

Yecid Echeverry Enciso*

Universidad Icesi (Cali, Colombia)

yecheverry@icesi.edu.co

**Las obligaciones civiles y las víctimas del
secuestro en Colombia****

Civil obligations and victims of kidnapping in Colombia

Obrigações civis e vítimas de sequestro na Colômbia

Artículo de reflexión: recibido 29/08/2015 y aprobado 29/11/2015

* Sociólogo y magíster en Filosofía por la Universidad del Valle. Abogado por la Universidad de San Buenaventura Cali, Especialista en Derecho Penal por la Universidad Santiago de Cali, Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Argentina, Docente Tiempo Completo Universidad Icesi donde enseña las materias de Derecho Penal y Social. Se interesa por el derecho penal, la criminología, la política criminal, la sociología y la filosofía jurídica.

** Este artículo es un producto del proyecto de investigación *El control constitucional y la política criminal en los estados de excepción: Colombia 1991-2000*, adscrito al Grupo Precedente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. Línea de investigación: Dogmática penal y criminología.

Resumen

Este artículo trata el tema de las víctimas del secuestro en Colombia y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, que en virtud del principio de solidaridad, terminó por trazar una política criminal que transformó las obligaciones civiles asumidas por aquellas antes del secuestro. En ese sentido, se aborda el tema de la autonomía de la voluntad en materia contractual, los límites a dicha libertad, y las consecuencias que de ello se derivan bajo la concepción de Estado social de derecho.

Palabras claves: Autonomía de la voluntad, Obligaciones civiles, Víctimas de secuestro.

Abstract

The Article addresses the issue of victims of kidnapping in Colombia and developing jurisprudence of the Constitutional Court, which under the principle of solidarity, eventually constitute a criminal policy that transformed the civil obligations assumed by those before the kidnapping. In that sense, the issue of autonomy in contractual topics, the limits on that freedom and the consequences resulting therefrom under the concept of Estado social de derecho is developed.

Keywords: Freedom of choice, civil obligations, Victims of kidnapping.

Resumo

Este artigo aborda a questão das vítimas de sequestro na Colômbia e desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional, que, sob o princípio da solidariedade, constituir uma política criminosa que transformou as obrigações civis, assumidas por aqueles antes do sequestro. Nesse sentido, é abordada a questão da autonomia em assuntos contratuais, os limites a essa liberdade e as consequências daí resultantes sob o conceito de Estado sociais de derecho.

Palavras-chave: Autonomia, Obrigações civis, Víctimas de sequestro.

Introducción

En este texto se analizarán las diferentes sentencias que la Corte Constitucional colombiana ha pronunciado con respecto a las obligaciones civiles contraídas por personas que, con posterioridad a la adquisición de sus compromisos, fueron víctimas de secuestro y desaparición forzada. El objetivo es hacer un acercamiento conceptual a los siguientes interrogantes: ¿Por qué los acreedores –de acuerdo con el deber de solidaridad– deben suspender el cobro de las acreencias debidas por las víctimas de secuestro y desaparición forzada? ¿Qué entiende la Corte Constitucional de Colombia por solidaridad? ¿Qué garantiza los derechos de los propietarios o acreedores si las obligaciones pueden suspenderse por razones ajenas a la voluntad de las partes y de la ley? ¿La suspensión de pago a los acreedores legítimos implica una carga adicional no justificada que afecta la autonomía contractual y el derecho de propiedad de las personas?

De acuerdo con lo anterior, las siguientes líneas buscarán escudriñar el sustento filosófico y jurídico de la autonomía de la voluntad, para encontrar sus límites y alcances, pues de la respuesta que se dé a la pregunta por la autonomía de la voluntad dependerá el juicio a las sentencias del tribunal constitucional.

Obviamente, primero es necesario hacer un breve recuento cronológico de los fallos sobre el problema del secuestro en Colombia, pues allí empieza a perfilarse lo que más adelante constituirá el aporte del tribunal constitucional en asuntos del resorte del derecho privado; creando un precedente constitucional que, de una u otra manera, transforma la tradición civilista de nuestro país en perjuicio de los acreedores, a quienes obliga a soportar una carga prestacional en procura del deber de solidaridad –implícito en la noción de Estado social de derecho–, pero a favor de las víctimas en aras de un orden justo. Así mismo, se estudiarán las sentencias que modificaron las obligaciones contraídas por las futuras víctimas de secuestro y desaparición forzada, para mostrar los aciertos y desaciertos del juez constitucional, y presentar unas posturas que, en algunos casos, eran más adecuadas en consideración de la normatividad civil colombiana y los principios generales que orientan lo relativo a las obligaciones y los contratos. Por último se aventurarán algunas conclusiones.

Autonomía de la voluntad

El mundo Occidental ha elaborado una serie de complejas estructuras jurídicas y políticas sobre las que descansa el sistema de responsabilidad de la persona humana. Ellas parten del supuesto de la existencia de seres libres y racionales que

deciden por cuenta propia entre lo que les conviene y lo que no han de hacer, de conformidad con un criterio de costo-beneficio o de placer y dolor, según sea el caso. Los principales límites a ese poder de actuación humana son, en la actualidad, los derechos fundamentales en consideración con la dignidad humana. Sin embargo, los derechos tienen implícitos unos deberes de actuación y de abstención que han ido minando el amplio espectro de acción proporcionado por la libertad. Esto ocurre especialmente, en vigencia de lo que ha dado en llamarse el Estado constitucional o el poder judicial, amparado en valores que logran alcanzar los rincones más alejados de la hermenéutica jurídica, transformando el orden tradicional del derecho que hasta ahora habíamos conocido.

Algunas de las teorías que alimentan la idea de autonomía las encontramos en Aristóteles y Santo Tomás de Aquino; otras, un poco más modernas, nos las ofrecen filósofos como Locke, Hobbes, Kant, Schopenhauer, Habermas, y Rawls, que desarrollan sus postulados a partir de la existencia de la libertad como algo dado al hombre. La existencia, entonces, de una serie de postulados que admiten la libertad como algo consustancial a la esencia humana, y las nuevas limitaciones surgidas a partir de los esfuerzos judiciales en desarrollar los valores constitucionales y alcanzar la equidad, hacen necesario hoy volver al debate para fundamentar el supuesto de la libertad, especialmente cuando la mayoría de transacciones o convenios que se celebran a diario tienen por sentado que se es libre al contraer obligaciones. Pues el contrato no solo en lo político sino también en lo jurídico asume al hombre como ser responsable de sus acciones en virtud del libre albedrío en que se ha ubicado como sujeto de derechos. De ahí la necesidad de escudriñar la noción de autonomía de la voluntad a efectos de poder entender sus alcances y límites en virtud del desarrollo jurisprudencial del nuevo Estado constitucional; y más concretamente, en el caso de estudio, de la Corte Constitucional colombiana.

En este sentido, el problema de la libertad humana ha sido siempre una de las cuestiones fundamentales de la meditación filosófica y del debate político; pero con la particularidad de que, quiérase o no, la discusión se ha hecho básicamente en un plano metafísico. La multiplicidad de las respuestas apartadas y de las formas de enfocar y presentar la cuestión de la libertad constituyen un logro de la conciencia filosófica y política que demuestra, con ello, una profundización del intelecto humano, cada vez mayor, en uno de los enigmas más angustiantes que ante sí tiene el hombre. Aunque la atribuimos con frecuencia a la individualidad, la noción de libertad está íntimamente ligada a los cambios históricos sociales.

Así, la conciencia de la libertad y su efectiva existencia ha sido un proceso constante. Hegel (1965) ha dicho, justamente, que la “historia universal es el progreso de la conciencia de la libertad” (p.84), aunque con frecuentes alteraciones que le han procurado un retroceder o avanzar aceleradamente, desde la antigua Grecia hasta hoy en día; proceso que, a pesar de los ingentes esfuerzos de todos los hombres, aún no culmina. En consecuencia, para decirlo con palabras del mismo filósofo, “nunca se ha sabido ni experimentado mejor que en la época actual hasta qué punto esta libertad, tal como ha sido formulada, es indeterminada todavía, hasta qué punto es una palabra infinitamente ambigua y, siendo lo más alto, trae consigo infinitos equívocos, confusiones y errores, y comprende todos los desórdenes posibles” (Hegel, 1963, p.804)

Es la conciencia de la libertad y el actuar libre los que hacen factible la eticidad del obrar humano y la existencia del derecho, pues “nuestra voluntad no sería voluntad sino fuera libre” (San Agustín, 1947, p. 416-418). Es decir, solo hay comportamiento humano moral dentro del marco de la libertad y únicamente los actos humanos pueden ser objeto de juicios morales. Es por ello que Santo Tomás de Aquino puede declarar: “lo mismo es decir actos morales que actos humanos” (de Aquino, 1954, 106).

De ahí que ocupe al derecho la necesidad de profundizar y aclarar esta categoría, pues solo si se considera al sujeto moral como capaz del bien y del mal, podemos hacerle cargos o juicios de responsabilidad acordes con sus actos. Si no es libre de elección, ¿cómo juzgar su proceder? ¿Cómo exigir que se comporte de una u otra forma cuando la decisión no está en su propia voluntad? ¿Cómo exigir el cumplimiento de una obligación contraída en contra de su voluntad, de su albedrío? Es claro que un sujeto que obra por coacción de otro no puede ser responsable de su acción cuando su voluntad, su esencia moral, ha sido reificada; es decir, convertida en cosa, en instrumento. De allí que deba el Estado, para el cumplimiento de las responsabilidades de los ciudadanos, garantizar el ejercicio pleno de las libertades bajo una concepción moral de la persona, como sujeto pensante y racional, pues no de otra forma debe ser tratado el hombre, sin violentar su dignidad.

Pero, ¿es la voluntad realmente libre? ¿Puede el hombre escapar al determinismo natural del principio de causalidad? Éstas son preguntas obligadas a la hora de establecer una justificación racional de la responsabilidad por los actos. Preguntas que llevan, por una parte, a Aristóteles, quien a partir de la voluntad –que implica una primera forma de libertad y la racionalidad

bajo el aspecto de deliberación— pretende dar respuesta. A Kant, quien bajo la idea de la segunda naturaleza encuentra la fórmula perfecta para superar el determinismo físico al permitir que la naturaleza humana sea ella misma, gracias a la buena voluntad y a la razón, capaz de autonomía; y por otra parte, a Schopenhauer, quien cuestiona directamente la libertad de la voluntad, y nos remite a la motivación y al deseo como elementos internos determinadores de la voluntad y forjadores del carácter humano.

En este sentido, Aristóteles plantea que el hombre se enfrenta a dos tipos de situaciones: unas que dependen de nosotros y otras que no nos es dado alterar o suprimir, las cuales sólo nos resta ver pasar con todo lo que ello implica. Son de este último tipo la muerte, la vejez, el día y la noche, pues nada podemos hacer para alterarlas. Por el contrario, son del primer tipo las cosas morales, aquellas que podemos hacer que sean o que no, pues está en nuestra voluntad y determinación su ocurrencia; allí operan la virtud y el vicio, y podemos escoger entre lo uno o lo otro. Por definición, se entiende como acto moral toda acción del alma conforme a la virtud; es decir, la manera de comportarnos frente a la pasión acorde con los dictados de la recta razón (Aristóteles 2000), así como el ser consciente y querer realizar tal acción con preferencia de otras sin vacilación alguna. Es nuestro comportamiento, entonces, el que dice si nuestro obrar es virtuoso o no. De allí que se afirme: “por la conducta que observemos en las convenciones que tienen lugar entre los hombres, seremos justos o injustos; y por la manera como nos comportemos en los peligros, según que nos habituemos a tener miedo u osadía, seremos valientes o cobardes” (Aristóteles, 2000, p.18). La razón así entendida se comprende como una facultad del alma que, junto con la voluntad, hace posible que los hombres orienten su conducta, bien sea a la virtud o al vicio, pues en ellos está la fuente del obrar o del no obrar.

Ahora bien, Aristóteles parte de una concepción del hombre como ser un racional, capaz de deliberar y de elegir entre varias opciones; apto para interponer su voluntad como algo que le es propio, por encima de las pasiones que son externas; esto es, de dominarlas o por lo menos enfrentarlas de manera victoriosa. El raciocinio y la deliberación constituyen una función excelsa del alma humana, algo que lo diferencia de las demás especies animales. De ahí que sea responsable de sus actos, pues el hombre goza de una capacidad de elección en términos de “libertad” para determinar sobre lo moral; esto es, sobre aquellas cosas que le es dable modificar dado que dependen de su

acción, pues ya se advirtió que existen situaciones invariables o irresistibles a la condición humana.

La voluntad como disposición para obrar es requisito fundamental en la existencia del acto moral o humano, pues de ella deviene el juicio de responsabilidad. “A lo que respondemos que si cada uno es responsable en algún modo de su disposición moral, también lo será en cierta medida de su fantasía. Si así no fuese, nadie sería responsable de su mala conducta” (Aristóteles, 2000, p.35). Pero, ¿qué debemos entender por voluntario? Es una cuestión que hay que definir. En principio se nos muestra como “aquello cuyo principio está en el agente que conoce las circunstancias particulares de la acción” (Aristóteles, 2000, p.30). En otras palabras, Aristóteles entiende por voluntario aquello que puede ser realizado por el sujeto sin necesidad de la intervención de otros o de la naturaleza misma. Por eso se dice que cuyo principio o primera causa está en el agente, en quien actúa, sin dependencia de nada ajeno a él mismo. De acuerdo con esto, las cosas cuyo principio o causa no radican en el individuo sino en algo externo a éste no las podemos llamar voluntarias. “Si no podemos referir nuestros actos a otros principios fuera de los que tienen su asiento en nosotros, habrá que radicar en nosotros y tener por voluntarios los actos cuyos principios están en nosotros” (Aristóteles, 2000, p.34).. Está, pues, en nuestras manos el ejecutar actos virtuosos o perversos, el obrar conforme a lo bueno o a lo vergonzoso (Aristóteles. 2000). He ahí la capacidad de bien y de mal en Aristóteles, centrada en la idea de una voluntad libre; es decir, aquella que no depende para obrar de algo externo a nosotros mismos. “Llamo voluntario, como he dicho anteriormente, lo que alguno hace entre las cosas que dependen de él, con conciencia y sin ignorar a quién, ni con qué, ni por qué; por ejemplo, a quien hiere y con qué y por qué motivo” (Aristóteles, 2000, p.67).

Los actos involuntarios son los ejecutados por la fuerza o por la ignorancia. La fuerza que actúa como elemento externo al agente deviene en principio extrínseco y, por tanto, involuntario, puesto que la causa de la acción no está en quien obra. Lo voluntario está mediado por la deliberación, que es investigación, análisis, estudio; pues solo delibera “el que es dueño de su razón” (Aristóteles, 2000, p.32). Una vez se ha deliberado, esto es que la razón ha presentado al alma los diversos medios para su elección, opera en la *psique* humana, según Aristóteles, el proceso de elección preferencial (*proairesis*) de los medios o de los fines que se quiere alcanzar. Luego, la deliberación junto con

la elección constituye el principio de autodeterminación del ser en lo moral; esto es, en el mundo de las cosas que dependen de nosotros. La deliberación, entonces, busca la manera de acceder a un fin determinado, estudia los medios posibles, los compara, evalúa, juzga sobre su pertinencia e idoneidad, y se inclina por el que considera más apropiado al fin, para presentarlo como candidato a elección. Así, pues, “el objeto de la deliberación y el de la elección es el mismo, salvo que el de la elección es algo ya determinado, puesto que lo juzgado por la deliberación es lo que se elige. Todo el que indaga cómo ha de obrar cesa en esta operación cuando refiere a sí mismo el principio de la acción y más concretamente a la parte gubernativa del alma, que es la que elige” (Aristóteles, 2000, p.33).

De lo anterior se deduce que la libertad o autonomía del hombre es una facultad del alma racional que lo capacita para deliberar y elegir la acción a realizar, siendo esta facultad constitutiva de todos los seres racionales. Luego el derecho, al levantar sus bases sobre la idea de la autonomía de la voluntad, no hace otra cosa que retomar los postulados aristotélicos, desarrollados más tarde por Santo Tomás en su *Summa teológica*. Así, el derecho parte de la idea de autonomía como una característica propia de los seres humanos por su condición de racionalidad. Sin embargo, debemos preguntarnos cuál es el límite de la autonomía. Aristóteles (2000) responderá que el fin último del hombre es la felicidad, estado que se alcanza con la consecución del bien común, de ahí que sea “lo mismo vivir bien y obrar bien que ser feliz”(p.5). En otras palabras, la autonomía de la libertad encuentra límites en el bienestar de los demás ciudadanos, en no realizar acciones que dañen voluntariamente a otros, en obrar conforme a la equidad y la justicia, pues esta última es considerada como todo aquello que produce y protege la felicidad al interior de la comunidad política.

Kant va a entender el concepto de autonomía humana como el producto de la racionalidad y el ejercicio de la voluntad que, como una segunda naturaleza, impide al hombre ser doblegado por el principio determinista de causalidad. En otras palabras, la racionalidad y la voluntad hacen que la acción humana sea la primera causa de una serie de acciones que no están determinadas por la naturaleza física¹. De ahí que la autonomía sea la principal virtud del género

1 . En este sentido, Kant (1996) afirma que:

“las leyes son o leyes de la naturaleza o leyes de la libertad. La ciencia de la primera se llama física, la de la segunda es la ética; aquella es denominada también doctrina de la naturaleza, ésta,

humano, que lo dignifica, que le otorga un valor especial por encima de las demás especies. Pues el hombre ha de actuar como un agente autolegisador siguiendo las leyes que la razón le ha dado como sujeto pensante, como ser moral. Veamos:

Se veía al hombre atado por su deber a leyes, pero a nadie se le ocurrió que está sometido solamente a su legislación propia y sin embargo universal, y que está atado solamente a obrar en conformidad con su propia voluntad, que es, sin embargo, según el fin natural, universalmente legisladora (...) voy a denominar a este principio el de la autonomía de la voluntad, en contraposición a cualquier otro, que, por eso, cuento entre los pertenecientes a la heteronomía. El concepto de todo ser racional, que tiene que considerarse a través de todas las máximas de su voluntad como universalmente legislador para enjuiciarse a sí mismo y a sus acciones desde este punto de vista, conduce a un concepto a él anejo muy fructífero, a saber, al de un reino de los fines (Kant, 1996, p.197).

La libertad, en Kant, encuentra su fuente en la racionalidad, facultad propia de todos los seres humanos, pero al igual que en Aristóteles también tiene límites, precisamente en aquellas acciones que se aparten de su ética procedimental al no cumplir con los filtros impuestos por los dos imperativos categóricos, el de la universalidad y el de la humanidad como un fin en sí mismo. De otra parte, Kant habla de la buena voluntad que debe regir nuestras acciones y orientarnos a todos hacia un reino de los fines, situación que obliga a las personas a participar, a colaborar en la consecución de los fines de los otros, pues sería la verdadera forma de tratar a los demás como fines en sí mismos y no meramente como medios. De allí se desprende el deber de solidaridad que opera también como límite a la autonomía. Autonomía que parte desde la condición volitiva y racional del hombre, pues:

245

doctrina de las costumbres (...) se puede denominar empírica a toda filosofía en tanto que se basa en fundamentos de la experiencia, y filosofía pura a la que presenta sus doctrinas exclusivamente a partir de principios a priori. La última, cuando es meramente formal, se llama lógica, mientras que si está restringida a determinados objetos del entendimiento se llama entonces metafísica. De este modo surge la idea de una doble metafísica, una metafísica de la naturaleza y una metafísica de las costumbres” (p. 107).

La metafísica de la naturaleza se encarga del estudio de las leyes de la naturaleza, mientras que la metafísica de las costumbres debe estudiar las leyes de la voluntad del hombre.

La voluntad es un tipo de causalidad de los seres vivos en tanto que son racionales, y la libertad sería la propiedad de esta causalidad de poder ser eficiente independientemente de causas ajenas que la determinen, del mismo modo que la necesidad natural la propiedad de la causalidad de todos los seres irracionales de ser determinados a la actividad por el influjo de causas ajenas (Kant, 1996, p223).

El filósofo alemán va a manifestar que la libertad implica considerar al otro como un ser libre, de donde también surge el deber de tratarlo como tal, de reconocer su autonomía y el deber de respetar las normas de derecho que se encuentren en consonancia con la idea de dignidad humana. Luego, la autonomía de la voluntad encuentra límites tanto en Aristóteles como en Kant que imponen la obligación para con el otro o para con la comunidad en general, especialmente a través del principio de solidaridad. De esta forma llega el filósofo de Königsberg a establecer como límites de la autonomía de la voluntad los deberes para con los demás, pues estamos obligados a actuar no sólo en función de nuestros propios fines sino también a contribuir con el logro de los fines de nuestros semejantes, de la misma manera que al sentirnos libres debemos respetar la libertad de las demás personas. En el famoso caso de la falsa promesa, utilizamos a alguien como objeto de nuestros deseos, de nuestros propios fines, instrumentalizándolo, lo que hace evidente:

Que quien no respeta los derechos de los hombres, tiene pensado servirse de la persona de otros meramente como medio, sin someter a consideración que como seres racionales deben ser estimados siempre a la vez como fines, esto es, sólo como seres que tienen que contener también en sí de precisamente la misma acción (Kant, 1996, p.191).

Ser libre equivale, entonces, a reconocer a los demás como libres y respetar su capacidad de decisión como seres autónomos, que se guían a partir de sus propios principios, siguiendo los dictados de su voluntad como legisladora universal. La buena voluntad debe ubicarnos en la capacidad de entender que cada hombre está dotado de aptitud suficiente para determinar sus acciones en procura de su felicidad y la de los demás como miembros de una comunidad política. “No basta que adscribamos libertad a nuestra voluntad, por la razón que sea, sino tenemos una razón suficiente para

atribuirla también a todos los seres racionales” (Kant, 1996, p.225). De allí que el tratar a los demás como fines en sí mismos nos compele a respetar sus decisiones, a colaborar en el desarrollo de sus proyectos racionales de vida, límites claros a la autonomía de la voluntad.

En esta misma dinámica teórica por tratar de hallar un sustento a la idea de autonomía de la voluntad como fuente de las obligaciones y principio de responsabilidad, encontramos también a Schopenhauer (1970), para quien la libertad no es un problema resuelto y ello conlleva a que formule el debate entre la libertad de la voluntad y la sujeción del universo al principio de razón suficiente o principio de causalidad. Define, entonces, la libertad como antónimo de necesidad, entendiendo por esta la obligatoriedad ad infinitum de una cosa o estado de obedecer a otra cosa o estado; esto es, que nada ocurre en el universo sin que antes haya habido algo que sirviera de causa u origen para que el fenómeno en estudio hubiese tenido ocurrencia². Entiende este autor por libertad una manifestación originaria, un principio o causa incausada; lo que no depende de otra cosa, aquello que está más allá del principio de causalidad; lo que se sustrae a todo antecedente.

En este sentido, y entendida la libertad como ausencia de causa o condicionante, Schopenhauer niega la libertad de la voluntad atendiendo a las normas del entendimiento, pues la autoconciencia da cuenta de nuestras acciones una vez éstas han ocurrido. Luego accedemos a su conocimiento de manera tardía o ex post facto; en otras palabras, una vez realizado el acto.

De aquí que la autoconciencia no pueda comprender el problema de la libertad de la voluntad, dado que ella (la libertad), sólo puede ser conocida

2 En este sentido, Schopenhauer (1970) menciona que:

La forma más general y la más esencial de este entendimiento es el principio de causalidad, pues incluso gracias únicamente a este principio, siempre presente en nuestro espíritu, puede ofrecerse a nuestros ojos el espectáculo del mundo real como un conjunto armonioso, porque nos hace concebir inmediatamente, como efectos, las afecciones y las modificaciones ocurridas en los órganos de nuestros sentidos (...) el principio de causalidad está establecido sólidamente a priori, como la regla general a la que están sometidos, sin excepción, todos los objetos del mundo exterior. El carácter absoluto de este principio es una consecuencia misma de su prioridad. Se refiere esencial y exclusivamente, a las modificaciones fenoménicas; y dice que, cuando, donde sea y en cualquier momento, en el mundo objetivo, real y material, una cosa cualquiera, grande o pequeña, experimenta una modificación, el principio de causalidad nos da a entender que inmediatamente antes de este fenómeno, otro objeto ha debido experimentar otra modificación; lo mismo que, para que este objeto pudiera modificarse, otro objeto debió hacerlo anteriormente; y así, hasta el infinito” (p.109-110).

de antemano, o sea antes de la acción y no después de ésta. Si intentásemos abordar el problema desde una posición apriorística, es decir, ex ante, nos veríamos en la penosa situación de no poder resolver la cuestión, dado que sólo sabremos si existe o no libertad de acción al momento de su producción; antes de ella solo hay una simple especulación expresada, de la manera “puedo hacer lo que quiero y lo que quiero lo puedo”, especulación que podría llevarnos al absurdo ilusorio de afirmar que se está en libertad de realizar dos acciones contradictorias entre sí al mismo tiempo. En otras palabras, la autonomía de la voluntad genera una serie de interrogantes, dado que conocemos la voluntad por nuestras acciones y cuando éstas ocurren ya se ha manifestado, haciendo muy compleja la tarea de determinar si era realmente libre la voluntad antes de la acción.

En consecuencia, la autoconciencia no es el tribunal más indicado para absolver nuestras inquietudes al respecto. De allí que tengamos la necesidad de acudir al entendimiento, y éste nos ubica en una de sus directrices: el principio de causalidad o de razón suficiente, el cual estaría abiertamente en contradicción con una supuesta causa incausada o motor primero, cosa que desvirtúa la existencia de la libertad o *liberum arbitrium differentiae*.

Hasta aquí, Schopenhauer es coherente en su argumentación, pues si aceptamos la universalidad del principio de razón suficiente; y si congruentes con dicho principio no admitimos excepción alguna, entonces la acción humana no puede ser libre, conclusión que se deduciría necesariamente de la siguiente especie de silogismo:

248

- El universo se rige por el principio de causalidad.
- El hombre y la voluntad hacen parte del universo.
- Luego el hombre y la voluntad están regidos por el principio de causalidad.

Sin embargo, Schopenhauer va más allá y ve la necesidad de profundizar acerca de la voluntad misma, de su estructura y determinación a efectos de salvar la libertad. Ve en ella una fuerza que reacciona o se excita ante ciertos estímulos, pero no lo hace de la misma manera en cada individuo y frente a las mismas circunstancias. A esta peculiaridad de la voluntad de reaccionar distintamente en igualdad de circunstancias, tratándose de individuos determinados, la llama carácter. De aquí se desprende que el hombre es sujeto volitivo; esto es, poseedor de voluntad. Pero la voluntad

obra de manera distinta en cada persona dado que el carácter le imprime una impronta o identidad a la voluntad individual; le da un sello característico que lo diferencia de otros.³

La voluntad como cualquier otra fuerza de la naturaleza no se sustrae a la determinación, pero reacciona de manera diferente ante la presencia de un estímulo, y esto gracias al carácter⁴. Existen condicionamientos externos que actúan sobre el carácter y lo llevan a reaccionar de una u otra forma. Pero no es solo este tipo de influjos, pues también los hay de carácter interno, como los motivos que llevan junto con lo externo a excitar el carácter y a producir la acción o comportamiento voluntario; entendiéndolo por voluntario no lo que es libre de condicionantes sino lo producido por la fuerza preformada de la voluntad (carácter) ante una circunstancia exterior mediada por un motivo.

El motivo puede tener su origen en elementos externos e internos, ya sean estas cosas físicas o ideales, fantasías, imágenes o cualquier otro tipo de representaciones que, en un comienzo, fueron tomadas del mundo exterior. Igualmente, el tiempo del motivo debe ser anterior, o por lo menos concomitante con la acción; pues de no ser así, no se explicaría cómo lograría ser causa de ella. La naturaleza del motivo es de carácter inmaterial. Pero una cosa es el motivo en sí y otra el objeto de éste. No se puede confundir el objeto del deseo con el deseo mismo. Esta naturaleza es la que le da capacidad al

3 Al respecto, afirma Schopenhauer (1970) que:

“Lo que es verdad en las causas, en el sentido más estricto de la palabra, y en las excitaciones, lo es también en los motivos; ya que la motivación no es distinta, en lo esencial, de la causalidad, sino solamente un aspecto de la misma, a saber, la acusación que opera por mediación del entendimiento. También aquí la causa no hace sino provocar la manifestación de una fuerza irreductible a fuerzas más simples que hay que admitir como un hecho primero e inexplicable, la cual, llevando el nombre de voluntad, se distingue de las demás fuerzas de la naturaleza en que la conocemos, no solo desde el exterior, sino que, gracias a la conciencia, la conocemos también desde el interior e inmediatamente. Únicamente bajo el supuesto de que exista tal voluntad y de que, en cada caso particular, sea de una constitución determinada, actúan las causas dirigidas hacia ella, llamadas aquí motivos. Esta constitución especial e individualmente determinada de la voluntad, gracias a la cual su reacción sobre los mismos motivos es distinta en cada hombre, constituye lo que se llama el carácter de cada uno y, a decir verdad, carácter empírico, porque no es conocido a priori, sino solo a través de la experiencia” (p. 138).

4 En este sentido, Schopenhauer (1970) afirma que:

“El hombre, por el contrario, gracias a su capacidad de formar representaciones no sensibles, por medio de las cuales piensa y reflexiona, domina un horizonte infinitamente más extenso, que abarca lo ausente, lo pasado y lo futuro: ofrece, por así decirlo, una superficie mucho más grande a la acción de los motivos exteriores y puede, por consiguiente, ejercer su elección entre un número mucho más considerable de objetos que el animal” (p. 120).

entendimiento para aprehenderlo, moldearlo, sopesarlo y presentarlo ante la voluntad con el propósito de excitarla a actuar.⁵ En este sentido, la diferencia entre Aristóteles y Schopenhauer no es significativa, pues para el primero la deliberación presenta a la voluntad los diversos medios para que ésta elija preferencialmente el medio más adecuado a los fines. En síntesis, sigue siendo una tarea realizada en dos momentos por, aparentemente, dos funciones del alma: la capacidad deliberativa y la capacidad decisoria o fuerza voluntaria.

Es en este proceso del entendimiento, según Schopenhauer, donde la educación logra acceder a la voluntad y ganar un nivel de libertad. No olvidemos que existe un determinismo dado por las circunstancias externas, y que sobre éstas, al momento de actuar, no tenemos ninguna incidencia. Luego, es sólo en el campo del entendimiento donde el hombre se conoce a sí mismo, y valiéndose de dicho conocimiento logra pre-ordenar contra-motivos suficientemente fuertes como para orientar su voluntad en determinado sentido; esto a partir de la educación o formación que le otorga un nivel de libertad relativa, gracias a la conquista de parte de su carácter. Es decir, la conquista o dominio de los motivos como agentes de la acción pre-ordenados por el entendimiento. Pues si la voluntad puede ser doblegada por la educación o por la interposición de motivos que superen las expectativas o deseos biológicos, se es más libre en cuanto más educado se sea, dado que se pueden presentar mayores argumentos a la voluntad para predeterminar la acción.

Así, pues, la libertad humana es relativa: comprende la capacidad de obrar en determinadas circunstancias conforme a los contramotivos y al conocimiento de sí mismo; se mueve en un espectro que se amplía o disminuye conforme al saber que se tenga de las pulsiones o excitaciones biológicas, como también de la capacidad de manejarlas e imponer razones de mayor peso y fuerza ante los impulsos precursores de la voluntad, reorientándola para que actúe de determinada forma. Entre más me conozco y puedo pre-ordenar mi entendimiento hacia ciertos comportamientos, soy más libre. De la misma manera, entre más impedimentos culturales o normativos imponga a mi voluntad, a partir de la educación e internalización de valores

5 . A propósito de esta dinámica, Schopenhauer (1970) señala que:

“El pensamiento deviene motivo, como la percepción deviene motivo, tan pronto como puede ejercer su acción sobre una voluntad humana. Pero todos los motivos son causas y toda causalidad entraña necesidad. (...) El hombre es capaz de deliberación y, en virtud de esta facultad, tiene, entre diversos actos posibles, una elección mucho más amplia que el animal. Hay ya para él una libertad relativa” (p. 121).

y creencias, con plena conciencia de ellos, más dueño soy de mis actos. Pues una cosa es la propiedad del obrar o la asunción del comportamiento como propio, y otra muy distinta es la libertad negativa o *liberum arbitrium differentiae*. Schopenhauer introduce aquí un nuevo concepto de libertad. Ésta no tiene que ver con la ausencia de obstáculos para obrar sino con el conocimiento pleno de que obro condicionadamente, y que parte de esos condicionamientos son aportados o presentados a la voluntad por el propio entendimiento, como contramotivos para superar situaciones externas y biológicas, o tendencias particulares. Así, la libertad no radica en el acto mismo; es decir, en la acción, sino en el ser, que es dueño de su propia acción. Esta situación es conocida gracias al sentimiento que se tiene o se percibe por parte del autor del acto, sin necesidad de referirse a los condicionamientos de la acción.

Ahora bien, la pregunta por la libertad de la acción tiene respuesta negativa dado que ella obedece y tiene como causa al motivo (elemento condicionante interno) y a las circunstancias físicas (condicionante externo). Pero atribuir la libertad al ser y despojar a la acción de ella, ¿acaso no nos remite al mismo problema? ¿Es libre el ser? Éste también obedece al principio de razón suficiente o de causalidad. El entendimiento nos lo recuerda: no podemos escapar a dicho principio. Entonces, ¿en qué medida Schopenhauer contribuye al esclarecimiento del problema de la libertad? En el sentido de que no hay libertad absoluta, que somos dueños de nuestros actos, pero eso no nos da la capacidad para cambiarlos. Sólo una adecuada comprensión de nuestras limitantes y una correcta motivación pueden, aunque no siempre, lograr que una persona actúe de forma distinta ante una situación especial, gracias a la capacidad de persuasión que tiene el entendimiento para excitar la voluntad con contramotivos. Así, la autonomía encuentra límites externos e internos, especialmente en las pulsiones biológicas y en el nivel de instrucción.

Otra pregunta que cabe es: ¿Cuál factor es más importante a la hora de actuar: el motivo o las circunstancias externas? De la respuesta a esta pregunta depende el nivel de libertad, pues si se opta por el primer factor –esto es, los motivos– encontraremos un margen de libertad elevado siempre que se posea un conocimiento del hombre en particular, y una capacidad de automotivación suficiente para contrarrestar los impulsos biológicos y las apetencias internas que pueden actuar, y que de hecho lo hacen como motores de la acción. Si

seguimos el segundo factor, es decir, las circunstancias externas, nuestro nivel de libertad mengua, pues no podemos intervenir de la misma manera en la naturaleza que en nuestras creencias.

Es comprensible la imputación que hacemos de nuestros actos si nos atenemos al sentimiento de propiedad que experimentamos sobre ellos. Pero, ¿cómo atribuir responsabilidad alguna a un hombre por sus actos si ellos no dependen de él sino de circunstancias externas sobre las cuales éste nada puede hacer? Schopenhauer parte de la consideración de que el motivo es el factor determinante de mayor importancia en la acción. Luego, es susceptible de obtener un comportamiento diferente frente a circunstancias iguales, siempre que se logre un dominio del carácter bajo el adiestramiento metódico de la voluntad a partir de la educación y la imposición de contramotivos⁶. Por ello, ante la pregunta suscitada, Schopenhauer respondería que sí es dable reprochar el comportamiento, y exigir conductas adecuadas, en la medida en que el hombre puede motivarse por razones nobles o plausibles, e incluso por medio de la ley y, a pesar de ello, no lo hace. Luego, la responsabilidad y la imputabilidad tienen asidero en la posibilidad de motivación que posea el ser, pues la libertad radica no en la acción misma sino en el ser, capaz de volición y motivación, no obstante la determinación exterior.⁷

Ahora bien, al abordar el problema de la autonomía de la voluntad en materia contractual, de conformidad con el tribunal constitucional colombiano, bajo el supuesto de que ya se tienen sobradas razones que dan cuenta de la capacidad del hombre para orientar su comportamiento, conforme a su facultad cognitiva, volitiva y cierto dominio del carácter a través de la educación como parte

6 Schopenhauer (1970) aborda este punto cuando manifiesta que:

“El carácter es invariable, los motivos actúan con necesidad: pero han de pasar por el entendimiento, que es el *médium* de los motivos. Pero este (el entendimiento) es capaz, en grado infinito, de la ampliación más diversa, de la incesante corrección: en ese sentido trabaja toda educación. La cultura de la inteligencia, mediante conocimientos y opiniones de todo tipo, es moralmente importante, porque abre a la coacción motivos para los que el hombre permanecería cerrado sin ella. Mientras no podía comprenderlos, no existían para su voluntad. Por eso, bajo las mismas circunstancias exteriores, la posición de un hombre puede ser la segunda vez muy diferente, en la acción, a la primera, si en el entretanto se ha hecho capaz de comprender justa y perfectamente aquellas circunstancias, por cuanto ahora actúan sobre él motivos para los que antes era inaccesible” (p. 144).

7 Al respecto, Schopenhauer (1970) afirma que:

“Porque las leyes parten del supuesto justo de que la voluntad es moralmente libre, en cuyo caso no se puede dirigir, sino que está sometida a la necesidad por los motivos. Por eso, a todos los posibles motivos que llevan al crimen, los legisladores oponen motivos contrarios más fuertes, en los castigos con que amenazan, y un código penal no es otra cosa que un índice de motivos contrarios a las acciones criminales” (p.209).

integrante de los límites de esta facultad; debemos tener especial consideración al analizar los determinantes que la Corte impone a la libertad contractual y contrastarlos con los ya estudiados para ver su coherencia. En otras palabras, se atenderá el estudio de la autonomía de la voluntad contractual asumiendo como límites a la misma lo narrado por Aristóteles, Kant y Schopenhauer. El último autor reconoce barreras no sólo internas sino externas, y adicionalmente muestra la importancia de una buena información, de una adecuada instrucción como elemento fundamental en el ejercicio de la libertad de la voluntad, situación que hoy vemos en el estatuto del consumidor colombiano, donde la falta de información e instrucción suficiente por parte del vendedor de un producto acerca de este es causal de rescisión del contrato.

La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia T-240 de 1993 –uno de sus primeros pronunciamientos sobre el tema– bajo ponencia de Cifuentes Muñoz (1993) analiza la importancia del contrato en el mundo moderno como elemento indispensable en el desarrollo de las relaciones interpersonales, la protección constitucional del mismo, así como los límites a la libertad contractual. En este sentido se afirma que:

La autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial. En Colombia la libertad de contratación –en sentido amplio libertad negocial– tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta. Baste señalar a este respecto que la circulación de bienes, distribución y movilización de la riqueza, derivada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria (CP, art. 58) sería impensable sin recurrir al contrato. (...) Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-240, 1993).

Resaltada su importancia y su vinculación con la Constitución, el magistrado señala que dicha autonomía no se puede ejercer arbitrariamente, pues ésta se encuentra, al igual que las demás libertades, gobernada por el marco axiológico de

la Constitución; es decir, sometida a los valores y principios que ella impone, entre ellos la solidaridad social y la prevalencia del interés general. Adicionalmente, la libertad contractual puede vulnerar el ámbito de acción de los derechos fundamentales, con los cuales está emparentada, como pueden ser la dignidad humana, el derecho al trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de empresa, la libertad de expresión, entre otras prerrogativas constitucionalmente reconocidas. De ahí que no se trate de un derecho absoluto sino de un reconocimiento fundamental relativo y expresamente orientado al logro de los fines del Estado, como es la consecución de un orden justo. Veamos:

La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-240, 1993).

254 La propiedad, la empresa y la iniciativa económica en Colombia tienen como limitante su función social, económica y ecológica, que a través de la libertad contractual no pueden ser desconocidas. Lo mismo sucede con el interés general y el principio de la solidaridad a los cuales debe subordinarse. La obtención de un orden justo sólo es posible si el contrato se ajusta a unos mínimos de justicia material o sustancial que pongan freno a la actitud desenfrenada del capital, socavando los intereses de la parte débil del contrato. De ahí que la eficacia de las cláusulas pactadas no puede sustituir los intereses supremos del constituyente ni alterar la libertad de competencia. Por estas razones el contrato no puede propiciar “conductas, acuerdos o prácticas que tengan por efecto impedir, restringir, obstaculizar o falsear la libre competencia en cualquier mercado de bienes o de servicios; tarea ésta del legislador, esencial para conformar y mantener mercados eficientes, y para que en verdad la libre competencia pueda ser ‘un derecho de todos’, como lo consagra la constitución” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-240, 1993).

En la sentencia T-338 de 1993 la Corte Constitucional (magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero) resuelve el conflicto presentado entre un artista y su casa disquera, pues el cantante había celebrado un contrato sujeto a una cláusula de exclusividad, donde se comprometía a no sacar al mercado producción discográfica por determinado tiempo. Pues bien, el artista interpone acción de tutela en amparo de sus derechos al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio, los cuales considera vulnerados por la casa disquera al no otorgar carta de libertad, requisito exigido por las demás casas disqueras para poder contratar con éste. La Corte va a señalar que la libertad contractual no se vulnera en la medida que las cláusulas fueron pactadas de común acuerdo, de manera libre y espontánea, donde la empresa se comprometió a dar una remuneración por la exclusividad de la producción del artista por un periodo determinado. Sostuvo el tribunal constitucional que mientras el contrato no vulnerara tratados internacionales reconocidos por Colombia, normas de orden público, derechos fundamentales y el interés general, se protegía la cláusula general de libertad dentro de la que se encuentra la autonomía privada. Entre otras cosas, la Corte Constitucional (1993) manifestó lo siguiente:

La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. (...) La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador. (...) Por ello pone especial cuidado en garantizar la mayor libertad posible en las transacciones entre particulares y, en general, en todos sus actos jurídicos de contenido económico, cuyo vigor normativo está ampliamente consagrado en el artículo 1.602 del Código Civil, (...) Así pues los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos.

En términos generales, la Corte va a sostener el criterio del reconocimiento más o menos amplio de la libertad contractual o de la autonomía privada siempre que se respete el núcleo esencial de los derechos fundamentales, la prestación

adecuada de los servicios públicos, y una de las partes ocupe una posición dominante. No se permiten acuerdos restrictivos de la libertad de competencia. El ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual no sólo deben perseguir intereses particulares sino también el bienestar común. Por esa razón si el contrato va en desmedro del interés general debe ser corregido o anulado por el juez, en busca de justicia sustantiva y en procura del orden justo⁸. Se prohíbe el abuso de los derechos en las relaciones contractuales; y, en general, se debe someter la voluntad contractual a las restricciones del deber de solidaridad, punto que se desarrollará al momento de contemplar el caso de las obligaciones civiles frente a las víctimas del secuestro. Damos paso así al análisis de las jurisprudencias sobre el delito del secuestro.

Antecedentes jurisprudenciales y normativos del secuestro

Colombia ha venido experimentando, a lo largo de las últimas seis décadas, un intenso conflicto armado con los grupos insurgentes, quienes para poder sostener su lucha y continuar con sus pretensiones de acceder al poder, se han visto en la necesidad de acudir a diferentes formas de financiación, como la extorsión a grandes empresarios y ganaderos, y el cobro de exacciones o “impuestos” a los cultivadores de hoja de coca, así como a los productores y comercializadores de estupefacientes. Adicionalmente, en la década de los noventa, las guerrillas, los carteles del narcotráfico y la delincuencia organizada vieron en el secuestro una fuente de ingresos que los llevó a implementar una estrategia de retención de personas solicitando a cambio de su libertad grandes sumas de dinero. Pues bien, en principio el secuestro se mostró como un delito en el que sus víctimas eran, generalmente, potentados, grandes empresarios, terratenientes y personas con solvencia económica. En otras palabras se trataba de un delito de sujeto pasivo “estratificado”. Esto hizo que muchas de las posibles víctimas, e incluso ellas mismas abandonaran el país y siguieran manejando sus negocios desde el exterior.

Ante esta situación los grupos guerrilleros extendieron su accionar a empleados públicos y privados de la clase media, y a toda persona que pudiese

8 Al respecto pueden consultarse las sentencias T-240 de 1993, T-338 de 1993, C-367 de 1995, T-295 de 1999, C-087 de 2000, T-335 de 2000, C-364 de 2000, C-529 de 2000, C-641 de 2000, C-060 de 2001, C-098 de 2001, C-332 de 2001, C-738 de 2002, T-468 de 2003, C-547 de 2003, T-520 de 2003, T-168 de 2004, C-014 de 2010, C-186 de 2011, C-365 de 2012, C-513 de 2013, T-585 de 2013, C-934 de 2013, C-522 de 2014, entre otras.

representar un ingreso rápido y seguro para poder continuar con las acciones bélicas en contra del Estado, de sus instituciones y, especialmente, de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos. Pues bien, el secuestro se convirtió en una práctica tan común que prácticamente nadie en Colombia estaba exento de la posibilidad de una retención a cambio de dinero. Las llamadas pescas milagrosas o retenes en las vías, donde los insurgentes realizaban secuestros masivos, se volvieron el pan de cada día. Por esta razón y ante el elevado número de casos, el Estado promulgó la Ley 40 de 1993, conocida como Estatuto Antisecuestro, mediante la cual se elevó sustancialmente la pena y se tomaron otras determinaciones como las siguientes: sancionar penalmente a quien teniendo conocimiento de una transacción, llámese venta, préstamo, prenda, hipoteca o cualquier otro negocio orientado a conseguir recursos para pagar un secuestro con miras a liberar a un familiar, amigo, cónyuge o compañero permanente, no diere aviso a las autoridades. Esta persona sería castigada con pena de prisión (artículo 7, Ley 40 de 1993). Para ello se partía del presupuesto de que el secuestro, como delito medio, perseguía esencialmente dinero para incrementar el poder de las personas al margen de la ley. Por tanto la acción estatal debía orientarse a impedir que los delincuentes obtuviesen recursos, y por esa razón se sancionaba a quien pudiese ayudar a impedir el pago y no lo hiciera. De igual manera se sancionaba a quien teniendo noticia de la realización de un secuestro no pusiere en conocimiento de dicha circunstancia a las autoridades. La idea era que una vez la Fiscalía o las autoridades respectivas se enteraran de la ocurrencia de un secuestro, inmediatamente declarararan la vigilancia administrativa de los bienes del secuestrado, de sus familiares, y de quienes el fiscal sospechara que podía ayudar a pagar el secuestro. Veamos:

257

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. (...) 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 estos 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.

258 Como puede apreciarse, el hecho de haber sido víctima de un secuestro no sólo generaba la situación calamitosa en su familia y seres allegados, sino que para terminar de agravar la circunstancia ahora había necesidad de poner en conocimiento del fiscal, o de su delegado, todas las actuaciones mercantiles y civiles, para que éste las inspeccionara y diese el visto bueno. De lo contrario no podía disponerse de los bienes propios, y menos intentar rescatar al secuestrado mediante pago, dado que los bienes quedaban automáticamente restringidos en cuanto a su poder de disposición. Esto se debía a que la vigilancia administrativa se inscribía en los registros de los bienes sujetos a este requisito; es decir, los bienes inmuebles, las naves, aeronaves, vehículos, acciones de más bienes que debían constar en algún tipo de registro. Hasta el pago de un cheque requería el visto bueno del fiscal. De lo contrario el banco podía perder el dinero por cancelar el título valor sin la previa autorización de la Fiscalía. En otras palabras, los bienes del secuestrado, y los de su familia y allegados quedaban semiparalizados, y la propiedad privada sufría grandes restricciones; no sólo la de las personas directamente relacionadas con el

secuestrado, sino también aquellas que al capricho del fiscal pudiesen estar interesadas en cancelar el secuestro y liberar a la víctima. Se trataba entonces de aquella figura que hoy se conoce como re-victimización.

Pero ahí no paró la oleada de restricciones normativas. También se consideró que el contrato celebrado con una compañía de seguros, donde se ofreciera como cubrimiento el pago de un siniestro consistente en un rescate, quedaba expresamente prohibido bajo amenaza de sanción privativa de la libertad para quienes lo suscribieran o para los representantes legales de las empresas que lo hicieran. En este sentido, el argumento era que no podía una empresa de seguros obtener utilidad aprovechando la desgracia de otros o las probabilidades de la comisión de un delito por parte de grupos al margen de la ley. Sin embargo, una pregunta válida era: por qué razón, así como se prohibió celebrar contratos de seguro para amparar la calamidad de un secuestro, no se hizo lo mismo con el contrato de seguros que ampara a los familiares de un occiso en caso de homicidio, si la vida es un derecho prioritario frente a la libertad. Esta situación dejaba ver el carácter elitista de la norma, pues cuando se propuso el proyecto de ley se estaba pensado en proteger a las personas de mayores recursos del país, quienes eran las principales víctimas de este flagelo.

La libertad o autonomía contractual se vio drásticamente menguada en materia de cubrimiento de riesgos, especialmente el de la pérdida de la libertad. Pero ahí no paraban las cosas. Adicionalmente, el legislador de 1993 contempló que si una persona celebraba contrato o transacción alguna con quien fuese familiar de la víctima de un secuestro, o compraba o recibía en prenda o hipoteca alguno de sus bienes, automáticamente perdía el derecho a cobrar las deudas nacidas de esas transacciones o a recuperar los bienes, pues la ley los consideraba nulos, y no había acción judicial para recuperar la inversión. Veamos: “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”.

En otras palabras, la familia del secuestrado y sus amigos más allegados, las empresas en las que estos tuviesen acciones y las personas que se arriesgaran a contratar con ellos sin previa autorización y veeduría del fiscal corrían el riesgo de perder el patrimonio invertido. Ésta fue, en esencia, la estrategia del legislador para impedir que las organizaciones criminales obtuvieran recursos a partir de la práctica del secuestro. Por otro lado, los delinquentes decidieron, para lograr su cometido criminal, amenazar a los familiares de los

secuestrados con el asesinato de las personas retenidas si éstas informaban a las autoridades o si intentaban cualquier forma de rescate por la fuerza; amenaza que efectivamente cumplieron en varias oportunidades. Así las cosas, las familias de los secuestrados quedaron, bajo lo que los griegos denominaban una verdadera tragedia, pues si decidían pagar el rescate eran condenados por la ley del Estado, y si daban aviso a las autoridades de la ocurrencia del secuestro, su familiar o amigo era asesinado por los delincuentes.

Ante este panorama tan trágico y con el aumento inusitado de las retenciones ilegales, un ciudadano decidió acudir a la acción de constitucionalidad de las normas solicitando a la Corte Constitucional que declarara inexecutable varios artículos y algunos apartes de la misma, pues creía que ello vulneraba el principio de solidaridad, la dignidad humana, el deber de socorro a quienes estén en condiciones de calamidad o cuya vida o salud peligre, entre otras razones. El primer problema que tuvo que asumir la Corte fue el de la confrontación entre el interés general y el interés particular; es decir, la cuestión acerca de si el interés de los familiares de la víctima del secuestro y del mismo secuestrado debían ceder ante el interés de la sociedad para contener y erradicar la práctica criminal, que no sólo era un problema particular sino que incumbía a todos como miembros de una colectividad jurídicamente organizada. En otras palabras, se trataba de sopesar dos deberes: el de seguir las pautas del Estado acatando fielmente la ley o el de seguir los deberes de solidaridad y humanidad para con todos los seres queridos liberándolos de su presidio, situación que no había sido provocada por ellos mismos. Como puede apreciarse, el problema no era nada fácil de resolver, pues ya en la antigüedad, el clásico texto de Eurípides, *Antígona*, trató un tema similar, donde Antígona debía decidir si acataba las leyes consuetudinarias, el derecho natural y la justicia, o si se apegaba a las normas positivas del Estado. Hegel resuelve la tragedia a favor de Creonte, dando prioridad al derecho positivo, a la ley del hombre en cabeza del Estado⁹.

9 A este respecto, Hegel (1985) afirma que:

“Puede ocurrir que el derecho, que se mantenía al acecho, no se haga presente en su figura peculiar para la consciencia actuante, sino solamente en sí, en la culpabilidad interior de la decisión y de la acción. Pero la consciencia ética es una consciencia más completa y su culpa más pura si se conoce previamente la ley y la potencia a las que se enfrenta, si las toma como violencia y desafuero, como una contingencia ética y comete el delito a sabiendas, como Antígona. El hecho consumado invierte el punto de vista de la consciencia; su consumación expresa por sí misma que lo que es ético debe ser real, pues la realidad del fin es fin del obrar. El obrar expresa cabalmente la unidad de la realidad y la sustancia, expresa que la realidad no es para la esencia algo contingente, sino que, unida a ella, no se deja guiar por ningún derecho que no sea un derecho verdadero. La

Pues bien, algo así es lo que debió dilucidar la Corte Constitucional, sólo que en esta ocasión no se trata del derecho natural versus el derecho positivo, sino del derecho fundamental de la libertad de cara al interés general del Estado.

Pues bien, las personas que acudieron al llamado de la Corte y aportaron sus conceptos como parte del ejercicio de participación democrática, en este caso el procurador, el fiscal general de la Nación, el ministro de Justicia, entre otros que apoyaban la exequibilidad de las normas demandadas, expusieron como argumentos, entre otros, la idea de que el interés general prevalece sobre el interés particular en el caso concreto sobre la vida y la libertad de los secuestrados; pues de no ser así, se estaría atentando contra toda la colectividad por contrariar la ley que a todos nos interesa y que refleja el propósito legítimo de acabar con el secuestro. Adicional a esto, el pagar el rescate equivale a fortalecer los grupos armados y poner en peligro a más ciudadanos, y en este sentido contribuye a la posibilidad real de más secuestros y más asesinatos, situación que nadie quiere. La Corte respondió de la siguiente manera, invocando la sentencia C-542 de 1993.

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. (...) 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 1886; 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 (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-542, 1993).

consciencia ética debe, reconocer su culpa: “porque sufrimos, reconocemos haber obrado mal”. Este reconocimiento expresa la dualidad superada del fin ético y de la realidad, expresa el retorno a la disposición ética, que sabe que solo rige el derecho” (p.175-176).

En otras palabras, la ley moral debe ceder al derecho, pues la primera es subjetividad, culpa, consciencia, mientras que la eticidad o derecho es realidad y debe imponerse sobre la primera. Hegel concluye que el sentimiento de culpa de Antígona se da por el reconocimiento de que el derecho del Estado estaba por encima de las leyes morales, y ese reconocimiento hace triunfar al derecho, esto es las normas impuestas por el Estado.

De lo anteriormente expuesto se deduce que en el planteamiento del problema y en los argumentos de los defensores de la constitucionalidad de las normas demandadas hay una relación de falsos opuestos, pues en verdad no se trata del interés general versus el interés particular sino de los derechos fundamentales de una persona, los cuales son inherentes a su condición de especie, y por tanto son necesarios y no contingentes. Si se priva de ellos a alguien le estaríamos desconociendo su carácter de fin en sí mismo; y por ende, le estaríamos negando su dignidad humana. Así se pone de presente la existencia de dos tipos de derechos, unos de carácter inalienable, que son indisponibles e irreductibles, y que generan la obligación del Estado de protegerlos en todo momento y toda circunstancia, frente a otros que se relativizan dependiendo de las condiciones fácticas y jurídicas, como los de contenido patrimonial que se consideran derechos susceptibles de ceder al interés general. Pues de no ser así, podría válidamente utilizarse un criterio utilitarista para esclavizar a algunos individuos en provecho de las mayorías; o, en el mismo sentido, sacrificar algunas vidas de personas para proteger a un número plural¹⁰, situación que iría contra la lógica de la justicia, propia del intuicionismo o la propuesta por Rawls como derivada de un proceso político¹¹. El caso sería, para completar el segundo ejemplo, el ordenar matar a unos ciudadanos que han sido infectados por un mortal virus desconocido y altamente contagioso. De ahí que los derechos fundamentales no puedan ser desconocidos en procura de un supuesto interés más colectivo o de los propósitos del Estado. Por estas razones, la Corte rechaza los argumentos del interés general en procura de mantener las normas vigentes.

10 Al respecto Rawls (1997) afirma que:

“Al elaborar una concepción de la justicia como imparcialidad, una de las tareas principales es claramente la de determinar qué principios serían escogidos en la posición original. Para hacerlo, debemos describir esta situación con algún detalle y formular cuidadosamente el problema de elección que plantea (...) puede observarse que una vez se piensa que los principios de justicia surgen de un acuerdo original en una situación de igualdad, queda abierta la cuestión de si el principio de utilidad sería reconocido. A primera vista no parece posible que personas que se ven a sí mismas como iguales, facultades para reclamar sus pretensiones sobre los demás, conviniesen sobre un principio que pudiera requerir menores perspectivas vitales para algunos, simplemente en aras de una mayor suma de ventajas disfrutadas por otros (...) Así pues, parece que el principio de utilidad es incompatible con la concepción de cooperación social entre personas iguales para beneficio mutuo” (p.27).

11 Rawls (2002) va a señalar que una concepción política de la justicia tiene como contenido: “Tres características principales: primera, la especificación de ciertos derechos, libertades y oportunidades básicos; segunda, la asignación de especial prioridad a esos derechos, libertades y oportunidades, especialmente en cuanto a las exigencias del bien general y de los valores perfeccionistas; y tercera, medidas que aseguren a todos los ciudadanos todos los medios apropiados para hacer el uso eficaz de sus libertades y oportunidades” (p.31).

Ahora bien, ante la idea del contrato de seguro, como expresión de la autonomía de la voluntad, habrá que hilar más delgado, pues las partes, de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil colombiano, que en su contenido no varía mucho de las legislaciones que tienen su fuente en el código napoleónico, afirma lo siguiente: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. La disposición es bastante amplia y permite que las partes puedan acordar un sinnúmero de obligaciones, siempre que éstas no contravengan el orden jurídico, por ejemplo, por versar sobre un objeto ilícito, cual sería un contrato para matar o para secuestrar o para hurtar. Lo mismo ocurriría si tuviese una causa ilícita, pero cuando una persona decide no asumir las consecuencias de una eventualidad, y pacta con otra la delegación de esa responsabilidad en caso de ocurrir el siniestro o la condición pactada, no hay razón para invalidar el contrato. Piénsese, por ejemplo, en alguien que consciente de sus riesgos por estar expuesto a un tráfico constante, dado que todos los días debe desplazarse por una autopista a cierta velocidad donde la probabilidad de un accidente automovilístico es muy alta, decide tomar un contrato de seguro para amparar a su familia en caso de fallecimiento por una colisión. En este caso y ante una sociedad del riesgo, como lo son las actuales en la modernidad ante el avance de la ciencia, nadie diría que ese contrato conlleva un objeto ilícito o que está de una u otra manera propiciando la comisión de homicidios culposos porque la persona tomadora del seguro va a estar más tranquila y se desplazará por la autopista observando menos cuidados.

Pues bien, la Corte considera, en cambio, que al pactar un contrato de seguro donde una empresa asume la obligación de pagar un monto de dinero a una familia en caso de que uno de sus miembros sea secuestrado, o de reponer una cantidad de dinero como condición al producirse el siniestro es, a todas luces, inconstitucional, por tratarse de un acto injusto que busca la obtención de un provecho centrada en una causa ilícita; sólo que olvida que la licitud de la causa del contrato de seguro no es la misma causa del secuestro. Por esa razón confunde las causas que inspiran acciones distintas y termina por declarar inconstitucional la celebración de contratos de seguro para amparar pagos de secuestro. Veamos algunos de los argumentos:

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. Solo 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 (Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 1993).

Desde otra perspectiva tampoco es justo que una persona se lucre del dolor ajeno o de la tragedia de otro, pues ello iría en contravía de los principios morales de solidaridad, piedad y justicia. Sin embargo, lo que desconcierta es la argumentación de la Corte, pues ella ve como motivo innoble o bajo el de obtener un provecho económico al garantizar una eventualidad, un hecho futuro o incierto como lo establece el contrato de seguro. Pero las razones brindadas son débiles, dado que igualmente podrían considerarse motivo innoble o bajo la mayoría de transacciones realizadas como el contrato de venta con pacto de retroventa, comúnmente utilizado en nuestro medio para obtener altas sumas de dinero como réditos aprovechando la necesidad ajena, como bien lo hizo Santo Tomás al analizar los intereses por préstamos de dinero, donde determinó que nadie debe beneficiarse de la miseria de los otros.

Si nos atuviéramos a las consideraciones de la Corte, terminaríamos concluyendo que el capitalismo como tal está fundamentado en bases de iniquidad y por tanto sería inconstitucional. Luego lo que se exige es más precisión y certeza al momento de tomar las decisiones, pues es más justo que alguien, en este caso una empresa aseguradora, contribuya en parte a resarcir los daños provenientes del delito, a no tener a quién acudir. Precisamente, la sociedad del riesgo nos lleva a contemplar las probabilidades de ocurrencia de ciertos eventos y adelantarnos a los acontecimientos; en este caso, respaldando el capital con una póliza para no dejar desamparada a la familia. Por estas razones creo que no debió prohibirse el contrato y atentar contra la autonomía de la voluntad, pues como tales el contrato y las partes son ajenos al delito;

sólo son conscientes de su realidad y de la posibilidad de que éste llegue a existir. Por eso lo evalúan y lo tazan como algo incierto que de acaecer debe ser aminorado en sus efectos con la efectividad de la póliza garantizada por la expresión de la voluntad mediante un contrato de seguro.

Pasando a otro tópico y ya para concluir el presente acápite, es necesario abordar el tema de la prohibición del pago de rescate y la limitación a la propiedad establecida por la ley frente a los bienes de los familiares del secuestrado, los de la propia víctima y aquellos pertenecientes a sus amigos más cercanos, incluyendo los bienes de personas jurídicas donde los anteriores sean socios o tengan acciones. Así mismo, la restricción de negociar con estas personas bajo amenaza de no tener acción o excepción para recuperar el dinero cuando dicha transacción se realice a sabiendas de que los recursos se destinarán a pagar el rescate. En principio, se considera una verdadera intromisión del Estado limitar el poder dispositivo de los bienes de personas ajenas al secuestro mismo, como familiares y amigos; más aún los bienes de empresas donde éstos tengan alguna injerencia. Pues si ellos no tuvieron ninguna participación en el delito no se ve por qué razón tengan que restringir su libertad de disposición y asumir un control exagerado de sus propios bienes por parte del Estado. Ello constituiría una flagrante violación al ejercicio de un derecho legítimo como es la propiedad y la libertad de acción, de empresa, y de emprendimiento de las personas ajenas al delito. Veamos lo que nos dice la Corte respecto al pago del rescate, situación prohibida por la ley bajo amenaza de prisión:

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 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 (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-542, 1993).

En otras palabras, la Corte cree que el pago del rescate está amparado en la circunstancia del estado de necesidad, pues una persona, familiar o amigo, ante un peligro inminente no causado por su culpa, como el de la pérdida de la vida en manos de los secuestradores, podría pagar la suma y obtener la libertad del retenido sin que ello pudiese ser sancionado o reprimido. Por el contrario, afirma la Corte que quien así obra, lo hace amparado en principios de solidaridad, humanidad, altruismo y no se puede castigar por un hecho como tal. De otra parte, hace referencia a quien presta dinero o facilita algún recurso para lograr la libertad de un secuestrado. En este caso, quien realiza algún tipo de transacción para facilitar recursos que sirvan a la liberación no delinque, porque su ánimo es el de colaborar con una persona que se encuentra en desgracia y requiere del apoyo de sus conciudadanos. Pero el propósito es otro, como el de ayudar a enriquecer a los delincuentes o la obtención de lucro por motivos innobles o bajos, merece ser castigado. En otras palabras, el pago del rescate es un simple acto, y no es ni bueno ni malo. El calificativo moral deviene de la voluntad que mueva al agente, sea en las transacciones para proveer de recursos a los familiares o en el pago mismo del rescate. Por ello la Corte decidió declarar la inconstitucionalidad de las normas que prohibían pagar los rescates o realizar transacciones con los familiares y amigos de los mismos sin permiso del fiscal y a sabiendas de la finalidad para la que el dinero sería utilizado.

En este sentido, la persona que paga el rescate lo hace amparada en la necesidad de proteger la vida de un ser humano y con el propósito de obtener para él su libertad, comportamiento que se ajusta al principio de solidaridad, el cual nos impone la obligación de responder con acciones humanitarias frente a situaciones en las que peligre al vida, o la salud de las personas, pues actuar conforme a este principio es ver en el otro un fin en sí mismo y comprometerse en el trato con él a garantizar o colaborar en la consecución de sus metas, situación loable que no puede ser penalizada por el Estado. De ahí que la Corte Constitucional haya declarado la inexecutable de las normas demandadas

permitiendo a cualquier persona contribuir en el rescate de un secuestrado. Sin embargo, la misma Corte declaró el contrato de seguro en caso de secuestro como algo repudiable y fuera del marco constitucional, dado que la empresa aseguradora terminaba obteniendo lucro de las posibles calamidades ajenas. Pero como hemos visto aquí, ésta no constituye una verdadera causa de inconstitucionalidad, pues el juez confundió la causa de los secuestradores con la causa de los contratantes, dado que si así fuera, más repudiable sería el contrato de seguro de vida cuando ampara el homicidio, posibles lesiones dolosas o culposas, o el incendio doloso, etc.

Víctimas de secuestro y responsabilidades prestacionales en servidores públicos

En este acápite se hará referencia al primer antecedente de responsabilidad en materia laboral y civil que, como consecuencia de un secuestro, la Corte Constitucional decidió a favor de los familiares de las víctimas. Se trata de la sentencia T-015 de 1995, fallo en el que, por vía de acción de tutela, la familia de un funcionario público demandó para que se pagaran los salarios y prestaciones dejados de percibir por su cónyuge, en virtud de la relación laboral que tenía con el Estado y su posterior secuestro. Veamos los antecedentes del caso:

La señora Ersilda Correa Marimón instauró acción de tutela en contra del Fondo de Caminos Vecinales, seccional Bolívar, solicitando la protección de sus derechos fundamentales y los de su hija Sandra Milena Parra a la vida, a la subsistencia y a la integridad familiar, por depender económicamente del salario que devenga el señor Jesús María Parra Moreno, en calidad de empleado de dicha entidad, quien actualmente se encuentra secuestrado por el grupo guerrillero ELN, razón por la cual se niegan a cancelarle sus salarios y demás prestaciones sociales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-015, 1995).

Pues bien, los familiares del funcionario –quien cumplía misiones propias del servicio cuando fue retenido por insurgentes del Ejército de Liberación Nacional (ELN), grupo que opera en Colombia desde la década de los años sesentas– solicitaron mediante acción de tutela la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la subsistencia y a la integridad familiar, ya que esposa e hija dependían económicamente del plagiado, y por razones del secuestro, la

entidad pública decidió suspender la relación laboral, dado que el funcionario no volvió a presentarse a cumplir con sus funciones. Sin embargo, el día que lo retuvieron los guerrilleros, éste andaba con dos personas más, su conductor y otro empleado público, quienes fueron dejados en libertad para que informaran a sus empleadores que el ingeniero permanecería retenido hasta tanto la entidad no arreglara las vías de acceso a una región de marcado predominio de ese grupo insurgente, pues las reparaciones ya habían sido presupuestadas y la entidad no había cumplido con promesas anteriores a los campesinos de aquella región. En otras palabras, la guerrilla condiciona la liberación del empleado a la reparación de vías y la realización de algunas obras que estaban pendientes por hacer en aquella zona por parte de la entidad donde laboraba el ingeniero raptado.

Al declarar la entidad la suspensión del trabajo no volvió a cancelar el respectivo salario y le exigía a la señora que para poder hacerle entrega efectiva de los emolumentos, ésta debía entregar carta de autorización firmada por el funcionario que se encontraba en poder de la guerrilla, solicitud absolutamente absurda, pues de poder hacerlo, él mismo cobraría su salario. Ante esta circunstancia el juez que conoció en primera instancia la acción de tutela resolvió lo siguiente:

La circunstancia de privación a una familia de los medios de subsistencia por causas ajenas a la voluntad de quien tiene la obligación de suministrar los medios para ello, insoslayablemente implica la violación al derecho a la vida, que es lo que acontece con la familia del señor JESUS MARIA PARRA MORENO, quien fue secuestrado cuando cumplía con sus deberes de empleado de Caminos Vecinales, por lo que debe recibir sus emolumentos para el sostenimiento de su familia y es que no sólo podemos interpretar integralmente el concepto del derecho a la vida, sino que debemos entrelazarlo con el derecho fundamental de los niños consagrado en el artículo 44 de la Carta Política. Nuestra Constitución reconoce el valor y la debilidad de los niños, y por ello consagra expresamente sus derechos fundamentales y la correlativa obligación familiar, social y estatal de prodigarles asistencia y protección. La observación del sustento en la medida de las propias capacidades económicas, es una de las obligaciones de los padres cuyo rango constitucional permite su inmediata exigibilidad en los casos de grave incumplimiento que vulnere o amenace los derechos fundamentales de estos. El hoy incumplimiento de la obligación de sustentar que tiene su

génesis en un hecho ajeno a la voluntad del padre de la menor como a su madre, pero su vinculación a la entidad en donde prestaba servicios al momento de su retención, permite entender que no puede exigírsele a la madre de la menor lo imposible, como es una autorización firmada por el desaparecido, porque a ello nadie está obligado, para cancelar los salarios y prestaciones del trabajador, más si de ellos derivan su sustento. La renuencia del director del Fondo Nacional de Caminos Vecinales de esta seccional en cancelar los salarios y demás prestaciones del señor JESUS MARÍA PARRA MORENO, aunada a la existencia de una autorización antecedentemente concedida, es una flagrante violación a los derechos fundamentales a la vida y al de los menores consagrados en el artículo 44 de la Constitución Nacional (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-015, 1995).

En este sentido, el juez de primera instancia concedió a la esposa e hija del secuestrado el pago de los salarios que por ley le correspondían al retenido. Parte de su argumentación la centró en que la persona fue raptada cuando cumplía sus funciones como empleado público y por causa de las mismas, circunstancia que obligaría a entender una especie de responsabilidad de la entidad para con el retenido y sus familiares. En otras palabras, la regla que se desprende del caso sería la siguiente: quien cree un riesgo antijurídico o mayor al riesgo permitido, y de éste se desprenda una circunstancia contraria a derecho que genere perjuicios a alguien, deberá responder por los daños causados. Como corolario de lo anterior, si la entidad estatal, al enviar a sus empleados a cumplir una misión durante la cual uno de ellos resulta retenido por grupos al margen de la ley, ello significa que objetivamente pone en peligro la libertad de uno de sus agentes, y en consecuencia debe responder por los daños que ello ocasione tanto al empleado como a sus familiares.

Lo complejo de esta regla es que quien creó la circunstancia de riesgo antijurídico, en últimas, no fue la entidad estatal que sólo cumplía con la tarea legal y constitucionalmente establecida, pues no sería lógico pensar que el cabal cumplimiento de la ley y la Constitución genere responsabilidad en su contra. De allí que quien efectivamente generó el riesgo y lo concretó en la retención fue la existencia del grupo guerrillero en la zona. Pero a esto deberíamos añadir que la seguridad y el control frente a la presencia de personas al margen de la ley corresponden directamente a otra entidad, llámese Policía o Ejército. Se podría pensar que esta argumentación no es significativa, pues al fin y al cabo,

tanto el Fondo Nacional de Caminos Vecinales como la Policía o el Ejército son entidades públicas adscritas al Gobierno, de donde se deduce que, de todas formas, sería el Estado el responsable. Sin embargo, es pertinente adelantar esta aseveración porque en otras sentencias veremos casos similares donde se condena a entidades particulares a pagar los salarios y prestaciones, cuando en estricto sentido, quien debió asumir la responsabilidad por los daños del secuestro fue el Estado y no las personas jurídicas de derecho privado. Esta situación se analizará con mayor detenimiento en las próximas páginas. Por ahora continuaremos con el análisis del caso.

Ahora bien, esta sentencia fue objeto de recurso de apelación por parte de la entidad obligada a cancelar los salarios y emolumentos derivados de la relación laboral, pues ellos argumentan que el contrato de trabajo se suspendió por razones de fuerza mayor consistentes en la retención del trabajador a manos del grupo insurgente. La suspensión del contrato de trabajo, como es obvio, genera también el congelamiento de las obligaciones laborales, esto es la de prestar el servicio por parte del trabajador y, consecuentemente, la de pagar la contraprestación salarial a cargo de la entidad o empleador. Adicionalmente, se presenta como sustento del recurso de alzada el hecho que la entidad tuvo que contratar a otra persona para cumplir con las labores de quien permanecía secuestrado para no dejar la prestación del servicio a la deriva o huérfano. La Constitución y la ley colombiana restringen los cargos a un presupuesto, pues a ninguna entidad le está permitido cancelar dos salarios por la misma labor, en obediencia del principio denominado control racional del gasto público; de tal forma que al pagarle a quien reemplaza al secuestrado para que haga las labores propias de su cargo, y adicionalmente pagar los salarios a la persona que se encuentra retenida, se generaría un claro desconocimiento a la ley, dando lugar a responsabilidades no sólo civiles sino también penales para el gerente de la entidad accionada.

El tribunal que conoce del recurso de apelación va sostener que la acción de tutela en Colombia es una acción constitucional orientada a la protección de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo para satisfacer las pretensiones; es decir, que la tutela es una acción residual que sólo adquiere operatividad en ausencia de otro instrumento jurídico. Conforme con la Constitución y la reglamentación de la acción de tutela, está sólo puede proceder en presencia de otros recursos jurídicos, cuando se proponga como medio transitorio para evitar un perjuicio mayor o un daño irremediable. De ahí que

el tribunal considerara que la acción de tutela impetrada no era viable, pues las personas accionantes, en este caso la esposa e hija del secuestrado, tenían a su disposición las acciones laborales, esto es el proceso laboral ordinario y el ejecutivo para hacer efectivo el pago de los salarios, negando las pretensiones de las personas accionantes y dando razón al Fondo Nacional de Caminos Vecinales. Veamos:

Para el caso planteado por la señora ERSILDA CORREA MARIMON (...), es indiscutible que existe a disposición de la parte que se dice afectada otro medio de defensa judicial, configurado por el proceso laboral ejecutivo u originario, según el caso. Además, es fácil colegir que no existe un perjuicio irremediable, porque los salarios y prestaciones le pueden ser reconocidos y cancelados a quien demuestre legitimación en la causa para ello, desde la fecha en que quedaron insolutos, según decisión que corresponderá al juez laboral, tornándose reversible por lo expresado el reclamo que por la vía de tutela hace la señora Correa Marimón en su propio nombre y en el de su hija Sandra Milena Parra (...) De tal manera, pues, que con apoyo en todo lo expresado, la presente acción de tutela no puede acogerse, y más todavía, debió rechazarse, por ser improcedente, a la luz del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, determinante de los casos de su improcedibilidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-015, 1995).

Por disposición constitucional, la acción de tutela una vez que queda ejecutoriada debe enviarse a la Corte Constitucional donde de manera aleatoria se seleccionan algunos fallos para su revisión por parte de esta entidad, a efectos de ir estableciendo directrices, precedentes y reglas en materia de derechos fundamentales que deben acoger los jueces de tutela en la resolución de casos similares. La Corte Constitucional, entonces, a través de una de sus salas de revisión de tutelas, selecciona el fallo y entra a considerar si se ajusta a las disposiciones constitucionales en procura de la protección de los derechos fundamentales a la vida, la subsistencia, la integridad familiar, y los derechos de los niños que en el caso colombiano son considerados fundamentales en razón de su manifiesta indefensión, por razón de su edad y la especial protección que el constituyente quiso dar a los menores.

Al analizar los fundamentos de la decisión del tribunal, la Corte expone que si bien es cierto que existen otros mecanismos judiciales para lograr la protección solicitada por la cónyuge del secuestrado y su hija, también lo es

que los mecanismos no tienen la idoneidad suficiente para evitar un perjuicio irremediable, pues tratándose de la vida, la subsistencia y los derechos de una menor de edad, cuyo sustento depende exclusivamente del salario devengado por el retenido, dichas personas en calidad de víctimas no pueden darse el lujo de esperar dos o tres años mientras un juez ordinario resuelve el asunto, pues la inminencia del daño y lo irremediable del perjuicio que se causaría sino se atiende de inmediato la solicitud de protección de las accionantes harían inocua cualquier acción judicial. En otras palabras, la protección que se demanda requiere de la intervención inmediata de las autoridades, en este caso las del juez constitucional; pues de no socorrerse a las víctimas garantizando un sustento mínimo mientras se adelantan los procesos ordinarios por la vía laboral, estas personas estarían en manifiesta debilidad y corriendo el riesgo de ver menguados sus derechos fundamentales, inherentes a la condición humana, por el hecho de no tener los recursos a disposición para poder comprar los suministros necesarios que les permitan vivir conforme a las circunstancias bajo unos presupuestos dignos.

De allí que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio, pues la existencia de otros medios no garantiza por sí sola el respeto de tales condiciones, y el acceso a bienes y servicios de quienes dependen económicamente de un salario, hasta tanto el juez no decida si tienen o no derecho al mismo, lo que podría tardar un tiempo vital con unos perjuicios irremediables, especialmente cuando se trata de un menor cuyos derechos prevalecen en la carta magna. Luego, la urgencia de la intervención a efectos de amparar los derechos de las peticionarias cobra plena actualidad y la acción de tutela está llamada a prosperar como mecanismo transitorio, dada su idoneidad por ser procedimiento preferencial, ágil y sumario; es decir, que allí no se entra a discutir o debatir sobre las pruebas, pues sólo se ampara un derecho mientras en el proceso se resuelve de fondo el problema presentado. Veamos:

Pues, tratándose de derechos tan esenciales al ser humano como lo son la vida y la subsistencia de las personas, la Corte no puede señalarle a la accionante como lo hizo el Tribunal Superior de Cartagena, que existe otro medio de defensa judicial a disposición del afectado, máxime cuando el peligro en que se encuentran es a juicio de la Corporación inminente (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-015, 1995).

De esta manera, la Corte admite que el instrumento sí procede. Pero debe ahora analizar las razones que fundamentan la petición, y hallar la viabilidad jurídica, pues se advirtió que la entidad pública no podía pagar dos veces por el mismo servicio o por el mismo cargo; una primera vez a quien está secuestrado, en este caso a sus familiares, y otra a la persona que se contrató para que lo reemplazara. En este sentido, la Corte realizó un extenso recorrido de su jurisprudencia para resaltar que la Constitución tiene a la vida como un derecho inalienable e indisponible, razón de ser de las autoridades, pues ellas están al servicio del individuo, y especialmente para proteger su vida, honra, derechos y libertades, así como las garantías contenidas en los cánones respectivos. De allí pasó a estudiar el delito del secuestro para afirmar que es un comportamiento atroz, abominable, detestable, que no sólo pone en peligro la vida, limita la libertad, atenta contra la autonomía, la dignidad humana, y la familia como núcleo fundamental de la sociedad, sino también contra todo aquello que constituye la razón de ser de la organización política.

De ahí se deriva, entonces, una clara obligación del Estado para erradicar la comisión de tal ilícito, obligación que no se agota en la tipificación del comportamiento como prohibitivo, o en la investigación y posterior sanción de los responsables, aplicando penas acordes con la gravedad del delito, sino también amparando a las víctimas del mismo, sean directas o indirectas, tanto en procura de la integridad y armonía familiar como también pensando en su bienestar físico, económico y psicológico. Para ello se deben cumplir los derechos y deberes de manera íntegra; tarea que debe realizar el Estado desde la protección del núcleo fundamental de los derechos, adoptando medidas eficaces contra los comportamientos que vulneren o pongan en peligro la intangibilidad de la vida humana, las libertades, la paz, el trabajo, la convivencia armónica, y todos aquellos que puedan ser menoscabados por la acción ilícita o su simple amenaza.

El discurso de los deberes como comportamientos obligatorios que todo ciudadano debe realizar en procura del mantenimiento del orden y la preservación de los derechos de los demás va a tener una especial importancia en esta sentencia, pues se está abriendo paso para poder, con fundamento en ellos, constituir la obligatoriedad de acciones que amortigüen las consecuencias del secuestro no sólo en cabeza del Estado como organización política, sino de todos los miembros del conglomerado social. De igual manera, el principio de dignidad humana impele a considerar la propia persona y la de los demás

siempre como un fin y nunca como un medio; principio que fue acogido por la actual Constitución como la piedra angular que contiene los demás derechos, de ahí que todos los ciudadanos estemos obligados a actuar en contra del secuestro, práctica reprochable que vulnera la autonomía humana, cosifica a la persona, la instrumentaliza al ponerle precio a su libertad, al paso que pone en riesgo la vida y desconoce todos los demás derechos fundamentales que de ella se desprenden, como el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, la libertad de locomoción, la familia, y el derecho al trabajo, entre otros.

Pero ¿qué debe hacerse entonces para proteger estos derechos flagrantemente desconocidos por los secuestradores? En principio, como ya se afirmó, prohibir la conducta, investigar y sancionar a quienes la cometan; y como es lógico en el marco de una justicia restaurativa, velar por la protección de las víctimas, quienes se ven desamparadas y requieren todo el apoyo y solidaridad del Estado y de la sociedad para garantizar la pronta normalidad que fue interrumpida en sus vidas. El trabajo, entonces, como principal fuente de ingresos de la familia, no puede ser suspendido por un hecho que violentó la situación de normalidad del trabajador, que no le es atribuible a éste bajo ningún grado de responsabilidad, pues se levanta como una fuerza mayor totalmente ajena a su voluntad, impidiendo el buen y normal desempeño de sus labores. Luego mal haríamos al cortar el ingreso a quienes dependen de él por una circunstancia externa como es el secuestro. Ello sería no considerarlas bajo su condición de víctimas sino por el contrario acabarlas de perjudicar, aún más de lo que ya les ha afectado el hecho de privarlas de su ser querido. Por esta razón la Corte afirma que:

274

El Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad (CP art.1), deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna. El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del territorio nacional, una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. (...) de allí la importancia del salario como sustento del trabajador para atender en forma decorosa sus necesidades familiares y sociales, propias del núcleo en el cual convive, frente a una desaparición forzada que lo imposibilita para cumplir con sus obligaciones laborales. Por ello, si el trabajador no ha incumplido sus obligaciones laborales ni ha abandonado por su culpa el trabajo, sino que por el contrario, en virtud del secuestro de que ha sido objeto, se

ha visto forzado a interrumpir la prestación de sus servicios, no puede concluirse que una persona colocada en dicha situación no tenga derecho a percibir su salario en cabeza de sus beneficiarios, razón por la cual queda plenamente justificada la procedencia de la solicitud de amparo para la protección inmediata de los derechos de la accionante y de su hija menor, quienes dependen económicamente del empleado, consistente en percibir los salarios y prestaciones correspondientes a éste y que constituyen el medio para subvenir a sus necesidades vitales (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-015, 1995).

De esta manera, la Corte Constitucional decidió amparar a las víctimas del secuestro bajo los principios de solidaridad y dignidad humana, pues estos valores no sólo tienen repercusión en el campo moral sino también en el jurídico, donde la sociedad y el Estado deben responder con acciones humanitarias frente a las personas que padecen el flagelo del secuestro. De otra parte, el derecho laboral es eminentemente protector y busca materializar la noción de justicia social, pues pretende equilibrar las condiciones de las personas menos favorecidas en razón de la distribución de la riqueza y de las cargas sociales, a tal punto que se prohíbe pactar salarios por debajo de unas cifras consideradas como mínimos por el Estado. Los derechos desprendidos de la relación laboral son irrenunciables y en caso de presentarse duda en la interpretación del contrato se aplica el principio *in dubio pro operario*. Pues la justicia pone límites a la libertad contractual, en materia laboral, en la medida que estas barreras benefician a la parte más débil de las relaciones de producción. Luego, no es justo que el trabajador que ha perdido su libertad en razón de sus funciones pierda ahora el derecho a percibir el salario, en cabeza de sus dependientes o familiares, justamente por haber caído en desgracia, víctima de un crimen atroz que no provocó.

Un poco el debate de fondo consiste en que el principio de solidaridad nos obliga a mantener la relación laboral, en lo que corresponde al pago de salarios y emolumentos derivados de ella, puesto que si el empleador se ha venido beneficiando de sus labores, al generar plusvalía en su provecho, mal podría ahora, cuando el operario es víctima de un delito y no puede acudir a continuar con la prestación de las funciones de su cargo, simplemente tomar una actitud despótica y dar por terminada la relación suspendiendo el pago de salarios. Ello en razón de la fuerza mayor que ha operado y que impide la normalidad de las labores.

Ahora bien, la Corte es muy clara al mencionar que efectivamente debe probarse o existir certeza del secuestro y su relación con las labores desempeñadas; y específicamente que la retención se produzca en razón o con ocasión de sus funciones. No es suficiente la simple desaparición del trabajador para generar el deber de continuar con el pago de salarios. En esta sentencia que hemos venido analizando la Corte va a ir trazando los primeros derroteros frente a las víctimas del secuestro, en particular cuando se trata de funcionarios públicos. Pero ello le va a servir de punto arquimédico o de apoyo para ir extendiendo sus postulados a otro tipo de entidades, concretamente empleadores privados, como veremos más adelante.

La pregunta ahora es: ¿Hasta cuándo está obligado el Estado a continuar con el pago de salarios a los familiares y víctimas del secuestro? Pues ya se determinó que era una obligación fundamentada en los principios de dignidad y solidaridad, dado que la interrupción del contrato tenía como causa una fuerza mayor: la privación de la libertad del trabajador, un hecho que se sale de la voluntad del obrero y que no puede ser previsto o resistido por éste sin poner en flagrante peligro su vida. En el fallo citado, la Corte va a establecer que la obligación de continuar el pago de salarios continúa hasta que el secuestrado obtenga su libertad por sus propios medios o sea rescatado por las autoridades o, simplemente, sea dejado en libertad por sus captores. Pero condiciona el pago o el término de liberación a dos años, tiempo en que, al decir de la Corte, se puede establecer la figura de la muerte presunta por desaparición, contemplada en la legislación civil colombiana. De ahí, le corresponderá a la autoridad civil establecer quiénes son los herederos del secuestrado y reclamar conforme a las leyes de sucesión y de seguridad social la pensión por sobrevivencia.

Del término establecido por la Corte (dos años) se abre una brecha de duda gigantesca, pues la legislación civil establece que la muerte presunta opera cuando la persona ha desaparecido y no se tiene noticia alguna de ella por un lapso de dos años, contados a partir de la última vez que se le vio o se tuvo conocimiento de su paradero. Sin embargo, el delito de secuestro por un tipo penal de medio, esto es que se realiza con una finalidad determinada, cuál sería la obtención de una remuneración a cambio de su libertad, impediría que se dieran las circunstancias de la muerte presunta, pues los comunicados de parte de los captores exigiendo dinero o alguna otra cosa por su liberación impedirían que se diera la

figura, quedando la familia del secuestrado desamparada al pasar los dos años. Estas inconsistencias se fueron solucionando con el paso del tiempo y la resolución de nuevos casos.

Es pertinente señalar que en el caso de Colombia los secuestros de empleados públicos, concretamente militares y policías, se tornaron en una práctica reiterada por parte de los grupos alzados en armas, con el propósito de presionar al Estado a realizar lo que en su momento se denominó intercambio humanitario. El intercambio consistía en la entrega de policías, militares y empleados públicos retenidos por la guerrilla bajo condición de liberar a guerrilleros capturados por la fuerza pública detenidos y condenados en las cárceles del Estado; situación que generó una verdadera división entre quienes apoyaban el intercambio, generalmente amigos y familiares de personas retenidas por las Farc y el ELN, frente a un grupo de derecha radical que se oponía bajo el argumento de que ello impediría juzgar a cualquier insurgente, y que constituía un chantaje al Estado. Sólo resta recordar que frente a los funcionarios públicos la Corte terminó afirmando que el pago de salarios cesaría cuando efectivamente se diera la liberación.

Ahora, al analizar los casos donde los retenidos eran personas particulares, empleados de empresas privadas o trabajadores independientes, vemos que el tema cobra mayor relevancia en el derecho civil. Pero como se trata de reconstruir el camino desarrollado por la jurisprudencia, es menester ir mostrando cómo se armó todo el aparato jurisprudencial a efectos de una mejor comprensión del fenómeno.

Víctimas del secuestro y obligaciones laborales de empresas particulares

Un tercer momento en el desarrollo jurisprudencial frente a las víctimas del secuestro lo constituye el establecimiento de responsabilidades en cabeza de los empleadores privados, cuando uno de sus empleados es víctima de este delito y su retención guarda relación con el cargo o con las funciones desempeñadas por el trabajador. Pues que el Estado esté obligado a responder por los salarios de sus trabajadores cuando ellos son retenidos por personas al margen de la ley –como se expresó líneas atrás– no sólo puede derivarse del deber de solidaridad y la especial misión del Estado de proteger la vida, honra, bienes, libertades y demás derechos y garantías de los ciudadanos, porque si se produce el secuestro, este hecho por sí sólo constituye una clara muestra de la falla del servicio de seguridad del Estado en la obligación de proteger al ciudadano de

las posibles irrupciones y vulneraciones a sus derechos; de donde se deduce la responsabilidad del mismo por una deficiente prestación de un servicio. Situación que no es fácil de predicar con respecto a los particulares, dado que estos deben contribuir al mantenimiento de la justicia y el respeto de las normas establecidas. Pero no se les puede responsabilizar por las obligaciones que el Estado tiene a cargo, como garantizar la libertad de todos sus asociados.

Pues bien, la Corte Constitucional se vio en la necesidad de decidir una acción de tutela interpuesta por una señora, quien al momento de la acción se encontraba en estado de embarazo y recurrió en amparo de sus derechos a la vida, a la integridad familiar, a la subsistencia, al libre desarrollo de la personalidad, al mínimo vital; derechos que se le estaban vulnerando por parte de una empresa de vigilancia privada en donde trabajaba su cónyuge como escolta, quien días antes, cuando cumplía la misión de custodiar una mercancía que era trasladada en un vehículo de carga, fue retenido por miembros de un grupo subversivo, quienes lo despojaron de los aparatos de comunicación y las armas de dotación que llevaba en su poder. El escolta fue raptado en compañía de otro miembro de la empresa, quien también prestaba los mismos servicios.

La empresa de seguridad, una vez tuvo conocimiento de los acontecimientos, presentó la respectiva denuncia penal ante la Fiscalía, la Defensoría del Pueblo, los organismos de derechos humanos, la Cruz Roja Internacional, y otras instituciones. Luego procedió a suspender el contrato de trabajo por un término de 180 días, en conformidad con la legislación laboral para cuando se presentan casos de fuerza mayor, o casos fortuitos que impidan el desarrollo normal de la relación laboral. En consecuencia, por efectos de la suspensión del contrato, cesaron las obligaciones del empleador de pagar los salarios, y sólo se limitaron a dar el aporte correspondiente a la seguridad social; esto es, para el sistema de salud y pensión del trabajador.

Esta situación hizo que las respectivas esposas de los trabajadores secuestrados, cada una de manera separada, acudieran por vía de tutela ante los jueces para que se garantizaran sus derechos, pues en el caso de la señora embarazada, aunque se encontraba laborando, expresó que sus ingresos no le permitían continuar con las comodidades y suplir las necesidades propias de su hogar, pues por razón de su embarazo y una deuda hipotecaria que habían contraído con su marido, el salario suyo no era suficiente y requería del apoyo de los ingresos que, por ley, correspondían a su compañero secuestrado. Adicionalmente, interpuso la acción de tutela en busca de protección del niño

que estaba por nacer, recordando que la Constitución política protege la vida de todas las personas, así como la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 4, ratificada por Colombia, extiende dicha protección desde el momento de la concepción, y la normatividad interna establece otro tanto, especialmente en lo que concierne a la protección a la familia y los niños, de quienes se predica que todos sus derechos son fundamentales.

La Corte entonces procedió a conceder de manera particular la protección solicitada por las dos cónyuges de los escoltas. Pero dado que los casos obedecían a los mismos hechos, se dirigían contra la misma empresa, y las pretensiones eran similares, decidió acumular los procesos y tomar una sola decisión. Como primera medida estableció si la acción de tutela procedía o no, pues la empresa apeló el fallo de primera instancia que concedió el amparo de los derechos de las accionantes con fundamento en la analogía resultante de la sentencia T-015 de 1995, mediante la cual se concedió el amparo a los familiares del ingeniero secuestrado, caso que ya tuvimos la oportunidad de estudiar. Así, pues, el juez consideró que la única diferencia es que en el primer fallo se trataba de funcionarios públicos, mientras que en el actual se trataba de particulares que laboraban para una empresa privada. Sin embargo, el artículo 95 de la Constitución, donde se establecen los deberes de todo ciudadano, no hace diferenciación alguna entre particulares y funcionarios públicos. Luego, por expresa aplicación del principio de igualdad se debía seguir el precedente y obligar a la empresa a cancelar los salarios a los familiares de los secuestrados.

La decisión del juez de primera instancia fue apelada ante el tribunal, quien negó la tutela, pues a su entender este mecanismo subsidiario sólo procedía, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, “contra particulares cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. De donde se deduce que las personas solicitantes no podían acudir al amparo constitucional, dado que la empresa de vigilancia privada con su actuar no lesionaba el interés colectivo de manera grave; y menos aún que las accionantes se encontraran en estado de indefensión o de subordinación. Según el tribunal, la relación de trabajo incluye el deber de subordinación en el trabajador, más no en sus familiares con quienes no existe ninguna obligación. Al respecto la Corte expresó lo siguiente:

La indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado, sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida esta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1634, 2000).

De ahí que la condición de indefensión en la que se encontraban las señoras de los secuestrados no devenga de un estado de subordinación ni de orden jurídico específico, sino de la ausencia de un medio eficaz para proteger sus derechos y los del menor que está por nacer. Pues si bien es cierto que las accionantes pueden acudir a la vía ordinaria mediante proceso laboral, este mecanismo puede tardar un tiempo razonable durante el que las familias estarían desamparadas. Por esto la acción más eficaz es la impetrada y se tomó como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio mayor o un daño irreparable, máxime cuando una de las señoras se encontraba obligada por un crédito hipotecario que en el momento en que dejara de pagar las cuotas debidas, podía ser demandada mediante proceso ejecutivo y perder su vivienda. Por esa razón se le dio procedencia a la acción de tutela contra la empresa particular.

En este orden de ideas, en procura de un orden justo y bajo el principio de solidaridad que obliga a responder con acciones humanitarias frente a quienes están en situación donde peligre su vida o salud, la Corte declaró que la obligación de pagar los salarios aparecía como una excepción especial que se producía por una fuerza mayor no atribuible al trabajador, pero que debía ser asumida por el empresario. Veamos:

No pudo desconocer la Sala que tratándose de actividades de seguridad y vigilancia privada, la responsabilidad que asume el empleador adquiere una mayor trascendencia y por lo mismo, las consecuencias derivadas de una desaparición en ejercicio o con ocasión el servicio deben estar, en principio, a su cargo (...). Ahora bien, con el fin de garantizar los derechos fundamentales del trabajador y de quienes de él dependen, la Corte ha reconocido la necesidad de adoptar medidas provisionales cuando, en situaciones excepcionales, la persona está imposibilitada para desempeñar las funciones inherentes a su cargo. Ello ocurre, por ejemplo, si un trabajador ha sido víctima del delito de secuestro y, naturalmente,

se configura una causal de fuerza mayor que le impide laborar. En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, como se trata de un hecho completamente ajeno a la voluntad del trabajador, además de la aflicción moral y psicológica ocasionada por la ausencia de un ser querido, no resulta constitucionalmente admisible suspender el pago de los salarios, porque ello implicaría desconocer los derechos de quienes dependen económicamente del trabajador y de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Con este argumento la Corte resolvió el caso a favor de los familiares de las personas secuestradas, obligando al empresario a continuar con el pago de salarios por un tiempo de dos años, plazo durante el cual los familiares debían adelantar el proceso contemplado en el código civil colombiano con el propósito de declarar la muerte presunta del secuestrado, siempre que no recobrara la libertad por sí mismo, lo liberaran los delincuentes, o la autoridad lograra su rescate antes de transcurrir los dos años. Pues de ahí en adelante, deberían aplicarse las normas correspondientes al derecho de sucesiones.

Lo importante de esta decisión, a mi criterio, no reside tanto en la imposición del deber de cancelar los salarios al empleador por virtud del principio de solidaridad, y en procura de un orden justo, pues a la misma conclusión se habría podido llegar al aplicar la teoría económica de la plusvalía, ampliamente expuesta por Marx en *El capital*, siendo un acto de justicia que el empleador, una vez el obrero cae en desgracia, como en el caso del secuestro, devuelva parte de la plusvalía que ha enajenado al trabajador y la restituya como salario mientras el obrero obtiene su libertad. Luego, desde una teoría marxista también podríamos llegar a la conclusión a que arribó la Corte, estirando fuertemente el principio de solidaridad y la idea de un orden justo, bastante oneroso para el empresario privado, por cierto en un país que, en su momento, fue considerado como el Estado con mayor índice de secuestros en el mundo.

De otra parte, lo que más inquieta del razonamiento de la Corte, como dije antes, no es el haber logrado un grado de justicia con el trabajador, pues ello parece meritorio. Lo confuso en la argumentación es la manera como se traslada o se traspasa la responsabilidad del Estado, bajo criterios poco convincentes, a los particulares. En este contexto, es el Estado y no el empresario quien debió asumir la responsabilidad del secuestro, específicamente con respecto al pago de salarios a los familiares de las personas retenidas, dado que la

principal obligación de una organización política, jurídicamente organizada, soberana, con reconocimiento internacional, y asentada en un territorio determinado, es la protección de la vida y libertad de sus ciudadanos. A eso se enfoca, desde la concepción más liberal del Estado, la función de la organización política. Tanto Hobbes,¹² como Locke¹³ y Rousseau¹⁴ van a atribuir al Estado la tarea de proteger la vida y las libertades.

Ahora bien, no sólo desde la filosofía y la ciencia política se puede endilgar la responsabilidad por la desprotección de las personas al Estado. Esto también lo encontramos en la Constitución, donde aparece en el artículo 2 que las autoridades han sido constituidas para la protección de la vida, honra, bienes y libertades ciudadanas; mandato que no logra cumplir, y en consecuencia debe asumir directamente la responsabilidad. Colombia, adicionalmente, es un Estado con una de las cargas tributarias más altas del mundo. Todos los ciudadanos nos vemos comprometidos con el pago de impuestos de toda índole, y no tiene sentido que si los ciudadanos y empresarios, personas jurídicas, cumplen a cabalidad con sus cargas tributarias, el Estado se sustraiga de ejecutar la principal labor que le ha sido asignada: proteger la vida y libertad de las personas.

En este orden de ideas, el derecho contencioso administrativo de Colombia ha venido desarrollando un amplio régimen de responsabilidades en cabeza del Estado, por omisión en la prestación de los servicios a él adscritos, por la prestación deficiente de los mismos o por la ejecución tardía

12 Al respecto Hobbes (1994) afirma que:

“Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa” (p.174).

13 Locke (1994) señala que:

“Pues como en el estado de naturaleza todos son reyes lo mismo que él, cada hombre es igual a los demás; y como la mayor parte de ellos no observa estrictamente la equidad y la justicia, el disfrute de la propiedad que un hombre tiene en un estado así es sumamente inseguro. Esto lo lleva a querer abandonar una condición en la que, aunque él es libre, tienen lugar miedos y peligros constantes; por lo tanto, no sin razón está deseoso de unirse en sociedad con otros que ya están unidos o que tienen intención de estarlo con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo a lo que doy el nombre genérico de “propiedad” (p.32).

14 Según Rousseau (1987):

“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes. Este es el problema fundamental que resuelve el contrato social” (p.14).

o extemporánea de ellos. Si la vida y la libertad son los principales bienes que el Estado debe proteger y no lo logra: ¿Por qué exigir responsabilidad al empresario por el incumplimiento de una labor que debió llevar a cabo el Estado? ¿Qué sentido tiene el órgano estatal si no es el cabal cumplimiento de los fines que por su naturaleza le son propios, como la protección de la vida y la libertad? He ahí el problema, pues nuestra legislación establece que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (art. 90, Constitución Nacional); de donde se deduce que la Corte Constitucional trasladó una responsabilidad propia del Estado a los empresarios. Pues, ¿qué responsabilidad se puede predicar del empleador que legítimamente ejerce una actividad mercantil, observando todos los parámetros y exigencias legales; vinculando a personal de servicios o trabajadores conforme a la legislación laboral; cumpliendo con sus obligaciones tributarias, y acogiendo en su totalidad las disposiciones que rigen su objeto social? ¿Acaso se puede exigir a las empresas y a los pequeños comerciantes que tomen ellos mismos las armas, ejerzan justicia por propia mano, e impidan que las personas que se encuentran al margen de la ley realicen secuestros?

A la primera pregunta hay que decir que el empresario, en principio, no debe responder por un acto que es ajeno a su esfera de dominio. El campo de los delitos, en este caso el secuestro, es una de las conductas que debe ser evitada por el Estado en ejercicio de una política criminal adecuada, poniendo en movimiento al aparato organizado de poder, desplegando condiciones de seguridad, y propiciando que los ciudadanos no se vean ni obligados a secuestrar ni expuestos a tal flagelo. Si ello, a pesar de sus múltiples acciones, ocurre, se verá obligado a investigar y sancionar a los responsables conforme a las disposiciones penales. Pero también, en virtud del artículo constitucional que le atribuye responsabilidad patrimonial por las acciones u omisiones que generen daños antijurídicos a los ciudadanos o empresas, estará obligado a resarcir los perjuicios. De aquí que la Corte se haya excedido frente a los empresarios al obligarlos a asumir el pago de los salarios correspondientes a las personas secuestradas, cuando ello debió estar a cargo del Estado por expreso mandato constitucional.

En otras palabras, no es que sea injusto pagar los salarios. Por el contrario, ésa es una medida acorde con la situación de protección frente a las víctimas del secuestro, sean sus hijos, cónyuges o demás personas que jurídicamente

se encuentren dependientes del trabajador secuestrado. Lo que no se ajusta a derecho es que sea el empresario quien deba responder, máxime cuando la obligación de proteger al vida y la libertad radica en el Estado. Luego quien obró negligentemente, o simplemente no actuó en el deber de proteger los bienes jurídicos ya mencionados fue el Estado a través de sus agentes. Por eso es él el llamado a responder por los salarios y no la empresa, quien de una u otra forma ya se ve afectada; es otra víctima indirecta al privársele de uno o varios de sus empleados; pues los procesos se retardan, las actividades se paralizan generando un claro perjuicio al empresario. Obligarlo a seguir cancelando el salario por su propia cuenta es re-victimizarlo.

A la segunda pregunta, la relativa a si el empresario tiene entonces que armarse y salir a cazar a los insurgentes, o a quienes se encuentran al margen de la ley, la respuesta es negativa por las siguientes razones: precisamente el Estado se constituye con el firme propósito de asumir los actos de justicia y despojar a los particulares de tal función, dado que ellos no son lo suficientemente justos ni objetivos cuando se trata de sus propias causas, de acuerdo con lo estipulado por Locke.¹⁵

Adicionalmente, uno de los elementos que caracteriza el estado moderno es precisamente el monopolio de la violencia legítima; esto es, el reservarse para sí el uso de las armas e impedir que los ciudadanos lo hagan en todo momento y ante cualquier circunstancia. Pues el Estado, en algunas ocasiones, puede autorizar la tenencia o el porte de armas para que las personas que se encuentran en inminente peligro o bajo un alto riesgo por razón de su profesión o condiciones particulares puedan portar armas de manera regulada y controlada por el mismo Estado. Permitir que los ciudadanos anden a la caza de quienes se alejan de la normatividad

15 Locke expone que en el estado de naturaleza cada hombre tiene el poder de castigar y ser el mismo juez en sus propias causas, pues esto se desprende de la ley de la razón. Sin embargo considera que esta facultad tiene límites y problemas que sólo pueden ser resueltos en el gobierno civil. Al respecto, este autor (Locke, 1994), afirma que:

“A la objeción de que no es razonable que los hombres sean jueces de su propia causa; que el amor propio los hará juzgar a favor de sí mismos y de sus amigos, y que, por otra parte, sus defectos naturales, su pasión y su deseo de venganza los llevará demasiado lejos al castigar a otros, de lo cual solo podrá seguirse la confusión y el desorden (...) Concedo sin reservas que el gobierno civil ha de ser el remedio contra las inconveniencias que lleva consigo el estado de naturaleza, las cuales deben ser, ciertamente, muchas cuando a los hombres se les deja ser jueces de su propia causa. Pues no es fácil imaginar que quien fue tan injusto como para cometer una injuria contra su prójimo, sea al mismo tiempo tan justo como para castigarse a sí mismo por ello” (p.5).

sería volver a caer en el estado de naturaleza descrito por Locke, donde cualquier persona podía, legítimamente, acudir a la facultad de juzgar a quien se apartara de la ley de la razón, situación que llevaría a la venganza privada y a un estado de guerra.

Como puede apreciarse, los postulados del *pacta sunt servanda*, expuestos por los clásicos de la teoría política, cobran plena vigencia para resolver un caso de responsabilidad por hechos acaecidos sobre la persona de un trabajador; situación que afecta no sólo al secuestrado, a su familia, y al empresario, sino que –según se ha demostrado– generaría una responsabilidad patrimonial directa de parte del Estado al omitir su misión de proteger la vida y libertades de los ciudadanos frente a las acciones criminales que, como el secuestro, vulneran no sólo el derecho a la libertad sino también la dignidad humana al cosificar, instrumentalizar o reificar a un ser humano para obtener una cifra de dinero a cambio de su liberación. Pues el pacto debe cumplirse en razón de su primigenia obligación, dado que de no hacerse, los ciudadanos automáticamente quedarían libres del deber de seguir las reglas, de pagar impuestos, y de lealtad con el Estado.

Lo anterior no significa que se pueda demandar responsabilidad al Estado por la ocurrencia de todo tipo de delitos, pues si bien el Estado debe velar por el orden público, le es imposible evitar la comisión de comportamientos desviados prohibidos por el legislador penal. A nadie se le puede exigir lo imposible, eso es claro; y menos a una organización política como la nuestra, que va acompañada de grandes problemas de pobreza, analfabetismo, desigualdades sociales y todos los demás conflictos asociados con los anteriores. Sólo se plantea que tratándose de delitos cometidos por estructuras criminales, bandas de delincuencia organizada, grupos subversivos, entre otras formas de asociación criminal, sí le es dado al ciudadano exigir del Estado responsabilidad por tales crímenes. Pues el carácter asociativo, permanente, organizacional de las anteriores formas de participación criminal pone de presente el poco esfuerzo del Estado en contener el delito, en desestructurar la violencia y la delincuencia, en controlar las causas que dan origen al fenómeno delictivo de alto impacto y magnitud desaforada. Allí es fácil advertir que el Estado ha obrado pasivamente mientras las personas al margen de la ley se han ido convirtiendo en verdaderos para-Estados.

No ocurre lo mismo frente a los casos aislados, pues no es posible conocer de antemano lo que cada habitante del territorio nacional esté pensando en

realizar. No se sabe cuál va a ser la actitud del marido celoso que descubre a su mujer en brazos del amante, ni lo que hará el cajero de un banco cuando se le presta poca atención y controles en los arqueos de caja. En síntesis, el delito como tal tiene inmersas una serie de complejidades que trascienden el orden de lo puramente racional, pues algunos comportamientos obedecen más a impulsos biológicos que cobran fuerza en determinadas ocasiones, cuando las circunstancias lo propician. El alcohol, la oscuridad, la depresión, la soledad, la confianza, la necesidad, la pobreza, el dolor, las pasiones, la ira, entre otras múltiples circunstancias, pueden llevar a un sujeto aparentemente normal a convertirse en criminal. Esto no es posible de ser previsto por el Estado en cabeza de los agentes de seguridad; son comportamientos que se imbrican en lo profundo de la individualidad, en los oscuros rincones de la mente humana, sin que, en ocasiones, puedan ser contemplados por el sujeto-agente o autor de un delito. Menos podría exigirse al Estado que posea un dominio o control de las acciones o posibles comportamientos de todos sus inscriptos.

El caso de la delincuencia organizada, estructurada, armada permanentemente, es más fácil de predecir; se puede seguir su accionar, es más racional, compleja y generalmente sigue patrones de comportamiento; se ubica en ciertas zonas, negocia con determinados agentes, domina en lugares determinados; y frente a ella se le exige un mayor papel al Estado. De ahí que ante este tipo de organizaciones, que involucran a varios sujetos, que manejan una economía considerable, y que extienden sus tentáculos en campos especializados como el hurto de vehículos y su posterior desarme para la venta de autopartes hurtadas, el tráfico de estupefacientes, la rebelión, el terrorismo, entre otras actividades criminales que exigen un nivel de organización, financiación y participación de individuos que escapa al simple problema de la individualidad delictiva, el Estado deba responder por los daños antijurídicos que ocasionen, pues no es bienvenido el argumento de su imprevisibilidad. De allí que deba asumir las consecuencias de su inacción, por lo menos cuando se trata del secuestro, de la desaparición forzada, del genocidio, y del terrorismo, entre otros delitos atroces.

Las víctimas del secuestro y las obligaciones civiles

En los anteriores acápite se ha venido mostrando el camino recorrido por la Corte Constitucional colombiana para proteger a las víctimas del secuestro. En primer lugar se protege a los familiares de los secuestrados declarando inconstitucionales las prohibiciones de pagar el rescate del ser querido; se

permite que cualquier persona con intención de colaborar en la obtención de la libertad de un retenido pueda negociar o realizar transacciones con los familiares del secuestrado; y se proscribe la indebida intervención del fiscal en la vigilancia y control administrativo de los bienes, tanto del retenido como en los de propiedad de sus familiares y amigos, pues ello constituye una intromisión injustificada en la órbita privada de las personas, que atenta contra el principio de solidaridad y la intimidad. De igual manera, se mantiene la prohibición del contrato de seguro orientado a responder o a cubrir un monto determinado en caso de secuestro, pues se admite que el pago del rescate no es en sí ni bueno ni malo; lo que determina el aspecto ético o el calificativo de justo o injusto es el propósito o finalidad que se persiga. De ahí que, como en el caso de las empresas aseguradoras, pretenda obtener provecho de un acto execrable como es la retención de una persona a cambio de una suma de dinero, dicho procedimiento no pueda admitirse como un negocio lícito. La Corte considera, entonces, que las razones de lucro o beneficio obtenidas con la celebración de contratos que cubran la eventualidad de un secuestro es, a todas luces, inconstitucional; y que ésta deben ser prohibidas y sancionadas conforme a lo dispuesto por el Código Penal.

De otra parte, en sentencias posteriores, la Corte obligaría a las empresas estatales a continuar con el pago de salarios –que en derecho corresponderían a los secuestrados– a los familiares y dependientes de las personas retenidas, bajo el supuesto de una suspensión involuntaria del contrato de trabajo que, sin embargo, continúa obligando a una de las partes (el empleador), a efectos de salvaguardar la vida, el mínimo vital, la subsistencia, la intimidad, la familia y demás derechos de aquellas personas. El argumento que se expone es el deber de solidaridad para con las personas que se encuentran en situaciones menesterosas, donde pelagra su vida y su salud, a lo que se debe responder con acciones humanitarias. El Estado, entonces, debe continuar con la obligación salarial a pesar de la suspensión del contrato.

Con posterioridad, la Corte asumió el conocimiento de una tutela en la que ya no se trataba de funcionarios públicos secuestrados, sino de particulares que laboraban en una empresa igualmente privada. El tribunal constitucional hizo extensivo el precedente que amparaba a los servidores públicos, y decidió proteger a los particulares, obligando a la empresa privada a mantener el salario a los familiares de los retenidos. Pues bien, a continuación se hará una ampliación de esta tendencia protectora de la Corte Constitucional,

ya no referida a trabajadores del sector público ni a empleados particulares, vinculados a empresas privadas, sino que se abordará un caso espacial donde se ampara a un trabajador independiente, quien laboraba como propietario de un taller de mecánica automotriz y fue víctima de un secuestro.

En esta ocasión, la protección se orienta a suspender el cobro de obligaciones civiles que, por vía judicial, más concretamente mediante proceso ejecutivo, se incoaron contra el deudor por el incumplimiento de lo previamente pactado. La orden de la Corte se dirigió ahora contra el sector financiero, pues el cobro de acreencias a quienes se encuentran secuestrados o acaban de obtener su libertad después de cierto tiempo en cautiverio, vulnera flagrantemente el deber de solidaridad, haciendo legítima la intervención judicial en procura de tutelar los derechos de las víctimas, que no sólo tuvieron que afrontar el secuestro, pues ahora el sistema financiero los amenaza con despojarlos de sus bienes, al exigir el cobro de las obligaciones sin tener en consideración la situación calamitosa del deudor.

En este orden de ideas, se relatarán los hechos que dieron lugar a la sentencia de tutela T-520 de 2003, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera: el señor Jürgen Huelsz, ciudadano de origen alemán, quien se nacionalizó en Colombia y contrajo matrimonio con una ciudadana colombiana, solicitó el amparo de sus derechos a la vida en condiciones dignas, a la protección del Estado, a la integridad familiar, y a la solidaridad; derechos que consideraba vulnerados por los bancos de Bogotá y BBVA. El ciudadano constituyó una sociedad de personas denominada Sociedad Servicio Avenida Caracas Madsen y Huelsz Ltda. Con el paso del tiempo, la familia Huelsz adquirió una propiedad en zona rural dedicada a la ganadería y actividades agropecuarias. Para ello solicitó préstamos con los bancos mencionados y garantizó la deuda con hipotecas sobre bienes personales y de la empresa; deudas que él y su familia fueron pagando cumplidamente hasta el día en que fue víctima de un secuestro por los frentes 53 y 54 de las Farc; esto es el día 15 de noviembre de 1997 hasta el día 20 de junio de 1998, fecha en que fue liberado luego del pago de quinientos millones de pesos (\$500.000.000.00), suma bastante elevada para aquel entonces. Huelsz relata que su esposa y demás familiares tuvieron que vender enseres, herramientas, propiedades, y adquirir una serie de deudas garantizadas con letras de cambio y pagarés a efectos de poder acceder al dinero para cumplir con las exigencias de los secuestradores.

Su concuñado, quien intervino en la mediación para obtener la liberación, una vez que entregó el dinero para obtener la libertad del señor Jürgen Huelsz, fue también retenido por la misma organización criminal y se debió pagar otra suma adicional por su rescate. El taller de mecánica tuvo que suspender sus actividades a raíz del secuestro de su representante legal y mecánico principal. Ante el incumplimiento de las obligaciones periódicas, los bancos citados exigieron los pagos de las respectivas deudas. El cónyuge del secuestrado narró lo sucedido y solicitó en varias oportunidades una prórroga para el pago de las obligaciones. También propuso una refinanciación de las deudas, pero los bancos decidieron proceder por la vía judicial, embargando los bienes muebles e inmuebles de los deudores.

El accionante, señor Huelsz, manifestó que no estaba pidiendo que le condonaran la deuda, y que sólo quería que la refinanciaran y suspendieran los procesos ejecutivos que estaban en etapa de remate de bienes para saldar la cuenta adeudada. Igualmente, manifestó que debido al secuestro, tanto él como su esposa e hija habían tenido múltiples problemas de salud, anemia, estrés y otras patologías de carácter psicológico (traumas post-secuestro, disminución de la capacidad laboral, falta de atención, imposibilidad de concentración, delirios de persecución, insomnio, sensación de inseguridad, nerviosismo, entre otros), situación debidamente acreditada con las historias clínicas correspondientes.

Ante la viabilidad de la acción de tutela, manifestó que ella era procedente porque los bancos, a pesar de tratarse de entidades privadas, prestan un servicio público y las personas al suscribir los contratos de adhesión con las mismas entidades, cuando se solicita un crédito o se da apertura a una cuenta de ahorros o corriente, no tienen más alternativa que acogerse a las condiciones exigidas por el banco materializando un estado de indefensión o subordinación. La libertad contractual aparece allí como una simple manifestación voluntaria de aceptación de condiciones más no de deliberación y acuerdo consensuado de cláusulas. Ello lleva a que quien suscribe un contrato con las entidades bancarias se encuentre en una clara situación de subordinación. En adición a lo anterior, argumentó que la Corte ha concedido acciones de tutela para proteger derechos de vida, protección a la integridad familiar, a la subsistencia y a la solidaridad frente a servidores públicos, a particulares que prestaban servicios a empresas privadas y, en armonía con el principio de igualdad, también debía dársele a él un trato

similar, pues es un trabajador independiente que labora bajo su propia cuenta. Por esta razón no se podría conceder tratos diferenciados a empleados y a trabajadores independientes, dado que las circunstancias generadoras de los hechos vulneradores de los derechos son similares: el hecho de haber sido víctimas de un secuestro.

De otra parte, la circunstancia del remate de sus bienes en subasta pública para pagar la deuda a los bancos es una clara demostración del inminente riesgo en que se encuentra la familia, pues la venta de los bienes con los que han venido logrando el sustento de su núcleo familiar, generaría un perjuicio irremediable. De ahí que la Corte tuviera que actuar en amparo de sus derechos, ordenando la suspensión de los procesos judiciales y el respectivo remate de bienes; y ordenando a las entidades financieras renegociar sus deudas, concediendo una prórroga como parte del deber de solidaridad mientras el accionante lograba reactivar sus negocios y poner en marcha la empresa que había estado en suspenso por causa del secuestro. Huelz manifestó que siempre cumplió con el pago de las cuotas hasta el momento del secuestro; que estaba pidiendo sólo una oportunidad de cancelar el total de la obligación en condiciones de viabilidad económica; que si se subastan sus bienes, el producido no era suficiente para cancelar el total de la obligación, mientras que si se le permitía continuar con sus labores, en un plazo razonable iba a estar en condiciones de pagar la totalidad de la deuda.¹⁶

El juez de primera instancia niega las pretensiones del accionante con fundamento en que la protección estatal invocada por el actor no constituye propiamente un derecho fundamental. La protección es sólo un principio que debe desarrollarse a través de las políticas públicas en consideración a las oportunidades fácticas y jurídica de un Estado; pues el deber de protección a las personas víctimas, a los desvalidos, a quienes se encuentren en especiales condiciones de marginalidad, pobreza, abandono o calamidad, sólo es un deber del Estado, algo que se postula como meta, como un programa a ser desarrollado; son las intenciones a futuro del Estado. Pero igual que con los denominados derechos programáticos, sólo se da y encuentra respaldo jurídico cuando ha sido reglamentada por el legislador. Buscar, entonces, protección del Estado a través de la vía judicial para un caso concreto, bajo el supuesto de haber sido víctima de un secuestro, sin reunir las exigencias

16 .Véase: Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-520, 2003).

establecidas en los casos particulares fallados por la Corte Constitucional, es un desatino; y no puede extenderse lo contemplado en las sentencias ya analizadas al caso de un empresario particular.

En consonancia con lo anterior, manifiesta el juez de primera instancia que frente al derecho a la igualdad, se debe mostrar con claridad los presupuestos materiales y jurídicos de comparación con situaciones similares para que proceda tal derecho; esto es, que el actor ha debido mostrar otros casos en los que la Corte Constitucional, a través de sus sentencias, hubiese protegido a empresarios o trabajadores independientes frente al cobro jurídico de obligaciones financieras legítimamente constituidas. Por esta razón, el precedente de la Corte no es aplicable al caso concreto, pues sólo se ha brindado amparo a empleados del sector público o estatal, o a empleados de empresas privadas, pero nunca se ha analizado casos de particulares frente al sistema financiero. En esta misma línea de argumentación, el juez afirma:

Que las entidades bancarias tienen pleno derecho de cobrar los saldos insolutos de sus créditos. Ni en los documentos suscritos por el demandante ni en la ley está previsto que un suceso de secuestro pudiera oponerse como excepción al cobro ejecutivo de una obligación. Por el contrario –continúa–, el juez de tutela no puede inmiscuirse en cuestiones atinentes a divergencias contractuales, las cuales deben ser resueltas entre las partes, y no existe prueba de que el demandante haya hecho solicitud alguna a los bancos demandados para cambiar los términos del contrato (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-520, 2003).

Ahora bien, ante la negativa del juez de primera instancia, el accionante interpone recurso de apelación, argumentando que el derecho de protección estatal es efectivamente un derecho fundamental, y el más importante de toda la organización política. Pues de no ser así, no tendría ninguna razón de ser la existencia del Estado. Pues para qué contemplar una carta de derechos y estipular las buenas intenciones que el constituyente en un momento histórico ha querido expresar en el pacto social, si el ente encargado de su materialización, es decir el Estado, hace caso omiso de ello. Luego, la efectiva protección de los derechos es quizá el más importante de todos ellos, pues sin este mecanismo o recurso, los demás derechos sólo serían voces de auxilio en el desierto, un sonido que no puede desplazarse por ausencia de aire, quedando

enterrada la posibilidad de concretar lo escrito en la carta fundamental de derechos. El accionante observa que la jurisprudencia no tiene que consistir, necesariamente, en la resolución de un caso exactamente igual para que pueda aplicarse el precedente, pues si así fuera no existiría la analogía, ya que un caso nunca es exactamente igual a otro. El deber de solidaridad se predica de toda persona, natural o jurídica, según lo dispuesto en la Constitución, y sólo basta mostrar que una persona se encuentra ante la inminencia de un peligro, que está próximo o ya le están vulnerando sus derechos fundamentales, para que el juez constitucional pueda entrar en procura de su defensa.

El juez de segunda instancia confirma la sentencia del juez de primera, pues considera que el secuestro del actor es un hecho totalmente ajeno a la acción y omisión de los bancos accionados; que ellos no tuvieron ninguna incidencia en esas acciones, y que ni en la ley ni en la jurisprudencia se afirma que el contrato deba ser modificado por hechos ajenos a la voluntad de las partes. De otro lado, conceptúa que ni la dignidad humana ni la solidaridad ni la igualdad imponen a los particulares obligación de modificar las deudas. En este sentido, también afirma que el secuestro ya había sido consumado, pues la persona fue liberada en el año 1998, y la acción se interpone con mucha posterioridad. Luego no encuentra relación entre un hecho aislado y la necesidad de proteger al deudor del pago de sus obligaciones legalmente adquiridas. Frente a la idea de subordinación contenida en las afirmaciones del actor, quien dice que esa calidad se depende del carácter adhesivo de los contratos financieros, manifiesta que eso no lo hace un subordinado, pues la libertad radica en la posibilidad real de aceptar o no las condiciones pactadas; adicionalmente va a afirmar que la mayoría, por no decir todos los contratos de adhesión, poseen un mecanismo espacial de protección para la parte débil, pues hay ordenamientos positivos que se imponen como mecanismos de protección, cuales son los estatutos del consumidor, sea normal o financiero, y la ley laboral que es protectora del trabajador por excelencia; y así donde se acostumbra los denominados contratos de adhesión también existen mecanismos de protección de carácter impositivo o de orden público en defensa de los intereses de quienes adhieren sus voluntades. Por estas razones deniega la acción de tutela, confirmando el fallo de primera instancia.

Ante este panorama, la sala de revisión de tutelas de la Corte Constitucional colombiana se va a pronunciar en el siguiente sentido, a efectos de proteger los derechos a la vida, a la integridad familiar, a la igualdad, y a la dignidad humana del actor, revocando los anteriores fallos y concediendo el amparo solicitado

por el señor Jürgen Huelsz. La Corte inició por determinar la viabilidad de la acción de tutela, pues según la Constitución, esta sólo se puede incoar contra particulares, entre otros eventos, cuando ellos presten un servicio público. La actividad financiera se ha constituido como una función fundamental para el buen desarrollo del mercado. La captación masiva de dineros provenientes del público, y su capacidad de incidir en fenómenos como la economía, la oferta y la demanda, las tasas de intereses, la inflación y la deflación, entre otras, hacen que el Estado deba prestar especial importancia a dicha actividad, debiendo, entonces, regularla, vigilarla y controlarla. Veamos:

La incidencia de una mayor cantidad de sectores y actividades económicas sobre la realización de los fines del Estado supone una ampliación del interés público, ante la cual el concepto de servicio público cumple una función de vital importancia. Este concepto permite que el Estado regule tales actividades, otorgándoles a las personas que las ejercen una serie de derechos, facultades y prerrogativas, y permite que a la vez ejerza sobre ellos la vigilancia, inspección y control, necesarios para garantizar el cumplimiento de sus finalidades sociales. (...) Factores como el cambio en tales tendencias y la rápida evolución tecnológica, han llevado a que sea cada vez menos importante la naturaleza pública o privada del órgano que desarrolla la actividad, para determinar si se está frente a un servicio público (...) Acorde con tal realidad, nuestro sistema jurídico ha acogido un criterio predominantemente funcional, como herramienta flexible para establecer cuándo se está frente a un servicio público. Así se evidencia ya en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que ha considerado que el carácter de servicio público no depende de quién desarrolle la actividad, sino de las funciones sociales que ésta cumple. Al respecto, en una decisión de 1970, esa Corporación sostuvo que un servicio público es "... toda actividad [tendiente] a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas" (resalta la Sala) (...) Este mismo criterio ha sido adoptado por el legislador, que ha resaltado su aspecto funcional, con prescindencia del carácter público o privado del órgano que lo presta. En este sentido, el artículo 430 del Código Sustantivo de Trabajo define de manera general un servicio público como "... toda actividad organizada

que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-520, 2003).

Con fundamento en estos argumentos, la Corte Constitucional determinó que la actividad financiera es efectivamente un servicio público prestado por empresas privadas, para el caso de los bancos accionados, y por empresas públicas, cuando se trata de los bancos oficiales. Luego, los bancos sí pueden ser sujetos pasivos de acción de tutela cuando ellos vulneren algún derecho fundamental o estén en inminente estado de vulnerarlo. Pues el carácter de servicio público le asigna al Estado la potestad de obligar su prestación con criterios de universalidad y eficiencia, para lo cual emite reglamentaciones, controles y vigilancia, a través de las superintendencias, por ejemplo. También la Corte analiza si existen otros medios judiciales con igual o mejor eficacia que la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales alegados por el actor, pues la acción de tutela es una figura subsidiaria; esto es que no procede cuando exista otro mecanismo judicial, o sólo procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable no evitable de otra manera, o un daño inminente que la otra acción no pueda contener a tiempo; es decir, que el otro mecanismo debe ser igual de idóneo en la protección del derecho para que pueda desplazar a la tutela.

Como se trata de sendos procesos ejecutivos en los que aparecen títulos valores, los cuales contienen obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles, la acción cambiaria contempla de manera taxativa las causales que se pueden objetar como excepciones al cobro ejecutivo, entre ellas las “derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio”. De ahí que se puedan presentar como excepciones las justificaciones de incumplimiento del negocio subyacente que dio origen al título valor; en otras palabras, se pueden presentar como excepciones a la acción cambiaria del título valor, en este caso en concreto, las circunstancias que justifiquen el incumplimiento al contrato de mutuo celebrado con el banco; o sea, el secuestro como causa que impidió al deudor cumplir con las obligaciones de pago periódicas; y que, a la postre, originaron la aplicación en el contrato de mutuo de las denominadas cláusulas aceleratorias.

Ahora bien, la legislación comercial en Colombia posee una cláusula remisoría a la legislación civil en materia de obligaciones, contratos y la manera de crearse, transformarse y extinguirse estos siempre que el Código de Comercio no establezca otra cosa. De allí que al acudir a la legislación civil se encuentre en el artículo 1604 que el deudor no es responsable del caso fortuito. Por esta razón, y luego de un complejo análisis de la legislación civil y comercial, la Corte llegó a la conclusión de que el actor sí tenía recurso para oponerse al cobro ejecutivo, alegando las excepciones señaladas líneas arriba; pues para la Corte, el caso fortuito se podría entender por analogía a la fuerza mayor. Sin embargo, en la tradición civilista colombiana ha existido una clara diferenciación entre estas figuras, y difícilmente un juez civil aceptaría este tipo de analogías, pues la fuerza mayor, por lo regular, hace referencia a hechos de la naturaleza de carácter imprevisible e irresistible, mientras que el caso fortuito es, fundamentalmente, un hecho imprevisible. Pero hoy día con el avance de la ciencia casi todo es previsible. Concluye la Corte que si bien es cierto el actor pudo proponer excepciones en el proceso ejecutivo como la fuerza mayor originada en el secuestro, dado que se constituye en un hecho imprevisible e irresistible que le impidió cumplir a cabalidad con el pago por cuotas de sus obligaciones contenidas en el contrato de mutuo, ellas no eran suficientemente idóneas como para reemplazar o desplazar la acción de tutela. Por tanto, la Corte admitió su procedencia e inició las consideraciones que darían lugar a la protección del deudor secuestrado contra las entidades bancarias; no sin antes especificar que algunas exigencias de la legislación civil, frente a los secuestrados, son irracionales:

En términos abstractos resulta razonable y proporcional imponer la carga de probar que el hecho era imprevisto, imprevisible e irresistible, y que hubo una relación causal con el incumplimiento, como condiciones probatorias para eximir al deudor de responsabilidad en materia civil. Sin embargo, en el caso del secuestro esta carga probatoria resultaría demasiado onerosa. Imponerle a un deudor que ha sido secuestrado la carga de probar que en su caso el secuestro era una circunstancia imprevista, imprevisible e irresistible, conforme a los cánones probatorios ordinarios resulta irrazonable y desproporcionado, por diversas razones. En primer lugar, porque aun cuando en algunas ocasiones las personas llegan a resistir un secuestro asumiendo el riesgo para sus vidas y las de los demás, esta opción personal no puede llevarse a cabo sin poner en

juego el bien jurídico de la vida, y como lo ha reiterado esta Corporación, el ordenamiento jurídico no puede obligar a las personas a elegir entre estas dos alternativas. En segundo lugar, porque aun cuando en algunos casos la existencia de amenazas previas puede constituir un indicio de la previsibilidad del secuestro, el grado de afectación personal que significa este delito para las víctimas lleva a suponer que de saber cómo y cuándo se va a efectuar, la persona tomaría todas las precauciones necesarias para evitarlo (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-520, 2003).

Aun bajo estas condiciones, el banco podría argumentar que si la persona sabía que sus condiciones económicas lo hacían una posible víctima de secuestro, debía tomar todas las medidas para evitar el hecho, y por esta sola razón ya el secuestro deja de ser imprevisible. De ahí que la Corte decidiera desplazar el proceso ejecutivo y sus excepciones como medio de defensa idóneo para dar vía libre a la tutela como mecanismo transitorio en el caso de estudio. Aceptada la procedencia de la tutela, debía responder la Corte el siguiente problema jurídico: “¿Se vulneran los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad cuando una entidad bancaria exige el pago a un deudor secuestrado y posteriormente liberado, sin considerar los efectos que tuvo su secuestro sobre sus posibilidades de cumplir?”.

Al respecto se afirma que los bancos no tuvieron nada que ver con el secuestro, pero que éste sí fue la causa detonante del incumplimiento de los pagos periódicos del deudor, que permitió a los bancos aplicar las cláusulas aceleratorias y adelantar los cobros por vía ejecutiva de la totalidad de la deuda, desconociendo el deber de solidaridad para quien se encuentra en especiales circunstancias de debilidad manifiesta, máxime cuando el deudor tuvo que suspender su trabajo, endeudarse para pagar el rescate; y que, adicionalmente, su concuñado también resultó víctima del secuestro. Se presentaron cartas a los bancos en procura de una prórroga o una refinanciación de la deuda aduciendo el secuestro como principal causa de incumplimiento, a lo que los bancos hicieron caso omiso. El remate de sus bienes le impediría al actor trabajar y recuperarse económicamente, al tiempo que atentaba contra su integridad familiar y contra la subsistencia de su núcleo, su derecho a la igualdad, y el libre desarrollo de la personalidad. La vulneración de estos derechos por parte de las entidades bancarias no se debía directamente al secuestro, sino a la omisión del deber de solidaridad para con quien se encontraba en una circunstancia donde su vida, su salud y su libertad estaban seriamente

amenazadas, debiendo actuar el banco con acciones humanitarias frente a quien está en esas especiales condiciones de debilidad manifiesta. Pues el no acatamiento al deber es el que termina vulnerando los derechos, independientemente de la responsabilidad penal que se asigne a los secuestradores. Un derecho fundamental puede vulnerarse por personas que, incluso, están ejerciendo un derecho legítimo, como sucede en el presente caso.

El deber de solidaridad encuentra fundamento en la opción política que asumió el constituyente cuando estableció que el Estado colombiano era un Estado social de derecho, pues la condición social significa que además de las estructuras normales del poder que limitan la libertad del individuo, existen deberes de los ciudadanos para con los otros en virtud de su rol como sujeto colectivo; como ser social que se identifica, nutre y reconoce en su ser político. Ésta es una condición que nos compromete como parte de un todo y relativiza la posición del Estado liberal, para quien basta con la protección de las libertades individuales a efectos de que las personas puedan desarrollar sus planes racionales de vida de manera autónoma. Los deberes, así entendidos, son especies de correcciones a las estructuras de poder que comprometen al individuo con su ser social, y con la responsabilidad que se le atribuye en el desarrollo armónico y el disfrute de las libertades ajenas.

Cuando un derecho fundamental se ve vulnerado por la omisión en el cumplimiento de un deber de una persona, si el deber no está expresamente regulado, cede paso al juez constitucional para que exija su cumplimiento, a fin de garantizar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales. En principio el llamado a regular el cumplimiento de los deberes es el legislador, por cuanto ello representa una restricción a las libertades. Pero éstas no serían posibles si no estuviese presente el deber de respetarlas por los demás ciudadanos. Los deberes, entonces, se orientan a lograr la satisfacción plena de otras prerrogativas concedidas en los ordenamientos jurídicos y dependen de los modelos de Estado; son una herramienta útil al momento de corregir algunas desviaciones o abusos de las libertades individuales, o de modelos individualistas que permiten el egoísmo como forma legítima de acción. En este sentido la Corte afirma que:

Dentro de este contexto, el Estado social no pretende la transformación radical de las estructuras sociales, sino la corrección sistemática de sus consecuencias más graves, y la promoción de sus efectos deseables. Así

mismo, el Estado social permite la interacción de los agentes sociales, sin querer determinar sus relaciones por intermedio del Estado. Por el contrario, permite su libre juego, dentro de un marco que garantice la convivencia social presente y futura, tomando la dignidad humana como elemento indispensable para la continuidad de cualquier comunidad política. En ese orden de ideas, puede afirmarse que los deberes constitucionales son instrumentos jurídicos que garantizan que los particulares cumplan sus funciones dentro de la sociedad para lograr determinados objetivos constitucionales, sin necesidad de estructurar las relaciones entre los agentes sociales a través del Estado (...) El carácter jurídico de estos deberes supone su exigibilidad. En efecto, dentro del Estado liberal, estos deberes se consideraban de naturaleza cívica o moral, y por lo tanto no era posible exigirlos jurídicamente. Sin embargo, la incidencia cada vez más fuerte de las actividades privadas en la realización de los objetivos constitucionales dentro de la sociedad contemporánea, hacen necesario que el Estado cuente con las herramientas suficientes para afrontar los crecientes desafíos que supone el deber de asegurar la cohesión social (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-520, 2003).

Así, la Corte termina justificando la exigencia jurídica de un deber constitucional para evitar o suspender la vulneración de un derecho fundamental. Pero también manifiesta que el amparo que se ha venido otorgando a los familiares de los secuestrados no es suficiente en la medida en que sólo protege a empleados, sean estos del sector público o privado, pero no ha tomado en consideración a aquellas personas que al momento del secuestro no se encontraban vinculadas a alguna empresa en calidad de empleadas. Tampoco las protege de las posibles lesiones o daños que lleguen a sufrir como consecuencia de agentes diversos a los secuestradores, como ocurre en el caso de estudio, donde son los acreedores quienes ponen en riesgo a las víctimas del secuestro al no permitirles su readaptación económica. La Corte, con el propósito de establecer si el secuestrado una vez es liberado puede de inmediato volver a asumir sus responsabilidades civiles y comerciales, o si por el contrario requiere de un periodo especial para ello, solicitó un peritaje en términos generales a diferentes facultades de psicología de universidades reconocidas en el país, al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y a fundaciones que ayudan a ex-secuestrados para que vuelvan a readaptarse al medio, entre otras. A partir de estos conceptos la Corte extrajo algunas

conclusiones en beneficio de las víctimas del secuestro. Entre ellas, se destacan la importancia de la situación económica y la salud del recién liberado en su proceso de recuperación; la pérdida de su capacidad laboral durante el primer año posterior al secuestro; la superación paulatina de la psicosis, el nerviosismo, la sensación de inseguridad, la capacidad de concentración, etc. Por estas razones se puede afirmar que el secuestro y sus consecuencias van aún más allá del momento de la liberación, y que la persona permanece en condición de debilidad manifiesta, en promedio por un lapso de un año después de recobrar su libertad. De acuerdo con esto, la Corte ha de emprender acciones para que durante este periodo tenga la debida protección del Estado.

Por lo anterior, la Corte suspendió los procesos ejecutivos y ordenó a los bancos renegociar las deudas contraídas por el accionante y sus familiares. Más aun, procedió a modificar las obligaciones en el siguiente sentido: los intereses causados por razón de la deuda se dividieron en dos tipos, intereses corrientes o remuneratorios y los intereses moratorios o sancionatorios, pues nuestra legislación contempla la posibilidad de cobrar ambos intereses cuando se produce la mora; es decir, que el acreedor tiene derecho a cobrar los intereses normalmente pactados como contraprestación por el crédito otorgado al cliente o deudor; y en caso de mora no justificada del deudor, se puede cobrar, adicionalmente y como sanción por el incumplimiento, unos intereses moratorios.

Así las cosas, la Corte determinó que el incumplimiento del deudor no se debió a una circunstancia imputable a su culpa o negligencia. Por el contrario, la falta del pago fue producto de un hecho ajeno a su voluntad, imprevisible e irresistible como lo es el secuestro, de donde se deduce que el deudor no está, conforme a la ley colombiana, obligado a pagar los intereses moratorios, pues la mora no se puede atribuir a un acto suyo, voluntario o negligente. Luego, no es posible cobrar intereses moratorios desde el momento en que el deudor fue secuestrado, ya que no le es imputable la mora a título de dolo o culpa, pues una fuerza mayor intervino en la relación contractual, no imputable a ninguna de las partes, menos al deudor quien, por el contrario, fue el principal afectado. De allí que las entidades bancarias no pueden cobrar intereses moratorios, y que deban obrar en consecuencia con el deber de solidaridad ante una persona que se encuentra en especiales condiciones de vulnerabilidad.

Frente a la cláusula aceleratoria, manifestó la Corte que si el incumplimiento no es atribuible directamente a la acción u omisión del deudor, pues fue secuestrado, razón que impidió que continuara con el pago de las obligaciones

pactadas, tampoco había lugar a exigir el pago total de la deuda, pues esta opción sólo se da cuando por culpa del deudor o por dolo deja de responder por las obligaciones adquiridas contractualmente. Así, ordenó a los bancos demandados retirar las respectivas demandas ejecutivas, no cobrar intereses moratorios o sancionatorios, no hacer efectiva la cláusula aceleratoria a efectos de exigir el total de la deuda y, por último, renegociar con el deudor el pago de sus obligaciones en similares condiciones a las pactadas inicialmente; esto es, cuando se celebraron los contratos de mutuo.

Adicional a lo anterior, la Corte consideró y obligó a las entidades bancarias accionadas a tener en especial consideración al momento de pactar de nuevo las condiciones de la prórroga de las obligaciones, que la protección especial al secuestrado no va hasta el momento de su liberación sino que lo cobijan por un año después; esto es, en razón de los dictámenes psicológicos que establecen ese periodo como el término razonable en que la víctima de un secuestro empieza a recobrar la normalidad, tanto en los aspectos laborales como emocionales; pudiendo entonces las entidades bancarias cobrar sólo los intereses remuneratorios durante el tiempo del secuestro y el periodo de un año subsiguiente a la liberación.

Como fundamento de la anterior decisión, la Corte sostuvo que cuando el Estado permite a un particular la prestación de un servicio público, en este caso el servicio bancario o actividad financiera, y le brinda todas las condiciones para que el particular se beneficie de dicha actividad, debe el particular asumir el deber de solidaridad como corresponsabilidad por los beneficios obtenidos del Estado, lo que lo obliga a colaborar con acciones humanitarias en los casos que la Constitución y la ley lo determinen, pues no podemos olvidar que en Colombia la propiedad cumple una función social, económica y ambiental en procura de la colectividad. Adicionalmente, se trata de una persona que ejerce una actividad económica por su propia cuenta. Luego, para que pueda desarrollar su propio plan racional de vida en procura de su bienes y los de su familia, debe contar con una viabilidad económica que le brinde la posibilidad real de readaptación al medio, y de continuar con su vida dentro de las mejores condiciones de normalidad. De allí que las entidades bancarias estén en el deber de solidaridad para con alguien que padece especiales condiciones de marginalidad, pero que durante el tiempo en que trabajó normalmente cumplió a cabalidad con sus obligaciones.

Conclusiones

Como hemos podido observar a lo largo del presente ensayo, las condiciones sociales y políticas de Colombia, en especial aquellas derivadas del conflicto armado, propiciaron la creación de organizaciones criminales dedicadas al tráfico de estupefacientes y bandas de delincuencia común, quienes encontraron como fuente de ingresos, el cobro de rescates de personas secuestradas; ello aunado a la debilidad estatal y a la ausencia de un institucionalidad coherente, a los vacíos de una política criminal orientada a erradicar y contener el delito como programa a largo plazo, empezando por la generación de empleo, la cobertura de servicios públicos domiciliarios a todos los sectores de la población, especialmente aquellos menos favorecidos; la implementación de programas de educación, vivienda, salud, entre otras políticas públicas que brillaban por su ausencia, hicieron que los gobiernos de turno se preocuparan exclusivamente por enfrentar el fenómeno criminal desde el ámbito puramente punitivo.

De allí que el legislador optara por atacar el delito del secuestro a través de una compleja legislación, que sólo procuraba por imponer penas de prisión a los responsables el comportamiento prohibido, oscilando entre 40 a 60 años; despojando a los condenados de todo tipo de beneficios, tanto judiciales como administrativos; esto es, impidiendo rebajas de pena por trabajo y por buen comportamiento, y suprimiendo los subrogados penales de ejecución condicional de la pena, entre otros beneficios a que tenían derecho los reclusos condenados por otros delitos. Dicha situación generó una profunda desigualdad al interior de los presidios, pues se dividieron en dos grandes grupos: quienes podían redimir sus penas y alcanzar beneficios como la libertad condicional al disminuir sustancialmente sus condenas por trabajo, buen comportamiento, acercamiento familiar, y educación, y quienes estaban obligados a cumplir la totalidad de la pena en el establecimiento penitenciario. De otra parte, el legislador ante el aumento del delito de secuestro, a pesar de las altas penas y la eliminación de los beneficios, decidió penalizar a todas las personas que intervinieran en el pago del rescate de secuestrados, tanto a familiares, amigos o a quien sabiendo que se realizaría un pago para obtener la liberación de un retenido no diera aviso a las autoridades.

Aunado a lo anterior, se creó la figura de la vigilancia administrativa de los bienes del secuestrado, de sus familiares y los de amigos, con la finalidad de impedir que estos realizaran cualquier acción tendente a pagar el secuestro. Incluso se creó la obligación a los bancos y a los particulares de no celebrar

negocios con los antes mencionados bajo la amenaza de invalidar cualquier transacción y dejar al afectado sin recurso judicial alguno para recuperar su capital, adicionando una pena de prisión. La Corte Constitucional ante esta difícil situación de las víctimas del secuestro, quienes no podían dar aviso a las autoridades bajo amenaza de muerte de su ser querido por parte de los secuestradores, y si decidían pagar el secuestro y obtener la liberación eran condenados por el Estado, decidió declarar la inconstitucionalidad de esta normatividad por ir en contra vía del principio de solidaridad, pues este impone el deber de actuar con acciones humanitarias frente a aquellas personas cuya vida o salud se encuentran en peligro. La Corte Constitucional consideró que el deber de solidaridad es producto de un sentimiento de compasión, que se experimenta cuando se observa a otros sufrir, y que tiene arraigo en la concepción social del Estado, pues la liberalidad e individualidad propia del Estado liberal tiene límites que obligan a actuar en procura de la colectividad y del bien común en razón de la solidaridad. En este sentido, la solidaridad es una especie de corrección a los vicios y problemas que plantean las estructuras liberales por un marcado egocentrismo, olvidando que el hombre, en esencia, es un ser social y es en la colectividad donde encuentra su realización.

Ahora bien, bajo esos supuestos, la Corte Constitucional desarrolló una serie de precedentes en auxilio de las víctimas del secuestro. Inicialmente se pronunció a favor de los servidores públicos o empleados estatales que fueron secuestrados, obligando al Estado y a las instituciones donde se encontraban adscritos como empleados, a continuar con el pago de salarios a sus familiares para garantizar su derecho a la subsistencia, la solidaridad, el mínimo vital, el libre desarrollo de la personalidad, la salud, y la vida. Pues no encontraba justo que una persona dedicara su vida y esfuerzo a servir a la colectividad a través de empresas estatales o instituciones pertenecientes al Gobierno, y una vez que el empleado era secuestrado, el Estado le diera la espalda abandonándolo a la suerte de los secuestradores. Por esa razón obligó a que se le siguieran cancelando los salarios a sus familiares hasta tanto la persona privada de la libertad fuera liberada, rescatada por la fuerza pública, lograra su liberación de manera directa lograra, o sus familiares adelantaran el proceso de muerte por desaparición ante la jurisdicción civil y pudieran ejercer sus derechos como herederos.

Esta misma respuesta y protección dio la Corte en posteriores fallos para amparar los derechos de familiares de personas secuestradas que se encontraban laborando en empresas privadas. En esta oportunidad se obligó

a los empresarios a continuar con el pago de salarios a familiares hasta que el raptado obtuviera la libertad o se declarara la muerte presunta. Pero se amplió el rango de cobertura de las sentencias a los familiares de las víctimas de la desaparición forzada. El deber de solidaridad se extendió como obligación jurídica a los particulares siempre que el secuestro hubiese tenido relación con las labores desempeñadas por el trabajador; esto es, que hubiese sido retenido o raptado durante el desempeño de actividades laborales.

Por último, la Corte Constitucional protegió a personas que no eran dependientes o trabajadores de empresas estatales o privadas. En esta ocasión se trata de personas dedicadas al ejercicio de su actividad profesional por cuenta propia o trabajadores independientes. Sólo que el amparo va dirigido contra las entidades bancarias y los acreedores del secuestrado, para impedir que estos ejecuten judicialmente sus obligaciones, imposibilitando la recuperación económica de los secuestrados y de sus familiares. Es realmente aquí donde entra en juego, con todo su furor, el problema de la autonomía de la voluntad en materia contractual, pues la legislación colombiana señala que las obligaciones pactadas por las partes con arreglo al derecho, constituyen ley para ellas y sólo pueden ser invalidadas por los contratantes. Esto llevó a un estudio de carácter filosófico para determinar qué se debía entender por autonomía de la voluntad y cuáles eran sus alcances.

Después de analizar algunos pronunciamientos de la Corte, donde se concluye que ni en la filosofía ni en la legislación la autonomía tiene un carácter absoluto, sino que por el contrario ella debe subordinarse a expresos principios como la dignidad humana, la solidaridad, los derechos fundamentales, la prestación de servicios públicos, los tratados internacionales ratificados por Colombia, el interés general, y el orden justo; es fácil comprender el por qué de las restricciones a la libertad contractual en favor de la justicia. Límites que, además de las circunstancias propias de cada relación contractual, impiden que se pacten acuerdos que limiten la libre competencia en perjuicio de los consumidores, o que no se brinde la información suficiente, concreta y clara a la parte directamente interesada en la celebración de un contrato, pues la información como parte de la educación constituye un elemento esencial que materializa la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos. De allí que no se admita la existencia de libertad cuando se desconocen o ignoran los móviles que llevaron a la negociación o estos son oscuros, turbios o ruines. La ignorancia, entonces, es factor invalidante de los acuerdos de voluntad.

En el mismo caso, la Corte va a considerar que los intereses moratorios generados por créditos otorgados al secuestrado no se podrán cobrar ni durante el tiempo del secuestro ni con posterioridad a un año después de su liberación, pues este es el tiempo en que según los dictámenes de peritos siquiátricos y conceptos de expertos psicólogos la persona secuestrada vuelve a obtener el desarrollo pleno de sus facultades laborales, una vez superado el trauma del secuestro. Durante el tiempo que la persona dure secuestrada se podrán cobrar intereses corrientes, pero no los moratorios. Tampoco se podrá hacer efectiva la cláusula aceleratoria ni exigir el pago de la totalidad de la deuda. Por estas razones, la Corte obligó a suspender los cobros judiciales que se adelantaban contra una persona que había sido secuestrada, descartando de entrada el cobro de intereses moratorios, e imponiendo la obligación a los acreedores para renegociar la deuda. Así vemos como en un acto de activismo judicial, la Corte terminó legislando y modificando obligaciones previamente adquiridas, bajo el desarrollo del deber de solidaridad, el cual se constituye –junto con el interés general, la prestación de servicios públicos, la idea de un orden justo, la libre competencia, y los derechos fundamentales– en un verdadero límite a la autonomía de la voluntad contractual.

Como puede apreciarse, la Corte Constitucional terminó por amparar a la parte débil en la relación contractual. Este amparo se sustentó en la idea del deber de solidaridad, y en los compromisos sociales que conlleva la prestación de servicios públicos como los bancarios o financieros, frente a las víctimas del secuestro y la desaparición forzada. Así mismo, la Corte Constitucional concedió un término a las víctimas del secuestro, que podríamos llamar de gracia, de un año después de su liberación, para que puedan volver a reactivar sus empresas o negocios, en procura de alcanzar un orden justo. Esta situación llevó al legislador a tomar acciones en procura de los derechos de las víctimas de secuestro y desaparición forzada, legislando en su favor.

Bibliografía

De Aquino, T. (1954). *Suma Teológica*. Madrid: B.A.C..

Aristóteles (2000). *Ética nicomaquea*. México: Editorial Porrúa.

Hegel, G. (1963). *Lecciones de Filosofía de la Historia*. En Marías, J. (1963). *La filosofía en sus textos*. Barcelona: Ed. Labor. Hegel, G. W. F., & Guerra, R. (1985). *Fenomenología del espíritu*. México: Fondo de cultura económica..

- Hegel, G. (1965). *La Raison dans l'histoire*, París : U.G.E. Hobbes, T. (1994). *Leviatán*, México: Editorial Fondo de Cultura Económica. Kant, I. (1996). *Fundamentación metafísica de las costumbres*. Barcelona: Ariel.
- Locke, J. (1994). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza Editorial. Rawls, J. (2002). *Liberalismo político*. México: UNAM. Rawls, J. (2012). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de cultura económica.
- Rousseau, J. J. (1989). *El Contrato Social o Principios de derecho Político*. Madrid: Ecitorial Tecnos.
- Agustín, S. (1947). *Del libre albedrío. Obras de San Agustín*, 3. Madrid: B.C.A.
- Schopenhauer, A. (1970). *Los dos problemas fundamentales de la ética*. Aguilar.

Sentencias

- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-542 de 1993*. M.P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-542 de 1993*. M.P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-015 de 1995*. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-015 de 1995*. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-1634 de 2000*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-240 de 1993*, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-520 de 2003*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

