

Sentencia No. C-542/93

SECUESTRO/CAUSALES DE JUSTIFICACION-Estado de Necesidad

Quebranta la Constitución una norma que erige en delito la conducta razonable de los particulares encaminada a proteger la vida y la libertad, propias o de un semejante. Además, es claro que la ley no puede hacer a un lado las causales de justificación, concretamente el estado de necesidad, en que quedan el secuestrado, sus parientes, amigos y la sociedad en general.

Una ley que prohibiera el pago del rescate, aun sin convertirlo en delito, también sería inconstitucional. Y además, sería absurda, pues sería tanto como prohibir morir o enfermarse. Es decir, lo mismo que prohibir un acto que se realiza contra la voluntad, o en el cual, al menos, el consentimiento está viciado por la fuerza, lo cual impide tener en cuenta el objeto o la causa ilícita. El pagar el rescate es, en sí, un acto indiferente, ni bueno, ni malo. Lo que determina su naturaleza moral es la finalidad que se busque. Por esto se ha visto que quien interviene en el pago por necesidad de salvar la vida y recobrar la libertad propias o ajenas, obedece a un móvil altruista reconocido universalmente por el derecho. Quien obra sin encontrarse en estado de necesidad, obedeciendo exclusivamente motivos innobles o bajos, como serían su propio lucro o el propósito de enriquecer a los delincuentes o dotarlos de recursos económicos, sí incurre en un delito. Y no podría alegar y demostrar causal alguna de justificación.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

La solidaridad nos obliga con igual fuerza aun en favor de extraños, con quienes solamente se comparte la pertenencia a la raza humana. Y nadie podrá negar que emplear los bienes propios para proteger la vida y la libertad de un semejante, es acción humanitaria. ¿Cómo, pues, podría ser constitucional la ley que castiga esta conducta.?

LEY DE INICIATIVA POPULAR

Las leyes de iniciativa popular no tienen una jerarquía superior a la de aquellas que ordinariamente aprueba el Congreso. Y no la tienen, porque no la consagra la Constitución.

Por lo mismo, el examen de constitucionalidad, que es función propia e irrenunciable de la Corte Constitucional, se hace en relación con ellas en igual forma que con todas las demás leyes.

CONTRATO DE SEGURO-Ineficacia

La norma impide que las compañías aseguradoras obtengan beneficios originados en la generalización del delito de secuestro. Y como no concurre en relación con las Compañías Aseguradoras causal alguna de justificación, sino el afán de lucro, será declarada exequible, porque no vulnera la Constitución.

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA/PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL/SECUESTRO

Por su dignidad, el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar fines generales, a menos que él voluntaria y libremente lo admita. Por tanto, el principio de la primacía del interés general, aceptable en relación con derechos inferiores, como el de la propiedad, no es válido frente a la razón que autoriza al ser humano para salvar su vida y su libertad, inherentes a su dignidad.

Ref.: Expediente D-275

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12, 16, 18, 19, 20, 21, 24, 25 y 26 de la ley 40 de 1993.

Actor: ALBERTO ZULETA LONDOÑO.

Magistrado Ponente: JORGE ARANGO MEJIA.

Aprobada, según consta en Acta número sesenta y nueve (69) de la Sala Plena, en Santafé de Bogotá, D.C., a los venticuatro (24) días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Los antecedentes de la presente sentencia corresponden, en general, al proyecto presentado por el Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, que la sala Plena no aprobó.

I.- ANTECEDENTES

El ciudadano Alberto Zuleta Londoño, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución, demandó la inexecutable de los artículos 12, 16, 18, 19, 20, 21, 24, 25 y 26 de la ley 40 de 1993.

Admitida la demanda, se ordenaron las comunicaciones constitucionales y legales correspondientes; se fijó el negocio en la Secretaría General de la Corporación para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente, se le dio traslado al Procurador General de la Nación, quien rindió el concepto de su competencia. Una vez cumplidos todos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver la demanda de la referencia.

A).- TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor literal de las disposiciones demandadas de la ley 40 de 1993, es el siguiente:

“Artículo 16. SANCIONES IMPONIBLES AL SERVIDOR PUBLICO.- El servidor público cualquiera que sea su cargo o función, que facilite, promueva o de cualquier manera colabore en el pago de rescate por la liberación de una persona secuestrada, incurrirá en causal de mala conducta que dará lugar a la destitución de su cargo o a la pérdida de su investidura, e inhabilidad para el ejercicio de sus funciones públicas por diez (10) años, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”.

“Artículo 18. VIGILANCIA ADMINISTRATIVA DE BIENES.- Al tener noticias ciertas de que se ha cometido un delito de secuestro o de que ha ocurrido una desaparición, el Fiscal General de la Nación o su delegado, procederá de inmediato a elaborar el inventario de los bienes de su cónyuge, compañera o compañero permanente, y de los de sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil con base en sus respectivas declaraciones de renta. Estas personas anteriormente citadas, deberán hacer, bajo juramento denuncia de sus bienes y de los del secuestrado.

“Para los efectos de este artículo sobre bienes denunciados, y sobre aquellos de que tenga noticia, el Fiscal General de la Nación o su delegado, decretará la vigilancia administrativa de los mismos. Se formará cuaderno separado para toda esta actuación, a la cual tendrán acceso solamente el Fiscal, su delegado, el agente del Ministerio Público y los afectados o sus apoderados.

“De oficio o a petición de parte y previa audiencia con el posible afectado, el Fiscal General de la Nación o su delegado, podrá decretar la vigilancia administrativa de los bienes de otras personas, cuando existan fundadas razones para considerar que tales bienes podrían ser utilizados, directa o indirectamente, para el pago por la liberación de una persona secuestrada. Dicha vigilancia administrativa podrá extenderse a las sociedades de las cuales sean socias las personas antes mencionadas, cuando existan fundadas razones para considerar que a través de tales sociedades se pudieren obtener recursos destinados a pagar liberaciones de personas secuestradas.

“La vigilancia administrativa de bienes no priva a sus propietarios o poseedores de la tenencia, uso y goce de los mismos, ni de su explotación económica, pero prohíbe a éstos la disposición y el gravamen sobre dichos bienes, sin la previa autorización del Fiscal General de la Nación o su delegado, cuando no corresponda al giro ordinario de los negocios de las personas o sociedades señaladas en este artículo.

“Tratándose de bienes sujetos a registro, las medidas serán comunicadas a las autoridades y funcionarios pertinentes para lo de su cargo.

“Las transacciones que se hagan sin el lleno de los requisitos anteriores serán inexistentes.

“La vigilancia administrativa de bienes obliga a sus titulares o administradores, a rendir cuentas periódicas de su gestión, en los términos que el Fiscal General de la Nación o su delegado señalen. El incumplimiento de esta obligación o su retardo injustificado darán lugar a su remoción.

“La vigilancia administrativa de bienes se efectuará durante el término que dure el secuestro más el término adicional que considere la Fiscalía General de la Nación para el cumplimiento de los propósitos de esta ley.

“El que, con el propósito de beneficiarse con lo dispuesto por este artículo, simule un secuestro incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años.

“PARAGRAFO 1o.- Para facilitar el seguimiento del autor o de los autores, del copartícipe o de los copartícipes de un delito de secuestro, el Fiscal General de la Nación o su delegado, podrá suspender o aplazar la vigencia de las medidas de vigilancia administrativa de bienes de que

trata este artículo.

“PARAGRAFO 2o.- No obstante lo dispuesto en este artículo, cuando alguna de las personas antes señaladas pusiere en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación el hecho del secuestro, y colabore con este organismo, el Fiscal o su delegado, podrá acordar con dichas personas procedimientos que no impliquen la vigilancia administrativa de bienes.

“PARAGRAFO 3o.- Quienes ejerzan el cargo de delegados del Fiscal General de la Nación sobre los bienes sometidos a vigilancia administrativa, tendrán las funciones propias de un auditor de control interno.

“Artículo 19. ACCIONES Y EXCEPCIONES.- Carecerá del derecho de alegar cualquier acción o excepción, quien a cualquier título entregue dineros destinados a pagar liberaciones de secuestrados”.

“Artículo 20. SANCIONES.- Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 18 y 19 de esta ley, las instituciones financieras, y en general todas aquellas personas cuyo objeto sea la captación de dineros del público, que conociendo el que entre sus usuarios se encuentra una de las personas señaladas en dicho artículo 18 de esta ley, autoricen la entrega, continua o discontinua de sumas de dineros superiores a dieciséis (16) salarios mínimos mensuales, o sumas que no correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas personas, incurrirán en multa no mayor de dos mil (2000) salarios mínimos y no menor de quinientos (500) salarios mínimos mensuales, imponible por la Superintendencia Bancaria, previa investigación administrativa.

“Para efectos de las entregas de recursos que correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas personas, el Fiscal General de la Nación o su delegado, podrá acordar con las instituciones a que se refiere este artículo, procedimientos que, al mismo tiempo que garanticen el cumplimiento de los objetivos de esta ley, traten de evitarles perjuicios a las personas cuyos bienes se someten a la vigilancia administrativa”.

“Artículo 21. INFORMES Y AUTORIZACIONES.- Salvo lo dispuesto en el artículo anterior y para los efectos del mismo, las instituciones financieras y todas aquellas personas cuyo objeto social sea la captación de dineros del público, deberán informar inmediatamente las solicitudes de retiros excepcionales de fondo o las presentaciones para el cobro de cheques

girados contra las cuentas de las personas referidas en el citado artículo 18 de esta ley, a la Fiscalía General de la Nación, la cual contará con un plazo de diez (10) días, como máximo, para autorizar el pago.

“Vencido este término sin que la entidad financiera hubiese recibido respuesta de la Fiscalía General de la Nación, se podrá efectuar la entrega.

“Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pueda recaer sobre el funcionario que no se pronunció a tiempo sobre el respectivo desembolso”.

“Artículo 24. OTORGAMIENTO DE CREDITOS, FIANZAS Y AVALES.- Incurrirán en multa no mayor de dos mil (2000) salarios mínimos ni menor de quinientos (500) salarios mínimos mensuales, imponible por la Superintendencia Bancaria, previa investigación administrativa, las personas citadas en el artículo 20 de esta ley, cuando otorguen créditos, afiancen, avalen o en cualquier forma autoricen o faciliten dineros destinados al pago por liberación de un secuestro.

“Las operaciones y transacciones que se verifiquen en violación de este artículo, serán ineficaces de pleno derecho, y en el caso de entregas de dinero no se podrá exigir la devolución de las sumas entregadas”.

“Artículo 25. SANCIONES A EMPRESAS NACIONALES Y EXTRANJERAS.- Sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiera lugar, cuando algún directivo de una empresa nacional o extranjera, o su delegado oculten o colaboren en el pago de liberación de un secuestro de un funcionario o empleado de la misma, o de una de sus filiales, el Gobierno quedará facultado para decretar la caducidad de los contratos que esta empresa tenga suscritos con entidades estatales. En caso de que el hecho sea cometido por un funcionario o delegado de un subcontratista de la anterior, si esta es extranjera, el Gobierno ordenará su inmediata expulsión del país. Los subcontratistas nacionales serán objeto de las sanciones prevista en esta ley.

“PARAGRAFO 1o.- El contratista nacional o extranjero que pague sumas de dinero a extorsionistas se hará acreedor a las sanciones previstas en este artículo.

“PARAGRAFO 2o.- Los contratos que celebren las entidades estatales colombianas con

compañías extranjeras y nacionales llevarán una cláusula en la cual se incluya lo preceptuado en este artículo”.

“Artículo 26. CONTRATOS DE SEGUROS.- Sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar, los contratos de seguros que bajo cualquier modalidad se otorguen para cubrir el riesgo del pago para lograr la liberación de un secuestrado, serán ineficaces de pleno derecho, y las compañías de seguros y los corredores o intermediarios que intervengan en su realización, serán sancionados por la Superintendencia Bancaria, previa investigación administrativa, con multa no inferior a doscientos (200) salarios mínimos y no superior a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12 de la presente ley”.

B).- LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

El actor considera que las disposiciones acusadas son violatorias de los artículos 2o., 11 y 13 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

El demandante inicia su argumentación jurídica señalando que, para él, “Las normas demandadas forman un conjunto armónico con un propósito único: evitar que los habitantes de Colombia paguen las sumas de dinero que les exigen los delincuentes que los mantienen secuestrados (...)”

Posteriormente, manifiesta que las autoridades de la República deben cumplir con el deber constitucional de proteger la vida de los residentes en Colombia, lo cual, a su juicio, se logra de dos formas: a) En forma activa, con el funcionamiento del aparato estatal, tendiente a mantener el orden público, y con los jueces encargados de juzgar a quienes lo perturben; y, b) En forma pasiva, permitiendo que los ciudadanos, que en ciertas circunstancias no pueden ser defendidas por el Estado, se defiendan por sí mismas, actuando bajo las justificantes de la legítima defensa o del estado de necesidad, figuras estas consagrados en el Código Penal, sin que, en su sentir, tal actuación implique la comisión del delito del “ejercicio arbitrario de las propias razones”.

Para conciliar el derecho de los ciudadanos a defenderse, con la obligación de acudir al Estado para la resolución conflictiva de las disputas, señala el actor que “Cuando el Estado no puede acudir en ayuda de una persona cuyos derechos están en peligro, ésta tiene el derecho a intentar protegerlos por sus propios medios, sin que el accionar del Estado se interponga en su camino, poniéndola en un peligro mayor”.

Por otra parte, el demandante considera que el propósito de esta ley es evitar que se paguen los rescates exigidos por personas secuestradas, a fin de desestimular la comisión de este delito. Por tanto, afirma, al abstenerse de pagar un rescate, la persona secuestrada contribuye con la sociedad en su afán de erradicar este delito, pero al mismo tiempo, pone en peligro su propia vida.

Igualmente, manifiesta que el sacrificio de la propia vida en aras de la libertad de otros “es una carga desigual a otras que se deben soportar en bien de la colectividad”. Agrega que el hecho de que los ciudadanos negocien con los delincuentes es una conducta reprochable, que debe ser impedida por el propio Estado. Sin embargo, dice el actor, este es un análisis muy somero del problema, por cuanto considera que el hecho de que una persona se encuentre secuestrada es el reflejo de la incapacidad del Estado para protegerla. Impedir que la persona que se encuentra en esta situación se defienda, la convierte en víctima de esa desprotección, y además implica la negación de la posibilidad de defenderse por sí misma.

Agrega que el derecho reconoce ocasiones en que, estando en peligro dos bienes jurídicos, es legítimo sacrificar uno de ellos en aras de salvar el otro, que se tiene por más importante. Es este el caso de la legítima defensa y el estado de necesidad, que son, en últimas, el reconocimiento hecho por la ley de que el Estado no siempre puede proteger a los asociados, permitiendo a estos enfrentar agresiones que pueden producir daños evitables.

C).- INTERVENCIONES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

1. Ministro de Justicia y del Derecho.

El Ministro de Justicia y del Derecho, doctor Andrés González Díaz, presentó un escrito ante esta Corporación el día 15 de junio de 1993. Tal escrito fue extemporáneo, según se desprende del informe de fecha 15 de junio de 1993, de la Secretaría General de esta Corporación.

El Consejero Presidencial para los Derechos Humanos, doctor Carlos Vicente De Roux, de conformidad con el numeral 1o. del artículo 242 de la Constitución Política, considera que la Corte Constitucional debe declarar la exequibilidad de las normas acusadas, con fundamento en los argumentos que a continuación se resumen:

a.) Es un deber ciudadano el respeto por el ordenamiento jurídico. Ante el incumplimiento de este deber, el Estado ejerce su poder punitivo, con el fin de sancionar el mal que acarrea su desconocimiento. Con base en este argumento, considera que debe rechazarse la afirmación del demandante, conforme a la cual, cuando el Estado no puede proteger a los ciudadanos, éstos pueden intentarlo por sus propios medios, sin que el accionar del Estado se interponga en la búsqueda de tal fin.

b.) El ciudadano puede proteger directamente sus derechos, atacando o poniendo en peligro el derecho de otros, cuando se encuentra en circunstancias fácticas justificadas por la ley a través de las figuras del estado de necesidad y la legítima defensa. Sin embargo, advierte, “los derechos inalienables de la persona son reconocidos por el Estado, sin discriminación alguna, pero dentro del marco de la ley. Nadie puede arrogarse la función de darles plena garantía por iniciativa propia, so pretexto del respeto por la vida y la libertad. Si tal situación se permitiera el Estado de Derecho perdería su vigencia”.

c.) El que el Estado no pueda reprimir todas las conductas delictivas, no implica de modo alguno que se autorice tácitamente a los ciudadanos el ejercicio de la justicia por mano propia, ni que nazca el derecho del ciudadano de protegerse por sus propios medios, sin que las autoridades puedan oponerse a ello. Sostiene lo anterior afirmando que las estadísticas indican que, en más del 60% de los casos, el hecho de que se pague el rescate de una persona secuestrada no garantiza el respeto a su vida o a su integridad personal.

Por otra parte, cada vez son más frecuentes los casos en que, como consecuencia de la denuncia oportuna y de la colaboración ciudadana, se logra el rescate de las personas secuestradas.

d.) El secuestro es un delito que ataca un conjunto de derechos, y debido a sus diversas modalidades, es difícil determinar con precisión la prioridad de unos sobre otros; “la actividad represiva del Estado concilia este espectro de valores, no sólo de la víctima y de sus familiares, sino de los asociados, con prevalencia del interés general”. Asimismo

manifiesta el señor Consejero, que no existe violación al artículo 13 de la Constitución Política, que establece el principio de igualdad de todas las personas ante la ley; pues, en su sentir, precisamente ocurre lo contrario, ya que todos los ciudadanos están en la obligación de acatarla. En síntesis, la ley acusada no impone a unos asociados deberes diferentes de las que impone a los demás.

e.) Por último, anota que, para efectos del análisis constitucionalidad, no se debe tener en cuenta que los argumentos del demandante relativos a la presunta violación del artículo 2o. de la Constitución, ya que considera que él no ataca el contenido material de la ley, sino que se limita a exponer problemas de orden fáctico que surgen de la aplicación de la misma.

D).- INTERVENCION CIUDADANA

1. Comisión Andina De Juristas.

El señor José Manuel Barreto Soler, miembro de la Comisión Andina de Juristas, quien actúa de conformidad con el numeral 1o. del artículo 242 de la Constitución Política, considera que la Corte Constitucional debe declarar la inexecutable de las normas acusadas, con base en las razones que a continuación se resumen:

a.) Las normas acusadas, desconocen el carácter inalienable de los derechos humanos y la primacía de los derechos de la persona respecto del Estado. Comparte el doctor Barreto Soler el argumento del demandante, según el cual es un hecho notorio que el no pago del rescate de un secuestrado conlleva la pérdida de su vida. Impedir el pago de un rescate no implica por sí un desconocimiento del derecho a la vida, pero sí coloca al secuestrado en circunstancias en que puede perderla.

Por otra parte, sostiene que el Estado no puede anteponer sus intereses a la vigencia de los derechos de las personas. Para él “La razón del Estado no puede operar como justificación de la negación de los derechos humanos”. Del mismo modo considera que, además de la primacía de los derechos humanos en el evento de una contraposición con los intereses del Estado, existen algunos casos en los cuales los intereses individuales prevalecen sobre los intereses generales. Señala, por tanto, que en el presente caso no hay actualmente una contraposición individuo-interés público; se daría eventualmente si las medidas consagradas en la ley 40 de 1993 conllevan a una disminución real del índice de secuestros. “Por lo tanto,

en el presente sólo puede hablarse de la expectativa de una contraposición ante la vida de las personas que hoy se encuentran privadas de su libertad y amenazadas, gravemente en su vida, y el eventual interés colectivo de las potenciales víctimas futuras del secuestro”.

b.) Las normas acusadas contradicen el derecho a la igualdad, toda vez que, según él, el artículo 13 de la Constitución Política, consagra entre los postulados de la igualdad está el derecho a recibir “la misma protección y trato de las autoridades”. Afirma que con la ley demandada se busca impedir que los ciudadanos patrocinen económicamente el delito de secuestro; sin embargo, señala que el hecho de no pagar un rescate, implica la pérdida de la vida. Así, el Estado, con el objeto de proteger las futuras víctimas de este delito, disminuye las garantías del derecho a la vida de las personas que actualmente se encuentran secuestradas, aumentando a la vez la protección de las eventuales víctimas del secuestro.

c.) Las disposiciones demandadas desconocen el derecho a la vida, pues, en su sentir “La protección de un derecho hace parte de su contenido. Así el ejercicio de las libertades, entre ellos el derecho a la vida, comprende la facultad de los individuos de actuar para protegerlos”. Esta facultad tiene como límite el respeto por los derechos de los demás. Pero cuando se trata de la protección de los propios derechos, se admite como en el caso de la legítima defensa o el estado de necesidad, el desconocimiento de los derechos de los demás, sin llegar a la suplantación del Estado en sus funciones. Por tanto, continúa, el pago de un rescate implica que el ciudadano actúa legítimamente en defensa de sus derechos; cuando el Estado le niega esta posibilidad, está poniendo en peligro el derecho a la vida de los ciudadanos.

d.) La solidaridad consagrada en la Constitución como un principio esencial y como un deber, se vulnera con la ley sub-examine, pues considera que ese deber no implica que el ciudadano deba renunciar a sus derechos. El deber de obrar según el principio de solidaridad depende de la autonomía personal y por tanto no se puede obligar a un individuo a poner su vida en peligro para salvar a otra persona. Pero la persona que interviene para obtener la libertad de otra actúa según el principio y el deber de la solidaridad. Impedir esta acción, implica un desconocimiento a este principio.

2. Vicente Emilio Gaviria.

El ciudadano Vicente Emilio Gaviria considera que la Corte Constitucional debe declarar la

exequibilidad de las normas acusadas, y, tras hacer un breve análisis de la ley acusada, expone los argumentos que a continuación se resumen.

a.) Con relación al cargo de violación al principio de la igualdad frente a las cargas públicas, manifiesta que no es necesario profundizar en el tema, ya que la Corte Constitucional en sentencia de Sala Plena, con ponencia del H. Magistrado Alejandro Martínez Caballero, proceso No. D-006 fijó su criterio sobre el particular.

b.) En cuanto al cargo de violación el artículo 2o. de la Constitución, no está de acuerdo con el argumento de que la delincuencia sólo puede ser combatida a través de la acción o de la omisión. Considera que la disposición citada le exige a las autoridades el uso de todos los mecanismos que la Constitución y las leyes prevén para defender la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia. En su sentir, la ley acusada constituye uno de esos mecanismos, ya que se convierte en un obstáculo para la comisión del delito de secuestro, y mal podría interpretarse que con este propósito se está atentando, por omisión, contra la vida de las personas residentes en Colombia. Finaliza señalando que con el argumento expuesto por el demandante, se institucionalizaría “el ejercicio arbitrario de las razones”, y en el país se consagraría la denominada “ley de la selva”.

c.) Respecto de la legítima defensa y el estado de necesidad, manifiesta que se trata de causales excluyentes de antijuricidad aplicables frente a la ley acusada, pero que requieren ser apreciadas en cada caso concreto por los jueces de la República. Señala igualmente que la aplicabilidad de las citadas causales de justificación, supone la no exigibilidad de otra conducta en cada caso en particular. Tras analizar los requisitos de cada una de las justificantes señaladas, concluye que, para que se configure el estado de necesidad, se requiere que el peligro no sea evitable de otra manera; y, para que se presente un caso en que sea viable la legítima defensa, se requiere la necesidad de esa defensa: “Este último elemento hace referencia a que la defensa debe ser necesaria cuando el ataque lo exija, es decir, cuando no exista otro medio idóneo para repeler o evitar la agresión”. Finalmente, estima que, en virtud de que la ley es general y abstracta, no se puede afirmar, como lo hace el actor, que ella niegue el derecho a la defensa o a actuar en estado de necesidad ante un caso concreto.

d.) Por último, manifiesta que el requisito de la no exigibilidad de otra conducta no se

cumple, ya que la ley acusada impone el deber de dar aviso a las autoridades competentes en el evento de la comisión de un secuestro, razón por la cual no se aplicarían las causales de justificación comentadas, salvo que el ciudadano haya cumplido con ese deber de aviso y sus derechos continúen siendo amenazados, después de haber agotado todas las instancias legales posibles.

E).- CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En la oportunidad legal, el doctor Mauricio Echeverry Gutiérrez, Procurador General de la Nación (e), se pronunció sobre la demanda presentada por el actor y solicitó a esta Corporación que se declare la inexequibilidad de las normas acusadas, de acuerdo con las consideraciones que se enuncian a continuación.

a.) Sobre la proporcionalidad de la Ley 40, manifiesta que "...el principio de proporcionalidad, con su doble orientación hacia la determinación de la eficacia y la necesidad de los medios en que consisten las normas, en relación con los fines propuestos por las mismas, y en último término, en relación con los valores que a ellos subyacen, se vuelve por lo menos en algunos casos, un instrumento prácticamente imprescindible para el juzgador". Y posteriormente agrega: "Ello, sobre todo allí donde no resulta viable la subsumisión pura y simple de las hipótesis normativas inferiores en la hipótesis normativa superior (...)".

b.) En cuanto a la colisión de principios y derechos subyacentes a la Ley 40, considera el señor Procurador que el propósito de la ley acusada, vista desde una óptica de interés general, es combatir el delito del secuestro con medios económicos, que complementen la acción político-militar del Estado. Vista desde el punto de vista de los derechos fundamentales, continúa, "la Ley 40 es un instrumento, dirigido en último término, a incrementar de manera general la garantía estatal de bienes jurídicos fundamentales como son la vida, la libertad y la propiedad de los secuestrables, y en último término, de toda la sociedad". Sin embargo, esta medida dificulta la protección de derechos subjetivos fundamentales individuales, como son los derechos a la vida, la libertad y a la propiedad del secuestrado, pues se impide que la víctima del delito y sus allegados asuman directamente su propia defensa, incrementando el riesgo hacia los bienes jurídicos correspondientes.

Por otra parte, el jefe del Ministerio Público comparte los argumentos del actor al afirmar que,

cuando el Estado es incapaz de defender a los ciudadanos, su deber se transforma en el de no impedir que ellos asuman su propia defensa. Esta especie de “autodefensa”, es de carácter excepcional, semejante a la legítima defensa y al estado de necesidad. Esta autoprotección no debe asimilarse a las actividades ilícitas de los grupos de autodefensa.

Señala el Procurador:

“Recuérdese, en este sentido que, como lo afirma el demandante -siguiendo la tradición liberal-hobbesiana-, cuando el Estado no está en capacidad de defender a los ciudadanos, el deber de protección de los mismos por parte de las autoridades, consagrado en el artículo 2o. de nuestra Constitución, se transforma en el deber de impedir que ellos asuman su propia defensa.

“Y lo que es tanto o más importante, la autoprotección de que aquí se habla es una autodefensa de naturaleza puntual y excepcional, análoga a aquella que habita en el seno de figuras ya clásicas como la de la “legítima defensa” y la del “estado de necesidad”, conocidas y aceptadas en la tradición penal liberal.”

c.) Respecto de la eficacia de la ley acusada, la vista fiscal estima que la disminución en el índice de secuestros se debe a la exitosa labor de las fuerzas armadas, especialmente a la eficiente labor de los grupos UNASE. Igualmente, afirma que la ley ha producido un mayor amedrentamiento sobre los familiares y allegados de los secuestrados, que sobre los secuestradores mismos. Para el Procurador, la disminución de los secuestros a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 40 es aparente, toda vez que, para él, lo que ha operado es un cambio en las estrategias de las organizaciones criminales, acorde con las nuevas circunstancias que se plantean a raíz de la propia ley. Finalmente considera que parece haber aumentado el número de secuestros no denunciados, debido al temor de las familias por la vida de sus seres queridos, y al temor por la persecución de la justicia.

d.) Sobre la necesidad de la ley demandada desde la óptica constitucional, pone en duda que la ley sea el medio más eficaz frente al delito del secuestro y que sea el instrumento que produce el daño mínimo posible a otros derechos fundamentales que puedan resultar afectados con su aplicación, pues considera que “al impedir el pago del secuestro se incrementa el riesgo hacia la vida, bien jurídico protegido del secuestrado”.

Por otro lado, difiere de la posición de los defensores de la Ley 40, que apoyan sus argumentos en las nociones de “solidaridad” y de los “deberes ciudadanos”, pues señala que se ha demostrado que el ciudadano únicamente se siente responsable frente a situaciones que afectan su entorno inmediato, su familia y la comunidad en que vive. Adicionalmente, el hecho de que los secuestrados no paguen por sus vidas, y que el Estado evite que se realicen estos pagos en aras de la protección del interés general, cae dentro del heroísmo, “disposición individual para sacrificar la propia vida en nombre de la dignidad” que en ningún caso es jurídicamente exigible.

e.) En cuanto a la prevalencia del interés general, el Procurador considera que la Constitución contiene dos reglas aplicables al caso de que trata la ley en cuestión: la prevalencia del interés general sobre el interés particular y la prevalencia de los “derechos inalienables de la persona” frente al Estado. Para la vista fiscal, tales principios, a primera vista, resultan contradictorios entre sí; la primera fundamentaría la constitucionalidad de la ley acusada, en tanto que la segunda tendría el efecto contrario. Tras acertados razonamientos de carácter filosófico, sostiene que el juicio de constitucionalidad de la ley acusada “deberá estar regido por la regla de preferencia del artículo 5o. antes que por la regla de preferencia del artículo 1o.”.

f.) Finalmente, opina el señor Procurador que corresponde al Congreso de la República definir una política criminal “orientada a trazar el sentido y alcances de la criminalización de los enemigos del Estado y de la sociedad.” Considera más eficaz, sin excluir salidas negociadas, fortalecer e implementar las fuerzas militares y de policía como medio de combatir el secuestro y la subversión.

F).- Audiencia pública ordenada por la Corte Constitucional

En sesión ordinaria del trece (13) de julio del año en curso, la Sala Plena decidió celebrar una audiencia pública con el fin de esclarecer algunos puntos referentes tanto a la acusación como a la defensa de las normas demandadas. Por auto del día 14 de julio, el Magistrado Sustanciador, doctor Vladimiro Naranjo Mesa, citó para la mencionada audiencia a los señores Ministros de Gobierno, de Justicia y del Derecho, y de Defensa, al demandante, al señor Procurador General de la Nación, al señor Fiscal General de la Nación, al Senador Luis Guillermo Giraldo Hurtado, quien fuera ponente del proyecto de ley, y al director de la

Fundación “País Libre”.

El día dieciocho (18) de agosto del presente año, se llevó a cabo la audiencia pública con la participación de todas las personas citadas, salvo el señor Fiscal General de la Nación, quien oportunamente presentó la debida justificación. Las razones por las cuales las personas citadas consideran que las normas acusadas vulneran o no la Constitución, se encuentran contenidas en los respectivos escritos que fueron presentados ante esta Corporación y que han sido anexados al expediente.

II.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Procede la Corte Constitucional a decidir este asunto, previas las siguientes razones.

Primera.- Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, en virtud de lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución.

Segunda.- Lo que se debate.

Decidir sobre la constitucionalidad de las normas acusadas, implica responder esta pregunta:

A la luz de la Constitución, ¿es lícito exigir a un ser humano el sacrificio de la vida y de la libertad, propias o ajenas, en razón de la primacía del interés general sobre el individual?

La respuesta a este primer interrogante, permitirá absolver este otro:

¿Puede la ley excluir de las causales de justificación previstas en el Código Penal, los hechos cometidos en el estado de necesidad causado por el delito de secuestro?

Tercera.- La dignidad del hombre.

Según el artículo 1o. de la Constitución, Colombia es una República fundada, entre otros valores, en el respeto a la dignidad humana. Y de conformidad con el inciso final del artículo 53, la ley no puede menoscabar la libertad y la dignidad humanas.

Esto nos lleva a preguntarnos: ¿qué es la dignidad humana?

Según Kant, "...el hombre, y en general todo ser racional, existe como un fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como fin." Y partiendo del supuesto de que el hombre es un fin en sí mismo, enuncia este imperativo categórico: "Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio." ("Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres", y otros escritos, Ed. Porrúa S.A., México 1990, pág. 44).

En relación con la teoría de Kant sobre la persona, afirma Recasens Siches:

"En este sentido dice que los seres racionales se llaman personas en tanto que constituyen un fin en sí mismo, es decir, algo que no debe ser empleado como mero medio, algo que, por consiguiente, encierra albedrío. La persona es un ser enteramente diverso de las cosas, diverso por su rango y dignidad. Personalidad es "libertad e independencia del mecanismo de toda la naturaleza". Conviene, pues, subrayar que en Kant el concepto de persona surge a la luz de una idea ética. Esto es, la persona se define no atendiendo sólo a la especial dimensión de su ser (v.gr., la racionalidad, la indivisibilidad, la identidad, etc.), sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto al de la realidad, subrayando que persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo, y que cabalmente por eso posee DIGNIDAD, a diferencia de todos los demás, de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, que sirven como mero medio a fines ajenos y que, por tanto, tienen PRECIO. Y ello es así, porque la persona es el sujeto de la ley moral autónoma, que es lo único que no tiene un valor solamente relativo, o sea un precio, sino que tiene un valor en sí misma y constituye así un autofín..." ("Filosofía del Derecho" y "Estudios de Filosofía del Derecho", Giorgio Del Vecchio y Luis Recasens Siches, UTEHA, México 1946, Tomo I, pág. 353).

El hombre, en síntesis, tiene dignidad porque es un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él.

Se alega que el interés general, reconocido por la Constitución, prevalece sobre los derechos fundamentales del individuo, en particular sobre su vida y su libertad.

La verdad es diferente, como se verá.

En primer lugar, la organización social sólo se justifica cuando se la considera un medio al servicio del hombre, fin en sí mismo. La sociedad es el medio y el hombre el fin. Aldous Huxley escribió: "El conjunto social, cuyo valor es considerado superior al de sus partes componentes, no es un organismo en el sentido en que pueden ser considerados un organismo, una colmena o un termitero. Es meramente una organización, una pieza de maquinaria social. Sólo puede tener valor en relación con la vida y la conciencia. Una organización no es un ente conciente ni vivo. Su valor es instrumental y derivativo. No es buena en sí misma; es buena únicamente en la medida en que promueve el bien de los individuos que son partes del conjunto colectivo. Atribuir a las organizaciones precedencia sobre las personas, es subordinar los fines a los medios. Lo que sucede cuando los fines son subordinados a los medios, fue claramente demostrado por Hitler y Stalin. Bajo su odioso gobierno personal, los fines fueron subordinados a los medios organizativos, por una mezcla de violencia y propaganda, de terror sistemático y sistemática manipulación de las mentes." ("Nueva Visita a un Mundo Feliz", Ed. Seix Barral, Barcelona, 1984, pág. 46).

Los derechos a la vida y a la libertad no pueden sacrificarse por la persona en aras del interés general, salvo cuando la propia persona acepta el sacrificio voluntaria y libremente.

No sucede igual en tratándose de derechos inferiores, como el de la propiedad. De ahí que el artículo 58 de la Constitución, siguiendo el mismo principio del 30 de la anterior, aprobado en la reforma de 1936, y del artículo 31 aprobado en 1.886; consagre la primacía de las leyes expedidas por motivos de utilidad pública o interés social, sobre los derechos de los particulares. Pero, ¿sobre cuáles derechos? Sobre los de contenido económico: jamás sobre los derechos a la vida y a la libertad.

Con razón escribió Don Miguel de Unamuno estas palabras, resumen elocuente de la filosofía liberal sobre el hombre como un valor en sí mismo: "Jamás me entregaré de buen grado y otorgándole mi confianza a conductor alguno de pueblos que no esté penetrado de que, al conducir un pueblo, conduce hombres, hombres de carne y hueso, hombres que nacen, sufren, y aunque no quisieran morir, mueren; hombres que son fines en sí mismos, no sólo medios; hombres que han de ser lo que son y no otros hombres, en fin, que buscan eso que llamamos la felicidad. Es inhumano, por ejemplo, sacrificar una generación de hombres a la

generación que le sigue, cuando no se tiene sentimiento del destino de los sacrificados. No de su memoria, no de sus nombres, sino de ellos mismos.” (“El Sentimiento Trágico de la Vida”, Ed. Bruguera S.A., Barcelona, 1983, pág 21).

Quinta.- La protección de la persona, razón de ser de las autoridades de la República.

Siguiendo una tradición individualista, que tiene sus raíces en la “Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano”, promulgada en Francia en 1.789, la Constitución, en el inciso segundo del artículo 2o., establece que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Si la protección de la persona en sus derechos fundamentales, entre ellos la vida y la libertad, es la razón de ser de las autoridades, que son la manifestación viva del Estado, no cabe duda de que la organización social es un medio al servicio de la persona, como se ha dicho. Y de que la protección del individuo es el primer deber social del Estado.

Esta protección de las personas se hace más exigente cuando éstas padecen la amenaza o la acción de los delincuentes. En esta circunstancia, todos los recursos del Estado tienen que ponerse al servicio de su misión fundamental.

Sexta.- Los particulares y la defensa de la vida y la libertad.

En principio, y por definición, la protección de la persona es un deber de las autoridades, la justificación de su existencia. El individuo tiene el derecho a exigir que ese deber se cumpla.

Pero cuando la violencia generalizada, el uso de la fuerza contra el derecho, rebasa la capacidad de las autoridades, el individuo, puesto por los criminales en el riesgo inminente de perder la vida, y habiendo perdido ya, así sea temporalmente, su libertad, tiene el derecho a defenderse: hace uso de los medios a su alcance para proteger su vida y recobrar su libertad, ante la omisión de las autoridades, cualquiera que sea la causa de esa omisión.

Nuestra legislación penal, siguiendo principios universalmente acatados, reconoce entre las causales de justificación del hecho punible, el legítimo ejercicio de un derecho, y el estado de

necesidad, a más de otras.

Pues bien: ¿cómo negar que obra en legítimo ejercicio de un derecho, quien emplea sus bienes en la defensa de la vida o de la libertad, propias o ajenas? ¿Habría, acaso, un destino más noble para el dinero que la salvación de la vida o de la libertad propias, o de un semejante unido por los lazos de la sangre o del afecto? Y más altruista aún la acción de quien sacrifica sus bienes para salvar la vida y la libertad del extraño.

Y, ¿cómo pretender que no se encuentra en estado de necesidad quien actúa para salvar la vida de un secuestrado y recuperar su libertad? Basta analizar el delito de secuestro en relación con esta causal de justificación.

Pero, antes de hacerlo, forzoso es decir que esta última causal de justificación no existe por un capricho del legislador, sino por el reconocimiento de la primacía de los derechos de la persona, reconocimiento que implica que la impotencia del Estado otorga a aquella la autorización para obrar en su defensa y en la de sus semejantes.

Séptima.- El secuestro y el estado de necesidad.

Según el numeral 5o. del artículo 29 del Código Penal, “el hecho se justifica cuando se comete por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.”

El artículo 12 de la ley 40 de 1993 y las normas concordantes de la misma ley, tipifican el delito de pagar para obtener la liberación de una persona secuestrada. Examinadas estas normas en relación con la causal de justificación de que se trata, se tiene lo siguiente:

- a.) La víctima del secuestro se encuentra en peligro actual, y no sólo inminente, de perder su vida. Y ha perdido ya, así sea sólo transitoriamente , su libertad.
- b.) Tal peligro, en la mayoría de los casos, no es evitable de una manera diferente al pago del rescate a los delincuentes. Por desgracia, generalmente la acción de las autoridades no impide la comisión del delito, ni consigue la liberación de la víctima.
- c.) Tampoco puede decirse que el secuestrado, o sus parientes o amigos, hayan causado

intencionalmente o por imprudencia, el peligro en que se encuentran. Ellos solamente han tenido la desgracia de ser elegidos por los criminales que asedian la comunidad inerme.

d.) El secuestrado y sus allegados no tienen el deber jurídico de afrontar el peligro. No están en el caso, por ejemplo, de los miembros de la Fuerza Pública, a quienes la República ha entregado las armas para que las usen en defensa de las personas. Por eso, la obligación de obrar heroicamente recae sobre sus miembros y no sobre la población civil.

Es claro, en consecuencia, que quien emplea sus bienes para salvar la vida y recobrar la libertad, propias o ajenas, actúa conforme a derecho. Por ello, tiene a su favor la causal de justificación analizada.

Octava.- ¿Puede la ley convertir en delincuente a quien actúa en estado de necesidad?

La ley 40 de 1993, en razón de lo dispuesto por los artículos 12 y concordantes, convierte en delincuentes a quienes, en estado de necesidad, actúan en defensa de la vida y la libertad, propias o ajenas. Pero, ¿es constitucional una ley semejante?

Si las causales de justificación, y ésta en particular, tuvieran su fundamento en la propia ley, sí podría hacerlo.

Pero, la protección de los derechos fundamentales, en especial de la vida y la libertad de las personas, es deber de las autoridades, impuesto por la Constitución; y cuando éstas no lo cumplen, por cualquier causa, es legítima la actuación de los particulares, en razón de los principios supremos del ordenamiento jurídico.

Quebranta, pues, la Constitución una norma que erige en delito la conducta razonable de los particulares encaminada a proteger la vida y la libertad, propias o de un semejante.

No puede olvidarse que el mismo Estado que “reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”, según lo proclama el artículo 5o. de la Constitución, no puede condenar a esa persona cuando hace uso del último recurso para defender tales derechos; y cuando, como ocurre a menudo en los casos de secuestro, actúa para proteger a su familia, que la misma norma consagra como “institución básica de la sociedad”.

Pero, además, según el inciso primero del artículo 2o. de la Constitución, uno de los fines esenciales del Estado es asegurar la vigencia de un orden justo. Y, ¿podría alguien sostener que hace parte de ese orden justo la ley que castiga a quien obra obligado por la necesidad de salvar la vida propia o ajena, puesta injustamente en peligro por los criminales? No, una ley así no puede hacer parte del ordenamiento jurídico de Colombia.

Novena.- El supuesto objeto ilícito.

Se dice que el pago del rescate tiene un objeto ilícito. Aunque sea brevemente y en forma tangencial, debe rebatirse este argumento.

El pago de un rescate, debe analizarse por dos aspectos: el de quien lo hace y el de quien lo exige y lo recibe.

Comenzando por el último, es evidente que exigir y recibir un rescate es acto ilícito civil y penalmente.

Por el contrario, el consentimiento de quien es obligado a pagar un rescate, está viciado por la fuerza. Y este vicio hace que no sea posible tener en cuenta el supuesto objeto ilícito. Por esta razón, así haya una ley que prohíba pagar el rescate, el secuestrado no podrá proponer la excepción basada en el artículo 1525 del Código Civil, norma que impide repetir “lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.” Pese a esta norma, quien pagó el rescate podrá repetir lo pagado, pues el artículo 1525 supone en quien paga un consentimiento no viciado por la fuerza.

Claro está que una ley que prohibiera el pago del rescate, aun sin convertirlo en delito, también sería inconstitucional. Y además, sería absurda, pues sería tanto como prohibir morir o enfermarse. Es decir, lo mismo que prohibir un acto que se realiza contra la voluntad, o en el cual, al menos, el consentimiento está viciado por la fuerza, lo cual impide tener en cuenta el objeto o la causa ilícita.

Dicho sea de paso, hay que rechazar el argumento de que el delito de secuestro se consuma cuando la víctima o alguno de sus allegados pagan el rescate. Pues es evidente que el delito, tal como está descrito en el Código Penal, se consuma desde el momento en que se priva de la libertad a la persona, así no se exija ningún pago. Hay que recordar que

existen secuestros por motivos que descartan el ánimo de lucro.

Décima.- Los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Según el artículo 12 de la Constitución, nadie será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Pues bien: la ley que prohíbe pagar para salvar la vida y recobrar la libertad de una persona, ¿no somete acaso a ésta, a su familia y a sus amigos, a trato cruel, inhumano y degradante?

¿Será, por desventura, humanitaria la norma que contradice los sentimientos del hombre, y le impide cumplir el deber de socorrer a su prójimo?

Undécima.- Quien paga para obtener la libertad de un secuestrado y salvar su vida, lo hace en cumplimiento de un deber que la Constitución le impone.

El segundo de los deberes que el artículo 95 de la Constitución impone a la persona y al ciudadano, consiste en “Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.”

La solidaridad nos obliga con igual fuerza aun en favor de extraños, con quienes solamente se comparte la pertenencia a la raza humana. Y nadie podrá negar que emplear los bienes propios para proteger la vida y la libertad de un semejante, es acción humanitaria. ¿Cómo, pues, podría ser constitucional la ley que castiga esta conducta.?

Duodécima.- Una verdad a medias: Quien paga el rescate perjudica a la sociedad porque fortalece económicamente a los criminales.

Se dice que quien paga el rescate causa un perjuicio a la comunidad porque fortalece económicamente a los delincuentes, y aumenta la posibilidad de nuevos secuestros. Hay en esta afirmación una verdad a medias, como se verá.

Lo primero que debe decirse es que el riesgo de nuevos secuestros, aumenta porque las autoridades no adoptan las medidas de investigación y represión necesarias para combatir a los delincuentes.

De otra parte, hay que tener presente que el peligro de perder la vida es actual para el secuestrado; y el mal social que origina la entrega de dineros a los criminales, es potencial y sólo se concreta en nuevos secuestros por la incapacidad de las autoridades.

El ideal, naturalmente, es no pagar por conservar la vida y por recobrar la libertad; y más aún, que no haya secuestros. Pero ello sólo es posible si las autoridades protegen a las personas e impiden la acción de los delincuentes.

Decimatercera.- Cuándo no es aceptable la intervención en el pago del rescate: los móviles determinantes.

El pagar el rescate es, en sí, un acto indiferente, ni bueno, ni malo. Lo que determina su naturaleza moral es la finalidad que se busque. Por esto se ha visto que quien interviene en el pago por necesidad de salvar la vida y recobrar la libertad propias o ajenas, obedece a un móvil altruista reconocido universalmente por el derecho.

Por el contrario, quien obra sin encontrarse en estado de necesidad, obedeciendo exclusivamente motivos innobles o bajos, como serían su propio lucro o el propósito de enriquecer a los delincuentes o dotarlos de recursos económicos, sí incurre en un delito. Y no podría alegar y demostrar causal alguna de justificación. Sólo en estas circunstancias es exequible el artículo 12 de la ley 40 de 1993 y lo son las normas concordantes con él.

Claramente se observa, en consecuencia, que la constitucionalidad del artículo 12 de la ley 40 de 1993, está subordinada a los fines del autor de la acción que en él se describe. Así habrá de declararlo la Corte Constitucional.

Decimacuarta.- Las leyes de iniciativa popular.

Argumentan algunos que la ley 40 de 1993 es una ley originada en un proyecto presentado por ciudadanos cuyo número cumplía la exigencia del artículo 155 de la Constitución, y que esta circunstancia es un hecho significativo que no puede pasarse por alto en el examen de constitucionalidad.

La anterior afirmación es inexacta, y no resiste un análisis.

En primer término, las leyes de iniciativa popular no tienen una jerarquía superior a la de

aquellas que ordinariamente aprueba el Congreso. Y no la tienen, porque no la consagra la Constitución. Por lo mismo, el examen de constitucionalidad, que es función propia e irrenunciable de la Corte Constitucional, se hace en relación con ellas en igual forma que con todas las demás leyes.

Pero, además, el argumento, que es político y no jurídico, pierde fuerza, si se analiza una afirmación del actor, basada en un hecho público y notorio: quienes pidieron al Congreso de la República la expedición de la ley para reprimir el secuestro, NO CONOCIERON, al momento de hacer su petición, el proyecto de ley. Otorgaron, en suma, un mandato indeterminado, lo cual explica que la ejecución del mismo haya superado o contradicho los propósitos de algunos. ¿En qué proporción? Nadie podrá saberlo.

Además, el argumento se destruye finalmente, si se tiene en cuenta que corresponde a la Corte Constitucional, según el numeral 3 del artículo 241, “decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes”, por vicios de fondo y de forma. Es lógico que si tiene competencia para esto, con mayor razón la tiene en relación con las leyes de que se trata.

Lo anterior no implica que la Corte Constitucional desconozca las razones de los ciudadanos que, asediados por la delincuencia creciente, demandaron la tramitación de la ley. Pero, éste es un hecho aparte, al margen del debate.

Decimaquinta.- Otros motivos de inconstitucionalidad de las normas acusadas.

El artículo 18 de la ley confiere al Fiscal General de la Nación algunas facultades relacionadas con los bienes del secuestrado y de terceros. Esta norma participa de los mismos vicios del artículo 12, porque es su consecuencia. Pero, además, tiene unos propios, como se explicará.

En primer término, desconoce la presunción de inocencia que ampara a todos los individuos, según el artículo 29 de la Constitución. El Fiscal, o su delegado, suponiendo que las personas mencionadas en el artículo 18 emplearán sus bienes o los del secuestrado, para pagar el rescate, adopta diversas medidas que violan el derecho de propiedad y desconocen el que se tiene a la intimidad. Derechos ambos, también fundamentales.

De otro lado, entre las funciones del Fiscal General de la Nación señaladas en la Constitución,

no se encuentra ésta. Y si bien el numeral 5o. del artículo 250 prevé que la ley puede atribuirle otras, ello no puede hacerse en perjuicio de los derechos fundamentales de las personas.

¿Y qué decir del artículo 19, que priva al secuestrado, y a toda persona, de la posibilidad de recobrar lo que el delincuente ha recibido por el rescate, y consagra así un enriquecimiento ilícito?

III.- EXAMEN CONCRETO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

Lo escrito permite examinar las normas acusadas, así:

a.) Los artículos 12, 16 y 25 son condicionalmente exequibles, según las circunstancias y los móviles de quien realice las conductas descritas en ellos. En consecuencia, la Corte lo decidirá así, haciendo uso de esta fórmula:

“Se declaran exequibles los artículos 12,16 y 25, salvo cuando el agente actúa en alguna de las circunstancias de justificación del hecho previstas en la ley penal, caso en el cual son inexequibles.”

En relación con el artículo 25, es menester advertir que éste viola, además, el artículo 13 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad, y prohíbe las discriminaciones por razón del origen nacional.

b.) Los artículos 18, 19, 20, 21 y 24 no sólo comparten los motivos de inconstitucionalidad expuestos en relación con el 12, sino que desconocen los derechos de propiedad e intimidad. Por ello, serán declarados inexequibles.

c.) El artículo 26 declara ineficaz de pleno derecho el contrato de seguro que, bajo cualquier modalidad, se celebre para cubrir el riesgo del pago para lograr la liberación de un secuestrado.

Esta norma impide que las compañías aseguradoras obtengan beneficios originados en la generalización del delito de secuestro. Y como no concurre en relación con ellas causal alguna de justificación, sino el afán de lucro, será declarada exequible, porque no vulnera la Constitución. Se exceptúa la frase final “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12 de la

presente ley”, que será declarada inexecutable, en razón de lo decidido sobre esta última norma, y por las sanciones que el mismo artículo 26 contempla para las personas que participen en los mencionados contratos de seguros.

IV. CONCLUSIONES

1a.- Quien es víctima de un delito de secuestro, enfrenta un riesgo inminente de perder su vida, y ha perdido, al menos temporalmente, su libertad.

2a. No sólo por declararlo expresamente la Constitución, sino en virtud de principios universalmente aceptados, la vida humana y la libertad son valores cuya defensa obliga al Estado y a los particulares. Quebranta, pues, la Constitución una norma que erige en delito la conducta razonable de los particulares encaminada a proteger la vida y la libertad, propias o de un semejante.

Además, es claro que la ley no puede hacer a un lado las causales de justificación, concretamente el estado de necesidad, en que quedan el secuestrado, sus parientes, amigos, y la sociedad en general.

3a.- Se invoca, para prohibir el pago del rescate, el argumento de la primacía del interés general. Pero es menester tener presente que, por su dignidad, el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar fines generales, a menos que él voluntaria y libremente lo admita. Por tanto, el principio de la primacía del interés general, aceptable en relación con derechos inferiores, como el de la propiedad, no es válido frente a la razón que autoriza al ser humano para salvar su vida y su libertad, inherentes a su dignidad.

4a.- El Estado tiene los medios para combatir el delito de secuestro, como los tiene para los demás delitos. Estos medios, en general, implican la investigación y el castigo de los criminales. Y no tienen porqué convertir forzosamente a la víctima o a quienes intenten defenderla, en delincuentes.

5a.- El artículo 12 de la Constitución prohíbe someter a alguien a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Y a tales tratos se somete a la víctima de un secuestro y a sus allegados, cuando se les priva de la posibilidad de defenderse por el único medio a su

alcance, agravando la situación causada por los secuestradores.

6a.- Quien paga para obtener la libertad de un secuestrado y salvar su vida, lo hace en cumplimiento del deber de solidaridad que la Constitución le impone en el artículo 95: “Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.”

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la CORTE CONSTITUCIONAL, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- Decláranse EXEQUIBLES los artículos 12, 16 y 25 de la ley 40 de 1993, salvo cuando el agente actúe en alguna de las circunstancias de justificación del hecho previstas en la ley penal, caso en el cual son INEXEQUIBLES.

SEGUNDO.- Declárase EXEQUIBLE el artículo 26 de la misma ley, salvo la expresión final que dice: “...sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12 de la presente ley”, la cual se declara INEXEQUIBLE.

TERCERO.- Decláranse INEXEQUIBLES los artículos 18, 19, 20, 21 y 24 de la ley 40 de 1993.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Presidente

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento Parcial de voto a la Sentencia No. C-542/93

LEY DE INICIATIVA POPULAR/LEY ANTISECUESTRO (Salvamento de voto)

La llamada “ley antisequestro” se presenta como la primera de origen auténticamente popular. Ello es altamente significativo puesto que refleja el sentimiento no sólo del millón de ciudadanos que adhirieron a esta iniciativa, sino el de toda una Nación que a través de las últimas décadas se ha visto conmovida y atormentada por el flagelo del secuestro, que viene azotando a la sociedad colombiana de tiempo atrás en sus distintas modalidades. Se trata sin lugar a dudas, de uno de los delitos más atroces de que pueda ser víctima la persona humana.

DERECHOS ABSOLUTOS/DERECHO A LA VIDA-Naturaleza (Salvamento de voto Parcial))

La vida pues, es el primero de los derechos fundamentales, y como tal, es inviolable. Pero ello no significa que sea absoluto. No hay derechos absolutos. Todo derecho está limitado, básicamente por dos razones: 1. porque si el sujeto de derecho es finito y, además, limitado, es lógico que el objeto jurídico dominado por el sujeto ha de ser, también, limitado, para que se establezca la proporcionalidad entre el sujeto y el objeto en el derecho. 2. porque si existiera un derecho absoluto -que no es lo mismo que inviolable, puesto que limitar no es violar- no podría haber convivencia, pues el derecho del uno pasaría por encima de los derechos del otro. Es apenas natural que la convivencia limite las pretensiones de la vivencia.

DERECHO A LA LIBERTAD-Naturaleza (Salvamento de voto)

La libertad es un bien que representa la misma naturaleza humana, de tal manera que es una cosa incorporal debida por naturaleza a todo individuo de la especie humana, sin distinción alguna. Al ser una cosa debida en virtud de la esencia del hombre, como principio de operación, es lógico inferir que se trata de un derecho inherente a la persona humana. Y al serlo, obviamente es inalienable e irrenunciable. Esta característica hace que sea imposible considerar a la libertad como objeto de transacción económica, por la razón elemental de ser intransferible la esencia del hombre.

FIGURA ETICA DEL MAL MENOR (Salvamento de voto)

La figura del mal menor consiste en que en determinadas circunstancias es lícito padecer un mal, si con ello se evita uno mayor, irreparable, grave, inminente -en caso de no tolerarse el menor- e injusto o no debido. Connaturalizar a la sociedad civil con el secuestro es a todas luces el mal mayor, por cuanto es de tal gravedad, que de tolerarse -por omisión de las medidas adecuadas- impide en absoluto la consecución del bien común, y se desvanece el interés general, lo cual es contrario a los fines del Estado, señalados en la Carta. La ley no puede permitir, en aras de una mal entendida libertad, que se contribuya con las expectativas delincuenciales, porque sería permitir y, más aún, legitimar la condición de insolidaridad por parte de la sociedad y poner al servicio de la delincuencia organizada un instrumento eficaz para consumir sus propósitos.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (Salvamento de voto)

El Estado debe cumplir con las funciones que expresamente le asigne la Constitución o la ley. Sin embargo, dentro de la nueva concepción de la responsabilidad del Estado, se ha entendido que el cumplimiento de ese deber, en algunos casos, abarca algo más que la sumisión al denominado “principio de legalidad” o “cláusula general de competencia”, por cuanto si bien es cierto que toda tarea o toda actividad debe tener un origen en la Carta o en la ley, el funcionamiento del Estado puede o debe lograr nuevos objetivos que traspasan ese límite legal. Lo anterior se conoce como la denominada “misión del servicio”, y es, junto con la ley, lo que enmarca el contenido obligacional de Estado.

SECUESTRO-Pago del rescate/CAUSALES DE JUSTIFICACION-Estado de Necesidad (Salvamento de voto)

De no prohibir actos como el pago de un secuestro, incurriría el Estado en un incumplimiento de sus deberes más elementales, consagrados en el preámbulo y en los artículos 1o., 2o., 5o., 6o. y 22 de la Constitución. No es claro que por estar en una situación difícil pueda legitimarse la primacía del interés particular sobre el interés general, por cuanto éste no puede ser desconocido, en ningún momento, según la jurisprudencia y la doctrina, y por ello la propia Constitución la coloca como prevalente siempre. No es viable invocar para este supuesto la figura del “estado de extrema necesidad” como fundamento para actuar contra el interés general, por cuanto éste es el bien mayor y, como es obvio, en el estado de necesidad el bien que se lesiona debe ser de menor jerarquía que el protegido; pero no lo contrario, esto es, satisfacer una pretensión deshonesta y antijurídica per se, mediante la lesión de un bien eminentemente superior.

SECUESTRO/PLAGIO (Salvamento parcial de voto)

El delito de secuestro se concreta al privar a una persona de su libertad física, con las consecuencias que ello acarrea para el ejercicio de las demás libertades. Cuando el legislador tipifica esta conducta, defiende al sujeto derecho contra las agresiones que lesionan la libre facultad de movimiento. En el delito de secuestro, a diferencia del de plagio, no es de la esencia de tal tipo el que se presente la sustracción, ya que puede haber secuestro sin ella, como en el caso de impedir a una persona la facultad de locomoción, encerrándola en un sitio en el que se encontraba originalmente.

LEY-Eficacia (Salvamento de voto)

Una ley tiene que ser eficaz porque de no serlo, no cumpliría ni su fin ni haría lo debido: regular. La eficacia de la ley no consiste en que necesariamente se cumpla, sino en que sea adecuada a la situación regulada y que pueda cumplirse. De ahí que no es eficaz una ley que sea, o inadecuada a la realidad regulada, o imposible de cumplir. La eficacia de la ley no es lo mismo que la observancia plena de la misma a partir del cumplimiento inexorable de los destinatarios.

LEY ANTISEQUESTRO-Eficacia/PRINCIPIO DE COLABORACION PARA EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA (Salvamento de voto)

Para que una ley sea eficaz, por tanto, ha de ser coherente con la realidad. De ahí que es totalmente ineficaz una ley que vaya contra la naturaleza de las cosas, como sería el caso de permitir actos contrarios al bien común. Y, por el contrario, es altamente eficaz una norma jurídica que prohíba los atentados contra el bien común, ya que es racional obrar conforme a su estipulación. Ese es el motivo por el cual la ley “antisequestro” ha tenido un buen índice de eficacia, por cuanto encierra una prescripción acorde con los principios de solidaridad. Al señalar la prohibición de satisfacer el fin de los secuestradores, genera un precedente de solidaridad y coherencia jurídicas, de suerte que no se hace abstracto el mandato constitucional, referente al deber de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”, el cual se hace real con la prescripción legal que se está examinando.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Funciones/SECUESTRO-Restablecimiento (Salvamento de voto)

El restablecimiento del derecho en el caso del delito de secuestro consiste no en permitir que se satisfagan las pretensiones lucrativas de los secuestradores, sino, por el contrario, en adoptar todas las medidas necesarias para evitar el cumplimiento de este funesto propósito, y así permitir que las autoridades competentes tomen las decisiones convenientes y realicen las actuaciones del caso para lograr la liberación de quien se encuentra privado de la libertad. Se cumple, entonces, con una doble finalidad: evitar un precedente ilícito bajo el amparo de las autoridades, y lograr la adecuada protección de los bienes de los familiares o allegados al secuestrado -que no pueden constituirse en prenda de un chantaje-, así como

garantizar los medios jurídicos que permitan la debida investigación penal y la posterior sanción de los delincuentes. Existe un principio de razón suficiente que hace que la vigilancia administrativa de los bienes confiada a la Fiscalía se encuentre amparada por la razonabilidad del acto, lo cual pone de relieve que se trata, no sólo de una medida que no contraviene el orden constitucional, sino que, por lo demás, resulta prudente.

DEBER DE SOLIDARIDAD/ENTIDAD FINANCIERA-Obligaciones (Salvamento de voto)

Es coherente con los fines esenciales del Estado de Derecho el que la ley imponga el deber de solidaridad en un caso concreto, pero que reporta un bienestar general, efectivo. Las medidas que adopta el artículo son de prudencia y no son objeto de arbitrariedad, por cuanto hay en la norma acusada un discernimiento que permite saber con probabilidad razonable cuándo una persona se encuentra en las circunstancias previstas en el artículo 18 de la ley, y para ello obedece a un criterio de razonabilidad: las altas sumas de dinero que las entidades financieras autorizan entregar y el cambio súbito en el giro, que no corresponde al ordinario de los negocios. La medida no es en sí punitiva, sino preventiva; y habrá punibilidad para la entidad financiera que no tome las medidas de vigilancia y prevención, ya que este supuesto equivale a una no colaboración con la administración de justicia, para lo cual es improcedente alegar cualquier facultad legítima, ya que es conocido que contra un deber esencial no hay derecho alguno.

PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL (Salvamento de voto)

El interés general no prevalece sobre los derechos fundamentales, por cuanto éstos son constitutivos de aquél. Pero sí es evidente que el interés general debe prevalecer sobre el interés particular, según el perentorio mandato contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política. No es posible argumentar que el interés general atenta contra la persona en particular, pues, como bien se ha establecido por la doctrina ius publicista, el interés general no supone el interés de la mayoría, sino el interés de todos.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD (Salvamento de voto)

La solidaridad implica un obrar mancomunado -in solidum- hacía la satisfacción del interés general. Facilitar el móvil que persigue el secuestrador, no responde a un principio de solidaridad, toda vez que el interés general no puede ser aquel encaminado a quebrantar el

orden jurídico legítimamente establecido. No sobra recordar la distinción existente entre la acción solidaria, cuyo efecto siempre es la perfección social y el sentimiento de compasión, el cual siempre es jurídicamente explicable, más no en todos los casos justificable.

REF: Expediente No. D-275

El suscrito magistrado VLADIMIRO NARANJO MESA, salva parcialmente su voto en el asunto de la referencia, por no compartir la decisión de fondo de la Sala Plena de la Corte Constitucional, del día veinticuatro (24) de noviembre del año en curso, que declaró inexecutable los artículos 18, 20, 21 y 24 de la ley 40 de 1993, conocida como el “Estatuto antisecuestro”.

El suscrito magistrado aceptó la declaratoria de exequibilidad condicionada de los artículos 12, 16 y 26, así como la inexecutable del artículo 19 de la referida ley. Pero considera que la decisión adoptada por la Sala respecto de las demás normas demandadas, es decir, la declaratoria de inexecutable de los artículos 18, 20, 21 y 24, es contraria a la recta interpretación de precisas normas constitucionales, entre otras, las que prescriben la prevalencia del interés general como principio fundamental del Estado Social de Derecho (Art. 1o.), el principio de solidaridad social (Art. 95-2) y la obligación que tienen todas las personas y todos los ciudadanos de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7). Menos aún comparte el suscrito magistrado las motivaciones contenidas en la Sentencia No. C-542/93, para avalar la decisión de la cual se aparta. A continuación se permite exponer las razones fundamentales de esta discrepancia.

I. Las leyes de iniciativa popular

La ley 40 de 1993 fue la primera ley surgida de la iniciativa popular, en desarrollo de los artículos 154 y 155 de la nueva Constitución Política. En efecto, el proyecto de ley fue presentado a la consideración del Congreso Nacional con el respaldo de las firmas de más de un millón de ciudadanos, es decir por un número superior al cinco por ciento (5%) del censo electoral existente en la fecha respectiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 superior. Aunque la Constitución Política no hace distinción, en cuanto a jerarquía se refiere, entre un proyecto de ley presentado por iniciativa popular y uno presentado por iniciativa congresional o ejecutiva o de cualquiera otro de los órganos mencionados en el artículo 156, resulta evidente, desde el punto de vista político, que un proyecto avalado directamente por

el pueblo, titular de la soberanía, tiene una indiscutible y genuina base democrática que no puede desconocerse, y es expresión auténtica de su voluntad soberana, sobre la cual se asienta todo nuestro ordenamiento jurídico político, conforme a lo dispuesto en el Preámbulo y en los artículos 1o, 2o, 3o, 20, 40 num. 2o. y 5o.; 95 num. 5o.; 103, 154 y 155 de la Constitución.

En efecto, en el Preámbulo se dispone que los fines del Estado deben buscarse dentro de un marco “democrático y participativo”; el art. 1o. define a Colombia como un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, “democrática, participativa y pluralista”; en el art. 2o. se señala entre los fines esenciales del Estado el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, así como el de “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”; en el art. 3o. se dispone que “la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público” y que el pueblo “la ejerce en forma directa” o por medio de sus representantes. En el art. 20, se garantiza a todos los ciudadanos la libertad de expresión; en el art. 40, se reconoce a todo ciudadano el “derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” y para hacer efectivo este derecho puede “tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática”, (num. 2o.), y “tener iniciativa en las corporaciones públicas” (num 5o.); en el art. 95 se señala, entre los deberes de la persona y del ciudadano el “de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país” (num 5o.); el art. 103 establece entre los mecanismos de participación ciudadana, la iniciativa popular, y se consagra la obligación del Estado de contribuir a la constitución de “mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación”; en el art. 154 se incluye la iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley y, finalmente, el art. 155 desarrolla la anterior disposición en los siguientes términos:

“Artículo 155.- Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país. La iniciativa popular será tramitada por el Congreso, de conformidad con lo establecido en el artículo 163, para los proyectos que hayan sido objeto de manifestación de urgencia. Los ciudadanos proponentes tendrán derecho a designar un vocero que será oído por las Cámaras en todas las etapas del trámite”.

Tenemos pues, que la llamada “ley antisequestro” se presenta como la primera de origen auténticamente popular. Ello es altamente significativo puesto que refleja el sentimiento no sólo del millón de ciudadanos que adhirieron a esta iniciativa, sino el de toda una Nación que a través de las últimas décadas se ha visto conmovida y atormentada por el flagelo del secuestro, que viene azotando a la sociedad colombiana de tiempo atrás en sus distintas modalidades. Se trata sin lugar a dudas, de uno de los delitos más atroces de que pueda ser víctima la persona humana. Un delito que conlleva no solamente la detención arbitraria del individuo por parte de otros individuos o, peor aún, de poderosas organizaciones criminales insensibles al dolor humano, sino también la tortura física y mental que representa el hecho para la víctima y para sus familiares y seres queridos, a quienes se coloca en situación de indefensión manifiesta, que hace más grave aún este delito, por la cobardía, la crueldad y la sevicia que lleva consigo. Estos delitos se acumulan, en el caso del secuestro, con otros que atentan contra derechos fundamentales, como los derechos a la intimidad personal (art. 15), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), al trabajo (art. 25), a la circulación (art. 24), a la reunión (art. 37), y, desde luego, al más importante de todos, el derecho a la vida (art.11). Por lo demás, impide también el secuestro el ejercicio del derecho a la libertad en todas sus manifestaciones.

Es así como los colombianos de todas las capas sociales, edades y condiciones se han visto afectados directa o indirectamente, a lo largo de estas últimas décadas, por el secuestro, modalidad que ha venido revistiendo caracteres cada vez más dramáticos por las circunstancias que la rodean. Ha afectado por igual a grandes empresarios y a niños inocentes, a humildes trabajadores y a destacados hombres públicos, a ancianos enfermos, a madres de familia, a periodistas, a profesionales, a líderes sindicales, a agricultores, a estudiantes y en general, como se ha dicho, a toda clase de ciudadanos. Puede decirse sin hipérbole que la ley antisequestro ha respondido así a un auténtico clamor nacional para que se ponga fin, o al menos se reprima con eficacia, tan abominable modalidad delictiva. Ello explica que este proyecto haya sido el primero en presentarse por iniciativa popular, que haya contado con tan masivo apoyo ciudadano, y que haya sido aprobado en forma abrumadoramente mayoritaria por el Congreso de la República.

II. El derecho a la vida

El derecho a la vida es el bien jurídico fundamental que tiene todo individuo humano a ser y

a existir de acuerdo con su dignidad de persona. El hombre, por su condición de persona, es titular de unos derechos fundamentales, preexistentes a la ley positiva; la base de tales derechos es el derecho a la vida, esto es, el derecho a ser y a existir. Si el hombre, por ser persona, tiene dominio sobre su propio ser -es dueño de sí- resulta evidente que tiene el derecho a la vida, pues la vida y el ser para el hombre -que es viviente- es lo mismo. Es imposible hablar de dominio sobre el propio ser, sin hablar simultáneamente del dominio sobre la propia vida. Por eso la vida humana es el derecho básico en cualquier ordenamiento jurídico, pues sin él los demás derechos no tendrían consistencia.

La vida pues, es el primero de los derechos fundamentales, y como tal, es inviolable. Pero ello no significa que sea absoluto. Como se ha dicho en jurisprudencia de esta Corte, no hay derechos absolutos. Todo derecho está limitado, básicamente por dos razones: primero, porque si el sujeto de derecho es finito y, además, limitado, es lógico que el objeto jurídico dominado por el sujeto ha de ser, también, limitado, para que se establezca la proporcionalidad entre el sujeto y el objeto en el derecho. Segundo, porque si existiera un derecho absoluto -que no es lo mismo que inviolable, puesto que limitar no es violar- no podría haber convivencia, pues el derecho del uno pasaría por encima de los derechos del otro. Es apenas natural que la convivencia limite las pretensiones de la vivencia.

Ni siquiera, pues, la vida humana constituye un derecho absoluto, aunque sea inviolable. Y esto porque el hombre tiene su vida como bien ordenado a unos fines. Recalca de nuevo el suscrito magistrado que limitar no significa revocar ni obligar a renunciar al derecho a la vida, sino dirigir la actividad vital hacia los fines del ser humano. Esto obedece a que la persona humana tiene unos fines propios, cuya consecución representa la perfección del hombre. Se debe distinguir, en consecuencia, entre los límites del deber de conservar la vida y los límites del derecho, propiamente dicho, a la vida. Debe advertirse que se habla de límites del deber de conservar la vida y no de excepciones al deber, supuestos bien distintos.

Como la vida es un medio para alcanzar los fines supremos del hombre, se observa cómo uno de los límites al deber de conservar la vida es el principio del voluntario indirecto, que justifica poner en grave riesgo la vida humana -hasta el punto, si es el caso, de padecer la muerte- cuando se dan los supuestos de causas proporcionadas para ello. Se trata de un conocido principio ético, según el cual se pueden realizar actos cuyo efecto directo y propio

sea la consecución de un bien igual o superior a la vida humana, y cuyo efecto indirecto sea el peligro inminente de la vida e integridad física del hombre o su misma muerte. Pero el efecto indirecto no es buscado, sino padecido y aceptado. Se está, pues, ante un acto de doble efecto: uno bueno -que es el intentado- y otro malo -que es el padecido-. Por lo tanto, para que opere el principio del voluntario indirecto como límite del deber de conservar la vida, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1) Que la acción directa sea buena en sí misma o al menos indiferente

El hombre debe obrar de conformidad con el orden social justo, esto es, tiene una gran iniciativa individual, pero nunca puede vulnerar el interés general. Por eso no sólo se admite la acción buena en sí misma, sino también la indiferente, ya que lo ilegítimo, a todas luces, es hacer el mal. En este caso no es aplicable el aforismo del “fin justifica los medios”, porque los medios empleados siempre deben estar proporcionados al fin legítimo que se intenta.

2) Que el efecto inmediato sea el bueno y no el malo

El primer efecto que ha de producirse debe ser el bueno y no el malo. Sin embargo, debe recalcarse que existe discusión sobre un asunto: ¿Qué pasa cuando los efectos buenos y malos son simultáneos? La respuesta ha de darse teniendo en cuenta los demás requisitos del principio del voluntario indirecto. Así, por ejemplo, si el efecto intentado es el bueno y no el malo, y se da el caso de que se producen simultáneamente uno y otro, entonces la acción será lícita; pero si ha intentado el malo, y se produce simultáneamente con el efecto bueno, la conducta será ilícita. Lo que no se puede permitir es que el efecto nocivo sea un medio para alcanzar el efecto bueno.

En el caso del secuestro el efecto primero que se presenta al pagar un rescate, es la consumación del fin delictivo, quedando -como se ha demostrado por la realidad- la incertidumbre del efecto bueno, ya que éste depende del capricho de los secuestradores. En múltiples oportunidades se ha observado que aún pagando el rescate, la víctima del secuestro no recupera su libertad, y aun llega a ser asesinada por sus captores. Y no sólo eso: muchas veces, tras pagar el rescate exigido por los delincuentes, la víctima no es liberada y éstos siguen exigiendo sucesivos rescates, aún después de que la han asesinado, o ha fallecido por otras causas. Por tanto, el efecto bueno en el caso estudiado no sólo es posterior, sino totalmente contingente.

3) Que el fin del agente sea honesto, esto es, que intente únicamente el efecto bueno y se limite a padecer el malo

Es imposible que la persona intente los dos efectos -el bueno y el malo- a la vez, porque es una clara violación del principio de no contradicción; de ahí que para la validez del referido acto, exclusivamente se intenta el efecto bueno, debiéndose padecer el malo.

En el caso del secuestro, quien cede ante las pretensiones injustas del secuestrador, al actuar contra derecho de forma directa, es obvio que está intentando -no simplemente padeciendo- satisfacer el fin del secuestro. Otra cosa es que se intente el acto malo contra la rectitud de conciencia, es decir, que el agente no esté de acuerdo con lo que hace directamente. Pero lo importante es que ha actuado directamente, y para ello intenta el efecto malo. Si preguntamos: ¿El que paga el secuestro hizo todo lo posible para no satisfacer el móvil del secuestro? La respuesta es negativa porque, aún contra su conciencia, satisfizo la demanda del secuestrador, y por ello intentó la consecución del efecto nocivo.

4) Que el agente tenga causa proporcionada a la gravedad del daño que el efecto malo haya de producir

Debe haber una causa proporcionada al riesgo o pérdida de la vida humana. Un soldado, por ejemplo, tiene una causa proporcionada para arriesgar su vida: la defensa de su patria. Lo mismo puede decirse de un médico que va a curar a enfermos infectocontagiosos. Lo que no es lícito es arriesgar la vida por causa de la mera diversión; caso de quienes tan sólo desean la aventura arriesgada; en este último supuesto el daño que se produce es mucho mayor que el bien que se pretende. Cuando se habla de riesgo o peligro, se refiere al peligro o riesgo inminente, no a la mera expectativa de peligro.

Para que haya una conducta humana que encuadre dentro del principio del voluntario indirecto, como límite del deber de conservar la vida, es necesario que se den, a la vez, los cuatro requisitos anotados. A nadie se le puede culpar porque de sus acciones u objetos lícitamente tenidos se origine algún mal involuntario, ya que el daño indirectamente causado no se imputa como delito, si el agente obra correctamente y con justo motivo para conseguir un fin legítimo.

Cuando se habla del principio del voluntario indirecto como límite del deber de conservar la

vida, no se insinúa que el deber natural de conservar el propio ser desaparezca, ya que tan sólo es ordenado por el límite expuesto. Así, un soldado en la acción bélica está cobijado por el voluntario indirecto, pero su deber de conservar la vida subsiste; tan es así, que su fin no es dar la vida en aras de la patria, sino defender la patria, aunque le cueste la vida misma.

La clave del asunto en el voluntario indirecto está en que el mal se padece, no se intenta. En virtud de lo anterior, se observa que la actitud de defensa y promoción del interés general se aplica cabalmente al caso de la ley en estudio, por cuanto se cumplen los requisitos del voluntario indirecto, de la siguiente manera:

En primer lugar, la acción directa es la de solidaridad de que trata el artículo 95 numeral 2o. superior, esto es, dicha acción defiende el interés general, que abarca a todos los asociados, de tal modo que su defensa es, indirectamente, en beneficio del propio agente que rehusa a ver satisfecho el fin deshonesto del secuestrador, sentando precedentes efectivos que disminuirán, si hay cumplimiento de la ley, el delito que hoy por hoy mantiene a la sociedad intimidada.

En segundo lugar, el efecto primero que se presenta es el bueno: la defensa del interés general, de tal modo que el peligro es padecido.

En tercer lugar, el agente intenta únicamente el efecto bueno -la solidaridad que fortalece el interés general- de suerte que el efecto nocivo necesariamente ha de padecerse, pues de lo contrario podría llegarse a la inconsistencia jurídica de afirmar que el mal pudiera considerarse como objeto jurídico protegido.

Y, finalmente, el agente tiene causa proporcionada para mantener esa posición de solidaridad, cual es el bien común.

Como se observa, la actitud de solidaridad social que impone el deber de no contribuir con el delito, así se corra un grave riesgo, es legítima. Y, además, no implica renunciar al derecho a la vida, sino un fortalecimiento de las condiciones de vida dignas a que aspira todo ser humano que viva en sociedad. El temor y la intimidación deben ser erradicados mediante actitudes solidarias que promuevan el bien común objetivo, es decir, realizado, buscando que esta noción no se quede como mera enunciación abstracta.

En cuanto al límite del derecho a la vida, propiamente considerado, se tiene el derecho social, que abarca los derechos de todos los individuos. La sociedad en sí tiene un derecho que limita las pretensiones individuales. No hay derecho contra el deber. La vivencia no puede destruir la convivencia, así como la parte no puede lesionar al todo. Esta doctrina contemporánea se funda en la tradición de los más connotados juristas de todos los tiempos, con la diferencia de que hoy se presenta el interés social -el general- como titular de derechos, que se traducen en deberes irrenunciables para los asociados. La vida humana se ordena a la convivencia pacífica y ordenada, y se traduce en actos de solidaridad, sin que esto comporte una renuncia, sino, como ya se anotó, un fortalecimiento social que redunde en el bien del propio individuo. Es el orden jurídico que, al decir de Hegel, concreta las libertades individuales, en tanto éstas coadyuvan a realizar el fin racional de la sociedad.

III. La libertad como objeto jurídico protegido

1. Naturaleza de la libertad

La libertad es para el ser humano la expresión de su esencia. El distintivo de la especie humana es la racionalidad, la cual tiene como propiedad suya la dimensión libre de la realidad personal del hombre, fundamento de su dignidad, en primer lugar, y de su responsabilidad, en segundo término. La libertad abarca la totalidad racional, por cuanto supone una moción volitiva con conciencia reflexiva de las finalidades. De ahí que el acto libre es integrado por la plena advertencia (la memoria reconoce la naturaleza del acto, hasta el punto de valorarlo), pleno conocimiento (existe una representación en el intelecto del sujeto que le permite discernir) y plena volición, es decir, hay apetencia del resultado y deseo de poner los medios para ello.

Tan importante es en el hombre la libertad, que sin ella se deforma por completo el concepto de lo humano. El hombre no tiene libertad, como si ésta fuese un accidente. El hombre es libre, porque su esencia es la libertad, como manifestación plena y total de la racionalidad.

La libertad es un bien que representa la misma naturaleza humana, de tal manera que es una cosa incorporal debida por naturaleza a todo individuo de la especie humana, sin distinción alguna. Al ser una cosa debida en virtud de la esencia del hombre, como principio de operación, es lógico inferir que se trata de un derecho inherente a la persona humana. Y al serlo, obviamente es inalienable e irrenunciable. Esta característica hace que sea

imposible considerar a la libertad como objeto de transacción económica, por la razón elemental de ser intransferible la esencia del hombre.

2. Libertad y sociedad

En la libertad encuentra equilibrio el orden social justo. Este se funda en la verdad y en la justicia, la primera como valor y la segunda como virtud, las cuales se vivifican en la solidaridad. Siempre se encuentra en la libertad un equilibrio humanitario, ya que no hay ni verdad, ni justicia ni solidaridad sin una base de reconocimiento incondicional a la libertad de la persona.

Este bien supremo de la especie se vigoriza particularmente al aceptar las obligaciones de la vida social, ya que la responsabilidad es una manifestación que emana de la esencia libre del hombre. Quien es libre se compromete, es decir, asume con su propio ser los efectos de la libertad individual y social. De ahí que el ser humano, social por esencia, debe aceptar las inevitables obligaciones de la vida social -que fortalecerán su propia personalidad- y ha de tomar sobre sí las multiformes exigencias de la convivencia humana y asumir deberes que benefician, en servicios útiles, al bien común. Es necesario, por ello, estimular en todos los asociados la voluntad de participar en los esfuerzos comunes y el compromiso hacia las metas que son de interés general.

Nunca, como en estos tiempos, ha tenido el hombre un sentido tan diáfano sobre la libertad, y por este celo, advierte nuevas formas de esclavitud y de violencia contra la naturaleza del ser humano. Está dispuesto a tomar las medidas prudentes que la necesidad aconseje para no verse sometido a una falta de dignidad, y, más que todo, es consciente de que su esencia libre es incondicional y no tiene precio. Mientras el mundo busca su propia unidad y la mutua interdependencia, se hace ineludible la solidaridad de las personas con la protección de la dignidad del hombre, es decir, en poner los medios adecuados para proteger y promover la inviolabilidad de la naturaleza libre de la persona humana.

El hombre cuando ingresa a la sociedad no renuncia a su libertad, sino que busca que el todo social, mediante la solidaridad y a través de la promulgación de leyes positivas eficaces, garantice sus derechos fundamentales, entre los que sobresale, por su majestad, la libertad.

La sociedad civil espera que el Estado haga efectivo el uso y disfrute de la libertad, y no conviene en que se sienten precedentes que, bajo la amenaza, permitan que el hombre

tenga precio, y que dadas las circunstancias de indefensión en que ciertos delincuentes colocan a sus víctimas, los fines esenciales del Estado se desdibujan para que las pretensiones ilícitas se realicen sin obstáculo alguno. Admitir lo anterior implica que el hombre tenga que asumir que pertenece a una sociedad desprotegida por el Estado, y que la delincuencia puede, a su arbitrio, cambiar las normas del derecho -fundadas en la racionalidad-, por las de un imperio fundado en la arbitrariedad y en la fuerza bruta.

Permitir que la libertad humana pueda ser objeto de negociación, equivale a dejar sin fundamento el orden social. Sin éste no hay legitimidad alguna. Y un régimen que carece de las notas esenciales de legitimidad, es vacilante en la conveniencia de sus normas, lo que genera un clima de desorden institucional en el cual es imposible el dictamen de la recta razón, porque siendo así, necesariamente el criterio de justicia cede ante la opinión del más fuerte, y entonces todos los esfuerzos de la humanidad, desde Sócrates a nuestros días, quedan sin reconocimiento, al volver al primitivismo jurídico de la “justicia” privada.

3. Deberes que genera la libertad frente a la sociedad

El hombre es, pues, socio por naturaleza, con base en su libertad. La sociedad implica el ejercicio de la libertad de sus integrantes; de ahí que la sociedad es la reunión estable de hombres que en el ejercicio de su autodeterminación se comprometen con los fines racionales de la comunidad.

Esta facultad de autodeterminación es la base de la responsabilidad social de la persona. Luego, el primer deber que genera la libertad es el de la responsabilidad social. Es decir, el titular del derecho inherente a la libertad, es también titular del deber de responsabilidad social: responde por sus actos ante la sociedad y vela por el mantenimiento del bien común, de conformidad con el interés general.

La responsabilidad social no es cosa distinta a la respuesta que el asociado da a la sociedad por sus actos, de suerte que los fines de ésta son tomados como suyos. El interés social no es ajeno al interés individual, ya que aquel, al ser general, abarca y subsume con beneficios evidentes al interés particular de manera ordenada: la parte concurriendo a la formación del todo (justicia legal), para que el todo social fortalezca a cada uno de sus integrantes como únicos e irrepetibles (justicia distributiva). En otras palabras: los actos de justicia legal son la garantía para la justicia distributiva. El individuo que es responsable con los deberes sociales

se beneficia a sí mismo. Es la fórmula clásica reconocida desde el pensamiento griego hasta el moderno y contemporáneo, pasando por los iusnaturalistas y los filósofos liberales como Bentham: cada individuo se entrega a los demás, para recibir una protección de la sociedad. Lo anterior requiere del cumplimiento de unos deberes para con la sociedad.

Otro deber del hombre como ser social es la solidaridad. Esto como acto de justicia, propio del hombre libre, pues este término indica una cierta igualdad, y así la esencia misma de la justicia exige la bilateralidad o la multilateralidad, es decir que sea respecto de otro o de otros. Y ya que es propio de la libertad el acto de justicia, siempre hay la posibilidad de rectificar los actos humanos, y como está el hombre en la sociedad, se requiere que la justicia se refiera a la acción de varios. La solidaridad es una manifestación de la justicia, y por tanto exige diversidad de personas; es de un hombre respecto de otros. Pues, evidentemente, quienes viven en una comunidad son como las partes de un todo, y la parte, en cuanto lo es, se relaciona necesariamente con el todo. Por ello, cuanto se hace en favor de una parte, es ordenable al bien del conjunto. Según esto, cualquier acción benéfica, sea que se ordene al beneficio del individuo mismo, o bien a la comunidad, siempre es referible al interés general, al cual nos ordena la libertad misma, dada la naturaleza trascendente del hombre: un ser para sí que se desarrolla en los demás.

Un tercer deber es el de la dignidad. En lo más íntimo de su ser, el hombre descubre que tiene el deber de crecer como persona, esto es, ser cada vez más digno. La orientación del hombre hacia la perfección sólo se logra con el uso de la libertad, la cual no es apreciable en dinero, ni sujeta a condiciones que no sean encaminadas a fortalecer a la sociedad legítimamente constituida, es decir, la única condición al uso de la libertad (no a la libertad misma, que es incondicional), es la promoción del bien común. La libertad no puede ejercerse contra la dignidad propia ni de otros, de suerte que no hay licencia para hacer el mal. La verdadera libertad es signo del señorío del hombre sobre las contingencias de la vida, de suerte que la razón hace que el ser humano esté en manos de su propia decisión, y por eso es responsable, según se expresó. La dignidad humana requiere que el hombre actúe según su recta razón y libre elección, movido por la convicción interna personal y no bajo la presión que otros hagan sobre su libertad, porque entonces el acto no sería libre, y al no serlo, no puede estar amparado por la legitimidad. El hombre, pues, logra la dignidad cuando se libera totalmente de toda cautividad y cuando pone los medios para que sus semejantes no caigan en dicho estado indigno.

La dignidad del hombre le exige actuar con conciencia de las finalidades legítimas, y no someterse a las presiones que los delincuentes, particularmente los secuestradores, ejercen sobre la dignidad humana. Ceder a la dignidad es, a todas luces, dar margen para vulnerar la esencia de la convivencia humana, para dar paso a una organización delincencial que, ante la renuncia a la dignidad, no encuentra sujetos de derecho, sino objetos de mercadeo. El hombre deja de ser fin en sí mismo, para tornarse en medio, lo cual es contrario a todos los postulados, no sólo de justicia, sino del más mínimo bienestar debido.

De acuerdo con lo expuesto, cabe preguntarse: ¿Quien paga un rescate en el delito de secuestro recupera su libertad? Quizás recupere su locomoción, y de manera muy discutible, pues en última instancia ha pedido permiso a agentes no legitimados para salir del cautiverio. Pero, ¿puede considerarse libre quien ha puesto precio a su dignidad personal?.

Constituye un hecho probado que hay, aproximadamente, un sesenta por ciento (60%) de personas secuestradas que cancelan el rescate y no son devueltas con vida¹. Lo anterior indica que hay incertidumbre sobre el beneficio que pueda reportarle al secuestrado el pago de la suma exigida, al paso que sí existe, en cambio, certeza sobre el perjuicio que causa a la sociedad con el acto injusto de pagar, ya que con él está perfeccionando la pretensión ilícita del secuestrador, poniéndole precio a la libertad (lo cual va contra la dignidad propia de la persona humana) y sienta, además, precedente funesto para que se realicen posteriores secuestros, dado el provecho obtenido por los delincuentes.

Desde el punto de vista de la lógica jurídica se encuentra que es totalmente inadecuado amparar una actitud evidentemente lesiva, por su gravedad e inminencia, en aras de una expectativa de recuperar la libertad injustamente coaccionada por quien pretende un beneficio no debido en derecho. Es decir, sería admitir que se vulneren directamente el interés general y el bien común (mal mayor) por proteger una pretensión incierta particular. Es sacrificar el todo ante una expectativa incierta de la parte.

IV. El interés general y el bien común

El interés general, obviamente, recae sobre el bien común, pues éste mueve a la voluntad general. El bien común, por su perfección intrínseca, suscita el aprecio y la atención de los asociados; y es natural que así suceda, por cuanto el bienestar del todo necesariamente beneficia a las partes. Y atentar contra el bien común, de alguna manera y bajo algún

aspecto, equivale a atentar contra las partes, es decir, contra sí mismo.

Desde los clásicos se hacía la correlación entre interés general y bien común, fundando los conceptos mencionados en la sociabilidad del hombre y en la relación parte-todo. Así, Aristóteles, al considerar que el Estado es una asociación política de orden superior, manifiesta la supremacía de lo general, al decir: “No puede ponerse en duda que el Estado está naturalmente sobre la familia y sobre cada individuo, porque el todo es naturalmente superior a la parte, puesto que una vez destruido el todo, ya no hay partes. (...) Lo que prueba claramente la necesidad natural del Estado y su superioridad sobre el individuo es que, si no se admitiera, resultaría entonces que puede el individuo bastarse a sí mismo aislado así del todo como del resto de las partes”.²

Cuando Aristóteles se ocupa de la relación parte-todo, está advirtiendo la generalidad que abarca a cada una de las particularidades, de suerte que el interés total, ha de ser, por lógica, general, y tiene primacía sobre los intereses aislados de las partes. Por analogía hay que considerar que así como sin el todo ya no hay partes, igualmente sin la existencia del interés general no tiene razón de ser el interés particular, pues el todo genera la función de la parte.

Con base en la exposición de Aristóteles, Santo Tomás arguye cómo la totalidad de lo común es causa final de toda racionalidad, y concretamente del orden jurídico, el cual supone la armonía de las partes entre sí en la medida proporcionada como cada una de ellas se ordena al todo. “Además como toda parte se ordena a la totalidad, como lo más imperfecto a lo más perfecto, así como un hombre es parte de una sociedad perfecta, es necesario que la ley propiamente se dirija a la felicidad común”.³ Todo hombre tiende a la felicidad, de manera que la comunidad en la búsqueda de ese fin supremo es algo que mueve a la voluntad general; y aquello que suscita el movimiento de la voluntad es algo que ha causado el interés, y éste, al ser común, tiene que ser general. Luego el interés general puede definirse como aquel que busca obtener, promover y conservar el bienestar común que abarca a cada uno de los asociados, de acuerdo con su dignidad personal.

El bien común, pues, constituye el objeto del interés general. Hay dos sentidos complementarios en que puede entenderse el concepto de bien común. En primer término, se hace referencia a aquello que perfecciona a la sociedad en cuanto tal, y entonces todos

los deberes del particular hacia la sociedad tienen su razón de ser en el bien común. Es cuando la solidaridad, aparece como un derecho-deber inaplazable y, por sobre todo, sin facultad alguna para suspenderlo, pues el fin de la sociedad no puede ser ni renunciado, ni suspendido ni aplazado, porque emana de la naturaleza misma de sociabilidad humana, sin la cual el hombre deja de actuar como racional. No en vano el ser social por excelencia es el hombre. En segundo lugar, el concepto bien común hace referencia a la común unidad en el bienestar. Es decir, se trata de un fin relativo a la vivencia en el bien (el estar bien es igual a bienestar) por parte de todos los asociados, la cual es imposible sin la unidad.

La explicación al por qué el hombre se liga con el bien común la da la esencia personal del ser humano. La persona humana es individual y comunitaria; no solamente individual, ni exclusivamente comunitaria. Es individual, porque evidentemente constituye una entidad no confundible con los demás, siendo única e irrepetible. Pero es comunitaria en el sentido de tener, con los demás individuos de la especie, la común unidad de la razón; es por ello que el hombre se realiza como persona dentro del marco de la sociedad. El ser que se basta absolutamente a sí mismo es o un dios o una bestia, señaló con agudeza Aristóteles. Porque el hombre necesita de los otros para desarrollar su personalidad: la vivencia humana se perfecciona en la convivencia social. De ahí que es absurdo sacrificar la convivencia en aras de la vivencia, pues ésta sin aquella no se hace plena.

Ahora bien, el bien común es la realización del interés general. Es por lo anterior que se hace imposible la legitimidad de un acto que desconozca el interés general, porque impide la realización de un bien debido a todos los asociados. Como lo señaló Rousseau, es un sofisma manifestar que se puede lesionar la voluntad general con el fin de proteger la integridad de un particular, porque vulnerar la voluntad general es atentar contra el mismo particular. Y además, el sofisma se hace más claro si observamos que no puede contradecir la parte al todo, porque jamás es coherente la pugna ni del individuo con la especie, ni de ésta con el género, ni del menor con el mayor. Por eso es que se ve con claridad que cuando se sacrifica el bien común, no se está recuperando el bien particular: “porque destruido el todo, destruidas las partes”, según lo anotó el filósofo.

Es así como autores contemporáneos, de la categoría de Habermas, coinciden con los clásicos en el sentido de dar un fundamento racional tanto a la acción como a los fines humanos, que ligan de manera consciente al hombre con la sociedad, en aras de consolidar

su libertad. Lo social no anula la individualidad, sino que, por el contrario, enaltece la dimensión individual al hacerla trascendente⁴ . Es elocuente la afirmación de este autor cuando manifiesta que “las normas válidas expresan intereses susceptibles de universalización o de compromiso”⁵ .

V. La solidaridad

El numeral 2o. del artículo 95 de la Constitución Política señala como deber de la persona y del ciudadano obrar conforme al principio de solidaridad social. Solidaridad, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, es el modo de derecho u obligación in solidum. Ahora bien, in solidum nos da la idea de un obrar unificado, de tal manera que se presenta compacto, sólido, como uno; de ahí que puede inferirse que esa obligación in solidum es la convergencia en la unidad, esto es, un vínculo mancomunado en el hacer o en el no hacer. De esta forma, la parte colabora con el interés del todo, porque éste garantiza el beneficio de aquella, y ello conlleva a que las obligaciones se dirijan a un único fin.

Lo anterior se traduce en que el individuo no puede actuar contra el interés general, por tres motivos: primero, porque atentar contra el interés general equivale a vulnerar -mediatamente- los propios derechos individuales, ya que el interés general no excluye a nadie, y por ello su lesión afecta a todos. Segundo, porque al ser el hombre social por naturaleza, debe ser consecuente con el bienestar social, que recae sobre el beneficio individual también, pues toda vivencia humana se perfecciona y desarrolla en la convivencia social. Tercero, porque sería permitir que lo particular prevaleciera sobre lo general, lo cual constituiría un desconocimiento del orden social justo, que se expresa en la armonía de los particulares entre sí y en la sujeción de éstos al bien común, ya que la parte se ordena al todo, según el conocido principio ético.

El precedente de legitimar el mal uso de una libertad, al permitir pagar un precio por ella, supone sentar una tradición antijurídica referente a que la intimidación a un particular le confiere a éste la facultad de actuar contra el interés general y el bien común, lo que conduce a dos efectos evidentemente injustos: a) el Estado facilita el móvil de un acto lesivo contra los individuos y la sociedad, al tolerar el pago de lo no debido en justicia, y b) sienta el precedente de que un bien esencial a la persona humana, como lo es la libertad, se trate como objeto negociable, lo cual riñe con la naturaleza y la dignidad del hombre, que

debe ser tratado como fin y no como medio.

VI. La figura ética del mal menor

Los actos humanos son los condicionantes de la regla de derecho, de tal manera que si son virtuosos y trascienden en beneficio necesario para la colectividad, la ley los manda. Si son nocivos en grado notorio para el bien común, la ley los prohíbe. Y si son indiferentes para el interés general, la ley los permite.

La figura del mal menor consiste en que en determinadas circunstancias es lícito padecer un mal, si con ello se evita uno mayor, irreparable, grave, inminente -en caso de no tolerarse el menor- e injusto o no debido.

Aristóteles descubrió que el mal menor, bajo algún aspecto, tiene razón de bien, por cuanto evita una imperfección mayor. Por ello debe ser apetecible por la voluntad humana, no en cuanto a mal, sino en comparación con la gravedad del perjuicio que evita.

Hay, sin embargo, que aclarar la definición de mal menor: éste nunca se hace, sino que se padece. Consentir no es lo mismo que intentar directamente. Es legítimo que alguien consienta en padecer un mal, si con esto evita uno más grave. La ley nunca puede consagrar un mal como obligación de hacer, porque el mal es imposible que sea objeto jurídico protegido. Otra cosa es que la ley estatuya que, en determinadas circunstancias, se debe tolerar un mal menor, para evitar uno mayor.

Examinemos, entonces, el secuestro como mal mayor. La ley en estudio no consagra renuncia alguna a los bienes supremos del hombre, sino que para evitar un estado constante de amenaza y vulneración de los derechos fundamentales del hombre en el contexto social, prevé un mecanismo de consenso en el cual todos admitan, en condiciones de libertad, que para mantener la integridad y dignidad de la vida social, de presentarse un hecho corrosivo, como el secuestro, para impedir que se torne en un mecanismo habitual y legitimado por la costumbre de una sociedad atemorizada, es necesario que la razón común -que es la ley- tome medidas que impidan la finalidad propia del acto delictivo, ya que es conocido que si desaparece el móvil más frecuente de determinado acto humano, éste, por naturaleza, se modifica. Es una medida de protección para todos los integrantes de la sociedad civil, que verán disminuído el acto delincuencial, gracias a la efectividad del fundamento del Estado

Social de Derecho consagrado en el artículo 1o. de la Constitución Política: la solidaridad de las personas y la prevalencia del interés general, junto con el respeto a la dignidad humana y al trabajo.

Connaturalizar a la sociedad civil con el secuestro es a todas luces el mal mayor, por cuanto es de tal gravedad, que de tolerarse -por omisión de las medidas adecuadas- impide en absoluto la consecución del bien común, y se desvanece el interés general, lo cual es contrario a los fines del Estado, señalados en el artículo 2o. de la Carta.

La ley no puede permitir, en aras de una mal entendida libertad, que se contribuya con las expectativas delincuenciales, porque sería permitir y, más aún, legitimar la condición de insolidaridad por parte de la sociedad y poner al servicio de la delincuencia organizada un instrumento eficaz para consumir sus propósitos.

La libertad se entiende como la facultad de obrar con conciencia de las finalidades, con plena advertencia, conocimiento y apetencia, sin coacción interna o externa. Por ello es responsable. Todos los humanos responden por el acto libre. La libertad, pues, no es un escudo que evada responsabilidad social, ni es una prerrogativa tan absoluta que permita, bajo el amparo de la ley, colaborar -así sea por intimidación- con el mal, si éste se puede prevenir por otros medios en su causa, para lo cual se exige el concurso de la férrea decisión individual y colectiva hacia el perfeccionamiento social, por parte de cada uno de los asociados.

VII. La responsabilidad del Estado de proteger a los ciudadanos

La necesidad de protección aparece como el primer factor de orden sociológico, político y jurídico que dio origen a la formación de los Estados. Los estudiosos en la materia coinciden, en efecto, en señalar como una de las primeras necesidades del hombre desde que comenzó a vivir en sociedad, la de obtener seguridad para su vida y la de los suyos, así como para su honra y sus bienes. No se requiere profundizar demasiado para aceptar el hecho de que, casi por instinto natural, el hombre ha buscado siempre protección para poderse desarrollar así mismo. A lo largo de la evolución del hombre en sociedad se fue haciendo mas patente la necesidad de confiar su seguridad y la del grupo a algo más permanente y poderoso, haciéndose necesario apelar a la colaboración de todo el conglomerado para asegurar su propia defensa. Como resultado de este proceso se concibió al Estado como el ente protector

por excelencia. Ello se produjo cuando los mecanismos de protección individual y colectiva se institucionalizaron. El Estado surge así, cuando el grupo social institucionalizó su propia protección⁷. La protección colectiva aparece entonces como la función original del Estado, acaso como la razón de ser de este.

En Colombia el deber de protección del Estado lo consagra así el inciso segundo del artículo 2o. de la Carta Política: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado (...)”. Lo anterior debe analizarse, para los efectos de este pronunciamiento, teniendo en consideración que esta misma norma constitucional dispone que dentro de los fines esenciales del Estado está “defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

Cuando el Estado no cumple con ese deber de protección, o cuando su actuación genera un daño antijurídico a cualquier ciudadano, surge, entonces, la denominada responsabilidad del Estado, la cual se presenta en la mayoría de los casos, mediante la denominada “falla del servicio”. Es decir, en aquellos casos en que se viola una obligación estatal como consecuencia de una actuación jurídica específica (el servicio no funciona, funciona mal o se presta tardíamente) y que causa un perjuicio determinado. Sobre el particular, comenta el profesor Jean Rivero:

“La falta de servicio es un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, que incumbe a uno o varios agentes de la administración, pero no imputable a ellos personalmente.

“2o. La falta incumbe a los agentes del servicio. Las personas físicas son las únicas que pueden cometer faltas; los actos que producen faltas de la administración son necesariamente, el hecho de sus agentes; la responsabilidad por falta del servicio, es pues, un responsabilidad del hecho del hombre. Existe en derecho administrativo como en derecho privado una responsabilidad del hecho de las cosas, pero ésta se sitúa en el marco de la responsabilidad sin falta.

“3o. La falta de servicio no es imputable a los agentes personalmente. Es la distinción capital de la falta de servicio y de la falta personal, consecuencia de la sentencia Pelletier. En la falta

de servicio, la persona del agente no es tomada en consideración; él no es responsable ni respecto de la víctima, ni respecto de la administración. La responsabilidad recae directamente en la persona pública de la que depende el agente. No hay, pues, lugar a distinguir, como a veces se hace, entre la falta de servicio, provocada por un agente netamente individualizado, y la falta del servicio, falta anónima y colectiva de una administración mal tenida en su conjunto, de tal manera que es difícil de descubrir en ella los verdaderos autores; en un caso como en otro, la persona de los agentes permanece totalmente ajena al debate jurídico”.

Y posteriormente agrega:

“El juez, para apreciarla (la falta de servicio), no se refiere a una norma abstracta; para decidir, en cada especie, si hay falta o no, él se pregunta, lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz o momentos de crisis), de lugar, de los recursos que disponía el servicio en personal y en material, etc.

“De ello resulta que la noción de falta del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo”⁸ .
(negrillas fuera de texto original)

El Estado debe cumplir con las funciones que expresamente le asigne la Constitución o la ley (art. 6 C.P.). Sin embargo, dentro de la nueva concepción de la responsabilidad del Estado, se ha entendido que el cumplimiento de ese deber, en algunos casos, abarca algo más que la sumisión al denominado “principio de legalidad” o “cláusula general de competencia”, por cuanto si bien es cierto que toda tarea o toda actividad debe tener un origen en la Carta o en la ley, el funcionamiento del Estado puede o debe lograr nuevos objetivos que traspasan ese límite legal. Lo anterior se conoce como la denominada “misión del servicio”, y es, junto con la ley, lo que enmarca el contenido obligacional de Estado.

Ahora bien, en concordancia con las ideas del jurista francés citado, cabe señalar que así como no existe un derecho absoluto, tampoco puede predicarse del Estado una responsabilidad absoluta. La obligación estatal, por ende, debe analizarse de acuerdo con una serie de circunstancias y limitaciones que definirán si realmente existía o no la facultad real para que la autoridad correspondiente cumpliera con sus asignaciones. Es así como los

poderes jurídicos, esto es, la facultad de la administración para expedir normas o medidas tendientes a prevenir un determinado perjuicio, o la previsibilidad del daño o el hecho ocasionador de un menoscabo patrimonial, juegan un papel fundamental dentro de la apreciación del caso en particular frente a los deberes que le han sido asignados a las autoridades públicas.

Adicionalmente, para una adecuada apreciación de cada caso en particular, de modo que constituya título jurídico válido para exigir la reparación de un daño ocasionado por un agente estatal, deben estudiarse cuidadosamente los medios o los recursos con que cuenta el Estado para asumir una determinada obligación. En primer lugar, es necesario observar los recursos financieros de la entidad pública; es decir, si existe o no la partida presupuestal que permita asumir una cierta asignación, o si existe o no liquidez en la respectiva tesorería que permita utilizar en forma inmediata los dineros suficientes para cumplir con ese propósito. En segundo lugar, resulta indispensable tener en cuenta los medios humanos para asumir una determinada responsabilidad, pues el Estado no cuenta con un número ilimitado de agentes a su servicio que puedan colaborar con el normal funcionamiento de la administración pública. Por último, debe considerarse la capacidad técnica, toda vez que la falta de recursos materiales constituye una verdadera restricción al logro de las metas para las cuales está instituido el Estado.

Dentro de los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar la verdadera responsabilidad del Estado, aparece, además, la falla personal del agente. Se trata, entonces, de advertir si el agente realmente se encontraba en ejercicio de una determinada función pública en el momento en que se ocasionó el hecho generador del perjuicio, o si, por el contrario, ese funcionario actuó motivado por razones personales (dolo) o sin el debido cuidado (negligencia notoria). Para poder determinar lo anterior, se ha establecido, dentro de la teoría de la responsabilidad del Estado, la necesidad de evaluar los nexos perceptibles y los inteligibles. Los primeros hacen alusión al carácter espacial (área de servicio), temporal (período dentro del cual se prestó el servicio) e instrumental (medios con que se cuenta para la prestación del servicio) de la actividad, mientras que los segundos se refieren a la relación de las circunstancias subjetivas del funcionario. Conviene advertir que, en aquellos casos en que resulte evidente la falla personal del agente, si bien el Estado debe responder jurídicamente por el daño causado, la Carta Política lo faculta para repetir contra ese funcionario (art. 90 inc. 2o.).

Como puede apreciarse, el deber del Estado de cumplir con ciertas obligaciones, como es el caso de brindar la debida protección a todos los residentes en el país, no puede entenderse en términos absolutos. Por el contrario, debe analizarse de acuerdo con las circunstancias propias de cada caso, donde la acción o la omisión de la autoridad se encuentra sujeta a una serie de limitaciones de orden jurídico, técnico, económico, humano y hasta personal, de forma tal que únicamente después de evaluadas todas estas variables se pueda concluir en forma categórica que el Estado es responsable del perjuicio antijurídico ocasionado a una o varias personas residentes en Colombia. El ejercicio que debe hacer el encargado de administrar justicia, para llegar a una determinada conclusión en cuanto a la responsabilidad del Estado, se puede apreciar en el siguiente pronunciamiento del H. Consejo de Estado, a propósito de un caso de secuestro:

“La Sala concluye que, en el caso en comento, la Policía Nacional, dentro de las limitaciones que tenía en personal, sí prestó la protección, que le era posible brindar, a los hermanos Libardo y Jorge Duarte Navia, no sin dejar de reconocer que sería reconfortante que todas las ciudades, pueblos y veredas de Colombia estuvieran vigilados por fuerzas robustas en el número y bien dotadas, para hacerle frente al delito. Ello, infortunadamente no es posible, por las limitaciones que produce la pobreza y porque existe conciencia ciudadana en el sentido de que se impone atender primero las necesidades que ella genera en otros frentes como el de la salud, la educación, etc. La realidad económica y social que vive el país, determina al sentenciador a estudiar, valorar y estructurar la falla del servicio, en casos como el presente, con la filosofía ya expuesta por el Profesor Rivero, esto es, indagando primero qué podía esperarse, razonablemente, de él. Si en un poblado de la patria sólo existen ocho agentes de la policía, bajo el comando de un Sub-Oficial, no se puede pretender que la cuarta parte de ellos se dedique, en forma permanente y exclusiva, a vigilar el área geográfica donde una familia está amenazada, olvidando que en otros sitios, del mismo poblado, otras gentes también corren la misma suerte. Una política de “exclusivismo” y de “privilegio” en esta materia no es de recibo a la luz de la lógica de lo razonable, como tampoco lo es, la que pretende que, en un medio sub desarrollado, la autoridad actúe contra el delito, como lo hace, la que goza de los medios más modernos, en los países desarrollados. A la Nación tampoco se le puede pedir que haga lo imposible, pues también sufre las consecuencias que genera la pobreza, y al juez de lo contencioso administrativo no puede demandársele que acepte, que ésta, es per se una falla del servicio, para condenar al pago de los daños que la pobreza misma genera. Si a esta meta se llegara, no habría con qué

pagar las sentencias condenatorias, por sustracción de materia”.⁹ (negritas fuera de texto original)

VIII. Lo antijurídico no es legitimable

La presente ley, al dictaminar que no se debe satisfacer la pretensión injusta del secuestro, no está haciendo cosa distinta a garantizar el bien común y el orden público, ambos partes integrales del interés general.

Como ya se ha dicho, todo lo que se ordena a un fin legítimo tiene que ser proporcionado a dicho fin, esto es, también debe ser legítimo. El fin de toda ley es el bien común, ya que está prescrita, no para el interés particular, sino para el bien de la comunidad. Por tanto, la ley debe ser proporcionada al interés general.

Fijar precio a la libertad humana es un contrasentido ético y jurídico, y más todavía el permitir que ello se haga realidad. La ley no puede permitir esa actitud, porque no es un acto de suyo indiferente, sino un atentado directo, grave e irreversible contra el interés general - con todos sus componentes-. De no prohibir actos como el pago de un secuestro, incurriría el Estado en un incumplimiento de sus deberes más elementales, consagrados en el preámbulo y en los artículos 1o., 2o., 5o., 6o. y 22 de la Constitución.

Es cierto que la persona víctima de un secuestro padece una injusticia, pero ello no legitima solucionar el problema con otra injusticia, ya que es notorio que un acto injusto no genera derecho a la injusticia. No es claro que por estar en una situación difícil pueda legitimarse la primacía del interés particular sobre el interés general, por cuanto éste no puede ser desconocido, en ningún momento, según la jurisprudencia y la doctrina, y por ello la propia Constitución (arts.1o., 58) la coloca como prevalente siempre. No es viable invocar para este supuesto la figura del “estado de extrema necesidad” como fundamento para actuar contra el interés general, por cuanto éste es el bien mayor y, como es obvio, en el estado de necesidad el bien que se lesiona debe ser de menor jerarquía que el protegido; pero no lo contrario, esto es, satisfacer una pretensión deshonesta y antijurídica per se, mediante la lesión de un bien eminentemente superior. Además, contra el bien común no hay título jurídico alguno, porque de admitirlo, todo el orden jurídico se desvanecería, y sin orden jurídico es imposible la convivencia humana en condiciones de dignidad.

En cuanto a una legitimación sin causa para defenderse, tampoco procede, porque el acto de pagar el precio por la libertad, en lugar de detener la agresión actual e injusta, consume el móvil del delito, con lo cual no se ha defendido el derecho a la libertad, sino todo lo contrario: se ha desconocido la no enajenabilidad de la libertad. No hay defensa, sino cesión de derechos no renunciables.

Por otra parte, el hecho ilícito jamás genera la consecuencia lícita, porque, como se ha dicho, todo efecto es proporcionado a su causa, tal como lo demuestra la naturaleza de las cosas. Si un agente obra injustamente, es lógico que el resultado sea necesariamente antijurídico; y lo que es contrario a derecho, tiene que ser prohibido por la ley, sobre todo cuando es directamente perjudicial a la sociedad.

IX. No puede haber un precedente justo fundado en hechos ilícitos

Es importante resaltar un principio claro para entender la legitimidad de un orden jurídico: se refiere a que lo ilícito no puede ser causa de un precedente justo. En otras palabras, no se puede sentar un precedente justo fundado en hechos ilícitos. Se trata de saber por qué lo injusto no sienta precedente justo.

Son tres las respuestas básicas. En primer lugar, porque todo efecto es proporcionado a su causa. En segundo término, porque lo ilícito, al ser privación de juridicidad, no puede generar algo que no tiene: lo justo. Y tercero, porque todo precedente jurídico es perfeccionante.

1) Todo efecto es proporcionado a su causa: Como la causa es aquello que produce u origina un efecto real, sea corporal o incorporal, es obvio que debe guardar una proporción de participación con el efecto causado. Es inconcebible que un hecho ilícito (causa) genere un precedente justo (efecto), es decir, que lo injusto cause lo justo, porque sería equivalente a afirmar que de la no justicia se causa la justicia, o sea que de la nada jurídica se origina la efectividad jurídica, lo cual es imposible.

2) Lo ilícito, al ser privación de juridicidad, no puede generar algo que no tiene: Lo justo. Toda causa eficiente aporta alguna perfección suya al efecto causado por ella. Una causa eficiente no puede aportar algo de lo que carece. El hecho ilícito es privación de juridicidad, luego no puede generar un efecto exactamente opuesto e incompatible con su propia esencia.

3) Todo precedente jurídico es perfeccionante: Cuando la ciencia del derecho considera un hecho como precedente jurídico, lo hace en virtud del beneficio que reporta, mediata o inmediatamente, a la sociedad, y por ende a cada uno de los individuos. Todo lo que se legitima tiene una razón de bien, es decir, de perfección. El hecho ilícito es un atentado contra el bien común, por cuanto implica privar a la sociedad de un bien debido, tanto por naturaleza como por convención, de suerte que no tiene carácter perfeccionante. Luego como la finalidad del hecho ilícito es radicalmente contraria a la del precedente jurídico, es lógico que el hecho ilícito no puede ser, en absoluto, precedente de juridicidad.

X. El plagio y el secuestro.

En sus orígenes, este delito consistía en el hurto de un esclavo ajeno, o en la privación de la libertad de un hombre libre con la finalidad de venderlo como esclavo. Se entendía, pues, como el menoscabo a la propiedad del hombre. En otras palabras: era la cosificación del ser humano.

Esta conducta fue repudiada -comenta Carrara- con el advenimiento del Cristianismo, que consideraba que la persona, al ser hecha a imagen y semejanza de Dios, posee una dignidad inviolable, de suerte que el bien que representa su libertad es una participación de la perfección divina y, por ende, el derecho natural prohíbe que un hombre sea tratado en contra de su propia esencia, que es libre. De ahí que cuando se tomó consciencia de la necesidad de abolir la esclavitud, el delito de plagio sufrió una transformación radical, de suerte que las concepciones modernas consideran que el objeto jurídico protegido es la libertad individual y se le define como la sustracción violenta o fraudulenta de un hombre con fines de lucro o de venganza. Así es que este delito presenta tres elementos esenciales:

- 1) La sustracción de un hombre;
- 2) Haberlo sustraído mediante fraude o violencia;
- 3) Con fines de lucro o de venganza.

En cuanto a la sustracción de un hombre, se refiere a sacarlo del entorno voluntario y normal en que desarrolla su vivencia. También se observa la cosificación de quien, por naturaleza, es sujeto, pues por naturaleza a un hombre no se le sustrae; sino que él mismo, como dueño de

su ser, como persona, es quien se sustrae, luego cuando se dice que sustraen a un hombre, se está vulnerando su dignidad de sujeto, para tornarlo en objeto, lo cual contraviene el orden natural con respecto a la persona humana.

Con relación al fraude o la violencia, es complementario con el punto anterior, pues la única manera de sustraer un hombre, es contra su voluntad, y ello puede ser de dos modos: o mediante una desviación del fin de los actos humanos, para lo cual se distorsionan los motivos de la voluntad de quien va a ser víctima de la sustracción, de suerte que éste, movido por el engaño, pone los medios para un fin que no se cumple, o mediante la fuerza bruta y la violencia, es decir, por la imposición ajena contra la libre determinación, a través de la coacción física o moral.

En cuanto al fin que pretende el sujeto activo en este delito, no es necesaria o exclusivamente el lucro, porque la doctrina admite también como fin la venganza. Sin embargo, la mayor parte de los casos de plagio la motiva el lucro. Este puede ser directo o indirecto. Es directo cuando cabe la posibilidad de obligar a laborar a la víctima, o indirecto, cuando se oculta a la persona para sacar algún provecho que mediata o inmediatamente implique un lucro.

Carrara diferencia el plagio del secuestro. Este requiere un rescate, de suerte que, para el autor citado, el secuestro se encuadra dentro de los delitos contra la propiedad, o dentro del genérico de la extorsión, cuando se solicita a la familia dinero para su liberación. Diferencia también el plagio del delito de encarcelamiento privado, puesto que el primero supone el desplazamiento de la víctima en el espacio. Considera que estos dos últimos delitos pueden ser conexos y que podría pensarse que pertenecen a uno genérico que denomina “justicia privada”, pero aclara que este término no sería exacto, puesto que en el plagio la violencia no es siempre el medio para lograr la sustracción de la víctima, ya que cabe también el fraude.¹⁰

Como dice Silvio Ranieri, el delito de secuestro de persona se distingue del de plagio en que en éste se tiene una privación completa de la libertad individual y no una simple privación o restricción de la libertad personal física. Además, se distingue de los delitos contra la libertad moral en que en éstos se ofende solamente la libertad psíquica y no la libertad física de la persona.¹¹

El delito de secuestro se concreta al privar a una persona de su libertad física, con las consecuencias que ello acarrea para el ejercicio de las demás libertades. Cuando el legislador tipifica esta conducta, defiende al sujeto derecho contra las agresiones que lesionan la libre facultad de movimiento.

Maggiore diferencia el delito de secuestro y el de rescate. El delito de rescate -dice- atenta contra el patrimonio, y, de modo preciso, es un secuestro de persona con fines de robo o de extorsión. Sin embargo, no es exacto afirmar que el patrimonio, sea, en esencia, el bien jurídico lesionado; en realidad el secuestro atenta, fundamentalmente, contra la libertad física de la persona humana, que conlleva, por derivación, en ocasiones un atentado contra el patrimonio e implica siempre una extorsión.

Sobre que la esencia de delito de secuestro es el atentado contra la libertad física, son claras las palabras de la Corte de Casación Italiana:

“... En cambio, el bien amparado por el delito de secuestro personal es la libertad externa de la persona, la libertad de obrar y de moverse la persona física del sujeto pasivo. La esencia del delito de secuestro de persona consiste en poner materialmente a una persona en tales condiciones que no pueda usar la libertad de locomoción, sea totalmente, sea también dentro de los límites señalados por el sujeto activo”¹² .

Es importante señalar que en el delito de secuestro, a diferencia del de plagio, no es de la esencia de tal tipo el que se presente la sustracción, ya que puede haber secuestro sin ella, como en el caso de impedir a una persona la facultad de locomoción, encerrándola en un sitio en el que se encontraba originalmente. Cosa distinta es que en la mayoría de los eventos se presente la figura de la sustracción violenta o mediante engaño, pero, se repite, ello no es un requisito esencial.

XI. La eficacia de la ley 40 de 1993

Una ley tiene que ser eficaz porque de no serlo, no cumpliría ni su fin ni haría lo debido: regular. La eficacia de la ley no consiste en que necesariamente se cumpla, sino en que sea adecuada a la situación regulada y que pueda cumplirse. De ahí que no es eficaz una ley que sea, o inadecuada a la realidad regulada, o imposible de cumplir. La eficacia de la ley no es lo mismo que la observancia plena de la misma a partir del cumplimiento inexorable de los

destinatarios. Si la ley humana se cumpliera siempre, no sería, propiamente hablando, una norma jurídica sino una ley de la naturaleza. Al respecto anota Kelsen:

“Las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación entre una condición y una consecuencia según el esquema: ‘Si A, entonces B’. La naturaleza de esta relación no es sin embargo la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: ‘Si A es, entonces es B’. Dicho en otros términos: si el acontecimiento A se produce efectivamente, el acontecimiento B le sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: ‘si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación’.

“La regla de derecho recurre a un esquema diferente: ‘Si A es, entonces B debe ser’, es decir, si el acontecimiento A se produce efectivamente, el acontecimiento B debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: ‘si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión’.

“En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero en ambos casos se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Solo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición”.¹³

Luego la eficacia en materia jurídica es, propiamente, la imputación de una consecuencia a una condición. La consecuencia opera no en plano ontológico, sino en el lógico. De ahí que no puede darse, jurídicamente hablando, una consecuencia contradictoria. Es decir, no es lógico suponer que la ley permita lo que por esencia tiene que prohibir, y viceversa: no se puede prohibir lo que se tiene que permitir, porque entonces la ley violaría la naturaleza de las cosas, lo cual es contrario a su ser normativo, ya que, como lo señaló Montesquieu, la ley, en su significación más amplia, es la relación necesaria derivada de la naturaleza de las cosas¹⁴

. Y así, un acto es nocivo, no porque la ley lo prohíba, sino que por ser nocivo la ley lo prohíbe. Dada una condición (si el acto es nocivo per se) debe haber una consecuencia lógica (la ley lo prohíbe). Es decir, la ley no crea la bondad o maldad del acto humano, sino que obra imputando consecuencias jurídicas a los actos buenos, nocivos o indiferentes. Por ello los actos virtuosos necesarios para el bien común, la ley los manda. Y los actos indiferentes, la ley los permite. Si ella no fuera una derivada de la naturaleza de las cosas, tendríamos el precedente de la arbitrariedad absoluta del legislador, que no estaría sometido al dictamen de la recta razón, sino a la voluntad imperante en un determinado momento: no habría ni certeza ni seguridad jurídicas, sino las respectivas opiniones relativas.

Para que una ley sea eficaz, por tanto, ha de ser coherente con la realidad. De ahí que es totalmente ineficaz una ley que vaya contra la naturaleza de las cosas, como sería el caso de permitir actos contrarios al bien común. Y, por el contrario, es altamente eficaz una norma jurídica que prohíba los atentados contra el bien común, ya que es racional obrar conforme a su estipulación. Ese es el motivo por el cual la ley “antisecuestro” ha tenido un buen índice de eficacia, por cuanto encierra una prescripción acorde con los principios de solidaridad. Al señalar la prohibición de satisfacer el fin de los secuestradores, genera un precedente de solidaridad y coherencia jurídicas, de suerte que no se hace abstracto el mandato constitucional del artículo 95 numeral 7o., referente al deber de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”, el cual se hace real con la prescripción legal que se está examinando.

Los efectos que ha generado la ley en estudio son, se repite, satisfactorios, ya que, de acuerdo con estadísticas oficiales, los índices de secuestro han disminuído luego de la expedición de la Ley 40 de 1993. Claro está que este delito no puede ser erradicado únicamente con una ley, pues ésta tan sólo marca pautas de eficacia más no comprende todo lo necesario para alcanzar tal objetivo. Para una lucha contra el delito no basta con la prescripción punitiva, sino que es necesario el concurso de las autoridades públicas (para este caso, por ejemplo, de los grupos UNASE) y de la sociedad civil, de manera objetiva. De manera que la ley es, apenas, uno de los mecanismos de saneamiento, pero no todo el proceso que la gravedad del asunto requiere para librar a la sociedad del temor y agresión constante que genera la delincuencia organizada.

Sobre la importancia de contar con todos los elementos necesarios para combatir el delito de

secuestro, conviene remitirse al informe presentado por el señor Ministro de Defensa ante esta Corporación, en el cual se analizan, entre otros, los efectos que ha tenido la ley 40 de 1993 sobre la comisión de los hechos punibles que ocuparon la atención de la Corte:

“La descripción estadística del secuestro registra una curva ascendente de gran significación a partir de 1988, cuando el incremento comparado con el año anterior, fue del 173%, al pasar de 259 a 709. Durante el último quinquenio el punto más elevado se presentó en 1991 con un total de 1717 casos, aproximadamente un promedio de 5 secuestros diarios.

“En 1992 el número de secuestros fue de 1320; se observa un promedio de 3.6 secuestrados por día que equivale a un decremento del 23.12% con relación a 1991.

“En 1993 se han registrado 579 secuestros, presentándose una variación descendente frente a los primeros 5 meses del año anterior del 32%, es decir, que en el último período citado se cometieron 273 casos menos de secuestro. Es conveniente agregar que el descenso en la frecuencia se inicia en el mes de octubre de 1992 (época en la cual se proyectó la ley 40) que en diciembre de 1992 aparece con tan sólo 66 casos, convirtiéndose el hecho anterior en un indicador de que la lucha antisecuestro presentaba, desde el último trimestre de 1992, un control efectivo y que el estatuto dió alguna prolongación y fortaleza a ese control. Sin duda la campaña publicitaria en contra de este flagelo provocó un incremento en la intensidad del reproche social a esta modalidad delictiva, pero mal podría decirse que bastó la legislación para un control efectivo, allí también participaron fundamentalmente la acción de la fuerza pública, la solidaridad ciudadana, la campaña publicitaria y obviamente la ley 40 de 1993.

“Resulta de gran importancia conocer el comportamiento de las cifras del secuestro desde el inicio del debate de la ley 40; en octubre de 1992 a diciembre del mismo año. El total conocido fue de 244, con tendencia descendente en cada mes. La tendencia del delito, después de aprobada la ley es significativamente descendente, tanto cuando se comparan los meses de enero a junio de 1992 con el mismo período en 1993 (32%), como en cada mes del presente año (en promedio mensual del -7% de disminución).”

Estima el suscrito magistrado oportuno reiterar, como ya se ha hecho en este pronunciamiento, la importancia de la participación de todos los estamentos de la sociedad y de las autoridades públicas, en la procura de lograr la primacía del interés general sobre el individual. Es cierto que la vida social, propiamente considerada, supone la participación

activa en ella, tanto de las autoridades como de la sociedad civil. El fin es el mismo, así las funciones de cada una de las partes que integran el todo social sean diversas. Cada uno hará lo debido de acuerdo con su posición funcional.

No es posible pensar que la actividad del legislador, por sí sola, dé eficacia plena al mantenimiento del orden social justo, pues éste se consigue con la participación de todos los asociados, sean particulares o funcionarios públicos. En este caso, el fin no es otro que proteger a todos los habitantes del territorio nacional contra el delito atroz del secuestro, tomando las medidas oportunas y adecuadas para evitar que el móvil más significativo se torne en una realidad que, por su éxito, tiende a repetirse. Además, todos los asociados deben ser conscientes de que la libertad no tiene precio y que deben sentar el precedente de que en Colombia la intimidación no legitimada por el consenso en forma de ley, jamás puede estar amparada por el poder público, que es en un Estado de Derecho quien debe detentar el monopolio de la fuerza.

La ley cumple con su finalidad al prohibir conductas que atenten directa, grave e inminentemente contra el interés general, y al prescribir deberes de solidaridad que tienden a fortalecer la dignidad humana y el sentido estable de la libertad. Pero tanto las autoridades como los asociados deben ser totalmente consecuentes con la razonabilidad de la norma, so pena de que se torne en un enunciado que se sabe que es justo, pero que no se cumple. La coordinación para su cumplimiento debe ser tal, que se presente una conducta social unificada, y sólo así el móvil delictivo desaparece por inoperante; una vez suceda esto, la conducta punible, al verse desmotivada, disminuye considerablemente. Todos los habitantes ganan con la efectividad de esta ley, porque a todos, sin excepción, les interesa que el delito de secuestro no encuentre material apto para existir.

Son, pues, la solidaridad y el valor civil -que no es lo mismo que el heroísmo como deber ser para la generalidad de los asociados- los elementos indispensables que el bienestar general exige para erradicar la instrumentalización de la esencia humana, que es la libertad, por parte de quienes causando temor sacan provecho ilícito de su conducta intimatoria. No se trata de una conducta “heroica”, ya que ésta supone una manifestación extraordinaria -por tanto no debida- en la ejecución de los actos humanos, sino por el contrario, de un deber ordinario de solidaridad, que por su razonabilidad cobija a todos los asociados. La ley es apenas un instrumento más, que será efectivo siempre y cuando encuentre desarrollo en la

actitud de la ciudadanía y de las autoridades; es decir, si las partes activas de la sociedad como un todo son armónicas, coordinadas hacia un idéntico fin: el restablecimiento de un orden jurídico que no permita que el hombre sea tratado como medio, ya que su dignidad exige que se le considere como fin en sí mismo.

El sofisma que se arguye en contrario es claro: en una aparente defensa de la libertad humana, se permite que ésta sea objeto de transacción, y así se abre paso a la comercialización de un bien esencial del ser humano como persona digna, que es su libertad. Es decir, en aras de una defensa “absoluta” de la libertad, se relativiza el valor de la misma, y como consecuencia no sólo hay una mengua en la efectividad del orden jurídico, sino que en última instancia cada uno de los miembros del todo social ve desprotegida su dignidad, al ver que su libertad no es inviolable e incondicional, sino susceptible de ser coartada sin razones de peso suficientes, y que la fuerza acredita fueron no legitimados. Esto conlleva a la inestabilidad radical de la convivencia humana, sin que imperen principios racionales; allí donde la razón cede su puesto a la fuerza, desaparece la efectividad de la libertad, pues la esencia libre del hombre es contraria a la arbitrariedad del más fuerte.

¿Qué consecuencias traería que luego de estar vigente una ley que impide ponerle precio a la dignidad humana, se adujera que ya no obliga?. La respuesta es obvia: que aquello que no está prohibido, de una u otra manera, está permitido. Por tanto, el Estado colombiano dejaría de cumplir con sus fines esenciales y cohonestaría conductas que, por su esencia misma, tiene que combatir. Perseguiría el delito de secuestro en abstracto, ya que los medios adecuados los dejaría en el vacío. Sentaría el precedente de un retroceso en materia jurídica, que implicaría volver a la justicia privada, concepto que la sociedad civilizada ha superado, como fuente de barbarie, y siendo así, se convertiría en algo abstracto y además ineficaz e ineficiente, incapaz de proteger vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y, por ende, abdicaría de sus deberes sociales y tampoco haría cumplir los de los particulares.

Y lo que es peor: la fuerza anularía el derecho. El temor de la parte podría atentar contra el interés general, y éste dejaría de ser prevalente, para dar paso al absolutismo de lo particular, que hace totalmente utópica la realización del bien común, ya que éste se desvanece por completo ante la incertidumbre. ¿Si el interés de cada particular es el que prima, en qué quedaría entonces el interés general? ¿Cuál interés individual primaría en cada

caso? ¿Qué criterio de objetividad tendría el orden jurídico si hay primacía de la parte frente al todo?

XII. Fundamentos jurídicos por los cuales los artículos 18, 20, 21 y 24 deberían haber sido declarados exequibles

1. Artículo 18.

La norma en comento dispone como medida de precaución necesaria, tendiente a evitar que se satisfaga la pretensión lucrativa del sujeto activo del delito de secuestro, la vigilancia administrativa de los bienes, tanto del secuestrado como de su cónyuge, compañero o compañera permanente o sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, por parte de la Fiscalía General de la Nación. Además, este organismo podrá decretar la vigilancia administrativa de los bienes de otras personas, siempre y cuando existan “fundadas razones” para considerar que tales bienes podrían ser utilizados directa o indirectamente para el pago por la liberación de una persona secuestrada. Igualmente, esa misma vigilancia podrá extenderse a las sociedades de las que hacen parte las personas que menciona el artículo acusado, pero cuando existan también fundadas razones para considerar que a través de tales sociedades se pudieran obtener recursos destinados a liberaciones de personas secuestradas.

Es necesario resaltar que dicha vigilancia administrativa no priva a sus titulares de la tenencia, uso y goce de los mismos, ni de su explotación económica, sino que requiere la previa autorización del Fiscal General de la Nación o de sus delegados para la disposición y gravamen sobre dichos bienes, cuando no corresponda al giro ordinario de los negocios, tanto de las personas como de las sociedades mencionadas en el artículo en comento.

Respecto de los alcances del artículo referido, en relación con la facultad que le asiste al Fiscal General de la Nación para decretar la vigilancia administrativa de los bienes a los que se ha hecho referencia, conviene señalar que el artículo 250 de la Carta Política le confía a la Fiscalía “investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes”. Para tal efecto, esa entidad está facultada para “tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”. El restablecimiento del derecho en el caso del delito de secuestro consiste no en permitir que se satisfagan las pretensiones lucrativas de los

secuestradores, sino, por el contrario, en adoptar todas las medidas necesarias para evitar el cumplimiento de este funesto propósito, y así permitir que las autoridades competentes tomen las decisiones convenientes y realicen las actuaciones del caso para lograr la liberación de quien se encuentra privado de la libertad. Se cumple, entonces, con una doble finalidad: evitar un precedente ilícito bajo el amparo de las autoridades, y lograr la adecuada protección de los bienes de los familiares o allegados al secuestrado -que no pueden constituirse en prenda de un chantaje-, así como garantizar los medios jurídicos que permitan la debida investigación penal y la posterior sanción de los delincuentes.

Por otra parte, resulta oportuno señalar que la vigilancia administrativa de que trata el artículo en comento, no obedece a una arbitrariedad absoluta consagrada en cabeza de Fiscal General de la Nación, por cuanto ésta opera siempre y cuando se tengan noticias ciertas de que se ha cometido un delito de secuestro, o una desaparición forzada, o cuando existan fundadas razones para considerar que tales bienes podrían ser utilizados directa o indirectamente para el pago por la liberación de una persona secuestrada. Por tanto, siempre se opera con fundamento in re, esto es, bajo un parámetro de certeza y veracidad. Al consagrar la norma el término “fundadas razones”, está indicando que es razonable, con base en indicios, pensar que la conducta punible o el hecho ilícito es probable que se ejecute o suceda. En consecuencia, existe un principio de razón suficiente que hace que la vigilancia administrativa de los bienes confiada a la Fiscalía se encuentre amparada por la razonabilidad del acto, lo cual pone de relieve que se trata, no sólo de una medida que no contraviene el orden constitucional, sino que, por lo demás, resulta prudente.

Finalmente, debe advertirse que el mandato contenido en el artículo acusado no desconoce, ni mucho menos impide, actos de solidaridad, pues, como ya se ha manifestado, no existe legitimación hacía la cooperación, que vulnere de manera directa o indirecta el interés general. En otras palabras, no se trata de un acto encaminado a ceder ante una situación de apremio, sino que, mediante la solidaridad, se busca la protección de un interés general consagrado en el restablecimiento del derecho y del mismo ordenamiento jurídico.

2. Artículo 20

Lo señalado en este artículo es apenas una consecuencia lógica del deber que tienen todas las personas de colaborar con la buena administración de la justicia (art. 95, numeral 7o.

C.P.). Colaboración que, por lo demás, debe ser armónica por parte de la sociedad civil y de los funcionarios y servidores públicos, pues es imposible que un sector aislado de la comunidad proteja con eficacia el interés general.

La disposición citada busca, como todas las demás, establecer un orden contra el delito de secuestro. Ahora bien, el orden supone que dentro de un todo sus partes funcionan armónicamente, es decir, en consonancia. Por ello el suscrito Magistrado considera que es coherente con los fines esenciales del Estado de Derecho el que la ley imponga el deber de solidaridad en un caso concreto, pero que reporta un bienestar general, efectivo.

Debe recordarse que el fin que persigue el artículo acusado no es otro que la efectividad de un principio válido per se, ya que se funda en el postulado de los deberes inaplazables, como son los de solidaridad,. Por ello es que las instituciones financieras, en este evento, deben actuar con unidad de propósito y con legitimidad de medios, y así lograr que, frente a este delito, la sociedad presente un obrar mancomunado entre todas sus partes.

El suscrito magistrado advierte que las medidas que adopta el artículo son de prudencia y no son objeto de arbitrariedad, por cuanto hay en la norma acusada un discernimiento que permite saber con probabilidad razonable cuándo una persona se encuentra en las circunstancias previstas en el artículo 18 de la ley, y para ello obedece a un criterio de razonabilidad: las altas sumas de dinero que las entidades financieras autorizan entregar y el cambio súbito en el giro, que no corresponde al ordinario de los negocios. La medida no es en sí punitiva, sino preventiva; y habrá punibilidad para la entidad financiera que no tome las medidas de vigilancia y prevención, ya que este supuesto equivale a una no colaboración con la administración de justicia (art. 95 Num. 7o C.P.), para lo cual es improcedente alegar cualquier facultad legítima, ya que es conocido que contra un deber esencial no hay derecho alguno.

3. Artículo 21

La razón de ser del artículo en estudio es clara: las autoridades necesitan saber del estado de las cuentas de las personas que están, ante el apremio en que los han colocado los secuestradores, en probabilidad -algo más que la mera posibilidad- de satisfacer la pretensión lucrativa de estos delincuentes, para decidir con justicia cuándo hay un desembolso razonable. Se repite que esta situación no equivale al estado de extrema

necesidad, puesto que la protección del interés general -que es de todos- no puede dejar víctimas: se es víctima de los sujetos activos del delito de secuestro, no de la ley.

Resulta oportuno aclarar que este postulado no atenta contra la presunción de buena fe de las personas a que menciona el artículo 18 de la ley acusada, por dos razones fundamentales: a) tan sólo es una medida de prevención, no de castigo ni de imputación delictiva; y b) hay fundadas razones para tomar las medidas adecuadas, con base en la probabilidad de que se presente un desembolso no debido y, por el contrario, ilegal. La Fiscalía, por tanto, ha de verificar en cada caso concreto si la probabilidad aumenta o no, para tener un criterio razonable para dar o no la autorización correspondiente, cumpliendo así con su función constitucional de tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho (art. 250 numeral 1o. C.P.).

Debe agregarse que, como en el caso a que alude la norma hay un retiro “excepcional”, la situación exige por parte de las autoridades medidas adecuadas que eviten la transgresión de la legalidad, cuyo fin es benéfico para los asociados. Sería irrisoria la conducta de las autoridades, si teniendo razonables fundamentos para deducir que es probable la violación del ordenamiento jurídico, no se toman las medidas preventivas -no punitivas- necesarias para mantener la vigencia del derecho. Ello haría que el Estado no sólo fuera ineficiente, sino ineficaz, lo cual no puede ser previsto, ni mucho menos aceptado, sobre todo cuando puede ser eficaz y eficiente.

Para el suscrito magistrado el artículo 21 de la Ley 40 de 1993 es una disposición que es coherente con el restablecimiento del derecho y con la primacía del interés general. Y, con base en lo expuesto, procederá a declarar su exequibilidad, ya que toda función de las autoridades, para ser efectiva, debe contar con mecanismos aptos y proporcionados al fin que la actividad estatal persigue.

4. Artículo 24

La disposición citada establece una consecuencia jurídica al incumplimiento por parte de las instituciones financieras y de todas aquellas personas que capten dineros del público, según lo prescrito en el artículo 20 de la ley sub examine. Y es natural que así suceda para no dejar como simple enunciado abstracto lo estatuido como deber ser por la voluntad general. Como es propio de la ley inducir a la obediencia, esto tiene que hacerlo a través de la coacción; por

ello la coacción es un efecto propio de la esencia legal.

Y es que la ley tiene dos aspectos esenciales: primero, el ser regla de los actos humanos; segundo, el ser coactiva. Por tanto los destinatarios de una norma jurídica pueden estar sujetos a la ley de dos maneras: primero, como lo particular está comprendido por lo general; según esta manera, todos cuantos están sujetos a una legalidad, lo están también a la racionalidad de dicho precepto. De un segundo modo pueden los hombres estar sujetos a una ley, como está el sujeto obligado a la causa obligante. En este sentido si hubiera hombres perfectos no estarían sujetos a la ley, sino conformes con ella. Pero la realidad indica que el conglomerado humano no está conformado por hombres perfectos en la ejecución de sus conductas; por ello es necesario que la ley genere un margen de efectividad, la cual se da siempre y cuando exista la coacción como auxiliar de la justicia y no como fuente de la misma.

XIII. La decisión mayoritaria

Si bien a lo largo del presente Salvamento de Voto se refutan jurídica y doctrinariamente los argumentos expuestos en la Sentencia C-542/93, el suscrito magistrado considera pertinente referirse a algunas de las afirmaciones contenidas en el pronunciamiento citado, las cuales, a su juicio, no se compadecen con la debida interpretación de los preceptos contenidos en la Carta Política.

Así, por ejemplo, se afirma: “Los derechos a la vida y a la libertad no pueden sacrificarse por la persona en aras del interés general, salvo cuando la propia persona acepta el sacrificio voluntaria y libremente”. (pág. 18).

En primer lugar, debe reconocerse que el interés general no prevalece sobre los derechos fundamentales, por cuanto éstos son constitutivos de aquél. Pero sí es evidente que el interés general debe prevalecer sobre el interés particular, según el perentorio mandato contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política.

En segundo lugar, no es posible argumentar que el interés general atenta contra la persona en particular, pues, como bien se ha establecido por la doctrina ius publicista, el interés general no supone el interés de la mayoría, sino el interés de todos, esto es, lo que Rosseau denomina “el punto común de convergencia”. En efecto señala el citado autor:

“Hay mucha diferencia entre voluntad de todos y voluntad general: ésta atiende sólo al interés común, la otra, mira al interés privado, y no sino una suma de voluntades particualres, pero quitado de estas mismas voluntades el más y el menos, que se destruyen, queda para suma de las diferencias la voluntad general como punto común”¹⁵ .

En tercer lugar, como se estableció anteriormente, aceptar el riesgo no implica, ni puede implicar, renuncia al derecho a la vida, sino que significa una actitud mínima exigible de conformidad con el principio de solidaridad. Es por ello que determinadas actividades que conllevan un riesgo natural e inminente, deben ser desarrolladas por ciertos agentes, como el caso de los soldados, de los médicos e, incluso, de lo abogados.

Por otra parte, se afirma: “Tal peligro, en la mayoría de los casos, no es evitable de una manera diferente al pago del rescate a los delincuentes. Por desgracia, la acción de las autoridades no impide la comisión del delito, ni consigue la liberación de la víctima”. (pág. 21).

Si la única forma de combatir el secuestro es, como se desprende de la sentencia, satisfaciendo las pretensiones lucrativas e injustificadas de los delincuentes, entonces ello conduciría a que el hombre debe ceder siempre ante cualquier peligro, eliminando toda acción solidaría, por cuanto ésta implica, en ciertas ocasiones, un peligro inminente.

Por otra parte, si bien es cierto que no se debe atribuir a las autoridades públicas la responsabilidad exclusiva por el incremento en los índices de secuestro en el país, tampoco debe asumirse, como lo hace el pronunciamiento mayoritario, la incapacidad de los organismos oficiales para cumplir con sus deberes constitucionales, los cuales, no sobra advertir, parten del supuesto de la colaboración ciudadana en virtud del principio de solidaridad.

En el presente Salvamento de Voto se ha establecido que el pago del secuestro, si bien no constituye la consumación del delito, tampoco puede desconocerse que, en la mayoría de los casos, satisface el fin perseguido por los sujetos activos de este ilícito penal. El móvil del delito de que se ocupa la ley 40 de 1993, no es la privación de la libertad en sí, sino el secuestro extorsivo; de forma tal que una vez satisfecha la pretensión lucrativa se logra un doble efecto: se crea el grave precedente de que la libertad es objeto de transacción económica, y se convierte en un acicate para la llamada “industria del secuestro” que tiene

agobiada a nuestra sociedad. Además, no sobra advertir que el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, abarca no sólo la vulneración de la causa delictiva -privación de la libertad-, sino también enervar sus efectos.

Se afirma igualmente: “Quien paga para obtener la libertad de un secuestrado y salvar su vida, lo hace en el cumplimiento del deber de solidaridad que la Constitución le impone en el artículo 95 (....)” (pág. 28).

Como se manifestó, la solidaridad implica un obrar mancomunado -in solidum- hacía la satisfacción del interés general. Facilitar el móvil que persigue el secuestrador, no responde a un principio de solidaridad, toda vez que el interés general no puede ser aquel encaminado a quebrantar el orden jurídico legítimamente establecido. No sobra recordar la distinción existente entre la acción solidaria, cuyo efecto siempre es la perfección social y el sentimiento de compasión, el cual siempre es jurídicamente explicable, más no en todos los casos justificable.

Las anteriores consideraciones, son pues las que han llevado al suscrito magistrado a discrepar de la declaratoria de inexecutable de los artículos 18, 19, 20, 21 y 24 de la ley 40 de 1993, decisión que respeta pero que consdiera carente de un sólido fundamento jurídico-constitucional y, más grave aún, puede tener efectos muy nocivos para el orden público, la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, y el derecho que tienen todas las personas residentes en Colombia a la seguridad, por cuanto, como se explica en este Salvamento, permitir que se continúe con la práctica del pago de rescate por secuestros, esta atroz modalidad delictiva continuará prosperando, para desgracia de nuestro país, con las fatales consecuencias que ello acarrea para la sociedad y la solidez del propio Estado de Derecho.

Fecha ut supra.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia No. C-542/93

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Facultades (Aclaración de voto)

Con miras al cumplimiento de las funciones que la Carta Política asigna a la Fiscalía General de la Nación, las normas mencionadas le conceden la facultad de tomar las medidas de tipo administrativo que fueren del caso adoptar, inclusive respecto de bienes, derechos, fondos u otros activos provenientes o relacionados con el delito, o que sean de propiedad de los presuntos infractores vinculados al proceso penal, desde luego, con el lleno de los requisitos contemplados en el C.P.P. y con observancia plena de los trámites que en dicha normatividad también se establecen.

Considero que en la sentencia ha debido dejarse expresa constancia que la declaratoria de inexecutable del artículo 18 de la Ley 40 de 1993 no significa en modo alguno un cuestionamiento de las competencias que el artículo 250 de la Constitución Política, los numerales 3o. y 4o. del artículo 3o. del Decreto 2699 de 1991 y el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal, confieren a la Fiscalía General de la Nación en orden al efectivo cumplimiento de las funciones de investigar los delitos, asegurar su eficaz persecución e incriminación, asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal y hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios que estos ocasionen.

Ciertamente, con miras al cumplimiento de las funciones que la Carta Política asigna a la Fiscalía General de la Nación, las normas mencionadas le conceden la facultad de tomar las medidas de tipo administrativo que fueren del caso adoptar, inclusive respecto de bienes, derechos, fondos u otros activos provenientes o relacionados con el delito, o que sean de propiedad de los presuntos infractores vinculados al proceso penal, desde luego, con el lleno de los requisitos contemplados en el Código de Procedimiento Penal y con observancia plena de los trámites en que dicha normatividad también se establecen.

En efecto:

El artículo 250 de la Constitución Política, en su numeral 1o. dispone:

“Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes...

Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

...”

De manera concordante con el precepto constitucional antes citado, el artículo 3o. del Decreto 2699 de 1991, orgánico de la Fiscalía General de la Nación corrobora que a esta le corresponde:

“...

4. Asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal adoptando las medidas de aseguramiento.

5. Tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios causados por el delito

...”

Recuérdese también que el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal señala al fiscal y al juez el deber de decretar en la providencia que imponga la medida de aseguramiento, o con posterioridad, el embargo y secuestro preventivo de los bienes de propiedad del sindicado, en cuantía que considere suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado.

Fecha et Supra,

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

REFERENCIA: Sentencia No. C-542/93, del 24 de noviembre de 1993. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12, 16, 18, 19, 20, 21, 24, 25 y 26 de la Ley 40 de 1993. Expediente D-275

Auto aprobado según consta en el Acta número cuatro (4) de la Sala Plena, en Santafé de Bogotá, D.C. a los veinticuatro (24) días del mes de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

En la página veintisiete (27), párrafo segundo, de la sentencia número 542/93, del 24 de

noviembre de 1993, aprobada en la Sala Plena de esta Corporación, se incurrió en un error mecanográfico por omisión y cambio de palabras. El párrafo dice:

“En relación con el artículo 25, es menester advertir que éste viola, además, el artículo 13 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad, y prohíbe las discriminaciones por razón del origen nacional”.

El párrafo realmente aprobado es este:

“En relación con el artículo 25, es menester advertir que éste, además, no viola, el artículo 13 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad, y prohíbe las discriminaciones por razón del origen nacional”. (se resalta).

Lo anterior es evidente no sólo por las consideraciones de la parte motiva de la sentencia, sino porque en la parte resolutive, se declaró el artículo 25 exequible, en las mismas condiciones que los 12 y 16. En efecto, el numeral 1o. de la parte resolutive de la sentencia, dice:

“PRIMERO.- Decláranse EXEQUIBLES los artículos 12, 16 y 25 de la ley 40 de 1993, salvo cuando el agente actúe en algunas de las circunstancias de justificación del hecho previstas en la ley penal, caso en el cual son INEXEQUIBLES”

Por las razones expuestas, mediante el presente auto, se ordenará que la sentencia número 542/93, debidamente corregida, como aquí se indica, sea publicada, junto con este auto, en la Gaceta Constitucional.

En consecuencia, la Corte Constitucional

RESUELVE

ORDENASE a la Secretaría General, que la sentencia número 542/93, del veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993), corregida como aquí se ordena, sea publicada, con el presente auto, en la Gaceta Constitucional.

Cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOS

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

CARLOS GAVIRIA MUÑOZ

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

1 FUNDACION PAIS LIBRE. Informe dirigido al Consejero Presidencial para la Seguridad, 6 de agosto de 1993

2 ARISTOTELES. LA POLITICA. Libro Primero, Capítulo Primero; Madrid, Espasa-Calpe, 1974, pág. 24.

3 SANTO TOMAS DE AQUINO SUMA TEOLOGICA I-II, Q 90, A. 2.

4 Cfr. HABERMAS Jurgen. TEORIA Y PRAXIS Buenos Aires; Cruz Verde, 1972, págs. 16 y ss.

5 HABERMAS Jurgen. TEORIA DE LA ACCION CONMUTATIVA COMPLEMENTOS Y ESTUDIOS PREVIOS, Madrid, Cátedra, 1984, Pág. 392.

6 Cfr. JUSTINIANO. INSTITUTAS I. 1

7 LESLIE Lipson, LOS GRANDES PROBLEMAS DE LA POLITICA, México, Editorial Limusa-Willey, S.A., 1964, Pág. 77.

9 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de agosto de 1988. Magistrado Ponente: Julio César Uribe Acosta

10 1Cfr. F. CARRARA, PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL Bogotá, Temis, 1981, tomo III, págs. 490- 517.

11 Cfr. S. RANIERI, MANUAL DEL DERECHO PENAL. Bogotá, Temis, 1975, tomo V. pág. 445.

12 CORTE DE CASACIÓN ITALIANA, 24 de junio de 1935, citado por G. MAGGIORE, Bogotá, Temis, 1989, tomo IV, pág. 456

13 KELSEN Hans. TEORIA PURA DEL DERECHO Buenos Aires; Editorial Universitaria, 1982, págs. 26 y s.

14 MONTESQUIEU DEL ESPIRITU DE LAS LEYES Barcelona, Orbis, 1984, Tomo I, pág. 31

15 ROSSEAU J.J. EL CONTRATO SOCIAL en EBEINSTEIN William LOS GRANDES PENSADORES POLITICOS. Madrid, Revista de Occidente, 1965, pág. 553