

## LA EFICACIA ENTRE PARTICULARES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA PRESENTACIÓN DEL CASO COLOMBIANO

Alexei Julio ESTRADA

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *Los supuestos fácticos de la Drittwirkung en Colombia*. III. *Conclusiones*.

### I. PRESENTACIÓN

Una de las constantes en el constitucionalismo reciente, al menos en aquel fuertemente influenciado por la doctrina alemana, es aceptar el doble carácter de los derechos fundamentales. Se conciben entonces como derechos subjetivos de libertad que hacen parte de la esfera jurídica de su titular y adicionalmente como normas objetivas de principio y decisiones axiológicas que tienen valor para todos los ámbitos del derecho.<sup>1</sup>

Esta doble calificación, en la cual los dos elementos coexisten en una relación no exenta de tensiones, es el resultado de la progresiva difusión de la así denominada teoría objetiva de los derechos fundamentales, según la cual éstos no sólo cumplen su papel tradicional de derechos de defensa frente al Estado, sino que como valores supremos dentro del ordenamiento jurídico, también fungen como mandatos de actuación y deberes de protección para los poderes públicos, al mismo tiempo que informan las relaciones recíprocas entre particulares y actúan como límites a la autonomía privada.

El origen de esta nueva concepción hay que buscarlo en el contenido mismo de los ordenamientos constitucionales de la posguerra. En efecto,

<sup>1</sup> Böckenförde, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 95.

la caracterización de la Constitución como “ley superior”, con fuerza normativa propia, dentro de la cual los derechos fundamentales ocupan un lugar preponderante (ya que además de las garantías previstas para asegurar su aplicación inmediata por el Poder Judicial, cuentan con una protección reforzada ante eventuales modificaciones superior a las de las otras normas constitucionales y vinculan además a todos los poderes públicos incluyendo por supuesto al legislador), sirvió de base para un inusitado desarrollo de la dogmática constitucional en los últimos tiempos y particularmente de la teoría de los derechos fundamentales, pues como afirma Pedro de Vega, el derecho constitucional ha de contemplarse hoy en día, ante todo, “...como un derecho de garantías, que tiene en la denominada por Cappelletti *Giurisdizione costituzionale della libertà* su más honroso y significativo capítulo”.<sup>2</sup>

Es precisamente uno de esos recientes desarrollos doctrinales, la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (o si se quiere la *Drittwirkung der Grundrechte* según la terminología alemana), el objeto de la presente ponencia. Con fines metodológicos, y en aras de la concreción no me detendré en el debate doctrinal en torno a la figura,<sup>3</sup> ni en la experiencia en el derecho comparado<sup>4</sup> y me ocuparé por lo tanto exclusivamente del caso colombiano.

2 Vega, Pedro de, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad de Murcia*, 1994, núm. 4, p. 41.

3 Como es sabido el debate en torno a la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales tuvo su origen en Alemania en los años cincuenta en torno a la cuestión de si en virtud del artículo 3.2. de la ley fundamental de Bonn, que consagra que los hombres y mujeres gozan de los mismos derechos, correspondía una igualdad salarial entre hombres y mujeres. Pronto se configurarían las diversas posturas en torno a la *Drittwirkung* que se repetirían a lo largo de los últimos cincuenta años: una posición contraria a la aplicación de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico *inter privatos* y una posición favorable a la misma, que a su vez se dividía entre los partidarios de la así llamada eficacia indirecta o mediata (es decir, quienes abogaban por la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través de las cláusulas y conceptos generales del derecho privado) y los partidarios de la eficacia inmediata o directa (aquellos que sostenían que los derechos fundamentales eran directamente aplicables en el tráfico jurídico entre particulares). Para una exposición más detallada de la evolución doctrinal de la materia puede verse Julio Estrada, Alexei, *La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 87 y ss.

4 Como señala Munch: “...con el paso del tiempo, la *Drittwirkung* (*made in Ger-*

Sin embargo, valgan aquí algunas precisiones iniciales: en primer lugar, en Colombia, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos constitucionales, el Constituyente de 1991 previó expresamente la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, de ahí que no hayan tenido lugar los problemas procesales presentes en otros ordenamientos jurídicos, sobre la posibilidad de aplicar las garantías constitucionales en el tráfico *inter privados*. En segundo lugar, debido a que existe una explícita previsión constitucional al respecto ni la doctrina ni la jurisprudencia se han preocupado de elaborar una teoría acerca del tipo de eficacia entre particulares aplicable en Colombia. Aunque hay algunos pronunciamientos generales sobre la dimensión objetiva de los derechos fundamentales<sup>5</sup> y sobre el deber de protección, éstos no pasan de ser meras exposiciones esquemáticas, y en general se acepta que precisamente en virtud del mandato constitucional la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares es directa.

## II. LOS SUPUESTOS FÁCTICOS DE LA *DRITTWIRKUNG* EN COLOMBIA

Como antes se anotó, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, la carta colombiana en el inciso final de su artículo 86 deja zanjado de una vez y para siempre el tema de procedencia de las garantías constitucionales frente a vulneraciones de los derechos fundamentales

many) se ha convertido en un artículo de exportación jurídica. En no pocos países del mundo la idea de la vigencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado ha penetrado en el pensamiento jurídico o al menos es tema de discusión. España, Portugal, Irlanda e Italia, Bélgica y Holanda, Austria y Suiza e, incluso Japón son ejemplos de ello. Actualmente la *Drittwirkung* se discute con especial intensidad en la República Surafricana, tal vez hoy en día el campo de experimentación constitucional más interesante del mundo...". I. Munch, "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania", *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Salvador Coderch, Pablo (coord.), Madrid, Cívitas, 1997, p. 30. A la anterior enumeración hay que añadir algunos países latinoamericanos, cual es el caso de Perú y Costa Rica en cuyos ordenamientos está consagrada expresamente la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Un resumen del Estado de la cuestión en derecho comparado puede verse en Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, Beck, 1994, vol. III, núms. 1 y 2, pp. 1533 y ss., y en Bilbao Ubillós, J., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 329 y ss.

<sup>5</sup> Por ejemplo, la sentencia T-406 de 1992.

por particulares. No obstante, el Constituyente delimitó expresamente los supuestos de dicha procedencia y confió al legislador su posterior desarrollo, por lo tanto, no cabe duda que a diferencia de lo que ocurre frente a los poderes públicos, la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales —o al menos la posibilidad de interponer la garantía constitucional específicamente prevista para su defensa por violaciones imputables a un privado— tiene un carácter excepcional.

La norma constitucional trae una enumeración genérica de los supuestos en los cuales cabe la acción de tutela contra particulares, a saber: la prestación de un servicio público, la conducta de un particular que afecte grave y directamente el interés colectivo, y el estado de subordinación y de indefensión. Este bosquejo inicial fue desarrollado en la norma que reglamenta la garantía constitucional, el Decreto ley 2591 de 1991, en cuyo artículo 42 se detallan los supuestos de procedencia de la acción cuando el demandado es un privado.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> El artículo originalmente establecía:

“La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de los particulares en los siguientes casos:

1. Cuando el particular contra quien se hubiera hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.
2. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.
3. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.
4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
5. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace el artículo 17 de la Constitución.
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.
7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.
8. 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.
9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o de indefensión respecto del particular contra el cual se

Sin embargo, en la práctica, la disposición legal ha sido ignorada por la jurisprudencia constitucional que de manera reiterada ha preferido recurrir a los supuestos directamente contemplados en el artículo 86 de la carta sin detenerse en su posterior desarrollo normativo, reservando la exigencia que las circunstancias fácticas se acomoden a la enumeración del artículo 42 únicamente para justificar la denegación del amparo.<sup>7</sup>

Tal tendencia se hizo manifiesta a partir de la sentencia C-134 de 1994, en donde se sentó doctrina constitucional sobre los tres supuestos establecidos por el artículo 86 de la carta. Por otra parte, la vaguedad y amplitud de los términos utilizados por dicho precepto le ahorran a la Corte no pocos dolores de cabeza al momento de calificar la conducta del particular como vulneradora de los derechos fundamentales, frente a la reglamentación mucho más estricta del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Es preciso, entonces, detenerse en los supuestos previstos por la norma constitucional y en su evolución jurisprudencial.

### *1. La prestación de un servicio público por un particular*

En el estudio de este supuesto se hace aún más evidente cómo el juez constitucional se ha valido de la carta política para evadir las restricciones legales. En efecto, si bien el ya citado artículo 86 prevé de manera general la posibilidad de interponer la tutela en contra de un particular que preste un servicio público, el Decreto ley 2591 de 1991, en su artículo 42, introdujo una serie de restricciones a tal posibilidad:

interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela". Del artículo antes transcrito se desprende que el legislador reforzó el carácter excepcional de la previsión constitucional al restringir en algunos casos la procedencia de la acción de tutela frente a particulares a la violación de determinados derechos, como ocurría específicamente en los numerales 1, 2 y 9. Tal limitación fue declarada inconstitucional en la sentencia C-134 de 1994, por lo tanto actualmente cabe impetrar tutela contra violaciones a cualquier derecho aun en los supuestos contemplados por los citados numerales.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, en la sentencia T-338 de 1993 se negó la tutela impetrada porque el actor no se encontraba dentro de los supuestos de indefensión previstos en el numeral 9 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991. En fecha más reciente en la T-798 de 2001 se negó el amparo solicitado porque el articular demandado no prestaba un servicio público domiciliario.

- a) En primer lugar, limitaba los derechos tutelables (limitación que fue declarada inconstitucional (véase nota 6).
- b) En segundo lugar, sólo contemplaba como destinatarios de la acción de tutela a los particulares que prestaran el servicio público de educación (número 1), el de salud (número 2) y los servicios públicos domiciliarios (número 3).

Esto daba a entender que en los demás casos de prestación por un particular de un servicio público, o cuando se tratara de un derecho no específicamente contemplado por la regulación legal (antes de su declaratoria de inconstitucionalidad) no cabría interponer la acción de tutela. Sin embargo, la Corte Constitucional sorteó airoosamente tales obstáculos desde 1993, al sentar en uno de sus fallos una línea jurisprudencial que posteriormente aplicaría en otros supuestos similares.

Se trata de la sentencia T-507 de 1993, en donde la Corte se enfrentaba a la doble limitación antes expuesta: el particular demandado era una compañía que prestaba el servicio de correos —por lo tanto evidentemente no se trataba de ninguno de las modalidades de servicios públicos expresamente contempladas en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991—, y además se le imputaba la violación del derecho de petición, un derecho que según el artículo 23 de la Constitución en principio sólo era exigible frente al Estado, pues por expreso mandato constitucional su ejercicio frente a particulares estaba supeditado a la expedición de una reglamentación legal, que a la fecha aun no ha sido promulgada.

Las barreras eran aparentemente infranqueables, pero no a juicio del juzgador, que en esa oportunidad sostuvo que la prestación de un servicio público por un particular transformaba a éste en autoridad pública, y en consecuencia la procedencia de la tutela en estos casos no está limitada a los supuestos legalmente regulados. El fallo tiene graves incongruencias,<sup>8</sup> y la argumentación empleada deja mucho que desear; sin embargo,

<sup>8</sup> Baste citar que en su fundamento jurídico 6o. afirma que procede la tutela “...debido a que el numeral 1 del decreto 2591 de 1991 señala que la tutela procede contra particulares cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público postal para proteger los derechos consagrados en el artículo 13... de la Constitución”. A menos que se trate de un error de transcripción, el juez constitucional pasa por alto que el numeral primero del artículo en cuestión se refiere al servicio público de educación y el artículo 13 de la carta trata sobre el derecho a la igualdad, no sobre el derecho de petición.

permite inferir, en principio, una regla que servirá como pauta general para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares: “el particular que presta un servicio público, cualquiera que sea, se equipara a la autoridad pública y por ende es destinatario de la acción ante la violación de ciertos derechos fundamentales que en principio sólo vinculan a dichas autoridades, como el derecho de petición”.<sup>9</sup>

La justificación para tan especial vinculación de los particulares a los derechos fundamentales se encuentra a juicio de la Corte en la ruptura de la situación de igualdad que caracteriza las relaciones entre privados, ruptura provocada por la situación de preeminencia en que se coloca aquél que asume la prestación del servicio.<sup>10</sup>

Además, la Corte Constitucional paulatinamente ha ido extendiendo el calificativo de servicios públicos a nuevas actividades, y en consecuencia ampliando los supuestos en los cuales, bajo este concepto, los particulares están vinculados por las normas que consagran derechos fundamentales. Para ello apela a la definición formulada en el artículo 439 del Código Sustantivo del Trabajo colombiano a cuyo tenor se considera como servicio público toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de conformidad con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas.

<sup>9</sup> Aunque podría esbozarse una línea jurisprudencial de contenido más amplio, afirmando que en general en estos casos procede la acción de tutela por la vulneración de cualquier derecho fundamental, si se examina con cuidado la jurisprudencia de la Corte es posible observar que salvo contadas excepciones, por ejemplo, la T-162 de 1994 o la T-1000 de 2001, en la mayoría de los casos que se ha concedido el amparo solicitado el derecho vulnerado por la actuación del particular encargado de la prestación del servicio público era el derecho de petición.

<sup>10</sup> Este argumento sería posteriormente desarrollado en la ya mencionada sentencia C-134 de 1994. Sostuvo la Corte Constitucional en esa oportunidad:

“La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la llamada justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público —como de hecho lo autoriza el artículo 365 superior— o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material —con relevancia jurídica— frente al usuario: es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido y, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere la inmediata protección judicial”.

Acepción bastante amplia, que ha permitido que la Corte califique como tal la administración de cementerios,<sup>11</sup> la actividad aseguradora cuando se trata del servicio del seguro obligatorio de accidentes de tránsito,<sup>12</sup> y en jurisprudencia más reciente la actividad bancaria<sup>13</sup> y la actividad de parqueo y de patios.<sup>14</sup>

## 2. *El particular cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo*

Este supuesto es aún más indeterminado que el anterior, y podría abarcar sin duda una mayor gama de circunstancias fácticas. Sin embargo, la práctica jurisprudencial ha sido moderada y ha hecho un uso relativamente escaso de él. Tal vez debido a que entraña un problema procesal, pues el ordenamiento constitucional colombiano prevé específicamente otro tipo de acciones para la defensa de los intereses colectivos: las acciones populares (artículo 88, CP). Entonces, en primera instancia había que deslindar los supuestos en que procede la tutela de aquellos en que proceden estas últimas.

Si bien inicialmente es posible identificar una línea jurisprudencial bastante amplia sobre la procedencia de la acción de tutela por la vulneración de los derechos e intereses colectivos,<sup>15</sup> a partir de la expedición

11 Véanse, por ejemplo, las sentencias T-162 de 1994, T-517 de 1995, T-609 de 1995 y T-602 de 1996.

12 En este evento por considerar que “...el seguro obligatorio de accidentes de tránsito obedece a un régimen impositivo del Estado que compromete, como ya se anotó, el interés general y busca de manera continua y regular satisfacer necesidades de orden social y colectivo —protección de los derechos a la vida y la salud—, en procura de un adecuado y eficiente sistema de seguridad social que propenda por un mejor modo de vida”, sentencia T-105 de 1996.

13 A partir de la SU-157 de 1999.

14 Sentencia T-1000 de 2001.

15 Cuyos orígenes se remontan a la T-406 de 1992 pero que encuentra una formulación más acabada en las sentencias T-251 de 1993 y T-028 de 1994. En esta última sostuvo el intérprete constitucional:

“Ahora bien, la Sala considera conveniente realizar algunas precisiones acerca del alcance de la acción de tutela contra particulares —y también contra autoridades públicas— en los casos en que se afecte el interés colectivo. Sea lo primero advertir que en algunos eventos la acción o la omisión de un particular, así como la de una autoridad pública, puede afectar a un número plural de personas, todas ellas identificadas o identificables, en cuyo caso no se puede predicar una situación de “interés colectivo” que amerite la protección jurídica mediante la figura de las acciones populares de que trata el artículo

de la Ley 472 de 1998, que regula las acciones populares, la interpretación de la Corte se ha vuelto cada vez más restrictiva, en cuanto a la procedencia de la garantía constitucional en estos casos;<sup>16</sup> pero tanto en la primeras decisiones como en la más recientes la argumentación en términos generales ha sido la misma: cabe la tutela cuando la conducta del particular que afecte grave y directamente el interés colectivo vulnere derechos fundamentales de un asociado o de un conjunto de ellos. Si no hay vulneración de los derechos fundamentales no procede la acción de tutela y habrá que recurrir a las acciones populares.

En cuanto a qué ha de entenderse por afectación grave y directa, la sentencia T-219 de 1994 profundiza, en su fundamento jurídico segundo, sobre estos conceptos. Para precisar el último extremo recurre a la definición dada por la sentencia T-225 de 1993, según la cual la gravedad hace referencia a la importancia del bien amenazado o vulnerado, y se entiende que es directa cuando se afecta en "...forma personal e inmediata el interés de los perjudicados".<sup>17</sup>

Una vez resuelto el problema procesal, los pronunciamientos de la Corte no han introducido novedades interesantes en el concepto de interés colectivo; sin embargo, son útiles para identificar los eventos en que según la jurisprudencia constitucional opera este supuesto.

88 superior, sino que se trata de una circunstancia que puede protegerse o remediarse mediante instrumentos especiales como lo son las acciones consagradas en la legislación colombiana, o la acción de tutela en los términos definidos por el artículo 86 de la carta política. En consecuencia, cuando se presentan los supuestos descritos, es posible tutelar los derechos fundamentales de las personas, toda vez que se trata realmente de una acumulación de acciones encaminadas a proteger a unos individuos determinados. Tal es el caso, por ejemplo, de la contaminación de la comida en una escuela, o de la deficiente prestación del servicio público de acueducto en un conjunto residencial de una ciudad. En estas situaciones, si bien una pluralidad de personas se encuentran afectadas, todas ellas son identificables e individualizables y, por ende, cada una puede reclamar ante los jueces el amparo de sus derechos, amenazados o vulnerados; en caso de no hacerlo, surge también la vía de la acción de clase mediante la cual esas personas pueden reclamar por un daño que se les haya ocasionado "sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares" (artículo 88, CP). Finalmente, la acción de tutela procede contra particulares cuando se afecte grave y directamente el interés colectivo, esto es, un interés que abarca a un número plural —y generalmente indeterminado— de personas que se ven afectadas por la conducta nociva desplegada por un particular... (f. j. 2o.).

16 Véase, por ejemplo, la sentencia T-769 de 2001.

17 Sentencia T-219 de 1994.

- a) En primer lugar tenemos los casos en que el particular afecta el interés colectivo por la generación de ruidos molestos o en general por contaminación auditiva —trátase de establecimientos de diversión<sup>18</sup> o de empresas que funcionan cerca de zonas residenciales—,<sup>19</sup> por la emisión de malos olores<sup>20</sup> o el vertido de desechos químicos,<sup>21</sup> o cuando se aúnan varios tipos de contaminación.<sup>22</sup>
- b) Existe además otro tipo de situaciones, más escasas, que no pueden incluirse en la anterior categoría, sino que responden a conductas del particular que constituyen un abuso de las facultades que le han sido legalmente otorgadas. Tal es el caso de las sentencias T-379 de 1995<sup>23</sup> y de T-425 de 1995;<sup>24</sup> en ambas oportunidades la Corte estimó que la conducta del demandado si bien era desarrollada en ejercicio legítimo de potestades concedidas por el ordenamiento jurídico constituía un abuso del derecho que afectaba el interés colectivo.

Como un elemento común a los ejemplos antes enunciados puede destacarse que casi siempre se trata de conflictos que surgen con ocasión de relaciones de vecindad, cuya solución por regla general el ordenamiento jurídico confía —a través de reglamentaciones de derecho de

18 Sentencias T-575 de 1995 y T-198 de 1996.

19 Sentencia T-028 de 1994.

20 Sentencias T-622 de 1995 y T-115 de 1997.

21 Sentencia T-251 de 1993.

22 Tal es el caso de la sentencia T-200 de 1996, en donde el demandado era el propietario de un estacionamiento al aire libre que funcionaba en una zona residencial y a la emisión de gases se unía el ruido de los vehículos, incluso en la noche y en la madrugada, pues el lugar funcionaba a la vez como un centro de cargue y descargue de mercancías.

23 En esta ocasión los demandantes, residentes en un conjunto residencial, interponían tutela contra un particular propietario de un predio vecino a través del cual cruzaba un canal que surtía de agua el acueducto del cual se servían los petentes. El demandado había desviado el canal para utilizar el agua en otros menesteres.

24 Se trataba de una tutela interpuesta por el propietario de una estación de gasolina contra un expendio de licores vecino. Alegaba que este último local se había convertido en una suerte de bar *ad hoc*, que carecía de la infraestructura locativa y sanitaria mínima para atender la clientela que lo frecuentaba, lo que a su vez representaba una amenaza para el interés colectivo, pues los clientes del expendio de licores protagonizaban frecuentes incidentes e incluso llegaban a fumar en la zona aledaña a los surtidores de combustibles.

policía— a las autoridades administrativas, sin embargo, debido a la inacción de estas últimas terminan convirtiéndose en objeto de tutela. Por lo tanto guardan estrecha relación con la teoría que ha desarrollado la Corte Constitucional sobre indefensión por inactividad de la administración que será tratada más adelante, y no es de extrañar que con frecuencia el intérprete utilice ambos argumentos conjuntamente para decidir sobre la procedencia de la tutela.

Otro aspecto en el que coinciden la mayoría de los asuntos resueltos bajo este supuesto es que el particular cuya conducta amenaza o vulnera el derecho fundamental se halla en ejercicio de una actividad legítima, es decir, de una actividad para cuyo ejercicio cuenta con autorización legal o administrativa. Esto plantea un problema adicional y es que según el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991 no procede la tutela contra conductas legítimas de un particular. Sin embargo, como antes se anotó, la Corte ha resuelto tal problema acudiendo a la figura —propia de la dogmática iusprivatista— del abuso del derecho, de modo tal que no pueden englobarse bajo la eximente en comentario aquellos comportamientos que impliquen una extralimitación en el ejercicio de las facultades legales.

De lo anterior se deduce una tercera característica común: se trata por lo regular de casos típicos de colisión de derechos (generalmente entre el derecho a la libertad de empresa del demandado y los derechos fundamentales de los peticionarios), que la Corte resuelve por medio de la ponderación y de la armonización concreta de los bienes jurídicos en conflicto. Sin excepciones, la ponderación redundará en una restricción de los derechos del demandado (esto es, de la libertad de empresa) en beneficio de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Ejemplo paradigmático de esto último lo constituye la sentencia T-425 de 1995 en donde la Corte manifestó:

“De conformidad con el principio de armonización concreta, se observa que el derecho a la libertad de empresa —que de suyo tiene una función social y supone responsabilidades (artículo 333, CP)— debe soportar una limitación, con miras a eliminar el riesgo que, para los derechos del actor y de otras personas, genera su ejercicio en las actuales circunstancias. Esta armonización de los derechos en conflicto no conlleva la restricción o el sacrificio ilimitados de los mismos. Ambos establecimientos comerciales pueden seguir funcionando bajo el amparo de los respectivos permisos administrativos. No obstante, la posible disminución de la clientela ante la negativa de vender licor y cigarrillos para el consumo en el lugar no es una medida desproporcionada que restrinja la libertad de empresa, sino una consecuencia necesaria del ejercicio de este derecho en las circunstancias

### 3. *La indefensión y la subordinación*

Estos últimos supuestos son los que han dado lugar al mayor número de pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, por ser precisamente aquellos invocados con mayor frecuencia. Se trata, incluso en mayor medida que en el caso de la afectación grave y directa del interés colectivo, de dos conceptos amplios e indeterminados; por lo tanto su precisión ha corrido por entero a cargo de la jurisprudencia, que ha establecido los eventos en que cabe invocarlos.

En los primeros fallos, la Corte se decidió por un concepto formal extraído de un diccionario jurídico;<sup>26</sup> sin embargo, pronto abandonó esta postura y en una construcción mucho más elaborada se decantó por un entendimiento casuista y relacional de ambos términos.

Este proceso de delimitación conceptual terminaría en la sentencia T-290 de 1993, con la adopción de una definición que generaría consenso y en consecuencia a partir de entonces es la más utilizada:

Entiende la Corte que la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa,

varias veces mencionadas”. En el mismo sentido las sentencias T-575 de 1995 y T-198 de 1996.

<sup>26</sup> Se trata de la sentencia T-412 de 1992, en donde manifestó: “Tanto el artículo 86 de la Constitución como el numeral 4 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991 utilizan los términos ‘subordinación’ e ‘indefensión’ que en su sentido jurídico significan:

Subordinación: condición de una persona sujeta a otra o dependiente de ella. En derecho laboral constituye el elemento característico y el más importante del contrato de trabajo... Indefensión: la violación del derecho de defensa y su garantía constitucional colocan a la persona en estado de indefensión. La indefensión se produce cuando una persona, sin culpa de su parte, no ha podido defenderse o defender sus derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (*Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*, Argentina, 1987, ts. II y III)”. Una vez más se utiliza esa definición en la sentencia T-547 de 1992.

entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de que se trate (f. j. 3o.).

Se diferencia de este modo el ámbito de validez de cada concepto, tarea en la que se ha profundizado en fallos posteriores. Como afirma la cita anterior, se trata de dos vocablos que cobijan situaciones diferentes aunque en determinadas circunstancias pueden ir asociados, es decir, no se excluyen. El primero de ellos, la subordinación, supone una relación jurídica de dependencia; sin la pretensión de ser exhaustivos puede extraerse de la jurisprudencia de la Corte los siguientes ejemplos:

- a) Las relaciones laborales. En virtud de que precisamente uno de los elementos constitutivos de la relación laboral según el Código Sustantivo del Trabajo es la subordinación.<sup>27</sup> No requiere que la relación laboral continúe vigente, la jurisprudencia constitucional ha afirmado la subordinación de los pensionados respecto a su antiguo patrono.<sup>28</sup> Por otra parte también se ha afirmado la subordinación de los sindicatos respecto de las empresas, cuando se trata de salvaguardar el derecho de asociación sindical.<sup>29</sup>
- b) Subordinación de los hijos menores de edad frente a sus padres. Ésta se desprende del conjunto de relaciones derivadas de la patria potestad, y de la dependencia tanto económica como afectiva de los menores respecto de sus progenitores.<sup>30</sup> *A contrario sensu* no hay subordinación cuando se trata hijos mayores de edad y plenamente capaces.<sup>31</sup>
- c) Subordinación respecto de las juntas administradoras de los conjuntos residenciales. En una línea jurisprudencial inaugurada con la sentencia T-233 de 1994, la Corte ha sostenido que existe subordinación de los particulares ante ciertas decisiones adoptadas por las juntas administradoras o las asambleas de propie-

27 Véanse, entre otras, las sentencias T-593 de 1992, T-161 de 1993, T-230 de 1994.

28 Por ejemplo, la T-833 de 1998. Aunque en algunos de estos casos también se invoca la indefensión.

29 Por ejemplo, la T-526 de 1999.

30 Véanse las sentencias T-290 de 1993 y T-293 de 1994.

31 Sentencia T-190 de 1994.

tarios de los conjuntos en los cuales moran, puesto que éstas últimas cuentan con medios de coacción jurídicos o extra jurídicos sobre los residentes.

A diferencia de lo visto respecto a la subordinación, los supuestos de indefensión son mucho más amplios pues no suponen la existencia de un vínculo de carácter jurídico entre el querellante y el demandado. Inicialmente la palabra remite a la ausencia de un medio de defensa frente a los ataques de un tercero, no obstante, la jurisprudencia ha hecho énfasis en la naturaleza relacional del concepto y por lo tanto es la situación de una de las partes de la relación —la más débil, por supuesto— la que configura el estado de indefensión, independientemente de que ésta disponga o no de mecanismos judiciales distintos a la tutela para hacer frente a la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales. De este modo no se distingue en realidad entre el supuesto fáctico y el procesal, pues ambos a la luz de la jurisprudencia constitucional, configuran la indefensión.

La Corte se ha valido de la vaguedad del término para extender el alcance de la tutela hasta límites insospechados, siendo sin duda el supuesto que ha dado lugar a la más rica e interesante jurisprudencia. A continuación se hará mención de algunos de los sucesos en los que según el supremo intérprete constitucional se configura la indefensión:

- a) Cuando se constriñe a un deudor a pagar una acreencia, utilizando métodos extraprocesales que suponen la divulgación pública y sin posibilidades de defensa de su condición.<sup>32</sup>
- b) Debido a la situación de marginación social y económica del demandante,<sup>33</sup> que puede agravarse si es una persona de la tercera edad.<sup>34</sup>
- c) Cuando el demandante padece una minusvalía física o síquica, que lo coloca en posición de desventaja frente al demandado.<sup>35</sup>

32 Tal es el caso, por ejemplo, de las sentencias T-412 de 1992 y T-411 de 1995.

33 Véase la sentencia T-605 de 1992.

34 Entre otras, las sentencias T-125 de 1994, T-036 de 1995, T-351 de 1997, T-495 de 1999, T-1008 de 1999, SU-062 de 1999.

35 Sentencias T-174 de 1994, T-024 de 1995 y T-288 de 1995.

- d) Cuando el afectado por la vulneración de un derecho fundamental es un menor. En este caso la Corte Constitucional ha aplicado escrupulosamente el principio consagrado en el numeral 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, según el cual siempre que el demandante es un menor se presume indefensión.<sup>36</sup>
- e) Cuando, pese a haberse ejercitado oportunamente los medios de defensa ordinarios, debido a la actitud renuente del demandado a acatar las decisiones judiciales previas se configura la indefensión.<sup>37</sup>
- f) Frente a los poderes sociales o económicos que disponen en su favor de instrumentos que pueden afectar la autonomía privada del individuo, tales como los medios de comunicación,<sup>38</sup> clubes de fútbol,<sup>39</sup> las juntas administradoras de los conjuntos residenciales,<sup>40</sup> las asociaciones profesionales<sup>41</sup> y las empresas que gocen de una posición dominante en el mercado.<sup>42</sup>
- g) Por último, el supuesto más interesante: la indefensión por inactividad de la administración. Se trata de una construcción ori-

<sup>36</sup> Sentencias T-179 de 1993, T-039 de 1993 y T-182 de 1996.

<sup>37</sup> Sentencias T-290 de 1993 y T-789 de 2001.

<sup>38</sup> Pese a que el numeral 7o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991 prevé expresamente la posibilidad de interponer la acción de tutela para solicitar la rectificación de informaciones inexactas o erróneas, la Corte Constitucional fiel a su postura tradicional de ignorar el precepto legal e invocar directamente el artículo 86 de la carta ha sostenido que existe indefensión frente a los medios de comunicación. Esta línea jurisprudencial fue inaugurada en la sentencia T-611 de 1992 y reiterada en las sentencias T-066 de 1998, T-605 de 1998, T-1721 de 2000, T-1723 de 2000 y T-634 de 2001.

<sup>39</sup> Es el caso de la sentencia T-498 de 1994, en donde la tutela es interpuesta por un jugador al cual el club en el que militaba le negaba la carta de libertad y por lo tanto la posibilidad de ser contratado por otro equipo. En el mismo sentido véanse las sentencias T-123 de 1998, T-302 de 1998, T-371 de 1998, T-029 de 1999 y T-138 de 2000. La indefensión también se predica de los particulares que asisten a los partidos de fútbol en relación con las decisiones de los clubes que los marginen de participar en el espectáculo (T-288 de 1995).

<sup>40</sup> Coexisten entonces en estos casos la subordinación y la indefensión. Véanse las sentencias T-233 de 1994, T-333 de 1995, T-070 de 1997, T-216 de 1998, T-1082 de 2001 y SU-509 de 2001.

<sup>41</sup> Por ejemplo, las asociaciones médicas, cual es el caso de la T-697 de 1996.

<sup>42</sup> Pueden citarse a manera de ejemplo las sentencias T-579 de 1995, T-375 de 1997, T-394 de 1999, T-640 de 1999 y T-677 de 2001.

ginal de la Corte Constitucional colombiana, que sin embargo, tiene lugares comunes con la figura del deber de protección ampliamente desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia alemana. En razón de su importancia merece sin duda que se la estudie por separado.

De la anterior enunciación es posible distinguir, entonces, entre supuestos de indefensión meramente relacional, es decir, aquellos en los cuales el único hecho relevante es la posición de debilidad de una de las partes respecto de la otra, sin importar si este último cuenta con medios de defensa judicial distintos de la acción de tutela a su alcance, por ejemplo, los supuestos 1, 2, 3 y 4. Mientras otras situaciones se caracterizan porque precisamente los medios de defensa judicial a disposición de quien han sido vulnerados en sus derechos fundamentales se han revelado ineficaces, cual es el caso de los supuestos 5 y 7. Por último frente a los poderes sociales o económicos generalmente se presenta una combinación de las dos acepciones del término de indefensión: desigualdad fáctica y ausencia de medios de defensa judicial.

### *La indefensión por inactividad de la administración*

Desde fechas tempranas la Corte Constitucional ha ido configurando los rasgos distintivos de esta figura. La primera vez que hizo uso de ella fue en la sentencia T-604 de 1992, en la cual para sortear la no procedencia de la tutela recurrió a la teoría de la indefensión por inactividad de la administración.<sup>43</sup>

La esencia de esta construcción radica en que si la administración no utiliza las potestades de que está investida para hacer cesar las lesiones o amenazas de las posiciones jurídicas iusfundamentales que tienen origen en la actividad de un particular, el afectado puede recurrir a la acción de tutela, puesto que con su inactividad la administración ha propiciado que se rompa el plano de igualdad que debe presidir el tráfico *inter privados* y ha permitido por lo tanto que el transgresor ocupe una situa-

<sup>43</sup> Se trataba de una tutela interpuesta por un particular contra una empresa de transporte público de propiedad privada la cual había suspendido una ruta de autobuses que prestaba servicio en el barrio de demandante. Como no se trataba de un servicio público de los contemplados en el artículo 42 del decreto 2591 de 1991, en principio no cabía la acción de tutela.

ción de preeminencia fáctica respecto de quien resulta vulnerado en sus derechos fundamentales.

Como antes se consignó generalmente la indefensión por inactividad opera en los casos de contaminación por ruido o por emisión de sustancias que generen polución (vertidos químicos, gases tóxicos, malos olores, etcétera), y concurren, como ya se ha dicho, con los eventos en que la conducta de un particular afecta de manera grave y directa el interés colectivo.

El hecho generador de la indefensión lo constituye la conducta omisiva de la administración, la cual, a pesar de que por vía legal o reglamentaria se le ha confiado la solución de este tipo de incidentes, no atiende los continuos reclamos del afectado, y de este modo le priva de los medios de defensa —en este caso administrativos— que tiene a su disposición. Se reprocha al poder público que no haga uso de su poder sancionatorio para restablecer el equilibrio roto —lo que, aunque la Corte no lo diga expresamente y vistos los altos índices de violencia de la sociedad colombiana, constituye un estímulo para que los particulares se hagan justicia por su propia mano—. Por lo tanto en estos casos también podría demandarse directamente a la administración,<sup>44</sup> y no a los particulares autores directos de la lesión iusfundamental, o incluso demandar conjuntamente a ambos.<sup>45</sup>

Empero, no cualquier tipo de inactividad genera tal estado de indefensión, se requiere que revista tal entidad que trascienda el derecho policivo-administrativo, e implique la vulneración de los derechos fundamentales. Así lo ha precisado la jurisprudencia constitucional que en la sentencia T-622 de 1995 determinó el conjunto de requisitos que debe reunir la omisión administrativa para que sea procedente la acción de tutela, que son los siguientes:

- a) 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.

<sup>44</sup> Como ocurre, por ejemplo, en la sentencia T-144 de 1994. Incluso en algunos casos la Corte llegó a afirmar que no procedía en estos casos la tutela contra particulares sino sólo contra la autoridad administrativa que no había actuado, véase, por ejemplo, la T-325 de 1993.

<sup>45</sup> Sentencia T-357 de 1995.

- b) Injustificada demora de la autoridad para ejercitar las funciones atribuidas por la ley.
- c) 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.
- d) 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.
- e) 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.

Sobre esta última condición, es importante destacar que no ha sido la intención del juez constitucional establecer un requisito procedimental para el ejercicio de la acción de tutela, pues, según el artículo 9o. del Decreto 2591 de 1991, no es necesario el ejercicio de la vía gubernativa para interponer la garantía constitucional. Simplemente se pide que el afectado reclame el cumplimiento positivo de los deberes a cargo de la autoridad competente, así sea a través del derecho de petición, para evitar que la situación anómala se consolide.

Esta figura se ha revelado en extremo útil, sin embargo, puede dar lugar a ciertas confusiones sobre quién ha de ser el sujeto demandado, si el particular al que se le imputa la conducta o la administración. Tal vez, el propósito final que persigue la construcción es evitar fallos denegatorios cuando se demanda a un particular, siendo el verdadero causante de la vulneración la autoridad administrativa con su conducta morosa. Por otra parte, es bastante significativo el ingente número de sentencias que se encauzan por este supuesto, lo que deja mucho que pensar sobre la eficiencia del Estado colombiano en el ejercicio de las competencias que le han sido encomendadas.

#### 4. *El habeas data*

Además de los supuestos antes estudiados, existe uno adicional que también tiene origen en el texto constitucional. En efecto, el artículo 15 de la carta colombiana prescribe:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar todas las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

La segunda parte de este mandato ha sido llamada tanto legal como jurisprudencialmente *habeas data*, un nombre desafortunado pues tal denominación hace pensar en una garantía específica para proteger determinados derechos, y no el derecho en sí, que es en definitiva lo que consagra el precepto constitucional en estudio.

Inicialmente, la redacción del artículo en comento llevo a que la Corte ubicara conceptualmente el *habeas data* dentro del ámbito conceptual del derecho a la intimidad personal,<sup>46</sup> postura rectificada a partir de la sentencia SU-082 de 1995, que lo configura como un derecho autónomo, cuyo núcleo esencial radica en la “autodeterminación informática”. Pero tanto en su primera como en su segunda concepción la Corte —a pesar de su errada denominación— lo ha entendido como un derecho fundamental, y por lo tanto susceptible de ser reclamado por vía de tutela.

El derecho a la autodeterminación informática ha cobrado en Colombia una significación especial, debido a que las entidades financieras desde los años setenta han elaborado un sistema informático nacional en donde se almacena el comportamiento crediticio de todos los usuarios de sus servicios. Dicha conducta, en principio no censurable, se convirtió con el paso del tiempo en un poder de una magnitud incalculable, pues cualquier incumplimiento en el pago de obligaciones bancarias, por insignificante que fuera, significaba un registro negativo y la consiguiente expulsión del moroso del sistema financiero, ya que todas sus peticiones —no solo las encaminadas a obtener nuevos préstamos sino las de cualquiera otra índole, incluso la apertura de una cuenta bancaria— eran rechazadas sistemáticamente. El particular no disponía de ningún mecanismo para enmendar las informaciones que sobre él se almacenaban, en muchos casos incorrectas o manifiestamente arbitrarias, ni para exigir que se ac-

<sup>46</sup> Como sucede en la sentencia T-414 de 1992. Al respecto puede consultarse a Cifuentes Muñoz, E., “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 27, 1998, pp. 46 y ss.

tualizaran, de tal modo que el registro negativo se convertía en una especie de sanción a perpetuidad.

De ahí que una vez expedido el nuevo ordenamiento constitucional se interpusieran gran cantidad de tutelas para conseguir la enmienda o la anulación de registros de esa naturaleza. Las primeras sentencias de la Corte se ocuparon de señalar la procedencia de la tutela en estos eventos, frente a la actitud renuente de los jueces ordinarios a otorgarla. Una vez dilucidado este aspecto inicial, la jurisprudencia adopta un claro matiz garantista y protector de los derechos de quienes solicitaban la rectificación o la enmienda de sus datos restringiendo en consecuencia la libertad de las empresas que elaborar los registros;<sup>47</sup> la Corte mantiene esta postura inicial hasta la ya referida sentencia SU-082 de 1995 en donde da un brusco giro y decide favorecer el “interés general”, que en este caso, a su juicio, lo representan las entidades financieras encargadas de velar por los recursos captados del público, en detrimento del derecho al a la “autodeterminación informática” de los deudores morosos.

Además de la salvaguardia del interés general, el intérprete se escuda, para justificar su posición, en la autorización previa que hace el interesado a las empresas financieras para que divulguen sus datos. Se olvida la Corte que dicho tipo de contratos son en su mayoría de adhesión, en donde la parte más débil no tiene ninguna posibilidad efectiva de modificar los términos contractuales impuestos por la contraparte, generalmente poderes económicos que se encuentran en una posición de dominio y en capacidad de dictar unilateralmente las condiciones de la relación contractual. Se anticipa de esta manera uno de los campos sin duda más interesantes respecto a la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales: el problema de la autonomía privada y la libertad contractual.

##### *5. La tutela contra particulares y la autonomía de la voluntad privada*

Al estudiar los supuestos fácticos de la acción de tutela contra particulares se ha hecho mención de la gran cantidad de situaciones en las

<sup>47</sup> Se trataba de típicos casos de ponderación entre el ejercicio de una actividad económica legalmente permitida y un derecho fundamental constitucional protegido, en donde la primera debía ceder siempre frente al segundo. En este sentido las sentencias T-577 de 1992, TT-110 de 1993, T-220 de 1993, T-303 de 1993, y T-127 de 1994.

que la jurisprudencia constitucional ha extendido la procedencia de la garantía fundamental a los conflictos surgidos con ocasión del tráfico *inter privados*. Sin embargo, hasta fecha relativamente reciente existía un último reducto que a juicio de la Corte seguía siendo infranqueable: el ámbito de las relaciones contractuales.

Siguiendo una interpretación claramente liberal de la autonomía privada<sup>48</sup> y de la libertad negocial, según la cual en materia contractual no existe subordinación de ninguna de las partes —ya que ambas actúan en el plano de igualdad que consagra la ley— y menos aún indefensión —pues existe precisamente un variado acervo de acciones para la satisfacción de las pretensiones de índole contractual—, la Corte en un principio negó casi siempre la procedencia de la tutela en los conflictos originados en este tipo de relaciones. Además, un mandato legal reforzaba tal postura del juez constitucional, pues al tenor del artículo 2o. del Decreto 306 de 1991, se excluye la posibilidad de que a través de este mecanismo constitucional se debatan derechos subjetivos de origen contractual. La línea jurisprudencial en comento tiene origen en la sentencia T-594 de 1992,<sup>49</sup> y fue reiterada en repetidas oportunidades.<sup>50</sup>

48 Baste para ello citar la sentencia T-240 de 1993, cuyo fundamento jurídico tercero reza: “la autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir sobre su propia esfera personal y patrimonial. En Colombia la libertad de contratación —en sentido amplio libertad negocial— tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la carta... Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y de actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional”. No obstante, en el mismo fallo el intérprete constitucional reconoce que los derechos fundamentales obran como límite a la autonomía privada y al operar de este modo extienden su efecto de irradiación también al ordenamiento jurídico privado, empero, a juicio de la Corte tal intervención garantista “...se reserva a la ley que establece, por vía general, el régimen de los contratos y las obligaciones que sirve como permanente punto de referencia los sujetos, así como las restricciones, limitaciones, prohibiciones y autorizaciones que orientan y corrigen la competencia en los mercados”.

49 En esa oportunidad sostuvo la Corte: “Las diferencias surgidas por las partes con causa o con ocasión de un contrato no constituyen materia que pueda someterse a la decisión del juez por la vía de tutela, ya que, por definición, ella esta excluida en tales casos, toda vez que quien se considere amenazado o vulnerado en sus derechos goza de otro medio judicial para su defensa: el aplicable al contrato respectivo según su naturaleza y de conformidad con las reglas de competencia establecidas por la ley”.

50 Cabe mencionar entre otras las sentencias T-511 de 1993, T-328 de 1994, T-340

No obstante, el juez constitucional en dos casos excepcionales dejó de aplicar la anterior doctrina, y admitió la procedencia de la tutela aun cuando en el fondo se debatiera la validez de estipulaciones contractuales. Se trataba de situaciones límite en las cuales las especialísimas circunstancias personales de los demandantes los colocaban, a juicio de la Corte, en una situación de indefensión frente al demandado, y en las que la vulneración de obligaciones de carácter legal amenazaban bienes iusfundamentales de los querellantes.<sup>51</sup>

Pero a partir de 1996, los contratos de prestación de servicios médicos y en los últimos años los contratos relacionados con la actividad bancaria han abierto una brecha en la postura inicial del tribunal respecto a la procedencia de la tutela en las relaciones contractuales.

#### A. *Los contratos de prestación de servicios médicos*

En efecto, desde el año de 1996 la jurisprudencia constitucional ha reiterado la procedencia de la tutela contra compañías privadas encargadas de la prestación del servicio público de salud, en virtud de una relación contractual.<sup>52</sup>

de 1994, T-403 de 1994, T-524 de 1994, T-219 de 1995, T-605 de 1995 y T-1011 de 1999. No obstante, en algunos de estos fallos denegatorios se adelantaba ya la posibilidad que bajo determinadas circunstancias procediera la tutela aun en el marco de las relaciones contractuales. Así, por ejemplo, en la sentencia T-189 de 1993 se hacía alusión a la posibilidad de interponer tutela siempre que el no reconocimiento oportuno de un derecho de rango legal pudiera vulnerar o amenazar un derecho fundamental.

<sup>51</sup> Son las sentencias T-125 de 1994 y T-351 de 1997. En ambos casos la tutela fue interpuesta por personas de la tercera edad, de escasos recursos económicos, que habían sido despojados de su patrimonio por las personas encargadas de administrarlo. La pobreza, la avanzada edad, la falta de idoneidad de los medios de defensa judicial ordinarios para hacer valer sus derechos —considerando precisamente los factores anteriores—, eran elementos que permitían configurar una situación de indefensión.

<sup>52</sup> Tal vez ha sido ésta una respuesta del juez constitucional a la paulatina privatización de la seguridad social en Colombia, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993. La nueva regulación generaba a su vez una grave desprotección de los usuarios que escogieron el sistema de seguridad social privado pues para resolver las controversias que tuvieran origen en la ejecución del contrato debían recurrir a la jurisdicción ordinaria, como en cualquiera relación contractual, mucho más dispendiosa y tardía que la tutela, cuya procedencia frente a la seguridad social de naturaleza pública la Corte había dejado en claro desde sus primeras decisiones.

La primera decisión en este sentido es la sentencia T-533 de 1996;<sup>53</sup> la Corte al analizar los supuestos fácticos del caso concluyó inicialmente que sí procedía la tutela pues había sido interpuesta contra un particular encargado de prestar un servicio público, el servicio público de salud, eventualidad expresamente contemplada en el numeral 2o. del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Superado este primer obstáculo, el juzgador debía pronunciarse sobre los requisitos de procedibilidad de la acción, específicamente la existencia de otro medio de defensa judicial, y es en este punto donde se tornan interesantes los pronunciamientos del fallo, pues no hay que olvidar que el conflicto había tenido origen en un contrato suscrito para la prestación de los servicios de salud y el demandante podía interponer las acciones previstas por el ordenamiento legal para dirimir este tipo de controversias.

Sin embargo, en esta oportunidad la Corte Constitucional abandona su tradicional línea de argumentación respecto a la improcedencia de la tutela para dirimir conflictos surgidos con ocasión de relaciones contractuales, y afirma que debido a la amenaza a los derechos a la salud y la vida de la paciente, las acciones judiciales ordinarias resultaban inadecuadas y por lo tanto la acción de tutela era el mecanismo efectivo para dirimir este tipo de controversias.

No era descabellada la argumentación empleada en el caso en estudio, pues el demandante estaba aquejado de una dolencia grave que debía ser atendida inmediatamente, y esperar a que se dilucidara por las vías judiciales ordinarias la responsabilidad de la empresa demandada hubiera puesto en juego la vida del peticionario. Sin embargo, por otro lado, la Corte entraba en un terreno peligroso pues se inmiscuía al interior de la libertad contractual de las partes, aunque en este caso en particular sorteaba la situación con bastante acierto, al establecer un contenido mínimo del contrato de prestación de servicios médicos que ponía coto a los constantes abusos de las empresas promotoras de salud sobre la cuestión de las preexistencias.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> En esa oportunidad la demandada era una compañía privada (una EPS: Empresa Promotora de Salud, según la terminología establecida por la Ley 100 de 1993) la cual, pese a haber suscrito con el demandante un contrato de prestación de servicios médicos, se negaba a autorizarle una intervención quirúrgica, alegando que se trataba de una “preexistencia”, es decir, una enfermedad que ya venía aquejando al paciente en el momento de suscribir el contrato, y que, por lo tanto, no se incluía como objeto de las prestaciones a que se obligaba la EPS; es decir, no se encontraba amparada.

<sup>54</sup> En esta oportunidad la Corte Constitucional sentó la tesis que las preexistencias

De la misma línea jurisprudencial hace parte la sentencia T-307 de 1997,<sup>55</sup> en donde el juez constitucional entra a analizar en detalle la naturaleza del contrato de prestación de servicios médicos, e intenta elaborar una teoría que justifica su intervención y el examen de este tipo de contratos a la luz de los derechos fundamentales precisamente en razón de su objeto. Sostuvo la Corte en esa oportunidad que debido a los bienes jurídicos en juego (la salud, la integridad personal, y en última instancia la vida) procede la acción de tutela a pesar de existir un completo arsenal de remedios judiciales ordinarios. Empero, el intérprete no se queda allí, sino que profundiza en la naturaleza de la relación contractual que se establece entre las partes, resaltando el desequilibrio que existe entre el usuario y la empresa prestadora de servicios que puede llevar a que la parte dominante imponga cierto tipo de cláusulas, que rompen el equilibrio contractual y hagan más gravosa la situación de la parte débil.

Esta línea argumentativa es mucho más acorde con la naturaleza contractual de la relación que se establece entre la empresa prestadora del servicio médico y el usuario del servicio, y aparentemente es la que ha adoptado en definitiva la Corte Constitucional, pues la reitera en la SU-039 de 1998 cuando entra a analizar las características del contrato de salud y la efectiva posición dominante de la que goza la empresa prestadora del servicio frente al usuario.<sup>56</sup>

médicas debían ser consignadas expresamente en el contrato, fruto de un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, y que las modificaciones unilaterales a dicha cláusula que tuvieran origen en las empresas prestadoras del servicio —al alegar como preexistencia una enfermedad que no hubiera sido en su momento pactada como tal— significaban una violación de la buena fe contractual, por lo que en esos casos la tutela debía prosperar.

55 Se debatía en esta oportunidad la constitucionalidad de una cláusula pactada en un contrato de servicios médicos, en virtud de la cual la empresa prestadora del servicio solo se obligaba a prestar asistencia hospitalaria al usuario luego de un lapso de ciento veintidós días contados a partir de la fecha de suscripción del mismo.

56 Afirma la Corte en esta oportunidad:  
“De otro lado, el contrato de servicios de medicina prepagada reúne las características de ser bilateral, oneroso, aleatorio, principal, consensual y de ejecución sucesiva en los términos del Código Civil y surge al mundo jurídico como un contrato de adhesión, según el cual las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las

Entonces, es debido a la naturaleza de contratos de adhesión que tienen este tipo de negocios jurídicos, y a la consiguiente limitación de la autonomía de la voluntad de una de las partes contratantes, que se justifica una aplicación reforzada del principio de la buena fe contractual en beneficio de la parte más débil, el usuario del servicio. Este tipo de argumentación es muy próxima a la doctrina alemana sobre la desigualdades estructurales y el deber de protección contra sí mismo,<sup>57</sup> y podría ser objeto de una aplicación a otro tipo de acuerdos de la voluntad distintos a los de prestación de servicios médicos, siempre que resulten amenazados o vulnerados derechos fundamentales, y que exista una notoria desigualdad entre las partes contratantes de tal manera que una de ellas imponga, parafraseando a la Corte, “la ley del contrato” a la otra. De este modo se ampliaría el alcance de la tutela a todo tipo de relaciones contractuales.<sup>58</sup>

cuales la otra expresa su aceptación y adherencia o su rechazo absoluto. Como lo ha señalado la doctrina, en los contratos de adhesión una de las partes impone *la ley del contrato* a la otra.

De manera que son pocos los asuntos que quedan sometidos a la discusión totalmente libre de las partes, los cuales, en lo posible, no pueden exceder el marco delimitado por el ordenamiento jurídico en vigor, pero que requieren, al igual que las situaciones no expresamente pactadas en estos contratos, aun cuando derivadas de la ejecución de los mismos, que la actuación de una y otra parte se adelante mediante una actitud de confianza y credulidad en el estricto cumplimiento de lo negociado y en la realización de las prestaciones en la forma esperada, según el objeto contratado, lo que en consecuencia demanda de una máxima expresión del principio de la buena fe para la interpretación del vínculo contractual y de los anexos que lo conforman integralmente, especialmente por ese carácter de adhesión que, como ya se dijo, se le reconoce a esta clase de contratación (f. j. 5o.)”.

<sup>57</sup> La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán es partidaria de la revisión a la luz de los derechos fundamentales de ciertas cláusulas contractuales cuando precisamente una de las partes goza de tal preponderancia que puede estipular las regulaciones contractuales de modo unilateral. Un resumen del estado de la cuestión puede verse en Julio Estrada, Alexei, *La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 200 y ss.

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, la regla de las preexistencias establecida en la sentencia T-533 de 1996 ha sido aplicada a las compañías de seguros de vida que suscriben pólizas de cobertura de servicios médicos. Véase la sentencia T-118 de 2000.

## *B. La autonomía de la voluntad y las relaciones contractuales en el marco de la actividad bancaria*

Por otra parte, en los conflictos surgidos entre las entidades financieras y sus clientes es posible observar también una interesante evolución jurisprudencial. De una postura inicial claramente contraria a la procedencia de la tutela en estos casos,<sup>59</sup> la Corte Constitucional ha pasado a una paulatina aceptación de la posibilidad que se afecten derechos fundamentales en el tráfico negocial que tiene lugar dentro del marco de la actividad bancaria, financiera y bursátil.

En esta línea jurisprudencial hay que distinguir dos tipos de argumentación: el primero reconoce el carácter de servicio público de este tipo de actividad y por lo tanto la tutela tendría cabida por las mismas razones antes expuestas en el acápite dedicado a la prestación de servicios públicos por un particular. El segundo, trasciende esta consideración inicial y entra a estudiar el alcance del principio de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual en las relaciones que se establecen entre las instituciones financieras y sus clientes o potenciales usuarios.

Ejemplo de la primera postura lo constituye la sentencia la T-735 de 1998,<sup>60</sup> en esta decisión el juez constitucional afirmó la procedencia de la tutela contra una entidad financiera en razón a que la actividad bancaria constituía un servicio público, sin embargo, evitó referirse a la naturaleza de la relación contractual que existía entre el banco y el cuentahabiente.

Mientras que en la sentencia T-602 de 1998,<sup>61</sup> el juez constitucional se vió obligado a hacer algunas precisiones sobre las características del

<sup>59</sup> En la sentencia T-099 de 1997 la Corte Constitucional desconociendo claros precedentes jurisprudenciales (entre otras, la sentencia T-433 de 1992) y valiéndose del vacío legal existen en la materia (pues el decreto 1593 de 1959 que calificaba la actividad bancaria, bursátil y aseguradora como un servicio público fue derogado por la Ley 48 de 1968), negó la procedencia de la tutela contra instituciones financieras.

<sup>60</sup> En esta decisión se resuelven varios expedientes de tutela acumulados. Se trataba de demandas interpuestas por personas que habían depositado sus ahorros en instituciones financieras cuyos fondos habían sido congelados al ser intervenidos por el Estado. Los demandantes solicitaban que atendiendo a sus particulares circunstancias —eran personas de la tercera edad, cuya fuente de subsistencia era precisamente los depósitos bancarios— se les diera un tratamiento de excepción y no verse obligados a esperar —como los restantes ahorradores— un término de tres años para que les fueran devueltos sus ahorros.

<sup>61</sup> La demanda había sido interpuesta por una trabajadora que recibía su salario mediante una cuenta de ahorro que su patrono había abierto en un banco (es decir, lo que comúnmente se denomina una cuenta de nómina). Debido a ciertas diferencias que habían

vínculo jurídico existente entre el demandante y la entidad financiera<sup>62</sup> y terminó por concluir que en este caso en particular el cliente se hallaba en una situación de indefensión y por lo tanto era procedente la tutela.<sup>63</sup>

En la misma línea argumentativa se ubican una serie de fallos del año de 1999. Se trata de las sentencias SU-157, 166 y 167,<sup>64</sup> en donde además de sentar definitivamente el carácter de servicio público de la actividad bancaria, el juez constitucional se embarca en una serie de consideraciones sobre los límites de la autonomía de la voluntad privada y de la libertad negocial en el ejercicio de dicho servicio público. Pero aquí por primera vez el problema se aborda no sólo desde el punto de vista del usuario o cliente de la entidad financiera, es decir, el particular que se encuentra en una típica condición de inferioridad, sino también desde la óptica del prestador del servicio esto es la institución autorizada por el Estado para dedicarse al ejercicio de la actividad bancaria, financiera o bursátil.

surgido por el manejo de la tarjeta débito, la entidad financiera decidió congelar la cuenta y retener del salario de la trabajadora ciertas sumas que a su juicio le adeudaba.

62 Según la Corte Constitucional se trataba de un típico contrato de adhesión en el cual la voluntad de la trabajadora había tenido escasa relevancia, pues había tenido que abrir una cuenta de ahorros en la entidad financiera señalada por su patrono para poder recibir el pago de su salario. Es decir, en realidad existía un acuerdo de voluntades entre el banco y el empleador, mientras que la trabajadora no había ejercido su libertad contractual en ningún momento.

63 La Corte diferencia entre el contrato de tarjeta débito y el contrato de cuenta de ahorro. Mientras el primero sí podía ser suspendido por el banco, el cual podía suspender el uso de la tarjeta o incluso retenerla, el segundo no, pues significaba privar al trabajador de la posibilidad de recibir su salario y por lo tanto afectaba sus derechos fundamentales.

64 Se trataba de una serie de tutelas interpuestas por ciudadanos colombianos cuyos derechos fundamentales habían sido gravemente afectados a raíz de haber aparecido sus nombres en la así llamada “lista Clinton” (orden ejecutiva número 12978 expedida por el presidente de los Estados Unidos de América dirigida a congelar activos y a prohibir transacciones de importantes traficantes de narcóticos). Este documento enlistaba personas presuntamente vinculadas con los llamados “carteles” del narcotráfico y disponía todos aquellos que celebraran negocios con quienes allí figurasen serían sancionadas por las autoridades norteamericanas. Una vez fueron divulgados por diversos medios de comunicación los nombres de los colombianos relacionados en dicho documento, las instituciones financieras nacionales procedieron a cancelar sus cuentas y a cortar todos los vínculos comerciales que tenían con estas personas. Los afectados demandaron tanto a los medios de comunicación que publicaron sus nombres, como a las instituciones financieras que finalizaron unilateralmente y sin justa sus cuentas bancarias e impidieron sus transacciones en el mercado de valores.

En primer lugar, la Corte Constitucional se refiere a la autonomía de la voluntad privada y a la libertad contractual y concluye que ambos conceptos tienen sustento constitucional como emanación de diversos derechos consagrados por la carta, tales como el derecho a la personalidad jurídica (artículo 14), el derecho a la propiedad privada (artículo 58), la libertad de asociación (artículos 38 y 39) y las libertades económicas (artículo 333). Luego aborda el meollo de la cuestión, esto es, el grado de autonomía de la voluntad y de libertad contractual de las entidades dedicadas a la actividad bancaria, y concluye que por tratarse de una actividad de interés público<sup>65</sup> la libertad contractual de las entidades financieras es restringida y que debe respetar los derechos de los clientes esencialmente los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, las libertades económicas y el principio de igualdad.

Si bien en ninguna de estas decisiones prosperó la tutela frente a las entidades bancarias,<sup>66</sup> sin duda el análisis realizado por la Corte constituye un importante avance en la materia y sienta un valioso precedente que puede ser utilizado en situaciones similares. Lo novedoso de la argumentación jurisprudencial es que no se limita al punto de vista tradicional, es decir, a la discusión sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales de la parte más débil por la posición de supremacía que goza la entidad financiera, sino que también establece una seria limitación de la autonomía de la voluntad de la parte más fuerte, sobre

<sup>65</sup> Para el juez constitucional el alcance del concepto de interés público en la actividad bancaria se materializa en las siguientes premisas: 1) El acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido pues en virtud de expreso mandato constitucional (artículo 335) requiere autorización del Estado 2) Implica la garantía de trato igual de los usuarios para el acceso al servicio público, la no aceptación de los clientes debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo económico para la actividad financiera. En materia de servicio público bancario este principio es aún más estricto en virtud del artículo 335 de la Carta que establece la democratización del crédito 3) La actividad bancaria está sometida al control, inspección y vigilancia estatal.

<sup>66</sup> En efecto, la Corte Constitucional encontró que la conducta de las instituciones financieras colombianas estaba justificada debido a los estrechos vínculos que tenían con entidades norteamericanas los cuales se verían afectados si ignoraban la “lista Clinton”. Es decir, que existían factores objetivos y razonables que justificaban la conducta de los bancos. Sin embargo, en lo que constituye un interesante precedente en Colombia del deber de protección del Estado frente a las vulneraciones de derechos fundamentales por parte de autoridades de terceros países, ordenó a la Defensoría del Pueblo, con la colaboración del Ministerio de Relaciones Exteriores emprender las acciones pertinentes ante las autoridades administrativas o judiciales competentes de los Estados Unidos de América para proteger los derechos de los demandantes.

todo al sentar su vinculación al principio de igualdad que le impide discriminar entre los usuarios que pretenden acceder al servicio,<sup>67</sup> salvo cuando el trato diferencial sortee con éxito el juicio de razonabilidad.

### III. CONCLUSIONES

Sin duda, la Corte Constitucional colombiana ha asumido un papel claramente garantista en torno al problema de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En efecto, el hilo conductor de la jurisprudencia a lo largo de estos últimos años parece ser un afán de extender los supuestos de procedencia de la acción de tutela ante lesiones o amenazas de los derechos fundamentales que tengan origen el tráfico *inter privados*.

A mi juicio, esa actitud garantista es digna de elogio, en efecto, en una sociedad afectada por graves desigualdades estructurales como es la colombiana e inmersa en un conflicto interno de cada vez más difícil solución, la postura del juez constitucional ha despertado una naciente confianza en el sistema judicial y en la idoneidad de las garantías constitucionales en la solución de conflictos entre particulares.

Figuras como la indefensión por inactividad de la administración, y el énfasis puesto por la Corte Constitucional en la apreciación de las circunstancias fácticas de las partes en conflicto, demuestran un alto grado de sensibilidad social así como un permanente preocupación por otorgar la justicia material en cada caso en concreto, más allá de los formalismos legales.

Pero por otra parte, la actitud del tribunal ha contribuido definitivamente a que tutela pierda su carácter de mecanismo de defensa judicial subsidiario y se convierta en la acción principal para debatir cualquier tipo de pretensiones, lo que por una parte ha llevado a que se desdibuje la naturaleza de la garantía constitucional (en principio reservada para la alta misión de proteger los derechos fundamentales), y adicionalmente

<sup>67</sup> El juez constitucional colombiano parece inspirarse en la jurisprudencia norteamericana en cuanto a la aplicación del principio de no discriminación (la *equal protection clause* de la XIV enmienda) a los poderes privados, cuando se trata de asegurar el acceso de todas las personas a los bienes y servicios públicos. Véase Bilbao Ubillós, J. M., "Prohibición de discriminación y autonomía privada", *Los alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*, Irún, Casino de Irún, 2000, pp. 104 y ss.

ha generado una inusitada congestión judicial pues ante el trámite preferencial de la garantía constitucional las acciones judiciales ordinarias resultan siempre relegadas.

Tal vez lo que se requiera es la creación de otros mecanismos judiciales de protección a los derechos fundamentales de carácter legal que tengan la rapidez y la sumariedad de la tutela, de modo tal que ésta recupere su carácter de remedio subsidiario y su uso se reserve para el debate de problemas de verdadera relevancia iusfundamental.