

T-414-92

Sentencia No. T-414/92

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR/DERECHO A LA INFORMACION

Se protege la intimidad como una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad. Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea también un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer "erga omnes", tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada.

Esta Sala no vacila en reconocer que la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información, es consecuencia necesaria de la consagración de la dignidad humana como principio fundamental y valor esencial, a la vez, del Estado social de derecho en que se ha transformado hoy Colombia, por virtud de lo dispuesto en el artículo primero de la Carta de 1991.

ASOCIACION BANCARIA/BANCO DE DATOS/DATO INFORMATICO/HABEAS DATA

La Asociación Bancaria de Colombia administra un servicio privado de información del sistema financiero conformado por bases de datos de carácter personal económico y que, como tal, es responsable del manejo de los respectivos archivos. Las personas cuyos datos personales son reportados a dicha Central tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones, de acuerdo con la Constitución o la ley.

LIBERTAD INFORMATICA

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 dicho dato adquiera sentido. El dato que constituye un elemento de la identidad de la persona, que en conjunto con otros datos sirve para identificarla a ella y solo a ella, y por lo tanto sería susceptible de usarse para coartarla, es de su propiedad, en el sentido de que tendría ciertos derechos sobre su uso.

Consiste la libertad informática 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, lo identifican e individualizan ante los demás.

SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1992

REF: Expediente T - 534

Peticionario: FRANCISCO GABRIEL

ARGÜELLES NORAMBUENA

Procedencia: Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Santafé

de Bogotá, D.C.

Magistrado Ponente:

CIRO ANGARITA BARON

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CIRO ANGARITA BARON, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela promovido por el señor FRANCISCO GABRIEL ARGÜELLES NORAMBUENA contra la sentencia del Juzgado 110 de Instrucción Criminal de Bogotá proferida el 31 de diciembre de 1991 mediante la cual negó la acción. Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 4 de febrero de 1992.

El negocio llegó a conocimiento de esta Corte por la vía ordinaria de la remisión que hizo el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá para su eventual revisión, en virtud de lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional eligió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

Por reparto le correspondió el presente negocio a esta Sala, la cual recibió formalmente el expediente el día 10 de Marzo del presente año.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión de la Corte entra a dictar sentencia de revisión.

A. La acción.

El día 19 de diciembre de 1991, el arquitecto Francisco Gabriel Argüelles Norambuena impetró acción de tutela ante el Juzgado 110 de Instrucción Criminal de Bogotá, por medio de apoderado.

1. Hechos.

a) El peticionario figura como deudor moroso del Banco de Bogotá en la Central de Información de la Asociación Bancaria de Colombia por razón de un crédito respaldado con un pagaré, el cual se vencía inicialmente el 14 de Julio de 1981 y fue prorrogado hasta el 14 de Noviembre de 1981.

b) Por sentencia debidamente ejecutoriada, el Juzgado Décimo Sexto Civil del Circuito de

Bogotá declaró prescrita la obligación del peticionario, el 27 de Abril de 1987.

c) Tanto el 8 de Noviembre de 1988 como el 18 de Junio de 1991 el señor Argüelles, personalmente y por intermedio de apoderado, solicitó a la Asociación Bancaria que lo retirara de la lista de deudores morosos.

d) Mediante oficio 004407 del 26 de Junio de 1991 la Asociación Bancaria se negó rotundamente a acceder a su solicitud.

e) El 24 de Junio de 1991 el peticionario elevó igual solicitud al Banco de Bogotá, el cual la rechazó verbalmente.

f) En virtud de todo lo anterior, el señor Argüelles aparece como deudor moroso en el banco de datos de la Asociación Bancaria cuatro años después de ejecutoriada la sentencia que declaró extinguida su obligación.

2.- Solicitud.

a) Que se le retire de la lista de deudores morosos y que se actualice y rectifique la información que sobre él existe en el banco de datos de la Asociación Bancaria.

b) Que se ordene a la Asociación y/o Banco de Bogotá a indemnizar el daño emergente ocasionado al peticionario.

c) Que se condene a los responsables en costas.

3.- Pruebas.

a) Copia de la sentencia del 27 de abril de 1987 por la cual el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá declara probada la excepción de prescripción de la acción cambiaria.

b) Oficio remitido el 8 de noviembre de 1988 por el arquitecto Argüelles a la Asociación Bancaria pidiendo el retiro de su nombre de la pantalla de deudores morosos.

c) Certificación 9598 de junio 8 de 1991 expedida por la Asociación Bancaria en la cual consta que el peticionario continúa figurando como deudor moroso.

d) Oficio de junio 18 de 1991 enviado por el apoderado del peticionario a la Asociación Bancaria en el cual solicita:

- Retirar de manera inmediata al Doctor Gabriel Argüelles como deudor moroso del Banco de Bogotá, en consideración a que desde el 9 de Noviembre de 1988 se les entregó copia auténtica de la sentencia del Juzgado 16 Civil del Circuito proferida el día 27 de Abril de 1987, por el cual se declaró libre de toda obligación a su representado frente al Banco en mención.

- Explicar el motivo por el cual ha sido desatendida la sentencia de un Juez de la República, que hizo tránsito a cosa juzgada.

- Considerar los perjuicios que se le han causado a su representado derivados de la conducta asumida por la Asociación consistente en hacer caso omiso de la sentencia mencionada e insistir en presentarlo como deudor moroso, a pesar de haber sido declarado absuelto de las obligaciones que reclamaba el Banco de Bogotá.

e) Oficio de junio 24 de 1991, enviado por el apoderado del peticionario al Banco de Bogotá, en el cual le solicita comunicar a la Asociación Bancaria que su cliente ya no es deudor moroso del banco y que le levante la sanción moral y comercial que el banco le ha impuesto.

f) Oficio 22-004407 de 26 de julio de 1991, enviado por la Asociación Bancaria al peticionario en el cual afirma que el fundamento de su Central de Información es el derecho a la información y

“dotar a las entidades afiliadas de una fuente de información que permita evaluar la solvencia económica y moral de sus clientes”.

- “No obstante lo anterior, la base de datos que contiene dicha central es suministrada en su totalidad por las mismas entidades afiliadas, son ellas las propietarias de la información; es por lo tanto a ellos a quienes les compete decidir sobre la modificación o eliminación de registros. Mal podría la Asociación Bancaria por su cuenta y riesgo y sin instrucciones de quienes le ha reportado, modificar dicha información.

No sobra advertir, que con base en la información contenida en la Central, la entidad afiliada

está en libertad de adoptar la conducta que estime conveniente según su criterio, pues de ninguna manera dicha información obliga a las entidades a tomar posición alguna.

Por los motivos anotados le solicitamos cordialmente se dirija directamente a la entidad reportante a fin de que ella sea quien tome las decisiones del caso y expida un paz y salvo a su cliente. Con este paz y salvo, el cliente deberá acercarse a nuestras instalaciones en el piso 6o. donde se le levantarán, previo el pago de unos costos administrativos, los registros a su cargo. (Fls. 6 y 7).

4.- Sentencia del Juzgado.

En decisión del 31 de diciembre de 1991 el Juzgado negó la acción de tutela por las siguientes consideraciones:

a.- El derecho fundamental presuntamente vulnerado es el de habeas data consagrado en nuestra Constitución Nacional, Artículo 15, inciso 1.

b.- No procede la acción de tutela contra la Asociación Bancaria comoquiera que quien impuso la sanción al peticionario fue el Banco de Bogotá. Además dicha Asociación

“no tiene responsabilidad alguna del acto que se imputa, ya que esta simplemente da trámite a la información que suministran los bancos”.(Fl. 17).

c.- Ciertamente en virtud de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá, el Banco de Bogotá debió borrar de la lista de deudores morosos al señor Argüelles Norambuena y

“no debe seguir con este bloqueo por cuanto no existe obligación alguna del señor Argüelles Norambuena con el referido banco.(Fl. 18).

d.- No obstante lo anterior, no procede en este caso la acción de tutela porque existen otros recursos o medios de defensa judiciales (Decreto 2591 de 1991 art. 6 numeral tales como intentar

“una acción ordinaria de Reparación ante la Superintendencia Bancaria la cual es la

encargada de proteger y velar por el buen funcionamiento de las entidades a su cargo; o intentar uno de los procedimientos consagrados en el C. de P. C.” (Fl. 18).

5.- Impugnación de la sentencia.

En escrito de fecha 7 de enero de 1992 (Fls. 21-24) el apoderado del peticionario impugnó el fallo referido por las siguientes razones:

a.- La acción interpuesta no buscaba establecer responsabilidades sino actualizar las informaciones de un banco de datos.

b.- De aceptarse la tesis del fallador no tendría razón alguna de ser la tutela, puesto que todos los derechos fundamentales constitucionales tienen algún medio de defensa judicial.

c.- En este caso se ha utilizado la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable.

6.- Sentencia del Tribunal.

En sentencia del 4 de Febrero de 1992 (Fls. 30-35) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la sentencia del Juzgado por las siguientes razones:

a.- Ciertamente el derecho fundamental consagrado en el Art. 15 de la Constitución puede ser protegido con la tutela.

b.- Pero, en virtud del “principio de definitividad” al quejoso le queda alguna acción o recurso como es la de acudir a la Superintendencia Bancaria -Sección Bancos- para que revise la actuación del Banco e imponga la correspondiente sanción o interponer los respectivos recursos administrativos, si a ello hubiere lugar.

c.- Por tanto, no procede la tutela.

7.- Solicitud de información a la Superintendencia

Bancaria.

Puesto que tanto el Juzgado 110 de Instrucción Criminal como el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Bogotá aluden en sus respectivos fallos a la Superintendencia Bancaria como la entidad a cuyo cargo se halla el proveer el otro medio de defensa judicial de que eventualmente podría disponer el peticionario para defender su derecho constitucional fundamental vulnerado, el Magistrado ponente dispuso que a través de la Secretaría de la Corte se enviara un oficio enderezado a precisar el eventual control que dicha entidad pudiera ejercer sobre los bancos de datos que operan al servicio, de las entidades financieras. Tanto el oficio (Fls.49-50) como la respuesta de la Superintendencia (Fls. 51-54) serán comentados oportunamente al formular las consideraciones que habrán de preceder la sentencia de esta Sala.

8.- Concepto de expertos.

En desarrollo de la facultad consagrada en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, el Magistrado ponente invitó al Ingeniero doctor Ernesto Lleras, profesor investigador de la Facultad de Ingeniería de Sistemas y Computación de la Universidad de los Andes a presentar por escrito un concepto sobre algunos puntos relevantes para la elaboración del presente de fallo.

En su concepto el profesor Lleras se pronunció sobre aspectos tales como la propiedad o titularidad del dato desde la teoría de la información; la responsabilidad en el manejo de los bancos de datos; el “poder informático” o capacidad de control sobre la acción de las personas que pueden llegar a tener quienes manejan bancos de datos; el derecho a la información y el derecho a la intimidad; la vigencia del dato y el derecho al olvido (Fls. 44-48).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte Constitucional es competente para efectuar esta revisión, según lo previsto en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución Política y 31, 32, 33 del Decreto 2591 de 1991.

Además es de observar que la providencia fue proferida oportunamente de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución en su inciso 4o. el cual no admite excepciones, como ha tenido a bien señalarlo esta Corte Constitucional¹ .

Comoquiera que algunos de los planteamientos formulados en los fallos del Juzgado 110 de Instrucción y del Tribunal de Bogotá involucran aspectos fundamentales de carácter filosófico y jurídico concernientes a la dogmática constitucional vigente, esta Sala no puede menos que entrar a considerarlos antes de pronunciar su decisión.

Tales aspectos serán tratados en el siguiente orden:

A.El otro medio de defensa judicial

Como es bien sabido, el inciso tercero del artículo 86 de la Carta dispone expresamente que la tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

En desarrollo de esta norma el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 dispone como principio general que la existencia del medio de defensa ha de considerarse en cada caso concreto.

En el caso presente, tanto la Juez de primera instancia como la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial consideraron que al quejoso le quedaba todavía la posibilidad de acudir ante la Superintendencia Bancaria para los fines específicos que atrás reprodujimos textualmente o interponer los respectivos recursos administrativos, si a ello hubiere lugar.

En virtud de lo anterior, el Magistrado ponente estimó necesario solicitar a la Superintendencia que enviara un informe detallado y acerca de los siguientes aspectos:

1. Información correspondiente al periodo de 1987 a 1992, acerca de la forma de control que dicha Superintendencia ha venido ejerciendo sobre los bancos de datos de las entidades sometidas a su vigilancia.
2. Información correspondiente al mismo periodo acerca de los resultados concretos de dicho control.
3. Información acerca del conocimiento que la Superintendencia haya tenido en dicho periodo de decisiones de autoridades públicas, concernientes a los bancos de datos organizados por entidades vigiladas y la conducta asumida por éstas frente a tales decisiones.
4. Información acerca de eventuales anomalías en materia de organización y manejo de

banco de datos financieros de las entidades sometidas a su control y de las medidas que esa Superintendencia haya tomado para remediarlas, particularmente en virtud de lo dispuesto por el artículo 15, inciso 1, de la Constitución Nacional de 1991 y de algunos pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación.

5. Información acerca del conocimiento que la Superintendencia haya tenido de la renuencia del Banco de Bogotá a cumplir la sentencia proferida el 27 de abril de 1987 por el Juzgado Décimo Sexto Civil del Circuito de Bogotá mediante la cual declaró prescrita una obligación y no obstante insiste en hacer aparecer a su antiguo cliente como deudor moroso en estos últimos cinco años.

6. Información acerca de la eventual intervención de la Superintendencia en la creación, funcionamiento y control de la Central de Informaciones de la Asociación Bancaria. Y copia del reglamento de dicha central aprobado por la Superintendencia.

7. Constancia acerca de la existencia o inexistencia en el ordenamiento jurídico vigente de una acción ordinaria de reparación ante la Superintendencia Bancaria por fallas en la organización y manejo de bancos de datos financieros por parte de entidades sometidas a su vigilancia (Fls. 49-50).

Por su especial relevancia para ilustrar la desprotección en que hoy se encuentra el ciudadano colombiano frente a las entidades que organizan y administran bancos de datos, estimamos pertinente transcribir aquí la casi totalidad del informe solicitado a la autoridad, que según la juez y el Tribunal, debiera ocuparse de proteger adecuadamente al peticionario.

En primer término, es procedente advertir que la Superintendencia Bancaria no ejerce control sobre los bancos de datos que operan al servicio de las entidades financieras y aseguradoras, por no estar facultada para ello como explicará más adelante.

No obstante lo anterior, procederemos a dar respuesta a la solicitud en el orden planteado y en la medida en que contamos con la información para ello.

1. Incompetencia de la Superintendencia Bancaria para ejercer control sobre los bancos de datos del sector bajo su vigilancia.

En el entendido de que las entidades públicas sólo están facultadas para realizar aquellas actividades a que la ley expresamente las autoriza, de conformidad con el principio de legalidad de las actuaciones administrativas, consagrado tanto en la Carta anterior como en la Constitución Nacional vigente y revisadas las normas que han regido la estructura y funciones de la Superintendencia Bancaria en el periodo de 1987 a 1992, encontramos que ninguna disposición la ha autorizado para adelantar funciones de control y vigilancia sobre los bancos de datos mencionados.

En efecto, el decreto 1339 de 1986, en su artículo 2o. enumera las instituciones sometidas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia Bancaria, dentro de las cuales no incluyó los bancos de datos. El decreto 1033 de 1991 derogatorio del anterior, hizo otro tanto en su artículo 2o. El decreto 1730 de 1991, actual estatuto orgánico del sistema financiero, al relacionar en su artículo 4.1.1.0.2. las entidades vigiladas, tampoco los incluyó. Valga mencionar que el literal c) del mencionado artículo dispone que corresponde a la Superintendencia Bancaria el control de “las demás personas naturales y jurídicas respectivamente” pero hasta la fecha ninguna ley le ha impuesto tal función, con respecto a los bancos de datos.

En conclusión, no es dable la vigilancia por parte de la Superintendencia Bancaria de los bancos de datos, ni de las personas que los administran, pues se trata de personas jurídicas diferentes a las vigiladas, a las cuales prestan un servicio para la evaluación del riesgo de su clientela, análisis que es tanto más importante como que la jurisprudencia consideró a la actividad concerniente al manejo del ahorro como servicio público y hoy el artículo 335 de la Constitución la define como “de interés público”.

2. Resultados del control

De lo anterior se colige la carencia de una evaluación de las formas y resultados del control, por la inexistencia de competencia para desarrollar tales funciones.

3. Decisiones de autoridades públicas relacionadas con los bancos de datos

Esta Superintendencia no ha recibido noticia oficial sobre el particular.

4. Irregularidades en el manejo de información de los bancos de datos

Los clientes del sector financiero, no con poca frecuencia, elevan quejas ante esta entidad relacionadas con el manejo de la información de los bancos de datos que por parte de las entidades financieras se lleva a cabo.

La Superintendencia da el trámite que toda queja requiere, cuando interviene una entidad vigilada por nosotros, que consiste en lo siguiente: una solicitud de explicaciones a la entidad vigilada. Posteriormente se evalúa la respuesta de ésta y si en ella ha demostrado que la información que transmitió al banco de datos es fidedigna, el trámite se da por concluído. En caso contrario se requiere a la entidad financiera a efectos de que la información que reporte el banco de datos sea fidedigna. En uno y otro evento el resultado de la actuación se comunica al interesado.

Ahora bien, la Superintendencia no puede adelantar actuación alguna frente a la manera como el banco de datos administre la información que contiene, por las razones que se expusieron en el punto 1o. de este escrito, que se resumen básicamente en la carencia de facultades legales para vigilar a las personas jurídicas que los manejan.

Si bien es cierto que la Superintendencia Bancaria no tiene facultades para vigilar los bancos de datos, el tema de su manejo no le ha sido ajeno. Es así que por medio de su Oficina Jurídica ha emitido diferentes conceptos, de los cuales anexo fotocopia, eso si dictados con el alcance que dispone el artículo 25 del código contencioso administrativo. Los pronunciamientos a que hago mención, han tenido como orientación diferentes fuentes de la doctrina, entre los cuales se cuenta el pronunciamiento de la Procuraduría Delegada en lo Civil, proferido el 19 de julio de 1991, expediente 359, cuyo espíritu compartimos pero que en algunos aspectos nos merece observaciones, como se advierte en los comentarios que formulamos en seguida.

Recientemente se ha examinado el tema y es oportuno mencionar los criterios a que se ha llegado:

El artículo 15 de la Carta constitucionaliza la existencia de los bancos de datos y señala las garantías de las personas en la recolección, tratamiento y circulación de los datos. Así, pues, el propio constituyente estima que la existencia de tales instituciones no es contraria al derecho de la intimidad.

Amén del derecho a la intimidad es de advertir la garantía del derecho a la información en el artículo 20 de la Carta, cuyo rango constitucional es equivalente.

Lo anterior hace necesario establecer un equilibrio entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, que permita la libertad y la dignidad de las personas tanto como el derecho a la información veraz e imparcial.

Este equilibrio es tanto más importante cuando se trata de una actividad como la financiera, la cual por concernir al manejo del ahorro de la comunidad, cuyo cuidado depende de la ortodoxia y prudencia con que procedan las entidades del sector, requiere un acervo adecuado de información en materia de evaluación de riesgo. Aquí no huelga recordar que el constituyente calificó a la actividad financiera como de interés público en el artículo 335 de la Carta.

5. Renuencia del Banco de Bogotá a cumplir sentencia judicial

Las actuaciones judiciales que se adelantan frente a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, no se ponen en nuestro conocimiento por las autoridades pertinentes, por tratarse de un trámite independiente a las actuaciones administrativas adelantadas por nosotros.

6. Creación, funcionamiento y control de la central de información de la Asociación Bancaria.

La Asociación Bancaria una organización civil de carácter gremial sin ánimo de lucro, diferente a las entidades financieras afiliadas a ella; no compete a la Superintendencia Bancaria su control y por ende no tiene facultades relativas a su creación o funcionamiento.

No obstante, anexo al presente escrito, me permito remitirle fotocopia del reglamento de la central de riesgos de la Asociación Bancaria.

En todo caso, debe señalarse que para la Superintendencia Bancaria es de gran importancia y conveniencia la existencia de mecanismos de información que permitan una mejor evaluación del riesgo crediticio. Tanto es así que para otorgar así y evaluar el crédito esta Superintendencia exige la consulta a centrales de riesgos.

7. Acciones contra la Superintendencia Bancaria por fallas en el manejo y organización de los Bancos de Datos.

El ordenamiento jurídico colombiano no prevé acción alguna contra la Superintendencia Bancaria por perjuicios que se causen por la organización y manejo de los bancos de datos financieros, ya que no corresponde a ésta la vigilancia de los mismos como se ha explicado (Fls. 51-54).

Como se desprende de lo anterior, no existe en el ordenamiento nacional el otro medio de defensa judicial señalado tanto por la Juez 110 como por la Sala del Tribunal.

Es claro también que la ignorancia o negligencia de ambos falladores constituye un grave desconocimiento de los principios de prevalencia del derecho sustancial y de la eficacia, que según el artículo 3o. del Decreto 2591 de 1991, deben regir el trámite de la acción de tutela. Representa igualmente un grave irrespeto a la dignidad y tranquilidad del peticionario. Todo lo anterior amerita la intervención de las autoridades competentes, particularmente por cuanto que a partir de la vigencia de la Carta de 1991 no hay duda alguna que el Estado debe estar al servicio de la persona y no la persona al servicio ciego del Estado.

Lo ocurrido en el presente caso dá pié para formular algunas consideraciones adicionales acerca del alcance que tiene la expresión “Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial” (inciso 3o. del artículo 86 de la Carta vigente).

Si se repara que en el inciso primero de dicho artículo la acción de tutela aparece consagrada como un procedimiento para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuandoquiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; que en la función pública de administrar justicia debe prevalecer el derecho sustancial y se observará la debida diligencia (Constitución Nacional, Artículo 228); y que entre los fines esenciales del Estado está el de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución (Ibidem art. 2o.) está fuera de toda duda que la acción de tutela, por la expresa voluntad del Constituyente de 1991, es el recurso efectivo que consagran los tratados y convenios internacionales para proteger eficazmente los derechos fundamentales. Por tanto, así se ha venido a colmar en el ordenamiento nacional un vacío que justamente venía preocupando a personas y entidades comprometidas en la protección de tales derechos.

Siendo esto así, es claro entonces que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela. De no ser así, se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente.

En otros términos, en virtud de lo dispuesto por la carta del 91, no hay duda que “el otro medio de defensa judicial” a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata.

No basta, pues, con la existencia en abstracto de otro medio de defensa judicial si su eficacia es inferior a la de la acción de tutela.

De otra parte, es así mismo claro que cuando el Estado colombiano está obligado a hacer la mayor divulgación de la Constitución (Constitución Nacional art. 41) ello no implica sólo una labor formal a través de los diversos medios de comunicación sino también el estímulo concreto a la práctica cotidiana de sus principios y valores por parte de sus funcionarios. Lo cual supone, entre otras cosas, que el Juez del Estado social de derecho en que se ha transformado Colombia por virtud de lo dispuesto en el artículo 1o. de su nueva Carta, está en la obligación de indicarle al peticionario, con la claridad y precisión que son de presumir en un profesional egresado de una facultad de Derecho aprobada por el Estado, el otro medio de defensa judicial de que puede disponer el afectado para proteger su derecho.

De no ser así, podría estimularse una práctica dilatoria y claramente kafkiana en abierta burla de la dignidad humana. Tal como ha ocurrido en el presente caso y que bien amerita una investigación por parte de las autoridades competentes.

Por todas las consideraciones anteriores, esta Sala reconocerá que en el presente caso el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial y que por tanto es procedente la acción de tutela incoada.

B. La dignidad humana, supremo principio de la Constitución de 1991.

Con toda razón sus comentaristas ponen de presente que esta Carta consagra una nueva

orientación filosófica que ubica al hombre en lugar privilegiado y es el más eficaz instrumento al servicio de la dignificación de la persona humana. Ello se desprende de buena parte de su texto, pero en especial del preámbulo y los artículos 1 al 95, los cuales permean todo el ordenamiento nacional.

En virtud de lo anterior, se ha producido pues un cambio cualitativo de amplio espectro que supone necesariamente la revisión de aquellas categorías jurídicas que siempre tuvieron como núcleo la propiedad y no el debido miramiento a la persona humana. Tal revisión se traduce en una neta prevalencia de la categoría del ser sobre la del tener o del haber, dentro del marco de un hondo y genuino humanismo que debe presidir los actos de los encargados de administrar justicia en todos los niveles del sistema jurídico.

Por tanto, en Colombia la actividad económica no puede desarrollarse hoy en abierto contraste con los valores fundamentales y las exigencias propias de la libertad humana. Ella prevalece sobre toda pretensión desmesurada de servir los intereses de la productividad y la eficiencia.

C. Las nuevas tecnologías y la libertad personal.

Dentro de la perspectiva de crear y definir permanentemente nuevos derechos humanos que respondan a las exigencias de las diversas coyunturas históricas, se habla hoy de una cuarta generación de tales derechos que tendría como finalidad específica la de dar respuesta tanto a los desafíos científicos y del progreso tecnológico como al cuestionamiento producido por la manipulación genética o por el riesgo de la desinformación universal de los procedimientos ultramodernos de los medios de comunicación.

De estas inquietudes muy fundadas se han hecho también eco algunos instrumentos elaborados por organismos internacionales.

Así, por ejemplo, en la denominada "Proclama de Teherán", aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos el 13 de Mayo de 1968 se declaró solemnemente que:

"Si bien los recientes descubrimientos científicos y adelantos tecnológicos han abierto amplias perspectivas para el progreso económico, social y cultural, esta evaluación puede, sin embargo, comprometer los derechos y las libertades de los individuos y por ello requerirá

una atención permanente”.

También en su “Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad”, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de noviembre de 1975 se expresa que:

“Todos los Estados tomarán medidas apropiadas a fin de impedir que los progresos científicos y tecnológicos sean utilizados, particularmente por órganos estatales, para limitar o dificultar el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales pertinentes”.

Entre tales medidas apropiadas la ONU, a través de sus organismos especializados, ha venido estimulando la adopción de normas para el manejo de bancos de datos y de protección a la intimidad.

D. Intimidad y habeas data: aproximación al artículo 15 de la Carta.

La Sala estima conveniente señalar en forma muy somera algunos alcances de esta nueva disposición con la cual el Constituyente ha querido, en buena medida, proteger la intimidad la honra y la libertad contra los abusos del poder informático vinculado estrechamente, según se verá, con los adelantos tecnológicos.

1.- La intimidad.

Como es bien sabido, cuando la doctrina² se refiere a la intimidad bajo la forma de protección de la vida privada, lo hace tanto en un sentido amplio como en un sentido estricto.

En el primero, la expresión designa todas las reglas jurídicas que tienen por objeto proteger la vida personal y familiar. Este es el alcance que le reconoce la Corte Europea de Derechos del Hombre al artículo 8o. de la Convención sobre la materia.

En un sentido más estricto, la expresión se emplea también para designar exclusivamente un conjunto de normas que tiene por fin la protección de las personas contra atentados que

afectan particularmente el secreto o la libertad de la vida privada.

En algunos pronunciamientos de la jurisprudencia francesa, el profesor Stromholm considera que la intimidad no es otra cosa que el derecho de una persona de manejar su propia existencia como a bien lo tenga con el mínimo de injerencias exteriores 3.

Por su naturaleza manifiestamente individualista y negativa, concepciones como ésta son hoy insuficientes para demandar la protección del ordenamiento ante las embestidas del “poder informático”.

La misma doctrina destaca también que la intimidad se proyecta en dos dimensiones a saber: como secreto de la vida privada y como libertad.

Concebida como secreto, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida.

Concebida como libertad individual, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que concierne a la esfera de su vida privada.

Planteamientos como éstos han estimulado intentos enderezados a distinguir diversas esferas de la vida privada, a ubicar la intimidad en la porción más interna de la misma, y a precisar que la protección jurídica debe tener por objeto exclusivamente la parte íntima de la vida privada y no simplemente la “privacidad”. Pero también parecen dar la razón a quienes estiman inútil y hasta imposible construir una noción clara de intimidad como presupuesto indispensable para su eficaz protección jurídica.

El derecho no ha sido ajeno a la protección de la vida privada. Pero esta meta resulta cada vez más difícil por cuanto en nuestro tiempo los secretos no son simplemente captados por los sentidos sino que el uso de técnicas hace prácticamente ilimitada su revelación a los nuevos medios de comunicación social.

Los atentados contra la intimidad pueden provenir tanto de los particulares como del Estado.

Entre las prácticas más perturbadoras de los particulares la doctrina señala la exposición

pública de fotografías sin el consentimiento del retratado, las vociferaciones para anunciar la venta de mercancía, el asedio inoportuno de periodistas en momentos de extrema pesadumbre, las llamadas telefónicas de anónimos injuriadores, el empleo ilícito de aparatos destinados a espiar detalles de la vida íntima, el empleo abusivo de la informática en el acopio de datos sobre los antecedentes comerciales y la circulación de libros, filmes y videos cuyos argumentos reproduzcan, sin tacto alguno, episodios desgraciados de la vida real de las personas⁴

La creciente utilización de la informática en las actividades propias de la administración pública, particularmente notoria durante la presente década, ha creado grandes esperanzas de encontrar por fin el remedio más eficaz para muchos de sus problemas, algunos de los cuales se remontan al siglo pasado.

Este optimismo, tal vez ingenuo, parece haber relegado a un plano secundario la consideración de un aspecto específico de la informatización del Estado que concierne en grado sumo al ciudadano común, a saber: el uso indebido de una ingente masa de información en manos del Ejecutivo bien puede acarrear consecuencias nocivas para sus derechos en países donde todavía no existe una regulación adecuada sobre nuevas tecnologías de información como es, precisamente, el caso de Colombia.

Dentro de este complejo contexto, se protege la intimidad como una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad.

Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea también un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer "erga omnes", vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta⁵.

Es de señalar también que la doctrina moderna ha venido reiterando una nueva y creciente

dimensión de la intimidad que la reivindica de su inicial cariz individualista y negativo. Se trata, ni más ni menos, de reconocerle un espacio propio entre las denominadas libertades públicas, vale decir, entre aquellos derechos fundamentales de una sociedad que permiten el desarrollo y mantenimiento de la personalidad y la dignidad humana⁶

De otra parte, 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.

2.- Intimidad y derecho a la información

En casos de conflicto insoluble entre ambos, esta Sala no vacila en reconocer que la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información, es consecuencia necesaria de la consagración de la dignidad humana como principio fundamental y valor esencial, a la vez, del Estado social de derecho en que se ha transformado hoy Colombia, por virtud de lo dispuesto en el artículo primero de la Carta de 1991.

En efecto, la intimidad es, como lo hemos señalado, elemento esencial de la personalidad y como tal tiene una conexión inescindible con la dignidad humana. En consecuencia, ontológicamente es parte esencial del ser humano. Sólo puede ser objeto de limitaciones en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos, por el artículo 1o. de la Constitución. No basta, pues, con la simple y genérica proclamación de su necesidad: es necesario que ella responda a los principios y valores fundamentales de la nueva Constitución entre los cuales, como es sabido, aparece en primer término el respeto a la dignidad humana.

3.- La Central de Información de la Asociación Bancaria

De la documentación suministrada por el señor Superintendente se desprende que la Central es un mecanismo de defensa gremial que concentra la información de clientes del sistema financiero en lo relacionado con aspectos que permiten establecer el grado de riesgo que implica un determinado crédito. La información que pueden recibir estos entes está sometida al principio de la reserva bancaria y su manejo se sujeta al deber general de no causar daño a otro. Pero la reserva bancaria no opera respecto de los datos relativos a obligaciones

incumplidas comoquiera que es esta una excepción al deber de sigilo de los establecimientos bancarios⁷ .

En Agosto de 1991, la Asociación Bancaria de Colombia expidió un reglamento de su Central de Información, del cual merecen destacarse los siguientes aspectos:

Artículo 1o. Naturaleza. La Central de Información de la Asociación Bancaria de Colombia es un servicio privado de información del sistema financiero, conformado por las bases de datos de carácter personal económico mencionados en los Acuerdos Interbancarios y los que la Junta Directiva estime necesarios para el logro del propósito que se establece en el artículo siguiente:

Artículo 2o. Propósito. Las bases de datos que conforman la Central de Información tienen el propósito de servir a las instituciones financieras como elementos de juicio para la evaluación de riesgos en los negocios financieros y operaciones activas de crédito que celebren con sus clientes, así como para la aplicación de los acuerdos interbancarios adoptados por la Asamblea de Afiliados a la Asociación.

Artículo 4o. Titulares de los datos. Las personas cuyos datos personales hayan sido reportados a la Central son los titulares de los mismos, y en consecuencia tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones, conforme al procedimiento señalado en este reglamento.

Artículo 5o. Responsables. La Asociación Bancaria de Colombia es la administradora de las bases de datos que conforman la Central de Información y en consecuencia es responsable de los archivos. Los usuarios serán responsables de la exactitud de los datos y de la actualización o rectificación, así como del buen uso de la información obtenida de la Central. (Fls. 94-95).

Es claro, pues, que la Asociación Bancaria de Colombia administra un servicio privado de información del sistema financiero conformado por bases de datos de carácter personal económico y que, como tal, es responsable del manejo de los respectivos archivos.

De otra parte, las personas cuyos datos personales son reportados a dicha Central tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones, de acuerdo con la Constitución o

la ley8 .

Por todo lo anterior, esta Sala encuentra reprochable en grado sumo la conducta de la Asociación Bancaria al negarse rotundamente a acceder a la solicitud que le hiciera el peticionario en dos ocasiones en el sentido de que lo retirara de la lista de deudores morosos. En efecto, en el expediente obra prueba de que por sentencia debidamente ejecutoriada el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá había declarado prescrita la obligación del Arquitecto Argüelles desde el 27 de Abril de 1987.

Sorprende igualmente que dicho quejoso haya tenido que impetrar, por medio de apoderado, la presente acción de tutela ante el Juzgado 110 de Instrucción Criminal de Bogotá para que se le retirara de la lista de deudores morosos y se actualizara y rectificara la información que sobre él existe en el banco de datos de la Asociación Bancaria. Porque es lo cierto que por virtud de lo dispuesto en el reglamento de la Central, él tenía perfecto derecho a la actualización de las informaciones que le concernían, en particular, que su obligación con el Banco de Bogotá había sido declarada prescrita por sentencia judicial desde abril de 1987 y no tenía por qué seguir figurando en la condición de deudor moroso de dicha entidad financiera.

Como consecuencia de todo lo anterior, esta Sala reitera que es voluntad expresa del Constituyente plasmada en el texto del artículo 1o. la primacía del ser humano con sus atributos fundamentales sobre otras categorías simplemente accesorias, como las de haber o tener.

Ello quiere decir, en otros términos, que el ejercicio del derecho a la información en que, según la Asociación Bancaria de Colombia, se fundamenta la Central de Información que dicha entidad administra, no puede conducir en manera alguna a la vulneración de la dignidad humana. Tal como ha ocurrido en el caso del señor Argüelles. La misma limitación pesa sobre el ejercicio del derecho a la protección del crédito como proyección del derecho de propiedad.

3.- El Dato y su "propiedad"

Por cuanto respecta a su especial y compleja naturaleza el profesor Ernesto Lleras observa justamente que en la teoría de la información.

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 (Cfr. Lleras et. al).

En forma muy somera, se puede decir que el sentido en última instancia, lo producen una o varias mentes humanas y este sentido es un determinante de la acción social. Los modelos se plasman en forma de textos y mensajes que consisten en una serie de signos algunos de los cuales les llamaremos datos, organizados de acuerdo a sistemas de reglas o gramática.

“A través de los signos y mensajes los eventos adquieren realidad social. La realidad expresada a través de mensajes ... es la determinante de la acción social (Lleras et. al p. 6).

El dato se constituye entonces en el elemento básico de información sobre eventos o cosas. (Fl. 45).

Pero aquí nos importa señalar especialmente la incidencia del dato en la eventual vulneración de la intimidad. En efecto, el mencionado experto señala también en su concepto que:

El dato que constituye un elemento de la identidad de la persona, que en conjunto con otros datos sirve para identificarla a ella y solo a ella, y por lo tanto sería susceptible de usarse para coartarla, es de su propiedad, en el sentido de que tendría ciertos derechos sobre su uso. Datos de este tipo serían sus señales particulares, relaciones de propiedad y de familia, aspectos de su personalidad, y señales de identidad de diversa índole que van emergiendo en las actividades de la vida. Todos estos datos combinados en un modelo, son equivalentes a una “huella digital” porque el individuo es identificable a través de ellos.

Por las características propias de los datos, una vez producidos (codificado un evento u objeto por alguien o eventualmente una máquina) pueden diseminarse con relativa facilidad. Esto hace que puedan ser usados, en combinación con otros de procedencias distintas pero adscribibles a la misma persona. Así se va configurando lo que ha dado en llamar un “perfil de datos de una persona”(Lleras). Estos perfiles pueden construirlos quienes tengan bancos

de datos bien sea manuales o sistematizados, y el poder de información y control social que estos tengan depende del uso de la tecnología disponible.

El problema del “poder informático” existe siempre que se poseen datos sobre las personas bien sea en forma manual o por medios electrónicos. Con el desarrollo de estos últimos, las posibilidades de acción de ese poder en contra de la libertad de las personas se magnifican y harían necesaria una legislación especial.

El “perfil de datos” de la persona se constituye entonces en una especie de “persona virtual” sobre la cual pueden ejercerse muchas acciones que tendrán repercusión sobre la persona real. Desde el envío de propaganda no solicitada, hasta coerción u “ostracismo” social como en el caso que se presenta. Un “buen” manejo de Bancos de Datos permitiría identificar hasta perfiles poblacionales desde distintos puntos de vista, lo cual constituye un evidente peligro de control social de aquellos que ostentan “poder informático”, no solamente contra la libertad de las personas individuales sino contra la de sectores sociales más amplios. (Fl. 46).

Por su compleja naturaleza es claro que frente al dato no puede aplicarse en todo su rigor el derecho clásico de propiedad. En verdad, bien miradas las cosas, salta a la vista la existencia de varios sujetos con distintas relaciones. Uno es el sujeto del cual se dice algo o al cual algo le concierne en el universo informativo construido a partir del dato. Otro es el sujeto que, aplicando unos códigos o gramáticas como instrumentos auxiliares, hace que el dato se convierta en información. Pueden existir otros cuya labor específica es la circulación y difusión de la información con destino a los clientes habituales de los medios de comunicación. La labor primordial de estos últimos sujetos es, como se ve, hacer que el dato se convierta en esa mercancía denominada a veces noticia, apta para el consumo de su clientela que las nuevas tecnologías de información permiten ampliar más y más cada día. En estas condiciones, los diversos sujetos son apenas titulares de algunas facultades que no les confieren necesariamente la calidad de propietarios. Muchas veces no son más que simples depositarios forzosos.

De otra parte, la facultad de difusión que es, como se sabe, propia del derecho a la información, adquiere un contenido económico que muy a menudo dificulta establecer un límite claro entre el ejercicio del derecho a la información como dimensión de la libertad

política y presupuesto de una democracia participativa y pluralista, y la simple actividad empresarial de producir más y más noticias para una creciente clientela teniendo como materia prima los datos. Algunos se apropian codiciosamente de ellos, como si se tratara de colegiales indisciplinados a la caza de frutos silvestres en predios que consideran baldíos y que son en verdad los huertos de sus iracundos vecinos o colegas.

Lo cierto es que por las muy estrechas relaciones entre el dato personal y la intimidad que atrás hemos destacado, la sólo búsqueda y hallazgo de un dato no autoriza a pensar que se ha producido simultáneamente su apropiación exclusiva y, por tanto, la exclusión de toda pretensión por parte del sujeto concernido en el dato.

De ahí que no pueda hablarse de que existe un propietario del dato con las mismas implicaciones como si se tratara de una casa, un automóvil o un bien intangible. Tampoco cabe pensar que la entidad que recibe un dato de su cliente en ejercicio de una actividad económica, se convierte por ello mismo en su propietario exclusivo hasta el punto de que es ella quien pueda decidir omnímodamente su inclusión y posterior exclusión de un banco de datos. Esto sería tanto como autorizarlo de lleno a desposeer al sujeto, con todas sus consecuencias previsibles, de los “perfiles virtuales” que, como ya hemos visto, pueden construirse a partir de los datos de una persona.

Con las posibilidades que ofrecen hoy las modernas tecnologías de información y, en particular, los bancos de datos computarizados, ello equivaldría también a autorizar a la persona o entidad que recibe el dato a encarcelar “virtualmente” en el banco de datos al sujeto concernido en los mismos. Lo cual, en países que carecen de una legislación específica protectora de la intimidad frente al fenómeno informático, favorecería abiertamente su cotidiana vulneración. Que estos abusos no son simplemente potenciales e imaginarios, lo señala en buena medida el informe del señor Superintendente.

Por eso, a partir de la vigencia del art. 15 de la Carta del 91 y en desarrollo del mismo es indispensable la regulación integral del poder informático para poner coto a sus crecientes abusos. Así lo exige la adecuada protección de la libertad personal frente a los poderosos embates de las nuevas tecnologías. Y así lo ordenará esta Sala.

4- Los bancos de datos y el derecho constitucional informático

Tal como lo señala el profesor Mario G. Losano⁹ precursor muy fecundo tanto de la informática jurídica como del derecho informático en Italia, y cuyas obras son ampliamente conocidas en nuestro continente, un banco de datos no es otra cosa que un conjunto de informaciones que se refieren a un sector particular del conocimiento, las cuales pueden articularse en varias bases de datos y ser distribuídas a los usuarios de una entidad que se ocupa de su constante actualización y ampliación.

O lo que es fundamentalmente lo mismo, un conjunto de informaciones exhaustivas y no redundantes sobre un determinado tema, manejado por un específico conjunto de programas¹⁰ .

Como se ve, pues, los bancos de datos son objetos propios de la ciencia de la información que adquieren una particular relevancia en el moderno derecho constitucional por la gran potencialidad que tienen de vulnerar algunos derechos fundamentales, como la intimidad.

La incidencia de los bancos de datos en el derecho público informático se aprecia con mayor claridad en el surgimiento de conceptos tan específicos como los de poder informático y libertad informática. Nos referiremos a ellos más adelante, por cuanto son hoy de ineludible referencia para entender a cabalidad los verdaderos alcances del artículo 15 de la Carta de 1991.

Es preciso, de otra parte, recordar que a partir de la década del cincuenta máquinas tales como los computadores han hecho posible no sólo crear e interconectar enormes “bancos de datos” que pueden suministrar inmediatamente una vasta cantidad de información personal a grandes distancias y en forma más comprensiva, sino también establecer correlaciones entre datos que aisladamente son las más de las veces inofensivos pero que reunidos pueden descubrir aspectos cuya relevación atenta contra la libertad e intimidad del ciudadano.

En efecto, como lo observa agudamente el profesor Losano¹¹ mediante el denominado software aplicativo el computador se ha convertido para el ciudadano en un delator perfecto de informaciones sin que en la mayoría de los casos el titular de ellas llegue siquiera a enterarse, lo cual representa un peligro evidente para sus derechos, sobre todo en países como Colombia, que carecen de una legislación especial en materia de circulación de datos.

Es comprensible, entonces, que la literatura especializada se haya venido ocupando más y más de la dramática e injusta situación del ciudadano que es objeto de una permanente observación por parte del aparato estatal que lo coloca dentro de un virtual acuario de cristal, sin posible escapatoria o salvación. Aparece así el denominado síndrome del pez rojo¹².

Pero es innegable también que cuantos más servicios pretenda recibir el ciudadano del Estado tanto mayor será la cantidad de datos que deba suministrarse (composición del núcleo familiar, vivienda, salud, educación, lugar de trabajo, necesidades de transporte, seguridad social, etc.), con la obvia consecuencia de que una mayor transparencia de sus beneficiarios, todo lo cual contribuye a reproducir, prolongar y fortalecer la vigencia del síndrome y del poder informático.

Como bien lo destaca el profesor Vittorio Frosini, la posibilidad de acumular informaciones en cantidad ilimitada, de confrontarlas y agregarlas entre sí, de hacerle un seguimiento en una memoria indefectible, de objetivizarlas y transmitir las como mercancía en forma de cintas, rollos o discos magnéticos, por ejemplo, permite un nuevo poder de dominio social sobre el individuo, el denominado poder informático.

Como necesario contrapeso, 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, lo identifican e individualizan ante los demás. Es, como se ve, una nueva dimensión social de la libertad individual diversa, y por razón de las circunstancias que explican su aparición, de otras clásicas manifestaciones de la libertad.

Por su peculiar naturaleza, esta libertad ha sido reconocida en las legislaciones de Estados de democracia liberal mediante estatutos jurídicos especiales, los cuales, establecen nuevos derechos e instituciones de control. En España, Portugal, y Brasil, por ejemplo, tanto la libertad informática como el habeas data han recibido el honor de una clara y explícita consagración constitucional¹³.

5.- La cárcel del alma y el derecho al olvido

1. Con el triunfo definitivo del Estado moderno en el siglo XVIII, depositario de las ideas de la Ilustración y del humanismo racionalista, se impuso una nueva manera de ver las relaciones entre los gobernantes y los gobernados y con ella una nueva manera de ver el castigo. El punto clave de esta última novedad puede ser explicado como un abandono de la preocupación medioeval por punir el cuerpo de los delincuentes -a través de los suplicios- en beneficio de un interés permanente por castigar su alma. Este cambio de objeto, que Foucault ha descrito en detalle como un cambio estratégico en el ejercicio del poder, se ha ido imponiendo a través de los últimos siglos hasta adquirir hoy plena manifestación en disciplinas sociales basadas en la imposición de reglas comerciales, de métodos de observación, de técnicas de registro, de procedimientos de indagación y de pesquisa, de aparatos de verificación y, en general, de tratamiento de informaciones que condicionan y manipulan el comportamiento ciudadano sin necesidad de ejercer una coacción o una amenaza de coacción física sobre los individuos.

El encarcelamiento del alma en la sociedad contemporánea, dominada por la imagen, la información y el conocimiento, ha demostrado ser un mecanismo más expedito para el control social que el tradicional encarcelamiento del cuerpo. Por eso vale la pena preguntarse si estos dos tipos de encarcelamiento se ejercen de manera discriminada y estratégica en Colombia como mecanismo de control frente a dos sectores de población diferente a saber: la cárcel tradicional para la clase marginada del circuito económico y comercial y la cárcel del espíritu contra los demás violadores de las reglas disciplinarias impuestas por dicho circuito.

Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo la cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de “personas virtuales” que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales.

De otra parte, es bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido.

Este derecho le fue abiertamente negado al peticionario tanto por la Asociación Bancaria de Colombia como por el Banco de Bogotá, con lo cual lo condenaron, sin fórmula de juicio, a

una exclusión del sistema crediticio por término indefinido. Ello pese a que ambas entidades sabían que desde el 27 de abril de 1987 un Juez de la República, con la autoridad que le confiere la ley declaró prescrita la obligación contraída por el peticionario con el Banco de Bogotá.

Por eso es a todas luces censurable la rebeldía del banco a reconocerle efectos a esta sentencia. Como lo es también, en mayor grado, la complicidad manifiesta con dicha conducta por parte de una entidad llamada a velar por los mejores intereses del gremio, como es el caso de la Asociación Bancaria de Colombia.

6.- Creciente informatización social e insuficiente protección jurídica

Un censo realizado por el DANE en diciembre de 1987 sobre el desarrollo informático en Colombia, reveló la existencia de 640 empresas oficiales que procesan datos, cifra ésta que contrasta abiertamente con las 2.535 empresas que lo hacen también en el sector privado.

Teniendo en cuenta las diversas actividades económicas, es de destacar que en el sector de la agricultura, la silvicultura, la caza y la pesca existían 70 entidades que procesan datos mientras que en la industria manufacturera lo hacen 753, en el comercio 559 y en el sector financiero 628.

De otra parte, estudios realizados por la Embajada de los Estados Unidos para estimar el potencial del mercado de los computadores en nuestro país prospectado hacia el año de 1993, indican claramente que en cinco años la adquisición de equipos pasó de 482 a 3.827 con una marcada tendencia al crecimiento en la demanda de microcomputadores la cual constituirá más de la mitad del mercado general de computadores, tanto en valor como en número de unidades.

Por cuanto respecta a los diversos equipos importados al país y su utilización en los distintos sectores de la economía nacional, el mencionado estudio estableció también que los “main frames” serán adquiridos principalmente por el gobierno y por los sectores financiero y manufacturero, los minis por el sector del comercio y el manufacturero y los micros por el sector financiero, el comercio, el manufacturero y el educativo. Es de destacar también que los gastos hechos en el país por concepto de hardware de computadores, software y servicios ascienden, respectivamente, a cerca de 270 millones de dólares, 80 y 40.14.

De otra parte, la presencia de la informática en la sociedad colombiana se percibe también tanto a través de normas de carácter fundamentalmente técnico sobre la utilización de sistemas de información, equipos y servicios de procesamiento de datos como sobre la formulación y aplicación de políticas en materia de sistemas de información¹⁵ y del servicio de transmisión o recepción de información codificada (datos) entre equipos informáticos¹⁶. Hace algún tiempo se reguló también la coordinación del programa de informática en el sector público INSEP. En uno de los considerandos de la norma se deja expresa constancia de la necesidad de mejorar los procesos de gestión de la administración pública a todos los niveles, mediante la producción y uso de la información y su vinculación a la planeación y a la toma de decisiones tanto por entidades públicas como por la comunidad en general¹⁷.

En una investigación reciente realizada por el Centro Nacional de Consultoría con financiación de ACIS la cual abarcó específicamente los sectores del gobierno, la industria, la educación, los servicios, el comercio y la consultoría, se destaca la gran discrepancia que existe entre los resultados obtenidos en dicho estudio y los de otros con respecto a la cantidad de computadores que existen actualmente en Colombia. Se afirma que existe una enorme subestimación del número de microcomputadores¹⁸.

Ante esta creciente informatización de la sociedad colombiana en distintas ocasiones y foros se ha puesto de presente la carencia de instrumentos adecuados en el ordenamiento nacional para proteger la libertad de los ciudadanos contra el uso abusivo de las nuevas tecnologías de información.

Recientemente la voz muy autorizada de la Procuraduría General de la Nación expresó su preocupación al respecto en un amplio e iluminante concepto con que creyó oportuno pronunciarse en defensa de los intereses de la comunidad ante el avance tecnológico de los sistemas y la información computarizada y cuyas siguientes conclusiones esta Sala acoge integralmente:

En los países tercermundistas, como el nuestro, se ha de resaltar que al no ser productores de tecnología, siempre habrá una distancia entre la regulación jurídica, el avance científico y la afectación de la sociedad por la técnica, ello se traduce en una legislación deficiente en materia de protección de derechos personalísimos y sucesivamente desadaptada ante los

progresos rápidos, permanentes y severos de la ciencia.

Es posible señalar algunas conclusiones sobre la situación del país frente al manejo de la información con respecto de las personas:

a) La tecnología y la informática son aún temas desconocidos por la mayoría de nuestra población.

b) El acceso a esa tecnología es en verdad mínima para un grupo muy selecto de la comunidad, y los últimos adelantos son accedidos solo por las grandes empresas comerciales y financieras para su explotación económica.

c) Existe una falta total de difusión y educación acerca de los progresos técnicos para la mayoría de los ciudadanos, además su alejamiento de las Instituciones Estatales, se traduce en el desconocimiento de sus más mínimos derechos, por consiguiente no se exigen.

d) En el manejo de la información existe un poder concentrado que no permite la competencia en la práctica y en donde se mueven grandes intereses económicos.

e) Las empresas productoras y almacenadoras de datos han venido hasta hoy operando en un ambiente de "absoluta" libertad, precisamente frente a derechos que conceptualmente no aparecían claros en la legislación vigente pudiendo ser desconocidos por la vía de la interpretación.

Nuestra legislación no tiene la virtud de poder regular el tema de la intimidad y los derechos personales de los ciudadanos ante el avance informático, pues sólo se preocupó por avenirse a esa realidad normativizando el manejo de datos especialmente en el sector público para racionalizar la inversión en equipos y optimizar su utilización, dejando que los particulares manejen a su acomodo la situación específica y dejando por fuera inexcusablemente, la protección a las personas por el mal manejo o uso que se hiciera de dicha información.

Ante esta situación se han adelantado investigaciones de carácter académico tendientes a colmar integralmente la laguna mencionada, intentos que hoy adquieren particular actualidad y relevancia en virtud de lo dispuesto por el artículo 15 de la Constitución de 1991.

En el informe final de un proyecto de investigación interdisciplinaria para la reglamentación de la reserva de los ciudadanos y la responsabilidad en el uso y almacenamiento de información que el gobierno nacional confió a la Universidad de los Andes en 1986, se deja expresa constancia de que el ordenamiento nacional vigente protege la intimidad mediante normas de distinta naturaleza y en áreas tales como la imagen, el domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, la interceptación telefónica, el secreto profesional, la salud, la reserva documental, la reserva tributaria, la reserva bancaria, la reserva sumarial, la reserva en ejercicio de funciones públicas, la reserva comercial, el secreto industrial, la seguridad del Estado y la reserva de la información estadística. Pero también se deja constancia de que estos instrumentos de protección general son hoy manifiestamente insuficientes para proteger debidamente a nuestros compatriotas contra el uso abusivo de las modernas tecnologías de información. Por eso, como resultado final de dicha investigación, se elaboró un esquema preliminar de anteproyecto de regulación de los bancos de datos personales.

El objetivo fundamental del anteproyecto de ley fue la protección de los datos personales contra toda recolección, uso, acceso, difusión y transmisión en detrimento de la intimidad de sus titulares. Y la democratización del denominado poder informático.

7.- Uso responsable de la Informática

La irrupción de nuevas tecnologías exige la creación de instrumentos jurídicos adecuados que protejan los intereses comunitarios y del ciudadano medio frente a los eventuales abusos de los titulares, directos beneficiarios de tales tecnologías y establezcan principios adecuados de responsabilidad en el manejo de los datos, vale decir, de la mayor fuente de poder y eventual manipulación de nuestra cultura contemporánea.

En el siglo pasado el poder de un Estado se medía en términos demográficos y territoriales; posteriormente se hizo necesario completar estos elementos con la dimensión de la riqueza de los recursos naturales y en especial de los recursos minerales. Hoy, el poder de un Estado se mide, ante todo, en términos de conocimiento. El saber necesario para hacer algo, venderlo, utilizarlo etc. ha resultado ser más importante que los insumos indispensables para producirlo. En consecuencia, el ejercicio del poder se ha desplazado del ámbito tradicional al control físico de tierras, armas, hombres, etc, al ámbito de control de la información y a

través de ella, del comportamiento de los individuos.

Las implicaciones sociales de las nuevas tecnologías no pueden por eso ser ignoradas por la Academia comoquiera que afectan positiva y negativamente la comunidad y el entorno, determinando fenómenos y conductas concernientes a la cultura, a la convivencia social y a la suerte misma de la persona humana.

Ante la emergencia de la civilización tecnológica con todas sus vastas implicaciones para la convivencia social, el Abogado no puede menos que actualizar sus conocimientos a fin de ofrecer a sus clientes los servicios profesionales especializados que demanda dicha civilización so pena de marginarse voluntaria o involuntariamente de la posibilidad de servir eficazmente a sus clientes y de comprometer seriamente su responsabilidad profesional.

La comunidad, por su parte, debe desarrollar una conciencia que le permita defender eficazmente sus derechos fundamentales frente a los sutiles o descarados embates de las nuevas tecnologías y su incidencia en la vulneración de la dignidad humana.

Igualmente y con mayor razón, a los titulares o empresarios de servicios tecnológicos y en particular de tecnologías de información, la naturaleza de su materia prima, vale decir, el dato, impone una diligencia especial en guarda del respeto a la dignidad humana sin que sea óbice el que existan o no relaciones patrimoniales que configuren propiedad. Es natural que esta diligencia sea mayor cuando se trata de actividades empresariales lucrativas que crean, ingentes riesgos de vulnerar la libertad o la honra de las personas.

8.- El derecho a la información

En su informe el señor Superintendente observa, frente al pronunciamiento de la Procuraduría Delegada en lo Civil proferido el 19 de Julio de 1991 (expediente 359), que la Carta garantiza tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la información “cuyo rango constitucional es equivalente”. Por lo cual es preciso “establecer un equilibrio entre ambos derechos” que permita respetar la libertad y la dignidad de las personas tanto como el derecho a la información veraz e imparcial.

“Este equilibrio es tanto más importante cuando se trata de una actividad como la financiera, la cual por concernir al manejo del ahorro de la comunidad cuyo cuidado depende

de la ortodoxia y prudencia con que procedan las

entidades del sector requiere un acervo adecuado la información en materia de evaluación de riesgo. Aquí no huelga recordar que el constituyente calificó la actividad financiera como de interés público en el artículo 335 de la Carta”.

Ciertamente, ya desde las labores de las Comisiones preparatorias de la Asamblea Nacional Constituyente fue visible el propósito de que el derecho a la información fuera plenamente compatible con el respeto a la intimidad de las personas pues se quiso evitar en todo momento la intromisión indebida en su vida privada¹⁹.

Posteriormente, con la consagración expresa que se ha hecho de la dignidad humana como el valor supremo del Estado Social de Derecho, (Artículo 1o. de la Carta de 1991), la intimidad, que es una de las manifestaciones más concretas y directas de dicha dignidad, ha adquirido una posición privilegiada en el conjunto de los derechos constitucionales fundamentales. Esto implica, se reitera una vez más, que ante un eventual conflicto insuperable entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad en donde no pueda ser posible un equilibrio o coexistencia, la intimidad deberá prevalecer.

A manera de conclusión general, esta Sala reitera que en el presente caso no sólo no existe otro medio de defensa judicial, por las razones expuestas en su oportunidad, sino que además se ha vulnerado la intimidad, la libertad personal y la dignidad del petente mediante el abuso de la tecnología informática y del derecho de y a la información. La vulneración de tales derechos constitucionales fundamentales se materializa en la renuencia de la Asociación Bancaria de Colombia a cancelar su nombre de la lista de deudores morosos y actualizar inmediatamente la información de su banco de datos computarizado, a sabiendas de que mediante sentencia del 27 de abril de 1987 debidamente ejecutoriada, un Juez de la República declaró prescrita la obligación del señor Argüelles con el Banco de Bogotá.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR la providencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Santafé de Bogotá el día 4 de Febrero de 1992 y en su lugar, ORDENAR la inmediata cancelación del nombre del peticionario FRANCISCO ARGÜELLES NORAMBUENA de la lista de deudores morosos de la Central de Información, organizada y administrada bajo la responsabilidad de la Asociación Bancaria de Colombia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la Asociación Bancaria de Colombia a la indemnización del daño emergente causado al peticionario, en el monto que éste compruebe ante las autoridades competentes.

TERCERO.- CONDENAR a la Asociación Bancaria de Colombia a pagar las costas del presente proceso, de conformidad con la tasación que para tal efecto realice el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

CUARTO.- Para los efectos de lo expuesto en la parte motiva de este fallo, DAR traslado para lo de su competencia a las honorables Salas Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, así como a la Procuraduría General de la Nación.

QUINTO.- Solicitar al Procurador General de la Nación que en uso de su facultad de iniciativa legislativa y en desarrollo del artículo 15 de la Carta y demás normas concordantes, considere la conveniencia de presentar a la brevedad posible ante el Congreso de la República un proyecto de ley que proteja eficazmente la intimidad y la libertad informática de los colombianos.

SEXTO.- En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que hayan ocurrido abusos o intromisiones arbitrarias o ilegales en la recolección, almacenamiento, tratamiento, uso y divulgación no autorizada expresamente de datos personales, por cualquier medio o tecnología, que amenacen vulnerar la intimidad y libertad informática de la persona, la doctrina constitucional enunciada en esta sentencia tendrá CARACTER OBLIGATORIO para las autoridades, en los términos del artículo 23 del decreto 2067 de 1991.

OCTAVO.- ORDENAR que por Secretaría se comuniquen esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, Cópiese, Comuníquese, Cúmplase e Insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CIRO ANGARITA BARON

Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

Sentencia aprobada por la sala primera de revisión a los dieciseis (16) días del mes de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

1 Cfr. Corte Constitucional Sala de Revisión No. 3 Sent. de Abril 3 y Mayo 6 de 1992.

2 Cfr. Kayser Pierre. La protection de la vie privée. Protection du secret de la vie privée. Economica París, 1984. pp. 9, 10.

3 Citado por Kayser. Op. Cit., p. 200

4 Cfr. Molinero César. Libertad de Expresión Privada. Editorial A.T.E., Barcelona, 1981, pp. 63, 69. Citado por Madrid Malo Garizabal Mario, Los Derechos Humanos en Colombia, Documentos ESAP, Bogotá, Abril de 1989, p. 156

5 Cfr. Roux Andre, La protección de la vie privée dans les rapports entre l'état et les particuliers. Economica, Paris 1983, p. 13.

6 Cfr. Roux, op. cit., p. 18.

7 Cfr. Superintendencia Bancaria, Concepto No. 91015226-0 de mayo 9 de 1991

8 Cfr. arts. 4 y 9 del reglamento.

9 Losano Mario G., *Informatica per le scienze sociali* Giulio Einaudi editore s.p.a., Torino 1985, pág. 315.

10 *Ibidem*, pág. 316.

11 Cfr. Losano Mario G., *Il diritto pubblico dell'informatica*, Giulio Einaudi editore s.p.a., Torino 1986, pp. 7, 8.

12 *Ibidem* Op. cit.. p. 13

13 Cfr. Losano Mario G., *Il diritto dell'informatica*, Giulio Einaudi editore s.p.a., Torino 1986, pp. 7, 8.

14 Embajada de los Estados Unidos, Empresa de Investigación de Mercados Optimos Ltda., El mercado de los Computadores en Colombia.

15 Cfr. Decretos 131 de 1976 y 1160 de 1976.

16 Cfr. Decreto 2328 de 1982.

17 Cfr. Decreto 473 de 1989

18 Cfr. ACIS, "Estudio sobre la evolución de la informática en Colombia. En : *Sistemas*, No. 46 pp. 4, 5.

19 Cfr. Presidencia de la República, *Propuestas de las Comisiones Preparatorias*. Bogotá, Colombia. Enero de 1991, pp. 226, 227, 321.