la filosofía de la acción de tutela contra particulares en la idea de control al abuso del poder privado. El ejercicio arbitrario del poder privado es aquel que se manifiesta en la lesión de los derechos fundamentales. La acción de tutela contra los particulares que detentan posiciones de poder compensa la desigualdad o asimetría que se presenta en el seno de la sociedad y que se tolera mientras no se traduzca en arbitrariedad privada.

La Corte Constitucional sintetizó en los siguientes términos la justificación de la acción de tutela contra particulares:

Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado Social de Derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (C. P. artículo

86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria.⁷

3. *Casos en que es procedente la acción de tutela contra particulares*

A. *Tutela contra particulares que prestan servicios públicos*

Los tres primeros numerales del artículo 42 del decreto 2591 de 1991 establecían la procedencia de la acción de tutela contra particulares que prestaran determinados servicios públicos, aunque sólo en razón de la violación de ciertos derechos. Los servicios públicos contemplados eran el de educación, salud y el conjunto de los domiciliarios. En tratándose del servicio de salud la protección sólo podía recaer sobre los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución Política. Por su parte, en relación con el servicio de salud, los derechos protegidos se limitaban a los enunciados en los artículos 11, 13, 15 y 16 de la carta.

La Corte Constitucional en su sentencia C-134 de 1994, declaró la inconstitucionalidad de esta doble limitación. En la parte resolutoria de la sentencia se reitera que “la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental”.

Se afirma en la sentencia que la función del Congreso, de conformidad con el inciso quinto del artículo 86 de la Constitución Política, es la de señalar los “casos” en los que procede la tutela contra particulares y no la de determinar los “derechos fundamentales” objeto de la protección. El presupuesto del orden jurídico y su base lo constituye la observancia de todos los derechos fundamentales y no tan sólo de algunos. En consecuencia, “la acción de tutela contra particulares —sostiene la sentencia— es viable cuando se intente proteger, dentro de las tres situaciones fácticas que contempla la norma

7 Corte Constitucional, sentencia T-251 de 1993.

constitucional, cualquier derecho constitucional fundamental, sin discriminación alguna”.

La Corte encuentra, de otra forma, que con ocasión de la prestación de un servicio público, el particular se coloca en una posición de supremacía material en relación con los demás miembros de la comunidad. La posibilidad de que dicha situación pueda llevar a cometer “abusos de poder”, a través de actos que signifiquen vulneración de los derechos fundamentales, milita en favor de que la tutela se extienda a todos los servicios públicos. La capacidad de reacción o defensa de los particulares contra los “particulares” investidos social o jurídicamente de poder, no podría, pues, limitarse a ciertos servicios públicos dejando por fuera a otros. La acción de tutela como freno al abuso del poder privado, sin este alcance, podría dejar sin antídoto la arbitrariedad de los particulares poderosos.

El concepto de servicio público, otrora medular en el derecho administrativo, adquiere en el orden constitucional una relevancia que no se oculta a nadie. La Constitución Política hace un uso extenso de esta noción, como puede deducirse de lo que disponen varias de sus normas. De hecho, el artículo 86 de la carta defiere a la ley la determinación de los casos “en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público”. A raíz de la sentencia citada de la Corte Constitucional, la calificación de una actividad como de servicio público es todavía más pletórica de consecuencias, puesto que en su ámbito las lesiones a los derechos fundamentales, de ocurrir, pueden ser objeto del mecanismo protector de la acción de tutela.

En la sentencia de la Corte Constitucional T-507 de 1993,⁸ se apela a la socorrida definición de servicio público formulada

8 En la sentencia T-507 de 1993 el servicio de correo —entrega de remesas— prestado por una organización privada, se calificó perteneciente al servicio público, a la luz del artículo 430 del C. S. T., por entrañar una modalidad de transporte. Por encargarse del servicio de transporte, se concluye erróneamente que la empresa actúa para los efectos como autoridad pública y, por tanto, en ese carácter procede contra ella la acción de tutela impetrada por una presunta violación del derecho de petición. En vista de que con anterioridad

en el artículo 439 del Código Sustantivo del Trabajo, a cuyo tenor: “Para este efecto [prohibición de la huelga en los servicios públicos] 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”. Dos precisiones resultan oportunas. La primera, adoptar como criterio de servicio público el que según los autores corresponde a su significado más amplio y general, incide en la “constitucionalización” directa y acelerada de un número nada despreciable de actividades privadas. La segunda, la simple realización de una actividad calificada por el Código Sustantivo del Trabajo como perteneciente a la categoría de servicio público, por sí sola, no sustrae al particular su carácter privado para transformarlo en sujeto público. En realidad, si el sujeto pasivo de la acción de tutela al cual se refieren los tres primeros numerales del artículo 42 del D. 2591 de 1991, fuese el particular en su condición de autoridad pública y no el particular pura y simplemente —como lo sostenemos—, sobraría el numeral 8 del mismo artículo que hace viable la acción de tutela cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas.

B. Tutela contra particulares respecto de los cuales el demandante se encuentre en una relación o situación de insubordinación o indefensión

El particular que presta un servicio público o ejerce una función pública, tiene con la autoridad pública (sujeto pasivo de la tutela por excelencia) un rasgo común que lo distinga de los demás y que le concede cierta preeminencia. La

a la sentencia C-134 de 1994, la tutela no procedía contra los gestores del servicio de transporte, la Sala de revisión tal vez consideró del caso forzar la interpretación y establecer la asimilación de la organización privada a una autoridad pública, lo cual permitía concretar una violación constitucional. De este modo, se soslayaba la aparente improcedencia de la acción debido a que entonces el servicio de transporte no confería la legitimación pasiva.

satisfacción de necesidades de interés general y el ejercicio del poder estatal, contribuyen a realzar el papel social del sujeto privado que adquiere la capacidad de influir sobre los restantes miembros de la comunidad, lo que ocurre al colocarse en una posición a la que se vincula dicha posibilidad. En estos dos eventos, la condición de sujeto pasivo de la acción de tutela, se deriva del *status* de la persona como “gestora de un servicio público” o titular de una función pública.

En las demás hipótesis, el *status* del sujeto privado que formalmente asume un perfil público o cuasi público, no se configura. La Constitución, sin embargo, no ignora que el poder social puede ser independiente de la mera cualificación del sujeto que lo detenta. De ahí que ella disponga que la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede respecto de “quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. La asimetría de poder ínsita en una relación de “subordinación o indefensión” no presupone un *status*, sino la desproporción o desbalance jurídico o material en términos de autonomía privada. La Constitución obliga a tomar en consideración la ecuación real de poder existente entre los particulares.

La prueba de una condición subjetiva —gestor de un servicio público o titular de una función pública—, no reviste la dificultad que suele representar la demostración de una relación o situación de subordinación o indefensión. No se trata de identificar un sujeto con base en datos tan sencillos como los de servicio público o función pública, sino poner al descubierto, a partir del tejido social, una forma específica de supremacía que sea suficiente para asegurar a una persona un espectro de dominio o de influencia determinante sobre otra. En el único caso en que se reduce la carga probatoria, es en el del menor que solicita la tutela, como quiera que la ley presume su estado de indefensión (C. P., D. 2591 de 1991, artículo 42-9).

Los numerales 4 y 5 del D. 2591 de 1991, consagran causales de procedencia de la acción de tutela contra acciones u omisiones de particulares, fundadas en la existencia de una relación o situación de subordinación o indefensión que se pre-

sente entre la persona que solicita la tutela y aquella contra la que se endereza. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado los eventos de subordinación e indefensión.

La subordinación. Ésta se refiere a la relación de dependencia jurídica en que se halla el demandante de la tutela frente al demandado. Si las partes se encuentran colocadas en dos planos distintos que denotan un grado de relativa asimetría, ello obedece a una situación que no es ajena al ordenamiento jurídico. La Corte ha admitido, entre otros casos de subordinación, el del trabajador en relación con su patrono; el del hijo respecto de los padres que ejercen la potestad parental (sentencia T-293 de 1994); el del copropietario singular frente al órgano directivo de la copropiedad (sentencia T-290 de 1993).

La indefensión. Se ha sostenido que la indefensión alude a una situación de orden fáctico en cuya virtud una persona queda sometida al poder de otra, no pudiendo reaccionar de manera efectiva por carencia de medios jurídicos o materiales. La indefensión no se define en abstracto, ya que sólo se logra determinar con base en un detallado análisis de las circunstancias que obren en cada caso (sentencia T-338 de 1993).

Con objeto de precisar el alcance de este concepto, resulta conveniente enunciar algunas de las más significativas doctrinas sobre la materia.

a. Se encuentran en situación de indefensión frente a una empresa o sujeto privado, las personas que por su relación de vecindad deban sufrir (con grave menoscabo para su salud y calidad de vida), los efectos incontrolados de cualquier género de contaminación, que la autoridad de policía por su falta de diligencia en la aplicación de las normas legales haya tolerado o dejado de resolver de manera efectiva.

Los fundamentos de esta doctrina se dejaron inscritos en la sentencia T-251 de 1993 (caso “Proquimuhl”) ya citada. La empresa química demandada arrojaba sobre un sector residencial, sin los controles ambientales adecuados, partículas provenientes de la caldera, la cual utilizaba para su combustión cascarilla de arroz o de café. Señala la Corte que la inactividad de la administración, responsable de aplicar las normas legales, por una parte, expande el poder y la supremacía de la empresa

y, de otra, aumenta la indefensión del resto de la población que se ve expuesta a soportar riesgos, peligros y lesiones que hubieran podido evitarse si las competencias legales hubiesen sido ejercidas de manera positiva y diligente. La conformidad de sus funciones por parte de las autoridades de policía conduce al desconocimiento impune de las normas legales dictadas con miras a proteger derechos y bienes constitucionales de las personas.

Abandonado este escudo de protección, la sociedad automáticamente se divide en dos grupos. El primero lo conforman las personas que quedan a merced de los desafueros de los particulares cuyo poder se expande en la misma medida en que las autoridades renuncian a sus propias competencias legales. El segundo lo integran los particulares que se ven favorecidos con la ausencia o empobrecimiento de los controles. A este respecto dice la Corte que la inacción y la negligencia de la administración “definitivamente es el expediente eficaz de un género perverso de distribución del poder social”. En la citada sentencia se anota la inescindible relación existente entre el ejercicio de las competencias legales a cargo de la administración y la protección de los derechos fundamentales, la cual es tan estrecha que:

puede aceptarse que se integra al núcleo esencial de cualquier derecho constitucional la pretensión de exigibilidad del ejercicio positivo y diligente de las competencias legales atribuidas a las autoridades administrativas cuando su actuación es indispensable para proteger el bien jurídico que tutela el derecho y cuya omisión es susceptible de generar riesgos y peligros inminentes que la norma configuradora del derecho ha querido prevenir o evitar.

Los elementos del caso anterior se repiten en muchos otros, y, así mismo, es semejante el sentido de la decisión de la Corte. En el caso “Cementos del Caribe” (sentencia T-014 de 1994), la imposibilidad de actuar de manera efectiva para neutralizar los actos u omisiones, se predicaba de las personas que residían a lo largo del trayecto recorrido por las volquetas

de la empresa, las cuales resultaban afectadas por la inhalación permanente de grandes cantidades de polvo que éstas levantaban a su paso y por las pérdidas del material —caliza y puzolana— que esparcían en el ambiente, sin que la autoridad, pese a los llamados, hubiese tomado medida alguna.

En el caso “integrales del caribe ltda” (sentencia T-025 de 1994), la indefensión, entendida como la “imposibilidad de la víctima de enfrentarse con éxito al origen del problema”, se refiere a la situación del demandante que habita en una urbanización, en cuyas cercanías opera una fábrica de muebles de madera, que se ha convertido en fuente irresistible de contaminación acústica y de emisión de polvillo y vapores orgánicos.

En el caso “fábrica de cajas de madera” (sentencia T-028 de 1994), se señaló que la habitante del barrio de un pequeño municipio, dada la ineficiencia de la policía para resolver el problema de contaminación acústica producido por la planta entablilladora localizada en el predio contiguo a su morada, se encontraba indefensa frente a los propietarios de la fábrica generadora de un “ruido ensordecedor”.

En el caso “malos olores” (sentencia T-219 de 1994), el deficiente proceso de transformación de la materia prima orgánica por parte de la empresa productora de alimentos concentrados, aunado a la desatención de las autoridades públicas, colocó a los campesinos de la región que soportaban los olores nauseabundos (causados por la incineración de huesos y vísceras) que penetraban sus casas, en estado de indefensión por cuanto ante la injerencia desproporcionada “el ejercicio ineficaz del derecho de petición ante las autoridades competentes para el control de las actividades lesivas del medio ambiente sano, sustrajo a los afectados por la contaminación atmosférica ocasionada por la sociedad comercial demandada, los medios de defensa indispensables para la tutela de sus derechos fundamentales”.

En el caso “surtilicores 24 horas” (sentencia T-425 de 1995), se demandó a la propietaria de un pequeño negocio de expendio de licores, cuya clientela además de comprar las bebidas durante la noche, las ingería en el lugar adyacente —una

gasolinera— y allí solían fumar cigarrillos, generando un peligro de explosión. La Corte estableció que la inactividad de las autoridades administrativas, pese al riesgo existente, propició la situación de indefensión del otro empresario para quien resultaba imposible fáctica y jurídicamente controlar el consumo de licor y cigarrillos vendidos por la demandada. La conservación y expansión de una clientela, en las condiciones anotadas, aunque podría ampararse en la libertad de empresa, fue expresamente censurada por la Corte que reiteró el siguiente criterio de indefensión: “la magnitud de una vulneración de los derechos fundamentales, que excede los beneficios pretendidos mediante una acción legal y hace inocuo su ejercicio, es un parámetro que permite establecer la existencia de una relación de indefensión” (sentencia T-189 de 1993).

En el caso “habitantes de los llanos de Cuivá” (sentencia T-523 de 1994), como consecuencia de la construcción de una porqueriza en los predios del demandado, se produjo una severa contaminación de las aguas que alimentaban el acueducto de los demandantes, puesto que en ellas se vertían los excrementos de setenta cerdos. La omisión de las autoridades en el contexto concreto de la situación descrita generó un vacío de protección que llevó a la Corte a reconocer el estado de indefensión de los demandantes.

En el caso “la porqueriza” (sentencia T-622 de 1995), a los vecinos de una mujer —jefe de familia— que violó las normas sobre destinos del suelo (mantenía dentro del perímetro urbano un criadero de cerdos), se les reconoció bajo estado de indefensión debido a que su capacidad de reacción ante las molestias causadas —malos olores, insectos, ruidos, etcétera— fue neutralizada con la actitud negligente y omisiva de la administración. En esta oportunidad la Corte determinó que sólo la inacción de la administración que registrase una “magnitud crítica”, poseía la virtud de potenciar a sujetos privados “hasta el punto de colocar a los demás en condiciones de indefensión y, por consiguiente, con legitimidad para entablar contra aquéllos acción de tutela”. De lo contrario, advirtió la Corte, se correría el riesgo de constitucionalizar todo el derecho administrativo-policivo; se trasladaría, además, a la órbita judicial

la resolución de problemas que debían solucionarse en el ámbito administrativo; finalmente, la acción judicial que debería, por regla general plantearse primariamente ante las autoridades públicas, se desviaría hacia los sujetos privados que expanden su poder en la medida en que se diluye la presencia y la acción de las autoridades.

En la citada providencia se introduce, por primera vez, una prueba sobre el concepto de “inacción administrativa que reviste una magnitud crítica”, gracias a la cual un particular asume una posición de supremacía relativa frente a los demás:

- 1) gravedad de la omisión, en vista del bien constitucional cuyo cuidado depende del ejercicio oportuno y diligente de las competencias asignadas a la respectiva autoridad; 2) injustificada demora de la autoridad para ejercitar las funciones atribuidas por la ley; 3) claro nexo de causalidad entre la omisión administrativa y la situación ilegítima de ventaja de un particular que la explota materialmente en su favor y en detrimento de las demás personas; 4) existencia de una lesión directa o de una amenaza cierta sobre un derecho fundamental que tienen como causa directa y principal el comportamiento omisivo y su aprovechamiento por el particular; 5) previo agotamiento de los recursos administrativos consagrados en la ley con el objeto de obtener que cese la omisión, salvo que su agotamiento pueda convertir en irreparable la lesión o la amenaza.

En el caso “criadero de pollos” (sentencia T-115 de 1997), se presenta una situación similar a la analizada en relación con los vecinos de la explotación comercial que sufren la inacción del inspector de higiene.

En el caso “noches tormentosas” (sentencia T-428 de 1995), la pasividad de las autoridades administrativas en orden, para controlar la emisión de ruido de un establecimiento dedicado al esparcimiento, fue determinante para que la Corte considerase a los residentes del apartamento contiguo en situación de indefensión. En el mismo sentido se pronunció la Corte en el caso “Bar Baraona” (sentencia T-203 de 1997), en el que reconoció la condición de indefensión a los propietarios de un

edificio frente al dueño de un bar aledaño que hasta altas horas de la madrugada subía el volumen excesivamente al equipo de sonido.

No obstante no tratarse de una actividad comprendida bajo la libertad de empresa y, por el contrario enmarcarse dentro del campo reservado a la libertad de culto, en el caso “comunidad carismática del amor” (sentencia T-210 de 1994), la Corte precisó que los vecinos del lugar donde se llevaban a cabo prácticas religiosas que se acompañaban de sonidos que sobrepasaban en gran medida la intensidad tolerable en el sector, se encontraban en situación de indefensión puesto que la injerencia excesiva que ello comportaba para su intimidad y sosiego no había sido tomada seriamente en consideración por las autoridades de policía.

En el caso “iglesia pentecostal del nombre de Jesús” (sentencia T-713 de 1996), la Corte confirmó las sentencias de instancia que habían negado la tutela al pastor evangélico de la mencionada iglesia, que refería cómo los vecinos, además de citarlo a la comisaría para quejarse del ruido ocasionado por la actividad religiosa, finalmente habían optado por lanzar piedras sobre el techo de la casa que servía de sede pastoral. La Corte fundó su negativa en el argumento de que si se deja de acudir a las autoridades de policía, no puede configurarse la situación de indefensión que necesariamente supone impotencia frente al agresor. La Corte, por otro lado, puso de presente que “no tiene sentido intentar una acción de tutela en defensa del derecho propio, a sabiendas de que el ejercicio que se ha venido haciendo del mismo ha sido abusivo y de que se han lesionado los derecho de otros”.

b. Se encuentran en estado de indefensión frente al titular de un bien, derecho o titularidad activa, la persona o personas que se vean grave e injustamente privadas de satisfacer una necesidad vital, por causa de una acción o abstención de aquél, cuando ella sea en sí misma irracional, irrazonable o desproporcionada. Esta doctrina se encuentra expresada, explícita o implícitamente, en múltiples sentencias de la Corte Constitucional.

En el caso de los “pescadores de la poza de Mendiguaca” (sentencia T-605 de 1992), la Corte determinó la situación de indefensión de quince familias de pescadores artesanales con fundamento en dos razones principales. La clausura del portón de ingreso al predio del demandado impedía a los demandantes el tránsito por el camino ancestralmente utilizado para acceder al mar, en vista de la ausencia de otras vías. La acción del propietario no le reportaba a éste un beneficio tangible que alcanzara, así fuera en mínima parte, a superar el perjuicio que ocasionaba a los pescadores, para quienes la pesca representaba, en cambio, la única fuente de sustento. La privación de la fuente principal de trabajo por un acto cuya negación no afecta el núcleo esencial del derecho de dominio, como fruto del ejercicio de una supremacía privada, denota correlativamente un estado material de indefensión, cuya verificación antecede “a la evaluación de la posible disponibilidad de otros medios de defensa judicial”. La exposición injusta a la privación del bien o de la actividad que satisface una necesidad vital, puede conducir a la postración de un individuo frente a otro y, por consiguiente, a la mengua de su dignidad. La tutela evita este trance. De ahí que en estas circunstancias ella resulte procedente.

En el caso “los dos ancianos y el burro” (sentencia T-036 de 1995), el demandado instaló puertas cerradas con candado y cercado con alambre de púas en su terreno, con objeto de dificultar el paso por su propiedad, no obstante que los dos ancianos demandantes tenían derecho a la respectiva servidumbre. En vista de que el burro de los demandantes no podía atravesar el predio, la situación creada obligaba a los “ancianos a arrastrarse por debajo del alambrado y a cargar al hombro los productos de su finca, con cuya venta se procuran el diario sustento”. Según la Corte, la actuación del demandado sobrepasa el ámbito del derecho real de servidumbre e implica “obligar a los accionantes a tener que cumplir las funciones de bestias de carga”, lo que socava la dignidad humana. Resultó evidente para la Corte, dadas las condiciones de los ancianos y la arbitrariedad e irracionalidad

de la conducta del demandado, que éstos se encontraban en situación de indefensión.

En el caso “mangueras cortadas” (sentencia T-375 de 1996), pese a la existencia de medios judiciales y administrativos para imponer o hacer efectivo un derecho de servidumbre, la Corte consideró que las familias de un barrio humilde ubicado en la periferia de una ciudad, se hallaban en estado de indefensión a raíz de que los dueños del predio por donde fluye una fuente de agua, destruían constantemente las mangueras colocadas por la orilla y a lo largo de un corto trecho. Anota la Corte en la sentencia que:

No cabe duda de que la persona que en virtud de su poder jurídico o material, esté en condiciones de privar de agua a una entera comunidad o de sujetarla a acceder a una fuente de agua contaminada y peligrosa para su salud y vida, se encuentra en una situación de supremacía y contra él pueden entablarse acciones de tutela si con sus acciones injustamente afecta o amenaza derechos fundamentales. En este orden de ideas, el sujeto titular de tamaño poder no puede obrar con la lógica absoluta de señor y dueño, pues junto a sus derechos derivados de la ley civil, se encuentra vinculado por el respeto de los derechos fundamentales.

En el caso “los alcatraces” (sentencia T-379 de 1995), la irracional e irregular obstrucción del paso de las aguas que alimentaban el acueducto de un conjunto residencial, por parte del concesionario de una merced estatal, que igualmente se servía de las mismas, fue considerada por la Corte como el factor principal que ocasionaba la indefensión de los residentes en dicho conjunto, puesto que el suministro de agua tenía carácter vital y su interrupción afectaba en forma grave un interés colectivo.

c. La confrontación que exponga a un individuo a la incontrastable influencia social o económica de un sujeto u organización que dispone en su favor de instrumentos cuya utilización unilateral puede repercutir hondamente en su autonomía y oportunidades, constituye un factor que coloca a la persona

en estado de indefensión si de ella se hace uso abusivo. Esta doctrina informa muchas sentencias de la Corte Constitucional.

En el caso “familia de Rafael Orozco” (sentencia T-611 de 1992), algunos diarios convirtieron la noticia sobre el asesinato de un conocido cantante en ocasión para divulgar toda suerte de sucesos amorosos que lo vinculaban con una determinada señorita, y de los cuales se inferían hipótesis sobre la desaparición trágica del artista. La Corte estimó que la esposa e hijas del cantante, cuya vida privada y autonomía resultaban profundamente afectadas con el constante y desviado cubrimiento noticioso, se hallaban en estado de indefensión ante las organizaciones propietarias de los periódicos que lucraban con la explotación económica de la desgracia familiar. La sentencia parte de la premisa de que la persona individual se encuentra en estado de indefensión frente a los medios de comunicación:

Es suficiente —se anota en la providencia— recordar que ellos —analizada la situación desde el punto de vista de su potencialidad—, aparte de la mayor o menor cobertura que puedan exhibir, ora en el ámbito nacional, ya en el local, tienen el formidable poder del impacto noticioso; cuentan con la capacidad de la presentación unilateral de cualquier acontecimiento; gozan de la ventaja que representa la posibilidad de repetición y ampliación de las informaciones sin límite alguno; manejan potentes instrumentos que pueden orientar y condicionar las reacciones psicológicas del público, resaltar u opacar datos e informaciones y, por si fuera poco, aun en el momento de cumplir con su obligación de rectificar cuando hay lugar a ello, disponen del excepcional atributo de conducir la respuesta para publicar la rectificación y contra-argumentar en el mismo acto, bien “mediante las notas de redacción” en el caso de la prensa escrita, ya por conducto de los comentarios o glosas del periodista en los medios audiovisuales, sin ocasión de nueva intervención por parte del ofendido.

En suma, la indefensión se descubre al observar la enorme desproporción de fuerzas que se enfrentan: de una parte, el individuo que advierte una lesión o amenaza a un bien valioso

y esencial para su existencia; de la otra, una organización que tiene en su poder un instrumento que aun larvadamente puede anular o reducir en medida apreciable ámbitos vitales de aquel que se le enfrenta.

En el caso “Cadenalco” (sentencia T-579 de 1995), una empresa propietaria de una de las más grandes cadenas de supermercados en el país, luego de poner término al contrato de trabajo con un dependiente suyo —que al momento de firmar una relación tomó un bolígrafo marca BIG de la papelería y arrojó su estuche a la basura—, se abstuvo de expedirle un “carné” a fin de autorizar a los proveedores externos contratarlo en menesteres de acarreo, despacho y entrega de mercancías. El “veto” virtual que la mencionada empresa imponía a su ex trabajador, impedía que en la práctica los proveedores de la misma osaren contratarlo, lo que implicaba para aquél ver cercenadas significativas oportunidades de empleo, máxime tratándose del giro de actividades en las que se desempeñaba mejor por haberlas realizado durante muchos años. Según la Corte el medio de defensa utilizado por la empresa, que ocupa un lugar estratégico en el mercadeo de bienes de consumo en la ciudad en la que se desenvolvió el conflicto, por tener “efectos externos de tal magnitud que se proyectan de manera excesiva sobre el destino del trabajador, privándolo gravemente de sus oportunidades de empleo”, coloca a este último en situación de indefensión. La indefensión se revela en la condición de sometimiento a la que se reduce la persona, cuando la organización que exhibe un influjo social innegable le impone una “etiqueta”, haciendo uso de su enorme poder de disuasión con el fin de generar discriminaciones.

En el caso “fábrica de velas” (sentencia T-375 de 1997), una empresa que en el mercado local ejercía un relativo dominio en el mercado de distribución de parafina ante las denuncias —comprobadas mediante las certificaciones de las autoridades de pesas y medidas— elevadas por un pequeño empresario productor de velas cuyo modesto negocio dependía de dicho suministro, decidió abruptamente suspender toda relación comercial con el mismo, lo que le causó ingentes perjuicios a aquél. La ruptura del suministro, por tener el carácter de re-

presalia en relación con la legítima pretensión del pequeño empresario e implicar la virtual clausura de su negocio, fue interpretada por la Corte como un acto que entrañaba la sujeción del actor, respecto de la cual no podía negarse la procedencia de la acción de tutela, como quiera que esta “tiene [entre particulares] un sentido de liberación —dice la corporación— frente a las demostraciones de poderío y de supremacía de quienes ostentan posiciones de poder y las utilizan sin reparar en su función social o con el propósito velado o no de imponer arbitrariamente sus intereses”.

La acción de tutela no es el mecanismo para reaccionar judicialmente contra el ejercicio de facultades o derechos que en un momento dado posean los sujetos que dispongan de un poder económico cuyo alcance no pueda pasar desapercibido. No se pretende reequilibrar las fuerzas por el mero hecho de que una parte ostente una posición de superioridad económica. La acción de tutela franquea sus puertas en todos los casos en que los poderes privados, mediante sus acciones, pretendan ilegítimamente hacer sentir el peso de su influencia sobre los individuos, cercenando sus oportunidades vitales.

d. En las relaciones endosocietarias la situación de indefensión —ausencia de medios de defensa de orden material o jurídico—, adquiere connotaciones distintas de acuerdo con la naturaleza del grupo o colectivo al cual se vincule el individuo. Por el momento, la jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado en favor de la efectividad de los derechos constitucionales en el seno de algunas formaciones sociales: familia, copropiedades y asociaciones. Seguramente en el futuro, la acción de tutela podrá ventilarse con esa misma finalidad, por parte de los sujetos que se integren a otras organizaciones.

1) En la familia la situación de indefensión se asocia a la grave ruptura de un deber primario de solidaridad y respeto —cuya preservación resulte necesaria para mantener el equilibrio en su seno y el cumplimiento de sus funciones básicas—, que repercute negativamente sobre el *status* moral o físico del miembro afectado.

En el caso “crisis nerviosa” (sentencia T-174 de 1994), la Corte señaló que el padre demandado por su hija, a la que

no había socorrido económicamente, pese a sufrir de una grave enfermedad mental y requerir de tratamiento médico que no podía financiar con sus propios recursos, se encontraba incurso en una abstención que para ella representaba un estado de indefensión.

En el caso “esposa maltratada” (sentencia T-529 de 1992), la Corte determinó que la violencia física reiterada y habitual que el esposo demandado ejercía sobre su esposa, autorizaba el ejercicio de la acción de tutela, en razón de que el comportamiento descrito equivalía a la indefensión contemplada en la norma legal.

La acción de tutela, afirma la Corte, se propone otorgar una protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales violados y, desde este punto de vista, es autónoma respecto de las demás acciones judiciales, civiles y penales que, aunque de todas formas pueden instaurarse, no son óbice para que proceda la tutela. En la providencia citada, se detiene la Corte a explicar el concepto de indefensión:

Se trata en este caso concreto de un conjunto de relaciones de carácter doméstico en que el marido colocándose en situación de superioridad física, abusa de su presencia en el hogar y despliega la potencia de su habilidad adquirida para someter cualquier resistencia de la mujer; adviértase que esta situación se configura en el caso de la incapacidad material y física de detener por medios civilizados una agresión de tal índole que, como en el caso que se examina, pone en grave peligro la vida y la integridad personal de la agredida. La indefensión a que hace referencia la norma que se cita está constituida precisamente por la falta de defensa física o por la carencia de medios físicos para repeler la ofensa contra la vida o la integridad producida por una persona natural a la que debe respeto, afecto y consideración.

Luego de este importante pronunciamiento, múltiples fallos de la Corte (sentencias T-522 de 1994, T-436 de 1995, T-458 de 1985, T-420 de 1996, entre otros) reiteraron la doctrina expuesta y persistieron en la activa protección del miembro de la familia que fuese víctima de los maltratos físicos por parte de otro

de sus integrantes. En todas las sentencias se proscribe el empleo de la fuerza física; la apelación a ella, actual o virtual, se convierte en causa suficiente para abrir las puertas de la tutela, pues la violencia se considera destructiva de la unidad y de la armonía familiar (sentencia T-487 de 1994).

A partir de la expedición de la ley 294 de 1996, que consagró novedosos mecanismos de protección contra la violencia familiar y el maltrato, incluso más expeditos que la propia acción de tutela, la Corte se abstuvo de seguir concediendo la protección impetrada por las víctimas de las agresiones físicas, dada la existencia de un medio judicial más efectivo y rápido que la indicada acción constitucional. Independientemente de esta circunstancia, la doctrina constitucional asentada permite colegir, con toda seguridad, que la utilización de la fuerza física puede, por regla general, constituir un factor que permite establecer una situación de indefensión.

En el caso “agua con azúcar” (sentencia T-125 de 1994), la Corte puntualizó que la omisión del deber de informar sobre las resultas del negocio de venta del único bien de un anciano y desvalido padre, atribuible al hijo, dada la condición de indigencia de aquél, era suficiente para colocarlo en situación de indefensión, toda vez que se le privaba de poder asumir “pronta y debidamente la defensa de sus derechos e intereses”, máxime tratándose del único activo patrimonial que constituía la fuente exclusiva de su sustento económico independiente.

Aunque en el caso “ancianos contra diócesis de Cúcuta” (sentencia T-351 de 1997) el conflicto no se había desatado entre miembros de la familia, la Corte aplicó la misma lógica que subyace a las decisiones anteriores. Los dos ancianos sobrevivían pese a sus limitaciones físicas y mentales, gracias a la percepción de los cánones de arrendamiento de un inmueble que representaba su único activo patrimonial. La intención de los ancianos respecto del inmueble, expresada a través de una disposición testamentaria, era la de que éste, después de su muerte, fuera transferido a la iglesia. Sin embargo, el sacerdote que los atendía y que en cierta medida les servía de apoyo existencial —“miembro sociológico de la familia”—, en virtud del poder concedido por la anciana, vendió el bien y destinó

su producto al Fondo de Vocaciones de la Diócesis de Cúcuta, lo que implicó para los demandantes la pérdida de su sustento vital. La Corte, en la sentencia, pone de manifiesto que la presente indefensión tiene carácter esencialmente relacional, por lo que debe analizarse el tipo de vínculo existente entre las partes. En este orden de ideas, las condiciones precarias de los ancianos, se anota, no les permite a éstos asumir su propia defensa ante la violación de su dignidad, “exigible a todo individuo en un Estado social de derecho”. Los hechos estudiados, concluye la Corte, “conducen a aplicar en forma directa el cumplimiento del deber de solidaridad por parte de la diócesis de Cúcuta y del sacerdote demandado”. Sin perjuicio de las acciones judiciales ordinarias, la lesión del derecho al mínimo vital derivada del abuso del contrato de mandato, no podía en ausencia de la acción de tutela, ser inmediatamente neutralizada, dada la situación de indefensión de los ancianos, lo que justifica más que sobradamente la procedibilidad del amparo constitucional.

2) En las copropiedades y asociaciones, la condición de indefensión ha estado referida a sus poderes internos de regulación y gobierno siempre que se usen por la mayoría en relación con asuntos que escapan a su ámbito legítimo por penetrar o interferir en la soberanía del individuo no comprometida con la acción colectiva y que, por tanto, puede ser mal objeto de renuncia expresa o tácita a fin de poder ser partícipe de la misma (actos *ultra vires*).

En el caso “conjunto residencial Montana” (sentencia T-233 de 1994), la Corte asume que contra las decisiones de la junta administradora de una copropiedad, no existiendo un medio judicial efectivo para impugnarlas, la acción de tutela resulta procedente para impedir la violación de los derechos fundamentales que se produzcan como consecuencia del abuso del poder de regulación, en el que se incurre cuando a un copropietario que no asistió a una junta extraordinaria se le pretende imponer una decisión que no está relacionada con el objeto de la copropiedad, sino que depende de la decisión voluntaria de las personas, como la instalación de televisión por cable. La demandante que rehusaba este servicio, involuntariamente

también se exponía a incurrir en mora en el pago de las cuotas de administración, ya que el pago de las cuentas incorporaban las instalaciones por concepto de la televisión, situación que, además, le impedía ejercer sus derechos de participación dentro de la copropiedad. No obstante que la procedibilidad de la tutela, en parte se basó en la condición de subordinación de la copropietaria, que se ve constreñida a acatar la decisión del órgano interno competente, esto en el fondo no hubiese sido suficiente.

Ha debido agregarse a lo anterior, el patente abuso del poder de regulación privado que lleva a un individuo amenazado en sus derechos fundamentales justamente en razón de la acción social, a enfrentarse a la mayoría privada.

En el caso “asociaciones médicas de Barranquilla” (sentencia T-679 de 1996), se presentan distintas circunstancias que enfrentan a miembros pertenecientes a éstas o independientes de ellas, con el poder del grupo social —que dispone de mayores medios de acción— que eventual y coercitivamente emplea con objeto de inducir a un determinado comportamiento colectivo, que pueda significar la anulación o grave detrimento de las libertades y derechos individuales que no deberían ser alcanzados de esa manera por el cuerpo social.

Las asociaciones médicas de especialistas de la ciudad de Barranquilla decidieron aunar esfuerzos a fin de evitar que las empresas promotoras de salud, las clínicas, las compañías de seguros y demás entes intermediarios de los servicios médicos controlaran discrecionalmente los precios y tarifas aplicables, lo que sería fácil si en el otro extremo de la negociación sólo estuviese el médico aislado compitiendo con sus colegas.

Para los efectos anteriores, cada asociación actuando conjuntamente con las demás, hizo firmar a sus miembros “un acta de compromiso” que, entre otras cosas, consagraba la prohibición de atender pacientes afiliados a empresas intermediarias con las cuales no se hubiese suscrito, por parte de la asociación médica respectiva, un acuerdo de tarifas. El incumplimiento a esta obligación se sancionaba de distintas maneras: expulsión del médico disidente; publicación de su nombre y de la razón de su exclusión; comunicación a las empresas in-

termediarias con las cuales se tuviese un convenio de tarifas para que se le removiese de sus cuadros médicos; en fin, la imposición de sanciones pecuniarias en favor de la asociación médica respectiva. La ejecución del acuerdo dio lugar, como era previsible, a la expulsión de varios médicos de sus asociaciones y a la aplicación de las restantes sanciones. En relación con algunas conductas desplegadas por la asociación, la Corte señaló que la asimetría de poder entre la asociación, de una parte y el médico, de otra, era tan pronunciada que hacía viable la procedibilidad de la acción de tutela, sin perjuicio de que al fallar de fondo no prosperase la pretensión de amparo.

En términos generales, la indefensión se hizo patente en los casos en los que el grupo alcanzaba a ostentar una situación de claro predominio que, en el caso presente, se derivaba del hecho de que la asociación concentraba la oferta y podía, en consecuencia, poner en peligro ámbitos sensibles de los derechos de los miembros singulares, tales como el ejercicio profesional y el buen nombre. A este respecto, expresó la Corte:

Cuando... las situaciones de predominio o supremacía despliegan sus efectos sobre órbitas constitucionalmente tuteladas de la vida de un individuo —como la órbita laboral—, disminuyendo radicalmente el ejercicio de su autonomía, sin que existan medios eficaces para acometer la defensa integral e inmediata de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, debe afirmarse que se encuentra en situación de indefensión.

Las prácticas arbitrarias que constituyan abuso del derecho de asociación, como se ha visto, excepcionalmente —cuando no exista un medio eficaz de defensa—, pueden ventilarse a través de la acción de tutela, lo que ciertamente ampara a los disidentes del grupo que resisten el asedio mayoritario que pretende conculcar sus derechos fundamentales. ¿Qué ocurre, sin embargo, con los terceros que sin ser miembros de una organización en ciertos momentos quedan sometidos a su po-

der de regulación, el cual puede igualmente amenazar o lesionar sus derechos fundamentales?

La Corte Constitucional en el caso “discapacitados físicos contra Dimayor” (sentencia T-288 de 1995), los administradores del estadio deportivo “Pascual Guerrero”, conforme a las reglas dictadas por la Dimayor, procedieron a reubicar a varios discapacitados que solían ubicarse en un lugar próximo a la pista atlética. Este grupo de asistentes, finalmente quedó reubicado en una gradería a la que se accedía mediante una rampa cuya pendiente hacía imposible que los discapacitados pudiesen llegar hasta allí, aparte de que el lugar revestía mayores peligros en caso de presentarse una emergencia. La Corte concedió la tutela por hallar probada una clara discriminación contra los demandantes, pero para hacerlo previamente determinó su estado de indefensión, el cual no se estableció a partir de su condición física, sino por la circunstancia de que contra las regulaciones de la mencionada organización privada, el particular carecía de todo medio de defensa judicial. La aplicación de las regulaciones privadas fueron objeto de un estricto examen de constitucionalidad que abarcó la finalidad de la medida, su idoneidad y su proporcionalidad, para concluir que se estaba ante un acto discriminatorio por omisión de trato especial (C. P., artículos 13 y 47).

e. Se encuentra en estado de indefensión aquel que por fuera del cauce legal propio y del contexto singular en que se desenvuelve una relación con otro sujeto, por un acto unilateral de constreñimiento de este último, se ve expuesto a soportar inesperada y pasivamente la situación pública y comprometida ocasionada por dicho acto, por ausencia de un medio idóneo de defensa, y con grave detrimento de sus derechos fundamentales.

En algunos casos, la actuación del sujeto activo modifica súbitamente el escenario que sirve de trasfondo a una determinada interacción social, que de ser privada pasa a ser pública y, además de sortearse exclusivamente a través de medios legales preestablecidos se somete a procedimientos de encarnizamiento social. Varias sentencias de la Corte Constitucional han identificado situaciones de indefensión en los

actos de cobro extraprocesal de obligaciones, en los que al margen del proceso se pretende llevar, mediante escenificaciones y mecanismos de estigmatización de distinto género, a conocimiento del grupo social de referencia del deudor su condición de moroso o de incumplido, confiando que el rechazo social, la congoja o la vergüenza induzcan positivamente al remiso a cancelar la acreencia. En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia dictada en el caso de los “chepitos” (sentencia T-412 de 1992).

En el caso “correspondencia indeseada” (sentencia T-261 de 1995), el demandante solicitaba el amparo ante una entidad financiera a la que había suministrado los datos sobre su dirección y teléfono para los efectos de la expedición de una tarjeta de crédito, pero que ésta había entregado a terceros que con fines de promoción de sus servicios y mercaderías, terminaron por incorporarlo a sus listas de correspondencia, lo que implicaba el recibo de envíos indeseados o mortificantes. A pesar de que la Corte Constitucional en la sentencia de revisión desestimó la pretensión del actor, puesto que a su juicio no se trataba de datos personales pertenecientes a la intimidad, consideró que los presupuestos de procedibilidad de la tutela sí estaban dados. El cliente de una entidad financiera, dijo la Corte, puede encontrarse frente a una conducta suya en estado de indefensión “en una situación específica, en la cual no le sea posible hacer nada, desde el punto de vista fáctico y en el aspecto jurídico, para impedir que se le vulnere un derecho fundamental o que le sea puesto en franco peligro o en inminente amenaza”.

En el caso “la única pista” (sentencia T-335 de 1995), los empleados de un supermercado fueron considerados en estado de indefensión como consecuencia de la conducta del administrador del negocio que, luego de haberse presentado un hurto, fijó el siguiente aviso a la entrada del establecimiento: “\$1.000.000.00 de recompensa a la persona que informe sobre el robo de \$3.000.000.00. La única pista es que se duda de un empleado de este supermercado-informes 44-22-36- y Adm=absoluta reserva”. Según la Corte Constitucional:

el administrador, no sólo ejerció su autoridad para mandar a fijar el aviso mencionado sino que además se aprovechó de esa condición de superioridad para colocar a los empleados en una situación de indefensión, entendida ésta, como la que se produce cuando un individuo, sin su culpa, no ha podido defender sus derechos de acuerdo con las leyes que regulan su ejercicio, frente a una agresión inminente y actual.

En el caso “fábrica de ropa el As” (sentencia T-411 de 1995), el cobro de una deuda mediante la inserción de un aviso en un diario de amplia circulación nacional, fue considerado por la Corte Constitucional suficiente para colocar a la persona concernida en estado de indefensión “ya que se utilizaron canales extralegales muy poderosos para esgrimir su situación, que no permiten una fácil confrontación entre las partes y por el contrario pueden generar prejuicios superiores a los hechos que motivaron la publicación”.

C. *Esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos*

El artículo 17 de la Constitución Política prohíbe la esclavitud, servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas. Por su parte, el artículo 42, numeral 5, contempla como supuesto especial de la acción de tutela contra particulares todo hecho que desconozca la prohibición absoluta que consagra la carta.

D. *Ejercicio del habeas data contra la entidad privada renuente*

Prescribe el artículo 15 de la Constitución Política que “todas las personas... tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

El *habeas data* se incluye en el capítulo 1 del título II de la Constitución Política, en el que se enuncian los derechos fundamentales. Aunque en estricto rigor el *habeas data* corresponde

a un proceso constitucional específico ideado para cumplir diversos propósitos, en la Constitución se enuncian, a título de derecho sustantivo varias facultades de la persona concernida por los datos y se confía a la acción de tutela, en principio, su protección judicial. Si bien la Corte Constitucional se ha limitado a conferir a la ubicación de los derechos bajo el mencionado capítulo y epígrafe, un valor meramente ilustrativo o indicativo de la naturaleza de un determinado derecho —no enteramente conclusivo—, no se ha puesto jamás en duda que el *habeas data* ostente la condición de derecho fundamental.

Por otro lado, no deja de tener alguna significación que el artículo 15 de la Constitución Política, en el que se regula el *habeas data*, se ocupe básicamente del derecho a la intimidad personal y familiar y de la inviolabilidad de la correspondencia, además de establecer una excepción a la reserva de documentos privados.

De hecho, la Corte Constitucional, en un primer momento, no dudó en acomodar conceptualmente el *habeas data* dentro del ámbito del derecho a la intimidad.⁹ En esa oportunidad se precisó que la intimidad se proyectaba en dos dimensiones: como secreto de la vida privada (sentido estricto) y como libertad (sentido amplio).

La primera dimensión ofrecería la visión tradicional de la intimidad marcadamente individualista y portadora de facultades de exclusión de signo negativo. La segunda, conferiría a la intimidad el carácter de libertad pública y la habilitaría para enfrentar las amenazas que en el mundo moderno se ciernen sobre ella. Concluye la Corte: “... en las nuevas condiciones creadas por la emergencia de sofisticadas tecnologías, la intimidad adquiere más y más objetiva naturaleza Política como que apunta a lograr un justo equilibrio en la distribución del poder de la información y no exclusivamente, como en el pasado, a garantizar los apetitos de soledad de una persona”.

Posteriormente, en la sentencia de unificación jurisprudencial SU-082 del 10. de marzo de 1995, la Corte rectificó el anterior criterio y atribuyó al *habeas data* una configuración

9 Corte Constitucional, sentencia T-414 del 16 de junio de 1992.

autónoma y propia como quiera que “a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, en Colombia el *Habeas Data* está expresamente establecido en la Constitución”. En esta ocasión la Corte señaló que el núcleo esencial del *habeas data* estriba en la defensa del derecho a la “autodeterminación informática”, en cuya virtud la persona a la cual se refieren los datos que reposan en un archivo público o privado está facultada para autorizar su conservación, uso y circulación.

Dos consecuencias principales se siguen de la caracterización del *habeas data* como derecho fundamental. Primera, la regulación de este derecho y la determinación de los procedimientos y recursos para su protección sólo pueden consagrarse a través de leyes estatutarias (se aprueban por mayoría absoluta de los miembros del Congreso dentro de una sola legislatura y su trámite comprende la revisión previa de la constitucionalidad del proyecto por parte de la Corte Constitucional).

Segunda, entre los mecanismos de defensa judicial del derecho, se destaca la acción de tutela que puede reclamarse ante cualquier juez (en todo momento y lugar) mediante un procedimiento preferente y sumario. Con objeto de ilustrar la efectividad de la tutela, basta señalar que por disposición constitucional “en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”.

Las sentencias de tutela se remiten a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

A partir de la Constitución de 1991, las personas cuyos datos se encontraban desde hacia varios lustros almacenados en bancos de datos por entidades del sector financiero y que eran reportadas como deudores morosos, entablaron con éxito acciones de tutela dirigidas a corregir o eliminar, por diversas circunstancias sus nombres de tales registros.

Los bancos y demás instituciones financieras se constituyeron en un grupo activo de presión ante el Congreso a fin de que éste expidiera la ley estatutaria respectiva y por esta vía “frenara los excesos de la tutela”. El Congreso dictó, finalmente, el proyecto de Ley 127/93 Cámara, 12/93 Senado, mediante la cual “se dictan algunas disposiciones sobre el ejercicio de la

actividad de recolección, manejo, conservación y divulgación de Información Comercial”. El texto de la ley que se transcribió en el anexo, buscaba restringir al máximo el *habeas data* referido a bancos de datos financieros y a este fin circunscribía básicamente su objeto.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-008 del 17 de enero de 1995, declaró la inconstitucionalidad del proyecto de ley. El citado proyecto había sido aprobado sin contar con la mayoría especial exigida por la Constitución Política. La violación de ésta no podía ser más flagrante. De todas maneras, la inexistencia de una ley estatutaria que regule la materia, si bien deplorable por muchos aspectos, no llega a afectar la efectividad del *habeas data*, por tratarse a veces del artículo 85 de la Constitución Política, de un derecho de aplicación inmediata, que no requiere un estricto rigor de la *interpositio legislatoris*.

En ausencia de la ley estatutaria, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido la encargada de delinear los contornos del *habeas data* y desarrollar sus aspectos más relevantes. En ninguna otra materia, como en ésta, las sentencias de la Corte Constitucional se han convertido en fuente generadora de reglas y criterios jurídicos. Por consiguiente, con base en lo expresado por la Corte se procederá a exponer tanto el contenido como los alcances del *habeas data*.

Ya se anticipó que para la Corte Constitucional el centro de gravedad del *habeas data* viene a estar constituido por la “autodeterminación informática” y por la libertad. Dicha autodeterminación se traduce en la facultad de la persona concernida por los datos almacenados en un archivo público o privado para autorizar su conservación, uso y circulación, lo mismo que para conocerla, actualizarla y rectificarla. Estas facultades se consideran indispensables puesto que sin ellas la circulación libre de la información podría lastimar, tanto la identidad de la persona como su libertad. Se descubre, de este modo, una dimensión inédita, pero necesaria de la autonomía personal: la necesidad de controlar el flujo de información que sobre la persona y sus actos se vierte hacia el exterior y que se reproduce incesantemente a través de los canales informáticos.

En principio, puede decirse que sujeto activo del *habeas data* es toda persona, natural o jurídica, cuyos datos particulares sean captados en un archivo público o privado “susceptible de tratamiento automatizado”, como lo ha manifestado la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ha reconocido que dependiendo de la naturaleza de cada derecho fundamental en concreto, las personas jurídicas pueden ser titulares activos de posiciones iusfundamentales. Desde este punto de vista, nada se podría oponer a que las personas jurídicas pudiesen, en este caso, ser consideradas titulares activos del *habeas data*. La misma consideración del *habeas data* como derecho autónomo, cuya configuración trasciende el ámbito de la intimidad, contribuye a justificar aún más la posibilidad de extender a las personas jurídicas la titularidad del mencionado derecho.

Por el aspecto pasivo, los sujetos potencialmente obligados serían todas aquellas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que organicen bancos de datos diseñados con el fin de poner en circulación los datos que almacenen o con aptitud para hacerlo y generar información a terceros.

La Constitución Política precisa las facultades de la persona a la cual se refieren los archivos públicos o privados: “a) el derecho a conocer las informaciones que se produzcan de ella y que se contienen en tales archivos; b) el derecho a solicitar y obtener la actualización de la información recogida en los archivos; c) el derecho a rectificar las informaciones inexactas, falsas o que en general no corresponda a la verdad”.

La Corte Constitucional, por vía jurisprudencial, refiriéndose a los bancos de datos financieros o económicos, ha reconocido en toda persona el “derecho a la caducidad del dato negativo”, el cual se infiere, en su concepto del principio de autodeterminación informática y de la misma cláusula de libertad.

A este respecto ha señalado la Corte

... también hacia el pasado debe fijarse un límite razonable, pues no sería lógico ni justo que el buen comportamiento de los últimos años [se refiere al deudor moroso] no borra, por así decirlo, la

mala conducta pasada... Es claro, pues, que el término para la caducidad del dato lo debe fijar, razonablemente, el legislador. Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo así el interés general.

Con base en estas premisas, la Corte considera que sería irrazonable la conservación, uso y divulgación informática del dato financiero, si se omite la ocurrencia de todos los siguientes hechos:

- a) Un pago voluntario de la obligación;
 - b) Transcurso de un término de dos años, que se considera razonable, término contado a partir del pago voluntario. Expresamente se exceptúa el caso en que la mora haya sido inferior a un año, caso en el cual, el término de caducidad será igual al doble de la misma mora; y,
- Que durante el término indicado en el literal anterior, no se hayan reportado nuevos incumplimientos del mismo deudor, en relación con otras obligaciones.

La Corte no deja de lado tres eventos que pueden ocurrir: el pago de la obligación en un proceso ejecutivo; el pago producido una vez presentada la demanda con la sola notificación del mandamiento de pago; y, finalmente, el no pago de la obligación al prosperar la excepción referida a la prescripción. En el primer caso, a juicio de la Corte, el término de caducidad sería de cinco años (semejante al término de prescripción de la pena de los delitos que no tienen señalada una pena privativa de la libertad). En el segundo caso, se aplicará la regla general y el término de caducidad será solamente de dos años. En el tercer caso, no se presenta la caducidad, puesto que “no ha habido pago y, además, el dato es público”.

El alcance del *habeas data*, en particular su función como derecho reivindicativo de un espacio de libertad frente al “poder informático”, resulta inaprehensible si no se discurre sobre el concepto de dato, entidad básica que conforma los bancos de datos y que constituye aquello que se predica, de una manera o de otra, del sujeto concernido.

Según el concepto del experto Lleras de que la Corte prohija “el dato es un elemento material susceptible de ser convertido en información cuando se inserta en un modelo que lo relaciona con otros datos y hace posible que el dicho dato adquiera sentido” (Corte Constitucional, sentencia T-414 de 1992).

El dato, prosigue la Corte, como elemento básico de información sobre eventos o cosas, referido a una persona específica, provee información sobre su identidad o al menos un aspecto de ésta. La reunión de un conjunto de estos datos, lo que está al alcance de la tecnología actual, puede brindar a terceros un perfil virtual de la persona.

El “poder informático” surge justamente de la posibilidad que se dispone para almacenar datos personales, y poder discriminarlos con apoyo en sistemas y canales electrónicos. Los peligros para la libertad, la identidad y la intimidad de las personas se acrecientan. Las personas súbitamente pueden ser objeto de respuestas o acciones hostiles, rechazos de variada intensidad, coerciones ocultas, cuando no de invitaciones y ofertas no deseadas. La transparencia de la intimidad y, naturalmente, su distorsión, ambas no autorizadas ni buscadas, ciertamente representan una evidente “contaminación” de las libertades, como ha dado en llamarse este fenómeno de abuso del poder informático.

Como necesario contrapeso —afirma la Corte en la sentencia citada— “este nuevo poder ha engendrado la libertad informática. Consiste ella en la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, la identifican e individualizan ante los demás”.

Si bien en varios momentos diversas personas pueden acceder al conocimiento de un dato, su propiedad, asevera la Corte, no puede tener los rasgos que distinguen el derecho de dominio clásico, puesto que no podrán excluirse completamente las pretensiones del sujeto concernido por aquél y que, en los términos de la Constitución Política, le permite conocer, rectificar y actualizar las informaciones respectivas, particular-

mente con objeto de evitar y controlar el abuso del poder informático.

En el caso concreto de los bancos de datos financieros, en la sentencia SU-082 de 1995, la Corte señaló que:

... así como la facultad de reportar a quienes incumplan las obligaciones con ellos contraídas, tiene como base fundamental y punto de equilibrio, la autorización que el interesado les otorgue para disponer de esa información, pues al fin y al cabo, los datos que se van a suministrar conciernen a él, y por tanto, le asiste el derecho, no sólo a autorizar su circulación, sino a rectificarlos o actualizarlos, cuando a ello hubiere lugar.

Autorización que debe ser expresa y voluntaria por parte del interesado para que sea realmente eficaz.

En vista de que no se ha dictado, hasta la fecha, la ley que desarrolle este derecho y que disponga un mecanismo o procedimiento específico para su protección, la acción de tutela es por el momento el medio idóneo para reclamar su protección en los eventos de violación o de amenaza.

La acción de tutela regulada en el artículo 86 de la Constitución Política se caracteriza por su probada eficacia para defender la efectividad de los derechos fundamentales. La revisión eventual de las sentencias que se profieran, por parte de la Corte Constitucional, de otro lado, ha permitido que progresivamente se conforme un cuerpo doctrinal que orienta la actividad judicial y que está atenta a adaptar los fallos a los nuevos retos y desafíos que enfrentan los derechos.

A través de la acción de tutela se puede solicitar y obtener la condigna indemnización por concepto del daño emergente a cargo de quien ha vulnerado o puesto en peligro un derecho fundamental, la Corte excepcionalmente la ha impuesto.

La acción de tutela procede contra particulares en los casos que determine la ley. En relación con el *habeas data*, no cabe la menor duda de que la acción de tutela puede intentarse contra particulares. En efecto, dispone el artículo 42 del decreto 2591 de 1991: “Artículo 42. Procedencia: La acción de tutela

procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: ... 6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del *habeas data*, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución”.

Cabe añadir que prácticamente en su totalidad las acciones de tutela enabladas para garantizar el derecho analizado, se han enderezado contra particulares que administran bancos de datos.

E. *Rectificación de informaciones inexactas o erróneas*

El artículo 20 de la Constitución Política consagra la libertad de expresión en términos amplios y generosos que abarcan manifestaciones más específicas de este derecho, tales como la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial y fundar medios de comunicación masiva. Con objeto de compensar y equilibrar el enorme poder de los comunicadores profesionales, cuya libertad resulta esencial, la misma norma contempla dos instituciones de la mayor importancia. De una parte, señala que los comunicadores deben obrar respetando el criterio de la responsabilidad social. De otra parte, “se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad”.

Precisamente, el decreto 2591 de 1991, en el numeral 7 del artículo 42, desarrolla el derecho a la rectificación, y lo convierte en hipótesis en la cual excepcionalmente la persona lesionada puede servirse de acción de tutela contra particulares. La rectificación se solicita, según la norma legal, en relación con informaciones inexactas o erróneas. Con la demanda de tutela debe acompañarse la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada, a fin de que el juez pueda formarse una idea cabal sobre la vulneración y, especialmente, sobre si la rectificación hecha se dio en condiciones de equidad.

Las controversias que se han resuelto a raíz de la interposición de demandas de tutela con este objeto descubren la tensión existente entre el derecho a informar y los derechos

de las personas que a la postre resultan de un modo o de otro involucradas en las noticias, comentarios e imágenes transmitidas por los medios. Adentrarse, por ende, en el análisis de las situaciones que suscita el derecho a la rectificación, ayuda a ilustrar el alcance del derecho a informar.

En algunos casos, aparte del derecho a la rectificación, el juez constitucional ha encontrado que otros derechos fundamentales del actor han podido vulnerarse. Dependiendo de la naturaleza del derecho quebrantado, la protección se ha otorgado con independencia de la rectificación. Ello suele ocurrir, por ejemplo, cuando se verifica una violación primaria al derecho a la intimidad, que por tener una entidad propia e independiente, no precisa que el demandante transcriba copia de la rectificación solicitada y no tramitada por el respectivo medio, puesto que lo perteneciente a la intimidad, en principio, aun si la información es exacta, se sostiene que no debe publicarse.

El derecho a la rectificación judicializa el debate sobre lo que en un contexto particular que envuelve al comunicador y al sujeto concernido con su mensaje, tiene o no el carácter de verdad social imparcial. El deber de informar con base en los criterios de verdad e imparcialidad, radica en el comunicador, a quien se erige en una suerte de juez de la realidad social, que con sus actuaciones alimenta la opinión pública. Al juez constitucional le corresponde pronunciarse sobre la forma en que el comunicador ha dado cumplimiento a dicho deber; por consiguiente, su juicio es de segundo grado —recae sobre el dicho del comunicador—, y debe concederle a este último un margen adecuado de libertad y de acción respecto de su función comunicativa.

A fin de evitar que el proceso se convierta en instancia pura de discusión sobre lo que es verdad en el sentido de correspondencia estricta con la realidad —lo que limitaría peligrosamente la libertad de informar y concedería a los jueces un poder a la vez enorme e imposible—, con cautela se han hecho distinciones sobre lo que representa un comentario u opinión que no es objeto de corrección y lo que constituye una noticia o revelación de un hecho. Además, se han introducido las

precisiones necesarias para deslindar las nociones de inexactitud, imparcialidad y falsedad. En lugar de establecer aproximaciones metafísicas a la verdad periodística, lo que usualmente se ha preferido indicar son estándares de diligencia a cargo del comunicador, cuyo cumplimiento por regla general impide que en su contra prospere un cargo por abuso en el ejercicio de su actividad.

Las definiciones de los conceptos anteriores son esenciales para articular pruebas que suministren a los jueces herramientas de análisis y de verificación de vulneraciones, de modo que puedan brindar la protección que reclaman las personas cuyos derechos se conculcan, sin que de otro lado se incurra en excesos de control judicial que terminen por ahogar la libertad de expresión y sustituirla por la versión unilateral de los jueces. A este extremo no es difícil llegar como quiera que un lazo sutil pone en contacto la actividad del comunicador con la del juez. El primero, en cuanto vinculado por el deber de verdad e imparcialidad, necesariamente queda capturado dentro del paradigma del juez empírico. El juez formal, que revisa la acción del comunicador (juez empírico), equivocadamente puede suponer que su método de acercamiento a la verdad es el mismo, cuando por el contrario la verdad procesal es esencialmente distinta de la verdad comunicativa, y obedecen a imperativos distintos.

Con objeto de precisar el sentido de los comentarios anteriores, lo más conveniente es sintetizar los fallos más importantes de la Corte Constitucional en punto al derecho de rectificación.

F. El ejercicio de funciones públicas

La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, “en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas” (D. 2591 de 1911, artículo 42.8). Se entiende que la asunción de una función pública coloca al particular en una posición semejante a la de un servidor público y, por consiguiente, la actuación que cum-

pla con ese carácter se somete a idénticos controles judiciales, máxime si ella es susceptible de lesionar o poner en peligro derechos fundamentales, en cuyo caso la acción de tutela no podrá ser escatimada a la persona agraviada.

El Estado social de derecho y el principio participativo, muestran una notable apertura orgánica. Los ciudadanos, bajo este sistema, encuentran numerosas posibilidades de comprometerse como agentes de funciones públicas. La frontera de lo público y lo privado, se torna más fluida, aunque en gracia de la preservación de las garantías, se mantenga el régimen de derecho público cuando la función conserva dicha naturaleza pese a que eventualmente la ley autorice que aquella se encomiende a particulares. Siendo la función pública, es lógico que la norma examinada prescriba que "... se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas". Se trata de un desarrollo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley". En el mismo sentido, el artículo 116 de la Constitución Política, se refiere a los particulares que, en los términos de la ley, pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros.

La Corte Constitucional, en sede de revisión, en algunos fallos se ha pronunciado sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares que ejercen una función pública. Dado que, por regla general, los actos de los particulares que obran con dicho carácter, tienen la naturaleza de actos administrativos, la procedencia de la tutela se supedita a que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que en el contexto concreto el solicitante carezca de un medio eficaz de defensa judicial. La consideración de que los actos de los particulares originados en el desempeño de funciones administrativas, son susceptibles de las acciones contencioso administrativas, no ha estado ausente en las decisiones de la Corte y en su renuencia a estimar en estos casos la procedencia de la acción de tutela, salvo que se hubiesen dado las condiciones constitucionales para ello (Corte

Constitucional, sentencias C-259 de 1995 y sentencia T-151 de 1996).

En el caso “los tribunales médicos” (sentencia T-579 de 1994), la Corte señaló que los tribunales ético-profesionales cumplían funciones públicas al aplicar a los miembros de las profesiones respectivas las disposiciones de los códigos de ética profesional y, por tanto, contra ellos podía enderezarse la acción de tutela. En ese caso la Corte estableció que el tribunal demandado había violado el derecho a la libertad de expresión del médico que, en un diario local, había criticado duramente la conducta de algunos integrantes del tribunal de ética de su jurisdicción. Según la sentencia, excede la competencia del tribunal, “hacer del ejercicio de un derecho fundamental una falta ética”.

Por lo demás, en la sentencia T-272 de 1995, aunque no se concedió finalmente la tutela por haber ocurrido los hechos en una época anterior a la Constitución, se reconoció que la misma era procedente contra la Curia Diocesana de Ocaña, puesto que correspondía al ejercicio de funciones públicas los actos destinados a corregir una prueba del estado civil.

G. La conducta legítima

Según el artículo 45 del decreto 2591 de 1991, no se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular. El concepto de conducta legítima obliga a efectuar la distinción entre ésta y la procedibilidad de la acción de tutela. En el artículo 42 del decreto citado se enuncian los supuestos que autorizan la instauración de la acción de tutela contra particulares, que usualmente se denominan presupuestos de procedibilidad para denotar que se trata de condiciones cuya verificación es indispensable para darle curso al proceso de tutela. La conducta legítima, por el contrario, es un requisito de mérito que de concurrir impedirá que se otorgue la tutela de un derecho fundamental, pese a que la acción entablada sea ella misma viable desde el punto de vista procesal.

La Corte Constitucional ha hecho uso del concepto de legitimidad tanto en sentido positivo como en sentido negativo.

Se entiende por “conducta legítima” aquel comportamiento del demandado que “tiene respaldo en el ordenamiento jurídico vigente al momento de actuar” (caso “Cenalc”, sentencia T-017 de 1995) y en cuya virtud no podrá prosperar la pretensión de amparo del demandante. Con acierto se señala en la sentencia que el objetivo de haber consagrado esta excepción es la de “asegurar que la acción de tutela se ejerza únicamente sobre los supuestos constitucionales de la violación o amenaza de los derechos fundamentales, ocasionada por acciones u omisiones contrarias al ordenamiento jurídico”. La preservación de la autonomía privada y de la seguridad jurídica, militan en favor de contemplar esta defensa del demandado, como quiera que

la persona debe gozar de una mínima garantía, ofrecida por el Estado y por el ordenamiento jurídico, de que, mientras ajuste su conducta a las normas en vigor —en primer lugar las constitucionales, pero también las impuestas por la ley en tanto no sean incompatibles con la Constitución (artículo 4o. C. P.)— y no abuse de sus derechos, no se verá sometida a la imposición de sanciones ni le será deducida responsabilidad alguna.¹⁰

En el extremo opuesto se define como “conducta ilegítima”, la que viola la Constitución, la ley, o la que teniendo apoyo formal en ella, en el plano sustancial se traduce en abuso del derecho. De verificarse cualquiera de estos hechos, la defensa “conducta legítima” se desvanece y la pretensión del demandante se torna triunfante, siempre que se hubiere comprobado la violación del derecho fundamental.

En desarrollo de esta tesis, la Corte Constitucional consideró que el cobro de derechos por parte de un establecimiento educativo probado constituía una conducta legítima, siempre que no se incurriera en excesos sancionados por la ley; pero, si aquél, por fuera de los cauces judiciales, decidiera perseguir el pago de sus acreencias a través de otros procedimientos como los de no autorizar el acceso a las aulas, retener notas

o calificaciones o estigmatizar públicamente al estudiante, incurriría en una “conducta ilegítima” que le abriría paso a la pretensión de amparo (caso Cenalc; en este mismo sentido, sentencia T-612 de 1992).

La conservación de un dato financiero adverso relativo a un deudor moroso en un banco de datos público, por un término mayor del que la Corte ha estimado razonable, pese a que la actividad informática tenga sustento constitucional y legal, se ha considerado constitutivo de una “conducta ilegítima”. En palabras de la Corte:

quien invoca un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico únicamente puede llevar su ejercicio hasta los límites que el mismo ordenamiento establece. Una vez traspasados esos linderos, deja de ejercerse un derecho y, en cuanto se causa daño a la colectividad o a personas en concreto, se pierde legitimidad y se debe responder. Así la sola circunstancia de que las centrales de datos y los archivos informáticos estén autorizados, en cuanto corresponden a la libertad de empresa y al derecho a la información —ambos garantizados por la Carta Política— no implica que quien desarrolle la correspondiente actividad sea invulnerable a la acción de tutela por el uso abusivo que pueda hacer sus derechos (sentencia T-119 de 1995).

El concepto de legitimidad se ha empleado conscientemente por la Corte con objeto de establecer límites a la discrecionalidad privada, cada vez que ella se ejercita con el fin de lesionar los derechos fundamentales de las personas. En este orden de ideas se ha reiterado que el empresario goza de una esfera apreciable de libertad para gobernar las relaciones internas de la empresa y disponer los factores de producción, salvo cuando apela a sus facultades con el propósito de socavar los derechos de los trabajadores a conformar sindicatos o fortalecer su poder de negociación colectiva, para lo cual muchas veces se ofrece un tratamiento discriminatorio a los trabajadores afiliados a un sindicato (casos “Coopfabor”, sentencia T-230 de 1994; caso “Confecciones Leonisa”, sentencia SU-342 de 1995; caso “Colombian Sewing Machine Company

S. A.”, sentencia SU-511 de 1995; caso “Noel”, sentencia SU-570 de 1996, entre otras). Sin embargo, cuando el régimen diferencial que aplica un empresario obedece no a su voluntad, sino a la estricta ejecución de una sentencia o de un laudo arbitral, “actúa en desarrollo de una conducta legítima contra la cual procede la tutela” (sentencia T-136 de 1995).

En resumen, la legitimidad de la conducta se consagró originariamente en la ley con objeto de brindar al demandado una defensa de fondo con carácter enervante respecto de la pretensión de amparo. Igualmente, la función de la excepción se dirige a limitar la acción de tutela como medio judicial de defensa de derechos fundamentales. Al lado de este esquema, cuya validez no se discute, la jurisprudencia de la Corte ha ampliado el significado del concepto de legitimidad —gracias a la fecunda contraposición de la endiádis legitimidad-ilegitimidad—, que ha adquirido también relevancia como instrumento para controlar la discrecionalidad de los poderes privados y poner freno al abuso de los derechos. En cierta medida, este desarrollo novedoso no parecería sorprendente, si se tiene en cuenta que el enfrentamiento de la pretensión de tutela con la excepción que eventualmente se formule por el demandado en términos de “conducta legítima”, descubre al juez el marco de controversia y de los derechos en juego, lo que apareja de su parte un esfuerzo de ponderación y equilibrio que bien puede expresarse en el señalamiento de abusos o de ejercicios permitidos a propósito de la calificación final de la conducta de las partes.