

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

1

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO
COLOMBIANO SOBRE EL SECUESTRO

VALETZKA EMARGITH GUZMÁN CRUZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ

2016

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

2

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO
COLOMBIANO SOBRE EL SECUESTRO

Valetzka Emargith Guzmán Cruz

Tutor: Carlos Cárdenas

Título del docente

Universidad Santo Tomas

Facultad De Derecho

Bogotá

2016

Contenido

INTRODUCCIÓN	4
1. APROXIMACIÓN A LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL	11
1.1. ORIGEN Y CONCEPTO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	11
1.2. PRINCIPIOS RELEVANTES CON RELIEVE CONSTITUCIONAL	29
1.2.1 El principio de libertad	29
1.2.2 El principio de seguridad	40
1.2.3 El principio de proporcionalidad	45
2. LA POLÍTICA GUBERNAMENTAL COLOMBIANA COMO MEDIO ADECUADO PARA ATENDER LA PROBLEMÁTICA DEL SECUESTRO	60
2.1 LA POSITIVIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL ESTADO COLOMBIANO	71
2.2 MÉTODOS DE ANÁLISIS Y ESCOGENCIA DE UN MÉTODO	79
2.2.1 La exposición de los métodos de análisis de políticas públicas	79
2.2.2 La escogencia de un nuevo método de análisis y las razones de la escogencia	86
2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE EL SECUESTRO	92
2.4 LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA FRENTE AL SECUESTRO	109
2.5 ANÁLISIS Y CRÍTICAS DE LA POLÍTICA PÚBLICA DESDE EL MARCO GENERAL, ESTADO SOCIAL, Y LOS PRINCIPIOS	10916
3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL SECUESTRO CON OCASIÓN DE LOS ACUERDOS DE PAZ 1277	
3.1. CONTEXTO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO, QUE DAN LUGAR A LAS NEGOCIACIONES. 1277	
3.2. RESPONSABILIDAD GENERAL DEL ESTADO FRENTE AL SECUESTRO	1299
3.2.1. Normativa Interna	1299
3.2.2 Posición de las Altas Cortes	13131
3.3. Responsabilidad del Estado por el secuestro en el marco de los acuerdo de paz	13434
3.3.1. Responsabilidad del Estado en la justicia transicional	13535
3.3.2. La Ley de Víctimas	13737
3.3.3. Los acuerdos de la Habana	1399
CONCLUSIONES	14444

Bibliografía..... 15252

INTRODUCCIÓN

La existencia de un conflicto armado interno en Colombia constituye una situación de complejidad inasible y de hondísimas repercusiones para la vida social e individual de los colombianos. La cantidad de consecuencias ligadas directa o indirectamente con dicho conflicto abruma cualquier esfuerzo académico, y el estudio de sus consecuencias sobrecoge. De ahí que en la presente tesis no se ofrezca un estudio tan amplio como se quisiera, ya que se es consciente de las limitaciones metodológicas y prácticas que la aspiración en cuestión conlleva.

Por ello, se ha decidido desarrollar el estudio de sólo una de las circunstancias que directamente se relacionan con el conflicto armado interno que atraviesa el país. Se trata del secuestro. La óptica a partir de la cual se quiere abordar el problema es de orden estrictamente jurídico.

La exposición de las materias que se abordarán a lo largo de la tesis, requiere como premisa de la existencia de una problemática que pretenda ser analizada, y potencialmente resuelta con el escrito. La circunstancia que se considera problemática es que el tema del secuestro, a pesar de sus hondas repercusiones en la sociedad colombiana, es un tema que ha sido relevado del análisis

jurídico, a pesar de que por su importancia y trascendencia debería observarse cuidadosamente. En otras palabras, el tema del secuestro ha sido olvidado por la doctrina jurídica, y su análisis se ha reservado a otros campos del conocimiento. Esa ausencia de doctrina jurídica especializada sobre la materia se agrava si se tiene en consideración que existen instrumentos normativos que se encargan explícitamente de contener políticas públicas (como los planes de desarrollo), y no ha habido ningún esfuerzo para analizar estas políticas públicas con herramientas metodológicas propias del derecho.

Se considera que la ausencia de doctrina y análisis jurídicos sobre una problemática real- como el secuestro-, y en especial de estudios sobre las políticas públicas que se han diseñado para hacer frente a esa problemática, hacen necesario ahondar sobre la materia para tratar de colmar en alguna medida las lagunas doctrinarias existentes. En suma, se trata de unas normas jurídicas: los planes de desarrollo, que no han sido analizados en materia de secuestro con herramientas propias del derecho.

Ahora bien, el gobierno colombiano en aras de materializar uno de los fines del constitucionales, como es el de garantizar la convivencia pacífica y el orden justo dentro de un marco jurídico democrático, hoy por hoy, ha adelantado una negociación de paz con las Fuerzas Armadas revolucionarias – FARC (Uno de los principales actores responsables del secuestro en Colombia), al cual se debe hacer referencia porque abre la puerta a un amplio grupo de interrogantes de tipo jurídico respecto a las estrategias y herramientas que serán implementadas

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

6

para garantizar el cumplimiento de las garantías de establecidas por la justicia transicional en relación a aspectos tan vitales como la no repetición y la reparación integral de las víctimas.

En este último apartado, las víctimas del delito de secuestro cuya autoría puede ser atribuida a las FARC se convierten en un factor de gran importancia, en razón de su muy amplio número y de los compromisos de reparación asumidos por el Estado a lo largo del proceso de negociación.

Antes de dar inicio al efectivo tratamiento de todos los temas, resulta necesario anunciarlos y explicar someramente la manera en que se relacionan en la tesis.

En primer lugar, se parte de un recuento histórico del origen del Estado social de derecho, forma de organización del Estado colombiano desde la promulgación de la Constitución de 1991, examinando varias perspectivas sobre su proceso de formación. Asimismo, se esbozará un panorama de los rasgos característicos de esta forma de Estado, las conceptualizaciones sobre las que se basa, haciendo énfasis en el papel preponderante que los principios juegan en el marco de su sistema jurídico. Podría pensarse que, desde cierto punto de vista, la historia del Estado social de derecho está de más o, en palabras llanas, sobra. Contrario a esa opinión, se considera que el recuento de su historia es un ejercicio imprescindible cuando se trata de acometer el tema del secuestro, toda vez que es en tal historia que se encuentran los fundamentos filosóficos y jurídicos del análisis que en esta investigación se hace sobre el secuestro.

Posteriormente, teniendo en cuenta la problemática mencionada, se explicarán los tres principios determinantes en esa materia: la libertad, concebida como el bien supremo comprometido por la práctica del secuestro, la seguridad, entendida como el derecho a la garantía de otros derechos y a la continuidad y estabilidad en el plan de vida de los asociados, y la proporcionalidad, vista como parámetro de actuación de los poderes públicos de cara a los derechos fundamentales. En este último punto, se hará un examen del tratamiento que la Corte Constitucional y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han dado a la temática del secuestro, partiendo de la premisa de que la proporcionalidad orienta los pronunciamientos judiciales en ambos contextos.

Tras haber evacuado todos los temas de la primera fase, se adentrará en la parte propositiva y crítica del trabajo. En esta segunda parte, para efectos de contar con una definición adecuada de lo que se debe entender por políticas públicas, se hará un recuento general de los antecedentes que, desde el punto de vista académico, respaldaron el llamado de atención que se hizo sobre el relativamente inexplorado objeto de estudio denominado hoy en día políticas públicas. Este recuento histórico permitirá arribar a un concepto vigente de política pública, que sirva como criterio delimitador del objeto de análisis. De lo contrario, se tendría que realizar un análisis sin tener claridad en relación con qué debe entenderse por políticas públicas, o se podría proceder con base en conceptos desactualizados desde el punto de vista histórico, lo que traería de contera que los aportes y propuestas contenidos en el cuerpo del trabajo carecieran de interés para la doctrina especializada sobre esta materia.

El tratamiento que se propone, y que responde a los objetivos de la tesis, y la formación de quien escribe, hacen necesario que el objeto de estudio no se refiera a cualquier política pública

formulada en materia de secuestro, sino que debe contraerse a aquellas que estén contenidas en instrumentos normativos. Por tratarse del caso paradigmático de positivización de este tipo de herramientas, se analizarán los planes nacionales de desarrollo, como instrumentos normativos susceptibles de análisis jurídico, que contienen políticas públicas sobre secuestro. La metodología empleada consiste en utilizar los principios de seguridad, libertad y la proporcionalidad, así como el principio y cláusula de Estado Social de Derecho, como herramientas críticas para analizar los planes de desarrollo en los cuales se han incluido políticas públicas sobre secuestro en los últimos años. Con base en lo anterior, se podrá determinar la compatibilidad que existe entre los planes de desarrollo y estos principios y fines constitucionales.

Una vez delimitado el concepto de políticas públicas y el objeto de análisis, se expondrán de manera descriptiva los diferentes métodos de análisis que han sido propuestos a lo largo del mundo, como criterios con base en los cuales se puede analizar la actuación estatal sobre la materia. La insuficiencia de los métodos, o mejor, su inaplicabilidad para un estudio estrictamente jurídico como el que se propone, hará necesario proponer un nuevo método que sirva de parámetro de examen para las políticas públicas positivizadas.

Para finalmente, entrar en la descripción y transcripción de las concretas políticas públicas sobre secuestro contenidas en los más recientes planes nacionales de desarrollo, lo anterior, pues serán precisamente estas políticas sobre las que versará el análisis jurídico con base en el método de examen propuesto en la segunda parte de la tesis.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

9

En tercera instancia, y como factor actualizable se abordará la responsabilidad del Estado frente al fenómeno del secuestro, tanto en el marco general de la normativa nacional, como -de forma especial- en el contenido particular de los textos de los acuerdos de la Habana, suscritos entre Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas revolucionarias - FARC.

En esta medida, y bajo el marco de la potencial terminación del conflicto armado, resulta necesario ahondar en la responsabilidad del Estado colombiano frente a la comisión del delito de secuestro, tanto en su carácter general, que viene determinado por la legislación nacional y la jurisprudencia de las altas cortes, como en el escenario particular de un acuerdo de paz con las FARC, a la luz de los contenidos generales de la justicia transicional, herramienta usada como marco para la construcción del actual proceso de paz, y de los contenidos que sobre el tema particular de la reparación de las víctimas se encuentran en los textos acordados en las Habana.

OBJETIVO GENERAL

Por lo anterior, el objetivo principal del trabajo que se presenta es:

- Utilizar herramientas epistémicas de la Ciencia Jurídica, propias del Estado Social de Derecho como fundamento analítico del marco jurídico colombiano, dispuesto para afrontar el fenómeno del secuestro (1994-2016).

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Presentar el concepto de Estado Social de Derecho y el devenir histórico que lo precedió, como herramienta metodológica para presentar las herramientas jurídicas propias de este que se utilizarán en el análisis.
- Adoptar una posición sobre el concepto de políticas públicas para con base en él determinar el objeto de estudio en el cual se concentrará el análisis posterior.
- Utilizar las herramientas metodológicas y conceptuales propias del Estado Social de Derecho al análisis de instrumentos normativos que contienen políticas públicas sobre secuestro.
- Brindar algunas herramientas que puedan ser de utilidad a los encargados de diseñar e implementar políticas públicas sobre secuestro.
- Abordar la responsabilidad del Estado frente al fenómeno del secuestro, a la luz del contenido de los acuerdos de la Habana, suscritos entre Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas revolucionarias - FARC.

1. APROXIMACIÓN A LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

1.1 ORIGEN Y CONCEPTO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Rastrear en la historia de las ideas políticas la existencia del Estado, concebido como un conjunto de instituciones a través de las cuales el poder se manifiesta y ejecuta sus decisiones, constituye una labor compleja en la medida en que involucra discusiones conceptuales de largo aliento, como la definición misma del poder o de las características que una institución ha de revestir para poder denominarse como tal. Con todo, una cosa es cierta: el Estado ha estado siempre sometido a avatares históricos y, por esa razón, su definición no puede desembarazarse del estudio primario del contexto histórico que presupone.

Por ello, cuando se trata de definir el Estado social de derecho debe partirse de un análisis de las vicisitudes históricas que le dieron lugar, para llegar finalmente a delimitar sus contenidos conceptuales y a puntualizar los principios que lo informan. En ese orden de ideas, el punto de partida reside esencialmente en el estado general de crisis que caracterizó la primera mitad del siglo XX. Como es obvio, no puede explicarse el Estado social de derecho desde un punto de vista histórico desde las falsas premisas de que su origen fue instantáneo y de que obedeció a pocas causas aisladas. Por el contrario, es claro que el nacimiento de esta forma del Estado

moderno debe su aparición a una confluencia de causas que, en todo caso, no se presentaron a un mismo tiempo o en un lapso corto de la historia. La crisis que acosó a Occidente en la primera mitad del siglo XX tuvo un largo período de gestación, y su entidad se despliega en tres manifestaciones distintas.

La primera manifestación de la crisis de siglo fue un problema heredado del siglo XIX, a saber, la irrupción de ideas socialistas, comunistas y anarquistas en la escena ideológica occidental. Evidentemente, la irrupción como tal no constituyó un problema en sí mismo, pero generó un clima ideológico fértil para la germinación de descontento y conflicto social. En concreto, fueron dos las denuncias que este marco ideológico dirigió contra su tiempo: en primer lugar, la desigualdad económica imperante en los esquemas sociales, consistente en una detentación injusta y mayoritaria de los medios de producción por parte de las clases altas, que contrastaba con la precariedad económica que subyugaba a las bajas; en segundo lugar, la desigualdad política que la desigualdad económica acarrearaba, es decir, el monopolio del poder que ejercían las clases privilegiadas, que relegaban a un papel servil a las menos privilegiadas.

La segunda manifestación del ambiente crítico que Occidente vivió a principios del siglo XX y que contribuyó a la creación del Estado social de derecho fue la crisis económica global, apreciable en dos síntomas: el primero de ellos fue el derrumbe del sistema de especulación norteamericano en el año 1929, que sumió a los Estados Unidos en una Gran depresión económica de tal magnitud que su alcance llegó a tocar las fibras de identidad cultural de ese país. El segundo síntoma de la crisis económica global está íntimamente relacionado con la

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

13

tercera manifestación de la crisis general del siglo, y fue la paralización del crecimiento económico por el estallido de un primer conflicto bélico de escala global: las necesidades de concentrarse en la defensa de las fronteras y los centros urbanos y de dirigir el aparato productivo a la industria bélica tuvo como resultado natural un estancamiento del desarrollo económico europeo, un empobrecimiento de su tejido social y un malestar general en la cultura.

Finalmente, la tercera manifestación de la crisis de albores del Siglo XX fue, como recién anunciamos, el estallido de la gran guerra, que tuvo como causa real las tensiones económicas entre los Estados europeos de principios de siglo por controlar los recursos naturales y materias primas necesarios para el desarrollo de la industria. El conflicto dejó una Europa con pobrísima infraestructura, economías inestables y un terreno arado y preparado para el alzamiento de una fuerza pangermánica, expansionista y altamente corrosiva, que eventualmente daría en una segunda conflagración bélica de gran escala.

En consecuencia, podemos decir que el Estado social de derecho fue una respuesta a la crisis de siglo que hemos querido caracterizar a grandes rasgos; lo que animó su implementación fue la necesidad de hacer frente a los profundos problemas ideológicos y pragmáticos que aquejaron a Occidente en la primera mitad del Siglo XX, y por ello un sector de la doctrina ha querido ver en el Estado social de derecho un mejoramiento del Estado liberal, pero tal visión resulta a nuestro juicio un tanto reduccionista. En efecto, parece más adecuado pensar que “los hechos que originan la creación del Estado Social de Derecho se remontan a lo que ha sido descrito como el derrumbe de la civilización occidental” (GOMEZ ISAZA, 2006), y que “dicho derrumbe se

podría reducir al derrumbe del propio sistema económico sostenido por el Estado Liberal” (GOMEZ ISAZA, 2006), porque identifica las causas del hecho histórico analizado en manifestaciones naturales del sistema económico liberal y no en el Estado liberal que lo acogió. Con todo, es correcto plantear la mutación del paradigma liberal en paradigma social desde una óptica económica: después de todo, tanto las ideologías socialistas, comunistas y anarquistas como la crisis económica general y la Gran guerra, pueden entenderse como fallas estructurales de un sistema económico que no supo responder sino con su propia destrucción al crecimiento demográfico y a la transformación en las dinámicas de poder, que Occidente vivió en los últimos dos siglos de su historia. Fueron las fallas en el sistema económico propio del Estado liberal las que precipitaron el advenimiento del Estado social.

En lo que al origen del Estado social de derecho se refiere, Augusto Hernández Becerra afirma: “El paso del Estado liberal individualista al Estado asistencial fue propiciado por varias causas: la acción de los partidos socialistas, el excepcional crecimiento de la riqueza por el auge industrial y comercial, y la *revolución keynesiana*. La sociedad opulenta, y su economía de consumo, han hecho posible que el Estado pueda destinar parte significativa de sus ingresos fiscales a fines sociales” (HERNANDEZ BECERRA, 1997). La visión del autor referenciado está afectada de cierto grado de ingenuidad y de cierta filantropía: consideramos que el nacimiento de este esquema de Estado, que en breve será objeto de análisis, es explicable únicamente en razón de un estado crítico, y no de un estado de prosperidad y bonanza. La historia occidental fue en efecto muy convulsa desde 1848 hasta la segunda posguerra, y resulta un exceso de infundado optimismo pensar que el Estado social de derecho tuvo como punto de

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

15

partida una situación de abundancia y altruismo conjugados. Precisamente, fue la convergencia de escasez de recursos y de individualismo internacional lo que produjo un derrumbe del sistema económico y, por esa vía, el surgimiento de un esquema de Estado de corte social. La Corte Constitucional ha dicho que, “en suma, el avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático” (Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 1995.).

Aún sobre el problema de las causas, pero desde una perspectiva más inclinada al derecho que a la historia, la Corte Constitucional ha sostenido que “la recesión económica de la primera posguerra y la expansión de las ideas socialistas, acompañadas de reacciones de corte igualitario dentro de las doctrinas liberales y conservadoras, así como la creciente industrialización y tecnificación de las sociedades, vinieron a dejar en claro hasta qué punto el ser humano no es realmente libre e igual debido a limitaciones naturales y sociales, dentro de las cuales sobresalen las económicas. Es por ello que se acepta que, en muchos casos, la libertad y la igualdad requieren para su realización de medidas, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar. El Estado de derecho evolucionó así, de un estado liberal democrático a uno social, también democrático, animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados.” (Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.)

Lo que la Corte Constitucional hace al plantear el problema del origen del Estado social de derecho es utilizar el hecho histórico para explicar el surgimiento de los derechos sociales y, a nuestro juicio, tal planteamiento es completamente acertado. De hecho, trazar la definición desde esas coordenadas permite llenar de sentido los derechos sociales y, además, incluir hechos históricos distintos a los ya aludidos como causas del Estado social. Así, desde esta óptica, no pueden dejarse de lado las constituciones de Weimar y Querétaro o el New Deal como hitos en la construcción paulatina del Estado social.

Sobre este respecto dice la Corte: “El surgimiento histórico de este modelo de organización, identificado ahora como Estado Social de Derecho, muestra, entonces, la convergencia de las ideas socialistas, de la tradición liberal y del pensamiento social cristiano. En la segunda mitad del siglo XIX, la preocupación por la ‘cuestión social’ llevaría inicialmente a la adopción de leyes sociales de protección a las personas frente a situaciones de grave y urgente necesidad. Pero no sería sino después de las dos guerras mundiales que ella vendría a plasmarse en la propia configuración del Estado. Pese a que el Estado interviene ampliamente en la vida social y económica en las primeras décadas del siglo XX, para corregir las disfunciones originadas en el modelo económico y político, en la Constitución de Weimar (1919), las normas sociales relativas al derecho al trabajo, a la seguridad social, a la asistencia pública, etc., sólo tendrían un carácter programático. Lo mismo puede decirse en nuestro continente de la Constitución de México (1917) proclamada una vez terminada la revolución. Dentro del mismo espíritu se destaca en nuestra historia constitucional la Reforma de 1936 adoptada como parte de la ‘revolución en marcha’. En los Estados Unidos, sin reforma al texto constitucional, los cambios

jurisprudenciales después de una crisis institucional profunda le abrieron paso al ‘New Deal’. Ahora, en la tradición romano-germánica, es el teórico alemán Herman Heller quien vendrá a conceptualizar la incidencia de lo social en la teoría del Estado y a acuñar la idea misma del ‘Estado social de derecho’. Alemania tendría que superar primero la dictadura nazi para finalmente acoger la forma de Estado social de derecho en la Constitución de Bonn de 1949. Luego sería España quien acogería esta forma de Estado en la Constitución de 1978, en un país cuya Carta Fundamental de 1931 fue también innovadora en lo social. En la Constitución colombiana de 1991 la fórmula del Estado Social de Derecho acogida como primera oración del articulado constitucional, refleja también el consenso de las diversas tendencias, fuerzas y grupos políticos representados en la Asamblea Nacional Constituyente en el sentido de orientar al Estado de derecho de conformidad con los derechos, objetivos y principios sociales reconocidos en la Constitución” (Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.).

Como es evidente, el Estado social de derecho no vino a concretarse como modelo aplicado de organización sino hasta hace relativamente poco, y, en todo caso, mucho después de la producción de sus primeras causas. De hecho, la historia de cómo se llegó al Estado Social de Derecho en Colombia, dista un poco de la versión Europea de los hechos que recién se trajo a colación, y de la cual se pasará revista nuevamente en páginas posteriores.

El movimiento estudiantil a inicios de la década de los 90, empezaba a notar el cambio global hacía la apertura económica y hacia el paradigma de que la democracia era una solución

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

18

viable en el mundo entero. “Cuatro de cada diez países eran democráticos; hoy, siete de cada diez países cumplen con los requisitos formales de la democracia” (TORRES FORERO, 2007)

De hecho, sin la intención de ahondar en ello, la Carta de 1991 fue el producto de varios acontecimientos históricos que confluyeron al finalizar la década de los 80 y comenzar la década de los 90 del siglo XX. Los autores que han escrito sobre la materia resaltan varios acontecimientos, que en nuestro entender no pueden ser aislados unos de otros, porque solamente la aglomeración de ellos explica la existencia de la Carta Política actual, y en ella la determinación de adoptar la forma de Estado Social de Derecho.

No puede olvidarse, como premisa básica del desarrollo, que en Europa y en algunos países de América ya se había empezado a hablar de Estado Social de Derecho desde hacía algunos años. Esta situación debe mantenerse en mente, pues sin esa realidad presente, hubiese sido imposible haber acogido esa fórmula de Estado en particular.

Para el caso colombiano la incapacidad institucional para hacer frente a los problemas que aquejaban al país, la violencia política que incluyó el exterminio de la UP, la persecución política de la izquierda, la muerte de tres candidatos presidenciales, la búsqueda de la paz y la visión paralela de un mundo democrático que conseguía sus objetivos a través de la democracia y de un modelo de Estado social, llevó a que todas las corrientes políticas armonizaran sus intereses contrapuestos en la carta de 1991. Lo anterior, a pesar de que algunos han subrayado los infructuosos resultados en materia de conflicto armado (RESTREPO, 1998).

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

19

La violencia política se había agravado en los años previos a la Constitución de 1991. *“Mientras en 1980 se registraron 177 muertes por razones políticas, en 1988 la cifra alcanzó un tope de 4.304”* (HURTADO, 2006). El narcotráfico había fortalecido a todos los grupos al margen de la Ley. Mientras las guerrillas se beneficiaban de cuidar los cultivos ilícitos, los paramilitares eran recompensados por los narcotraficantes por el cuidado de sus haciendas y cultivo lícitos. (HURTADO, 2006)

La sociedad civil había dejado de ser un agente externo del conflicto entre el Estado y los grupos ilegales, para ser el grupo victimizado por excelencia. La sociedad como primera víctima del conflicto armado y la desmovilización del M-19 como un gesto de paz, fueron quizá las causas que con más potencia motivaron a los estudiantes a crear el movimiento de “la séptima papeleta”. Estudiantes de varias universidades clamaban por la séptima papeleta para erigir una nueva constitución sobre la cual, según su deseos, se erigiría la paz del país (TORRES FORERO, 2007).

Al movimiento estudiantil se sumaron progresivamente varios sectores sociales, que indignados ante la situación generalizada de violencia política y no política, vieron en el movimiento de los estudiantes una oportunidad única para superar la violencia del país, entre otros problemas sociales e institucionales. La iniciativa de los estudiantes recibió apoyo de diversos sectores sociales progresivamente, también de políticos, y según algunos de narcotraficantes que buscaban la no-extradición (RESTREPO, 1998).

Lo cierto es que la necesidad de una nueva Constitución, sería a la postre respaldada por el propio presidente de la República, Cesar Gaviria, y también refrendada desde la perspectiva jurídica por la propia Corte Suprema de Justicia. Quien tuvo la oportunidad de pronunciarse, paradójicamente, sobre la constitucionalidad de una Asamblea Constituyente.

Debido a lo acertado de su comentario vale la pena transcribir *in extenso* lo dicho en relación con la Constitución política de 1991, y la peculiaridad de haber estado enriquecida por todas las posiciones políticas presentes al momento de su redacción. Al respecto se ha manifestado:

“La reforma constitucional de 1991 fue el resultado de un proceso particularmente democrático, en comparación con otros países de América Latina y con otros episodios de la historia nacional. En efecto, a diferencia de otras reformas constitucionales de los 80 y los 90 en la región, la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) en Colombia, no fue una simple artimaña del ejecutivo para aprobar su reelección y/o para implementar medidas de ajuste económico -como ocurrió con Menem en Argentina, Fujimori en Perú, o Chávez en Venezuela-. La reforma constitucional de 1991 tampoco fue un sello de victoria militar de un partido sobre otro, como ocurría en el siglo XIX (Valencia, 1987, p. 80-97), o un “pacto de caballeros” (Wilde, 1978) como en el caso de la reforma de 1957, donde se excluyeron terceras fuerzas distintas al bipartidismo liberal-conservador. La constitución de 1991 fue un proceso abierto donde ningún grupo político prevaleció (Dugas, 1993, p. 45-76; Cepeda,

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

21

1993, p. viii-xx) y por esto mismo no se pudo prever con certeza el resultado de la nueva carta". (HURTADO, 2006)

El largo decurso histórico que fue necesario para el alumbramiento de esta forma del Estado moderno puede identificarse entre 1848 y 1945, pero ni siquiera esas coordenadas cronológicas son objeto de acuerdo unánime en el contexto académico. De hecho, la doctrina ha tenido que estudiar no sólo el origen mismo del Estado social, sino también los motivos de discrepancia académica en torno de dicho origen (UPEGUI, 2009, págs. 15-45). Se identifican con remarcable juicio y ponderación cuatro tesis distintas que en forma incompleta, aunque complementaria, explican el surgimiento del concepto.

La primera de ellas sostiene que hubo un tránsito entre el Estado liberal y el Estado social. Por el camino teórico ya remarcado, esta primera tesis supone que el Estado social de derecho constituye una consecuencia lógica, aunque no necesaria, del Estado clásico. Esta tesis, como las otras, tiene un ámbito de aplicación amplio, pero tiene un relieve nacional y es objeto de apropiación discursiva por parte de la Corte Constitucional. De hecho, “el recurso a la figura del tránsito parece cumplir una función específica: contestar elementos teóricos muy fuertes que suponen una cierta concepción del Estado y del ordenamiento jurídico, es especial: 1. la revisión del papel del Estado (abstención-intervención); 2. La nueva relación Estado y sociedad (separación-vinculación); 3. El abandono del presupuesto del hombre libre (hombre libre-hombre con necesidades); 4. La primacía del ser humano en el escenario institucional; 5. La incorporación de otros derechos como derechos fundamentales (civiles y políticos-económicos y

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

22

sociales); 6. El compromiso con la efectividad de los derechos fundamentales (validez-eficacia) y, finalmente, 7. La resignificación del concepto de justicia y la sustitución de la preeminencia de la ley por la de la Constitución (validez formal-validez material)” (UPEGUI, 2009, págs. 20-23).

La segunda tesis que explica el surgimiento del Estado social de derecho sostiene que su surgimiento se corresponde con mutaciones de orden conceptual en la concepción de Estado. En el ámbito doméstico, tales mutaciones son apreciables cuando se comparan las constituciones de 1886 y de 1991, operación de contraste a partir de cual se identifican diferencias que “van de lo sutil a lo protuberante. Una tesis defendida por la Corte de manera implícita es que a partir del concepto del Estado social de derecho, el sentido (pragmática) e incluso el significado (semántica) de las diversas instituciones de la Constitución se transforman. Esta transformación se justifica o se explica precisamente en el poder de irradiación de dicho concepto” (UPEGUI, 2009, pág. 24).

La tercera tesis que la doctrina identifica y que se concentra en la explicación del Estado social de derecho en Colombia, parte de la idea de que su implementación mediante la Constitución de 1991 es un ejemplo de neutralización o de síntesis ideológica. En otras palabras, los múltiples extremos de pensamiento político y jurídico que se encontraron en la Asamblea nacional constituyente dieron lugar a discusiones álgidas cuyo resultado no fue la imposición final de una única posición, sino la mezcla de varias ideologías en un mismo crisol: el Estado social de derecho. “El texto de la Constitución y la reformulación del Estado no son la expresión de la voluntad omnímoda de un partido mayoritario, la regla de hierro de una ideología

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

23

predominante o la supremacía de la dogmática de una concepción filosófica. Es en cambio un ejercicio de síntesis.” (UPEGUI, 2009, pág. 34).

Finalmente, la cuarta tesis que en forma complementaria contribuye a dilucidar el origen del Estado social de derecho es la que lo concibe como un principio, en nada diferente a la dignidad humana desde un punto de vista puramente jerárquico. En este sentido, el Estado social de derecho constituye un contenido normativo de optimización en el sentido de Robert Alexy y, por lo tanto, cumple el rol de informar y llenar de sentido el resto del ordenamiento mediante un efecto de irradiación. La cláusula de Estado social contenida en el preámbulo de la Constitución de 1991 tiene, en esta medida, un sentido dogmático: se le atribuye una función específica dentro del ordenamiento interno y su explicación radica en dicha función” (UPEGUI, 2009, págs. 41-45).

Tras haber delineado un panorama general de las causas y el origen histórico del Estado social de derecho, resulta pertinente en este punto explicar desde el punto de vista teórico y conceptual exactamente cuál es la identidad de este esquema de organización del poder. Dentro de esa lógica, debe tenerse en cuenta que el concepto de Estado social de derecho “ha sido esquivo, sus contornos poco claros, sus funciones diversas y sus usos discursivos múltiples. En varios de los intentos de aproximación a su definición abundan los lugares comunes y las referencias anacrónicas; su intensa carga valorativa lo hace difícil de manejar con rigor, sorprende por las trampas ideológicas que puede tender, y su característica de producto transcultural lo hace singularmente diverso. Esta situación, poco alentadora, pone de presente la

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

24

especial dificultad de abordar el tema y también la necesidad de organizar de manera urgente las ideas que lo circundan” (UPEGUI, 2009, págs. 11-12).

Partiendo de esta premisa básica, la definición conceptual del Estado social puede plantearse desde un discurso analógico como el contexto político propicio para los derechos con contenido social, tal como puede plantearse el Estado liberal como el ámbito político propio de los derechos liberales. Allí donde el Estado clásico que las revoluciones liberales produjeron veía la libertad, la propiedad y la igualdad, entre otros, como derechos fundamentales, el Estado social ve la salud o la educación, para nombrar sólo dos. La ruptura entre uno y otro modelo puede ubicarse en un cambio de paradigma del derecho de igualdad: si bien el Estado liberal contribuyó enormemente al progreso occidental al resaltar la importancia de una equiparación de los ciudadanos frente al poder y la ley, se quedó corto al resaltarla en un plano puramente formal: en el Estado liberal existía una premisa de igualdad que en la práctica no se materializaba.

Desde una lógica jurídica, entonces, el Estado social no es otra cosa que una reinterpretación en clave pragmática de los valores introducidos por las revoluciones liberales. A la igualdad formal, el Estado social opone una igualdad material, es decir, una equiparación que trasciende lo axiológico y se verifica en las esferas sociales. El punto de partida es la constatación de que no existe una mano invisible con la capacidad de establecer automáticamente un orden y armonía justos en el conglomerado, como pretendían Adam Smith y el sistema económico liberal: ante esa realidad, resulta obvia la necesidad de mayor regulación de la conducta y de un rol activo de parte del derecho. El ordenamiento jurídico, dentro de un Estado social de derecho, está llamado

a producir un gran número de normas que prevean y protejan la existencia de derechos distintos a los clásicos. “En este orden de ideas, entre las manifestaciones concretas del principio fundamental del Estado Social de Derecho se encuentran, por ejemplo, los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (artículo 13 inciso 2 C.P.); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (artículo 13 inciso 3 C.P.); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (artículos 43 a 49 C.P.); apoyar a los desempleados (artículo 54 C.P.) y promover el pleno empleo así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (artículo 334, inciso 2); y, en general, dar prioridad sobre cualquier otra asignación al gasto social para la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales (artículo 366 C.P.). La interpretación sistemática del principio fundamental del Estado Social de Derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas. Por la concepción material de la igualdad, el grado y tipo de protección requerido varía entre situaciones diferentes, cuando se trata de distribuir y asignar recursos escasos en un contexto en el que existen objetivamente necesidades

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

26

insatisfechas que el Estado debe prioritariamente atender” (Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.).

Esa evolución en el plano jurídico viene de la mano de toda una serie de reformas estructurales del aparato estatal mismo: cuando la igualdad virtual se quiere convertir en real, y cuando el derecho prescribe más derechos, al Estado le es exigible una conducta activa. El Estado liberal gendarme, que se activaba únicamente de cara a la vulneración singular de un derecho, es sustituido por un Estado social cuyo aparato está siempre en funcionamiento, no sólo en presencia de situaciones específicas, sino también cuando se trata de prevenir vulneraciones y, más aún, de garantizar una efectividad plena del amplio catálogo de derechos con el que está comprometido. Dice la Corte Constitucional que “Tal superación implica, además, la vinculación jurídica de las autoridades a unos principios tendientes a asegurar la efectividad de los derechos y deberes de todos, particularmente, mediante la previsión del mínimo vital, la promoción de la participación de los individuos en la vida política, económica y cultural, la protección especial a personas y grupos excluidos y la intervención en la economía con miras a corregir con medidas redistributivas las situaciones de grave desigualdad e inequidad existentes en la sociedad” (Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.).

A la concepción de libertad material y a la idea de un Estado estructuralmente comprometido con la garantía de todos y cada uno de los derechos que esa libertad material entraña, que caracterizan al Estado social de derecho, se le suma la existencia de una constelación de principios de orden constitucional con la calidad de referentes axiológicos y

normativos del ordenamiento. La enumeración de todos esos principios no sólo supera los propósitos de esta tesis, sino que además resulta imposible habida cuenta de que no existe un catálogo taxativo de los mismos. No obstante, dos precisiones se imponen en este punto: la primera de ellas se refiere al papel sistémico que cumplen todos los principios dentro del ordenamiento colombiano, papel que no puede analizarse sin la obligatoria referencia a Robert Alexy. La segunda precisión consiste en señalar que, por su objeto y sus fines, en esta tesis se abordará el estudio de tres principios específicos, a saber, la libertad, la seguridad y la proporcionalidad, empresa que se acometerá tras haber ahondado en la primera precisión señalada.

Robert Alexy es un jurista alemán cuya teoría jurídica ha sido objeto de gran acogida en Latinoamérica y, para lo que nos concierne, en Colombia. Uno de sus méritos fundamentales consiste en haber esclarecido la tradicional distinción entre principios y reglas, como tipos de norma que vinculan en distinto grado y forma disímil, aunque en esencia “Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser” (ALEXY, 2002, pág. 83). El mérito de Alexy consiste en haber establecido de manera clara una vieja tipología de normas que permite identificar cualitativamente los conflictos que surgen entre ellas y, subsiguientemente, aplicar una metodología de solución propicia para el tipo normativo del que se trate. La diferencia fundamental entre principios y reglas estriba en el nivel de exigencia de su cumplimiento: mientras los principios son mandatos de optimización, que deben ser cumplidos en la medida en que la realidad fáctica y jurídica lo haga posible, las reglas exigen un cumplimiento inmediato en cuya ausencia puede sentenciarse que éstas definitivamente no se

cumplen. Así, mientras es relativamente sencillo formular un juicio de eficacia acerca de una regla, en el caso de los principios dicho juicio se torna un tanto más complejo, en la medida en que éstos se cumplen sólo hasta donde es fáctica y jurídicamente posible.

Efectivamente, tras haber establecido varios criterios para identificar entre principios y reglas, Alexy llega a la consideración de que el único verdaderamente útil es el que los diferencia según el grado de exigibilidad de su cumplimiento. “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. (...) En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe (sic) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”. (ALEXY, 2002, págs. 86-87).

La concepción teórica de los principios reviste particular importancia cuando se trata de asomarse a la problemática del secuestro en un contexto de Estado social de derecho. Ello se debe a que a partir de las coordenadas normativas que los principios trazan puede determinarse la

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

29

idoneidad de las políticas públicas que el Gobierno ha implementado, y la correspondencia que existe entre el sustrato axiológico del ordenamiento y esas políticas. Antes de estudiar y criticar lo implementado por el Gobierno, es imperativo un análisis de los tres principios que se tornan relevantes cuando del secuestro se trata, teniendo en cuenta que finalmente de lo que se trata es de determinar si los principios pertinentes se cumplen, *en la medida de lo posible*, de cara a la temática del secuestro.

En conclusión, vemos que tanto la historia como el concepto de Estado social de derecho reviste importancia cuando se busca analizar la problemática del secuestro en Colombia, toda vez que dicha práctica criminal compromete derechos fundamentales de variada estirpe y en la medida en que vulnera las bases fundamentales de esta forma de Estado, que sólo pueden entenderse a partir de la historia. Asimismo, se concluye que el rol de los principios como faros axiológicos que guían a la sociedad y al intérprete jurídico es supremamente importante en un Estado social de derecho, y que son tres los que nos interesan en punto de secuestro: la libertad, la seguridad, y la proporcionalidad.

1.2 PRINCIPIOS RELEVANTES CON RELIEVE CONSTITUCIONAL

1.2.1 El principio de libertad

Consecuente no sólo con la lógica de un Estado social de derecho sino también con el discurso del Estado de derecho mismo, el constituyente quiso que uno de los pilares fundamentales de la Carta de 1991, y de la estructura del poder por ella organizada, fuera la

libertad. En efecto, la libertad es presentada en la Constitución como derecho fundamental y, en consecuencia, como principio. Su sede normativa se centra en el artículo 28 superior, que establece:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

Llama la atención el lugar en la Carta de la norma citada, ya que se sitúa junto al artículo 29 superior, que es el fundamento jurídico del debido proceso. Y llama la atención porque ambas disposiciones tienen origen dogmático no en 1991 sino en 1789: no debe ser obviado el hecho de que el movimiento social que dio origen al Estado de derecho, la toma de la Bastilla, haya tenido lugar en una prisión. En efecto, tanto la libertad como el debido proceso constituyen conquistas paradigmáticas de las revoluciones liberales, no sólo como derechos individuales en cabeza de todos los ciudadanos, sino también como parámetros de actuación y límites de conducta al poder omnímodo del Estado, concebido en todas sus facetas: legislativa, ejecutiva y judicial, y especialmente en su dimensión punitiva. El legislador debe tener en cuenta que el ciudadano es

libre y que cuenta con un multidimensional derecho al procedimiento establecido, y lo propio deben hacer la administración cuando ejecute la ley y el juez al administrar justicia. Ello no obsta para entender que la libertad, como todo derecho fundamental, puede ser objeto de restricciones por parte del poder, pero en todo caso tales restricciones deben ceñirse a parámetros delineados por el ordenamiento. En suma, el poder no puede ser arbitrario en la injerencia de la libertad o de cualquier otro derecho fundamental.

El principio general de libertad presupone dos nociones, una de corte filosófico y la otra de índole filosófico-jurídica: en primer lugar, la concepción judeocristiana de que el hombre es un ser dotado de libre albedrío, con la capacidad para determinar su propia conducta y de condicionar su buen o mal destino con base en buenas o malas elecciones. En segundo lugar, la libertad presupone el sustrato dogmático de la dignidad humana, pensada no como la posibilidad de vivir bien, según el querer propio y sin humillaciones, sino como la exigencia kantiana de que el hombre sea considerado siempre como un fin en sí mismo, y nunca como un medio para la consecución de un fin. Ello no implica separarse de la tríada señalada por la Corte Constitucional para colmar de sentido la dignidad humana, en las siguientes palabras: “(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)” (Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002.).

La libertad, como el debido proceso, es entonces una de las piedras angulares del Estado moderno en sentido amplio y, por deducción conceptual y simple exégesis normativa, también del Estado social de derecho, no sólo por estar consagrada en la Constitución política, sino también por estar íntimamente emparentada con concepciones culturales de Occidente, como el libre albedrío y la idea del hombre como fin en sí mismo. En ese sentido, a la libertad puede concebirse como un principio ordenador del régimen constitucional y también como un derecho fundamental. Siguiendo a Alexy, ambos acercamientos son enteramente compatibles y, de hecho, necesarios, ya que todo derecho fundamental es estructuralmente un principio de cara a la teoría jurídica del profesor alemán. En efecto, dice Alexy que “lo que interesaba era el concepto de la norma de derecho fundamental o iusfundamental. Ahora hay que considerar su estructura. A tal fin, pueden llevarse a cabo numerosas distinciones teórico-estructurales. Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios”. (ALEXY, 2002, pág. 81)

La libertad, entonces, no sólo se entiende como una facultad individual que debe ser garantizada por parte del Estado, *a priori* y *a posteriori* de una violación, sino también como una coordinada de organización y actuación del poder. En ambos casos, la libertad juega como derecho fundamental y como principio, pero es en la segunda hipótesis que su carácter de principio adquiere particular preponderancia. La Corte Constitucional se ha referido a la primera faceta en los siguientes términos: “La libertad comprende ‘la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios (...) y la proscripción de todo

acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente.’ En otras palabras, todo individuo puede optar autónomamente por el comportamiento que considere conveniente en su relación con los demás, siempre y cuando no lesione los derechos de los demás ni el orden jurídico” (Corte Constitucional. Sentencia C-581 de 2001).

Como principio, la libertad se opondría a cualquier injerencia exorbitante por parte del Estado o un particular en el núcleo trazado por la Constitución en su artículo 28 e interpretado por la jurisprudencia según una lógica acorde con aquella aludida. El secuestro, por lo tanto, entendido a la luz de la tipología del código penal como el arrebatamiento, sustracción, retención u ocultamiento de una persona, independientemente de los fines, constituye una negación del principio general y del derecho fundamental de libertad, en cuya definición ha profundizado la Corte Constitucional con las siguientes palabras: “Ha destacado la jurisprudencia de esta Corporación que, a falta de normas constitucionales especiales que definan y protejan ámbitos específicos de libertad, el artículo 28 de la Carta Política ‘a manera de cláusula general, representa la máxima tutela y reconocimiento a la libertad’, cuyo núcleo esencial está conformado por ‘la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios’ y comprende también ‘la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente’” (Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 1997).

Debe señalarse que la conceptualización de libertad no ha sido unitaria y se ha intentado tradicionalmente por dos vías, una negativa y una positiva. Quien tuvo la oportunidad de sistematizar por primera vez lo que podrían denominarse las dos facetas de la libertad, fue Isaiah Berlin, quien precisamente en su conferencia y ensayo: “Dos Conceptos de Libertad” estableció las diferencias que existían entre la libertad negativa- o libertad de- y la libertad positiva- o libertad para.

Tal y como afirma Berlin:

“La libertad que consiste en ser dueño de sí mismo [Libertad Positiva] y la libertad que consiste en que otros hombres no me impidan decidir como quiera [Libertad Negativa], pueden parecer a primera vista conceptos que lógicamente no distan mucho uno del otro y que no son más que las formas negativa y positiva de decir la misma cosa. Sin embargo, las ideas “positiva” y “negativa” de libertad se desarrollaron históricamente en direcciones divergentes, no siempre por pasos lógicamente aceptables, hasta que al final entraron en conflicto directo la una con la otra” (BERLIN, 1958).

Siguiendo al primer teórico que delineó las diferencias entre los dos tipos de libertades que podían rastrearse en la filosofía, así como en la historia de la Humanidad, los conceptos de *libertad para* y de *libertad de*, son sinónimos de **libertad positiva** y **libertad negativa**, respectivamente. En efecto, afirmó el autor:

“Pues esta concepción «positiva» de la libertad —no el estar libre de algo, sino el ser libre para algo, para llevar una determinada forma prescrita de vida—, es la que los defensores de la idea de libertad «negativa» consideran como algo que, a veces, no es mejor que el disfraz y engañoso en pro de una brutal tiranía” (BERLIN, 1958).

En otras palabras el concepto de libertad positiva es equiparable al concepto de libertad para, mientras el concepto de libertad negativa es equiparable al concepto de libertad de. Esta circunstancia sin embargo, no brinda las herramientas suficientes para comprender con exactitud en qué radican las diferencias entre la libertad positiva o libertad para, y la libertad negativa, o libertad de.

Los dos tipos de libertad encuentra su diferencia esencial en el hecho de que la libertad en sentido negativo simplemente busca que no haya ninguna coerción que lleve al individuo a actuar en determinado sentido, en otras palabras:

*“Pero, sea cual sea el principio con arreglo al cual haya que determinar la extensión de la no-interferencia en nuestra actividad, sea éste el principio de la ley natural o de los derechos naturales, el principio de sutilidad o los pronunciamientos de un imperativo categórico, la santidad del contrato social, o cualquier otro concepto con el que los hombres han intentado poner en claro y justificar sus convicciones, libertad en este sentido significa **libertad de**: que no interfieran en mi actividad más allá de un límite, que es variable, pero siempre reconocible. «La única libertad que merece este nombre es la de realizar nuestro propio bien a nuestra manera», dijo el más celebrado de sus campeones. Y si esto es así, ¿puede justificarse jamás la compulsión? Mill no tuvo ninguna duda de que sí se podía. Puesto que la justicia exige que cada individuo tenga derecho a un mínimo de libertad, sería necesario reprimir a todas las demás, en caso necesario por la fuerza, para impedir que privaran a alguno de su libertad. En efecto, la única función de la ley era prevenir estos conflictos, y el Estado se reducía a ejercitar las funciones de lo que la Lasalle*

de manera desdeñosa denominaba un guardia nocturno o un policía de tráfico” (BERLIN, 1958).

La libertad negativa o libertad de, en retrospectiva puede verse como la libertad propia de una mentalidad inscrita en un Estado liberal clásico, se corresponde con una conducta pasiva por parte de los sujetos ajenos al titular del derecho de libertad, y la labor del Estado y de los demás sujetos consiste en la no injerencia, e implica “la remoción de obstáculos que se opongan al desarrollo individual y el aseguramiento de una esfera de independencia que haga posible tal desarrollo” (PASSERIN D’ENTREVÈS, 2001).

La libertad positiva, por el contrario, para el momento en el que Berlin escribía y en su contexto, significaba la libertad para “llevar un determinado modo de vida prescrita”; siendo irrelevante quien sea quien haya prescrito ese modo de vida, la libertad de buscar un fin preciso. Cuándo el autor que dio lugar a la diferencia entre los dos tipos de libertades ahondó en el concepto señaló:

“Esta transformación mágica o juego de manos (por el que con tanta razón se rió William James de los hegelianos) sin duda alguna puede también perpetrarse tan fácilmente con el concepto «negativo» de libertad en el que el yo, que no debiera ser violentado, ya no es el individuo con sus deseos y necesidades reales tal como se conciben normalmente, sino el «verdadero» hombre por dentro, identificado con la persecución de algún fin ideal, no soñado por su yo empírico. Al igual que en el caso del yo «positivamente» libre, esta entidad puede ser hinchada hasta convertirla en alguna entidad superpersonal —un Estado, una clase, una nación o la marcha misma de la historia—, considerada como sujeto de atributos más «verdaderos» que el yo empírico. Pero la concepción «positiva» de la libertad como autodomínio, con la sugerencia que lleva consigo de un hombre dividido que lucha contra sí mismo, se ha prestado de hecho, en la historia, en la teoría y en la práctica, a esta división de la personalidad en dos: el que tiene el control, dominante y trascendente, y el

*manejo empírico de deseos y pasiones que han de ser castigados y reducidos. Este hecho histórico es el que ha tenido influencia. Esto demuestra (si es que se necesita demostración para una verdad tan evidente) que las concepciones que se tengan de la libertad se derivan directamente de las ideas que se tengan sobre lo que constituye el yo, la persona, el hombre. Se pueden hacer suficientes manipulaciones con las definiciones de hombre y de libertad para que signifiquen todo lo que quiera el manipulador. **La historia reciente ha puesto muy en claro que esta cuestión no es meramente académica.***

“Las consecuencias que lleva consigo distinguir dos yos se harán incluso más claras si se consideran las dos formas más importantes que históricamente ha tomado el deseo de autodirigirse —dirigirse por el «verdadero» yo de uno mismo—: la primera, la de la autoabnegación con el fin de conseguir la independencia; la segunda, la de la autorrealización o total autoidentificación con un principio o ideal específico, con el fin de conseguir el propio fin” (BERLIN, 1958).

El segundo tipo de libertad cuya existencia constató Berlin, libertad positiva o libertad para, demandaba del individuo la necesidad de ser su propio amo, pero en esa pequeña diferencia entre mantener un mínimo irreducible de libertad (libertad negativa o libertad de) y la libertad para decidir seguir determinada forma de vida preestablecida que buscaba un bien mayor (Libertado para o libertad positiva), estaba justamente la delgada línea que la historia reciente había demostrado no era simplemente académica, pues mientras una llevaba a un sistema de verdadera libertad, el otro era el escudo de las autocracias que pretendían sobre ponerse por entender qué era lo mejor para los individuos.

Tal y como ha sido constatado, esta visión tan tajante de las libertades que daba mayor valor a la libertad concebida como libertad de o libertad negativa, se explica por el contexto histórico en el que el autor pronunció su conferencia y publicó su ensayo. Se trataba de 1958, la guerra fría era una realidad palpable en el ambiente, y las dictaduras socialistas y comunistas se erigían con

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

38

fuerza en el este del mundo; por esa razón, Berlin en un intento por preconizar los valores del occidente democrático, pretendió demostrar los perversos efectos de concebir la libertad como libertad para o como libertad positiva, de entender la libertad como ser libre para buscar determinado fin, y no la libertad como valor en sí mismo (COSER, 2014).

Sin embargo, después de la publicación, y en especial a partir de la caída del muro, la división certera entre libertad de y libertad para ha sido fuertemente criticada por ser artificiosa, y tener altos componentes políticos (COSER, 2014). Además de ello, en un contexto de un Estado Social de Derecho está claro, y relativamente aceptado por la doctrina, que la clara división entre los “dos conceptos de libertad” se desdibuja, se hace borrosa, para permitir una sola libertad que si bien puede tener dos facetas, es a la vez un fin en sí mismo, y permite buscar el fin que se quiera; es a la vez libertad de y libertad para, por lo cual, terminaría siendo decisión del individuo en el ejercicio de la libertad otorgada si se adscribe a un modo de vida prescrito, o si mantiene su esfera alejada de cualquier coacción o constreñimiento exterior a su propia voluntad. Lo anterior, con la obvia aclaración que los límites de la libertad se encuentran en las leyes.

En conclusión esa nueva concepción de libertad, con dos facetas, propia de una mentalidad de Estado social de derecho, no tiene que ver exclusivamente con la ausencia de límites que coarten la voluntad individual, sino que incluye las posibilidades efectivas que potencien dicha voluntad en la consecución de los fines que la voluntad individual misma se proponga.

Según lo dicho, la libertad tiene una íntima relación con el Estado social de derecho, por ser este el modelo en el que el aparato estatal está puesto a disposición de los asociados para la mejor realización y efectiva materialización de sus derechos y garantías, entre los que se cuenta la libertad. En este escenario, no le basta al Estado con no interferir y debe inmiscuirse en la protección. De cara a la libertad, puede aseverarse que ha quedado atrás el estadio histórico en el que el aparato estatal ponía en marcha sus mecanismos sólo ante casos concretos en que se pusieran en entredicho derechos individuales, y que con el Estado social de derecho y sus múltiples mutaciones de paradigmas la libertad sufrió un robustecimiento notorio, al ensanchar su contenido y aumentar el grado en que puede obligar al Estado en la ardua tarea de su efectividad y garantía.

En otras palabras una política pública que pretendiera maximizar la libertad como derecho, bajo un esquema de libertad negativa, como Berlin la entendió, podría justamente verse como una injerencia indebida en la esfera privada de los individuos. Mientras que en un esquema de libertad que articulo los dos conceptos de libertad, puede verse como una limitación, pero que tiene como fin último maximizar los derechos del individuo; realizar la libertad en la medida de lo posible en términos de Robert Alexy.

En conclusión, la libertad constituye en nuestro marco constitucional un principio y un derecho fundamental, y puede ser concebida como un parámetro negativo y positivo de actuación para el Estado, cuya observancia del artículo 28 superior y sus disposiciones concordantes no se agota con la simple abstención de injerencia, sino que llega a comprometer todos sus órganos y

funciones. El papel del Estado social de derecho en Colombia, de cara al secuestro y en punto de cumplir el principio de libertad *en la medida de lo posible*, no puede entonces limitarse a soluciones *a posteriori*, sino que debe llegar incluso a la formulación de políticas públicas que lo prevengan en forma adecuada. Sin embargo, ese es un análisis que tendrá lugar posteriormente, cuando hayamos examinado los principios de seguridad y proporcionalidad.

1.2.2 El principio de seguridad

Dentro de una lógica de Estado social de derecho, en la cual el papel de las autoridades públicas y de los particulares no tiene un carácter pasivo sino comprometido con la defensa y garantía de los derechos, la seguridad se ha convertido en una obligación estatal cada vez más relevante. Ello es aún más cierto cuando el Estado tiene que operar en un ambiente hostil de conflicto armado, como el que aqueja a Colombia, en el marco del cual se cometen vulneraciones masivas de muchísimos derechos. Uno de esos derechos es, precisamente, la libertad que examinamos, y la dinámica delictiva que produce su sistemática vulneración es el secuestro.

De ahí que resulte pertinente el examen del principio de seguridad contenido en la Carta Política de 1991, partiendo de la premisa de que su promulgación significó para el ordenamiento una nueva comprensión de la idea de seguridad, ya no como un simple factor de juego predicable de la institucionalidad, sino como una exigencia estatal que permea la sociedad en su conjunto, desde las cúpulas del poder hasta el ciudadano común. En torno del principio de seguridad jurídica orbitan conceptos como orden público, estabilidad institucional, convivencia y seguridad

ciudadana, y todos ellos contribuyen a completar la silueta difusa del principio de seguridad jurídica, concebido como la confianza que el ciudadano del Estado de derecho puede depositar en la efectividad de sus derechos y en la eficacia de las normas jurídicas. Dice la Corte Constitucional que “la seguridad implica precisamente eso: que conocidas las reglas por todos, los procedimientos se deben adelantar de conformidad con ellas, y cualquier desviación socava la confianza que los ciudadanos tienen en éstos, luego genera inseguridad” (Corte Constitucional. Sentencia T-1216 de 2005).

Si bien es obvio que la Constitución de 1991 no se refiere explícitamente a la seguridad jurídica, puede colegirse fácilmente que su espíritu está íntimamente comprometido con la guarda de ese principio. En efecto, cuando la Carta Política dispone en su artículo 1 que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”, atribuye al Estado colombiano una base de compromiso con la dignidad humana, sustrato dogmático de todos los derechos fundamentales que tiene que ver con la efectividad de los mismos, y un fundamento de atención hacia el interés general, en el que se condensan los intereses de la sociedad en su conjunto, y dentro de éstos la efectividad de los derechos.

Ahora bien, si se quiere detectar en la Carta el fundamento normativo del principio de seguridad jurídica, no podría pasarse por alto el artículo 2, que es acaso su centro normativo. En

efecto, la Constitución incluye el principio de seguridad jurídica en su artículo 2, cuando asigna al Estado los fines de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, y de “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”, y cuando establece que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”. Efectivamente, si se parte de la premisa conceptual de que la seguridad jurídica consiste en un grado de confianza que los ciudadanos pueden tener en que sus derechos serán respetados y garantizados en caso de vulneración, entonces es obvio que todo lo dispuesto por el artículo 2 superior tiene una relación estrecha con la seguridad jurídica. Garantizar que los principios, derechos y deberes tengan cabida efectiva en la realidad, asegurar que exista entre el conglomerado un ambiente de convivencia pacífica y de orden justo, y exigir a las autoridades la protección de todas las personas residentes en Colombia en todas sus dimensiones, constituyen las vértebras del principio de seguridad jurídica dentro de la Constitución Política de 1991.

A partir del artículo 2 superior puede afirmarse entonces que el principio de seguridad jurídica está íntimamente ligado con la idea de orden justo, que “es aquel en el cual los derechos fundamentales de los ciudadanos son respetados por todas las autoridades del país. Este es un mandato que se impone a todas las autoridades públicas y, por lo mismo, cada uno de los órganos estatales y el Estado en su conjunto tienen la obligación de perseguir dicho fin constitucional” (Corte Constitucional. Sentencia SU-014 de 2001). La seguridad jurídica, entonces, es un pilar del orden justo que constitucionalmente se exige como ideal social.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

43

A su turno, el artículo 88 superior encarga al legislador la regulación de las acciones populares, mecanismos procesales de estirpe constitucional que tienen por función proteger derechos e intereses colectivos relacionados, entre otras, con la seguridad. El legislador, en cumplimiento del mandato constitucional, expidió la Ley 472 de 1998, en cuyo artículo 4 la seguridad figura como derecho e interés colectivo amparable por vía de acción popular.

Finalmente, en lo que toca con el fundamento normativo del principio de seguridad jurídica, debe mencionarse el artículo 213 de la Constitución, en el que el constituyente previó la hipótesis de conmoción interior como condición excepcional, que hace posible una reorganización temporal de las estructuras funcionales y competenciales del Estado, con el fin de procurar un retorno a circunstancias de normalidad.

A partir del fundamento normativo de la seguridad jurídica puede identificarse un contenido fiduciario del principio sometido a examen: la seguridad jurídica se traduce finalmente en la fundada confianza del asociado en que su estado jurídico y fáctico no sufrirá alteraciones profundas, imprevisibles, e injustas. En esa medida, la seguridad jurídica hace parte de la serie de condiciones que posibilitan una sociedad democrática en la que los individuos gozan plena y libremente de derechos y en la que los asociados tienen claras sus obligaciones y pueden aprestarse a cumplirlas. La Corte Constitucional lo explica con las siguientes palabras: “La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones” (Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001).

A su turno, el carácter fiduciario del principio de seguridad jurídica, junto con las normas citadas e interpretadas anteriormente, permite emparentarlo dogmáticamente con el principio de buena fe, cristalizado en el artículo 83 superior. En efecto, si partimos de la premisa de que el último principio aludido tiene también que ver con la confianza del asociado, el nexo es fácilmente identificable: así como la buena fe exige a los particulares y a las autoridades actuar honestamente y según el comportamiento esperable a partir de la confianza por ellos generada, la seguridad jurídica equivale a un grado de confianza por parte del asociado en que otros particulares y las autoridades cumplirán con ese comportamiento esperable. En otras palabras, la buena fe es el respeto de las situaciones jurídicas o fácticas consolidadas, y ese respeto se traduce en seguridad jurídica. Dice la Corte que “esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas” (Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001).

Ahora bien, habiendo dicho todo lo anterior, resulta imprescindible mencionar lo que puede constituir una base interpretativa de enorme valor a la hora de delinear los contornos del principio de seguridad jurídica: se trata de la sentencia en la que la Corte Constitucional sistematiza todos los desarrollos jurisprudenciales en torno del principio de seguridad jurídica para llegar a las conclusiones de que éste “es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales” y de que “atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones” (Corte Constitucional. Sentencia T-502 de 2002). La Corte reconoce como

principio integrante de la Carta Política de 1991 la seguridad jurídica, y la eleva a perfil y signo del Estado de derecho, jerárquicamente equiparable al principio democrático y al de separación de poderes, entre muchos otros mandatos de optimización, para utilizar la terminología de Alexy.

Finalmente, teniendo en cuenta que nuestro ámbito temático se desenvuelve en torno de la problemática del secuestro, resta por decir que ésta conducta delictiva representa un claro y obvio menoscabo del principio de seguridad jurídica, y por eso su examen resultó importante. En efecto, la permanente posibilidad de ser privado de la libertad injustamente desintegra completamente la confianza que habita dentro de los límites dogmáticos de la seguridad jurídica que, como ha dicho la Corte, “supone una garantía de certeza” (Corte Constitucional. Sentencia T-502 de 2002). El mismo tribunal explica que “esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas” (Corte Constitucional. Sentencia T-502 de 2002). Lo dicho por la Corte debe tenerse en cuenta para llegar a la conclusión de que, de cara al secuestro, la seguridad jurídica se invoca junto con el principio de libertad ya explicado.

1.2.3 El principio de proporcionalidad

Para llegar a trazar una panorámica completa y nítida del sustrato dogmático hasta ahora analizado, con base en el cual podremos determinar si las políticas públicas del Gobierno en

materia de secuestro son o no congruentes con una lógica de Estado social de derecho, no puede dejarse de lado un último principio: la proporcionalidad. Tal estudio será desarrollado teniendo en cuenta que dicho principio no puede concebirse como un tema independiente de los derechos fundamentales, porque es a estos que se aplica, y que se compone de tres subprincipios, cuya explicación es de carácter imperativo.

Pues bien, el principio de proporcionalidad puede definirse como la exigencia jurídica de que cualquier tipo de injerencia, negativa o positiva, en uno o varios derechos fundamentales, tenga un carácter armonioso y simétrico con éstos, sin desdibujar su esencia y hacerlos nugatorios. Tal exigencia, que podría parecer en principio demasiado abstracta como para ser eficazmente aplicada, ha sido objeto de innumerables y profundos estudios por parte de la jurisprudencia y la doctrina, no sólo en Alemania, país que le dio vida, sino también en gran parte del sistema continental europeo.

Los estudios mencionados han convergido en la identificación de tres subprincipios, cuya explicación no puede sortearse en este punto para efectos de llegar a una cabal comprensión del principio de proporcionalidad. Esos subprincipios son:

El subprincipio de idoneidad, que consiste en la exigencia de que los actos de poder público que interfieran en la órbita de un derecho fundamental sean adecuados y apropiados para alcanzar el fin que se persigue mediante su implementación, que en todo caso debe tener estricta relación con el orden constitucional establecido. Carlos Bernal Pulido, una voz colombiana

autorizada en todo lo concerniente a la teoría de Robert Alexy, a los principios de proporcionalidad y al método de ponderación, lo define con las siguientes palabras: “según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo” (BERNAL PULIDO, 2005, pág. 67).

El siguiente subprincipio, llamado de necesidad, implica que de todas las injerencias posibles, debe aplicarse aquella que implique menos limitación al derecho fundamental en cuestión. El profesor Bernal lo define en estos términos: “según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido” (BERNAL PULIDO, 2005, pág. 67).

Finalmente, el último subprincipio es el de proporcionalidad en sentido estricto, que el profesor colombiano apenas citado define así: “según este subprincipio, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general” (BERNAL PULIDO, 2005, pág. 67).

De lo dicho se coligen dos conclusiones basilares: en primer lugar, la estructura argumentativa de la proporcionalidad constituye un límite para las limitaciones que las

autoridades pretendan imponer a los derechos fundamentales en casos concretos, que no necesariamente implican un estadio de vulneración particular, sino que pueden encontrarse en la simple promulgación de una ley o en la adopción e implementación de una política pública mediante las cuales se roce, así sea en forma tangencial, el contenido de un derecho fundamental. La segunda conclusión que se extrae fácilmente a partir de lo explicado es que desde un punto de vista metodológico, cada subprincipio presupone el anterior, siendo estéril analizar los últimos dos si ya se ha echado de menos el primero, o estudiar el último si, a pesar de haberse catalogado una medida como idónea, ésta no puede ser calificada como necesaria.

Una vez dibujado un esquema teórico y argumentativo lo suficientemente claro como para adentrarnos en su estudio, conviene revisar la aplicación que dos tribunales han dado al problema del secuestro, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad: el colombiano y el interamericano. La escogencia de los dos órganos no obedece a un criterio arbitrario: evidentemente, en la medida en que se trata de analizar las políticas públicas implementadas por el Gobierno colombiano para hacer frente al secuestro, no puede prescindirse de un examen de la jurisprudencia constitucional colombiana. Asimismo, en vista de que Colombia está inserta en el sistema de protección de derechos humanos regional, que opera gracias a la coordinación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no pueden pasarse por alto los pronunciamientos de dichos organismos en lo que concierne al principio de proporcionalidad.

1.2.3.1 El principio de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

La Corte Constitucional ha dado un tratamiento más o menos estricto a las estructuras argumentativas del principio de proporcionalidad a lo largo de su historia jurisprudencial. Elaborar una síntesis de esas fluctuaciones no resulta útil para los efectos de formular juicios críticos sobre las políticas públicas implementadas por el Gobierno para encarar el flagelo del secuestro. Más útil resulta un estudio de algunos casos en que la Corte se ha pronunciado sobre este problema y ha tenido como referente implícito el principio de proporcionalidad, partiendo del presupuesto de que tales pronunciamientos pueden dividirse en dos grupos: el primero, en el que se enmarcan las decisiones de constitucionalidad de leyes que regulaban el secuestro en materia penal, y el segundo, en el que caben las sentencias que deciden la constitucionalidad de ciertas leyes que protegían los derechos sociales de los secuestrados.

En primer lugar debe citarse el caso en que le correspondió a la Corte Constitucional el estudio de acciones de inconstitucionalidad, con ocasión de la promulgación de la Ley 40 de 1993, conocida como Estatuto Antisecuestro, para lo cual comenzaremos por identificar que el propósito de ésta era neutralizar, debilitar la estructura logística y la capacidad operativa de la delincuencia organizada, para contrarrestar los índices del secuestro que para esa fecha presentaba un crecimiento desbordado; esta ley prohibía entre otras cosas el pago de rescate con el objeto de eliminar el incentivo que llevaba a esta clase de acciones criminales.

Siendo el doctor Alberto Zuleta Londoño, el primero en promover demanda de inconstitucionalidad argumentando que una persona secuestrada es el reflejo de la incapacidad del Estado para protegerla y que el impedir que la persona que se encuentra en esta situación se defienda, la convierte en víctima de esa desprotección, y además implica la negación de la posibilidad de defenderse por sí misma, lo que va en contravía del derecho a la legítima defensa y el estado de necesidad.

Para tratar la inconstitucionalidad demandada acude la Corte Constitucional a formular el siguiente problema jurídico: “¿es lícito exigir a un ser humano el sacrificio de la vida y de la libertad, propias o ajenas, en razón de la primacía del interés general sobre el individual?”. Lo resuelve partiendo de los criterios de persona, dignidad humana, individuo, interés social, vida, libertad, patrimonio y funciones del Estado.

En la sentencia C-542 de 1993, se rescata la teoría kantiana para definir a la persona y la dignidad humana, tal como la citan Giorgio del Vecchio y Luis Recasens Siches, como un “ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo, y que cabalmente por eso posee dignidad, a diferencia de todos los demás, de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, que sirven como mero medio a fines ajenos y que, por tanto, tienen precio. Y ello es así, porque la persona es el sujeto de la ley moral autónoma, que es lo único que no tiene un valor solamente relativo, o sea un precio, sino que tiene un valor en sí misma y constituye así un autofin” (Corte Constitucional. Sentencia C-542 de 1993), dejando claramente estipulado con esta posición, que en el territorio Colombiano, y a luz de la Constitución Política,

son los derechos inalienables del ser humano los que rigen el ordenamiento jurídico y las instituciones.

Por lo que dispuso la Corte Constitucional frente a la acción de inconstitucionalidad de la Ley 40 de 1993, una exequibilidad condicionada al considerar que quien es víctima de un delito de secuestro enfrenta un riesgo inminente de perder su vida, y ha perdido, al menos temporalmente, su libertad, motivo por el cual la ley no puede hacer a un lado las causales de justificación, y convertir forzosamente a la víctima o a quienes intenten defenderla en delincuentes.

Este criterio jurisprudencial se mantiene en todas las demandas por inconstitucionalidad (C-565 de 1993, C-069 de 1994 y C-599 de 1997), contra el Estatuto Antisecuestro, puesto que se parte en todos ellos del postulado del individuo como fin en sí mismo, como centro de la sociedad, el cual no puede ser utilizado como un medio para alcanzar fines generales del bienestar común y se enfatiza que el delito de secuestro es uno de los más graves que lesionan a la sociedad, con el cual se atenta directamente contra el bien más esencial del hombre: la vida y su libertad.

Es a través de los pronunciamientos realizados en torno al llamado Estatuto Anticorrupción donde la Corte ha plasmado un criterio claro respecto de los derechos fundamentales que se ven afectados con ocasión de un secuestro, tales como el derecho a la vida y la libertad (Arts. 12, 13 y 28), la dignidad del hombre, la seguridad (Art. 21), la familia (Arts. 5°. y 42), la intimidad

(Arts. 15 y 42), el libre desarrollo de la personalidad (Art. 16), la libre circulación (Art. 24), el trabajo (Art. 25), la participación (Art. 40), y toda una gama de derechos conexos con los anteriores, siempre destacando que el derecho a la vida y a la libertad de las personas no pueden ser sacrificados por el Estado en aras del interés general.

La Corte Constitucional ha establecido que es en torno de la dignidad humana que debe estructurarse el ordenamiento jurídico y que el secuestro es uno de los delitos más atroces. Así lo expresa la sentencia C-069 de 1994: “El medio empleado en el delito de secuestro siempre será desproporcionado, así se alegue como pretexto para cometerlo un fin honesto. Y ello porque la acción directa afecta el bien más esencial del hombre, junto con la vida, que es su libertad. Además, torna en condicional el derecho a la vida, y todos sus derivados jurídicos. Es, en definitiva, cosificar a la persona humana, lo que, a todas luces, constituye un atentado contra su dignidad y el orden jurídico total. Si se relativiza la dignidad humana, fin esencial del Estado Social de Derecho (arts. 1º. y 2º. C.P.), todo el derecho pierde consistencia, y se torna en contingente, variable con las disposiciones de turno, con lo cual la objetividad necesaria del ordenamiento jurídico desaparecería” (Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 1994).

En segundo lugar, la Corte Constitucional realizó el estudio de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley 81 de 1993, en relación con la competencia de los jueces regionales para conocer del juzgamiento del delito de secuestro, prevista en una norma de carácter procedimental penal que establecía que los delitos de mayor impacto social fueran de

conocimiento de un grupo especializado y calificado de funcionarios judiciales que garantizaran la recta administración de justicia.

Con la demanda de inconstitucionalidad se pretendió que se declarara inexecutable el que se pueda adelantar juicio sin que la persona acusada de una infracción se encuentre presente, ya que considera el accionante que con la mencionada norma se está desconociendo el derecho de defensa. Al respecto, mediante la sentencia C-040 de 1997, la Corte señaló que en la norma acusada el legislador se limitó a señalar una de las competencias atribuidas a los jueces regionales, dentro de la libertad política y la discrecionalidad de que es titular para la conformación de las normas jurídicas relativas a la asignación de competencias a la justicia penal. No obstante, dejó claro que la audiencia pública en materia de juzgamiento de las conductas punibles, no es en verdad un instituto de rango constitucional que obligue a su consagración para todos los tipos de procesos; por el contrario, se trata de una etapa procedimental.

La Corte Constitucional reitera entonces la postura de defensa de los derechos humanos y del respeto a la dignidad de la persona como centro del ordenamiento jurídico. Al respecto solo cabe señalar que en concordancia con el estado de derecho solo le es posible a la Corte Constitucional confiar en las instituciones, y en especial en el poder judicial, para que cualquier trasgresión al derecho fundamental a la libertad sea castigado con el rigor de la ley.

Finalmente, debe reseñarse el caso en que correspondió a la Corte Constitucional el estudio de inconstitucionalidad contra el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, “Por la cual se excluyen beneficios para y subrogados penales cuando se trate de delitos como el secuestro”, normas de carácter restrictivo que fueron proferidas con el ánimo de desmotivar la conducta del secuestro, a través de incentivos negativos como el no poder celebrar preacuerdos con el ente acusador y la pérdida de subrogados penales para aquellos que fueran condenados por el delito de secuestro.

Argumentaban los demandantes de la inconstitucionalidad, que a través de estas normas se vulnera el derecho fundamental de la igualdad, por la presunta discriminación respecto de los otros delitos juzgados, ya que se aplicaría un tratamiento procesal diferente bajo el marco establecido por el Código de Procedimiento Penal.

Mediante las sentencias C-073 y C-335 de 2010 la Corte Constitucional señaló que no se acoge el cargo porque la exclusión de beneficios y subrogados penales en materia de terrorismo no sólo no desconoce el derecho a la igualdad sino que además se inscribe en el cumplimiento de obligaciones internacionales que Colombia ha adquirido con otros Estados. “La Corte es precisa al señalar que no existen criterios objetivos que le permitan al juez constitucional determinar qué comportamiento delictual merece un tratamiento punitivo, o incluso penitenciario, más severo que otro, decisión que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, corresponde al legislador, el que, atendiendo a consideraciones ético-políticas y de oportunidad, puede determinar las penas a imponer y la manera de ejecutarlas” (Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2010).

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

55

Además de las providencias reseñadas, que se refieren a las decisiones de constitucionalidad de leyes que regulaban el secuestro en materia penal, es necesario el estudio del segundo grupo, en el que se inscriben las sentencias que deciden sobre la constitucionalidad de ciertas leyes que protegían los derechos sociales de los secuestrados.

La primera de ellas es la sentencia C-688 de 2002, en la que la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 147/01, tramitado por el Congreso para garantizar el derecho que tienen los individuos privados ilegalmente de su libertad a ser candidatos en cargos de elección popular, sin que el hecho fortuito del secuestro pueda privarles de esa posibilidad, destacando que una vez electa la persona secuestrada el salario y las prestaciones deben ser percibidas por los familiares inmediatos. En la sentencia reseñada la Corte Constitucional explica que aunque quien ha sido privado ilícitamente de su libertad no está en condiciones de ejercer sus derechos políticos, al existir la posibilidad de recuperar su libertad en cualquier momento, no puede ser víctima de la vulneración de esos derechos, especialmente de cara al principio de igualdad.

La segunda sentencia relevante es la C-400 de 2003, en la que la Corte estudia si existe o no una violación del derecho a la igualdad en el artículo 10, párrafos 1° y 2°, de la Ley 589 de 2000, que establecen un tratamiento diferenciado en cuanto ordenan que se continúe el pago de salarios u honorarios correspondientes a los servidores públicos desaparecidos o secuestrados, pero privan de tales beneficios a los trabajadores particulares. La Corte declara inexecutable las

normas demandadas en el entendido de que el trato diferenciado que establecen no tiene una razón suficiente. Las palabras de la sentencia son claras: “tal justificación es sólo aparente y es una conclusión que se reafirma si se constata que ni el delito de secuestro ni el delito de desaparición forzada precisan de un sujeto pasivo calificado en el que concurra la calidad de servidor público. Es decir, se trata de conductas punibles en las que la posibilidad de agresión del bien jurídico no está supeditada a la concurrencia de una especial cualificación en la víctima. Por el contrario, esos delitos demandan un sujeto pasivo simple en cuanto titular del bien jurídico libertad del que es despojado. Desde luego, la calidad de servidor público de la víctima de un delito de secuestro o de desaparición forzada puede tener alguna incidencia en la configuración de circunstancias de agravación de la pena pero desde el punto de vista de la estructura básica de tales delitos, esa distinción es irrelevante” (Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 2003).

1.2.3.2 El principio de proporcionalidad en sede del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

Al interior del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se han generado pronunciamientos diversos sobre el tema de los secuestrados que datan incluso del año 1993, con el Segundo Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia, en donde se lo considera una problemática grave que hace palmaria la situación de conflicto armado interno. Las consideraciones de ese primer informe se basaron en el hecho de que Colombia sufría una situación que afectó arbitrariamente el derecho a la libertad personal como resultado de los secuestros que se practicaban contra hombres, mujeres, niños y ancianos, con el propósito de

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

57

obtener el rescate de los familiares de las víctimas, perpetrados por organizaciones al margen de la ley y por la delincuencia organizada, en ambos casos con motivaciones económicas.

En el informe citado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que es obligación del Estado proteger a todas las personas que habitan en el territorio nacional, como lo dispone la Constitución Política de Colombia, y por tanto deben consolidarse políticas orientadas a dotar al Estado colombiano de instrumentos legales que permitan la erradicación de este flagelo, y que protejan de igual manera a los familiares de quienes han sido secuestrados.

Valga señalar que en el caso de los “Niños de la Calle” se fijó el criterio en torno de la libertad personal, derivada del artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme al cual la protección de la libertad salvaguarda no sólo la libertad física de los individuos sino también su seguridad personal. La ineptitud de un Estado para proteger la libertad en ambas facetas implicaría desconocer la sujeción del Estado a derecho, ya que se dejaría al asociado en un grado de desprotección de una magnitud tan amplia, que los contornos mismos del Estado de derecho se verían violentados.

Sobre la situación de derechos humanos, la Comisión Interamericana señaló en su Informe las obligaciones que le asisten a cada Estado de cara a la seguridad y la libertad personal, partiendo de la premisa de que “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a

que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1993).

En cuanto a las obligaciones estatales de cara al problema del secuestro, la Comisión dispone que los Estados Miembros están obligados no sólo a la creación de medidas legislativas y administrativas que hagan de su política de seguridad ciudadana “una herramienta apta para garantizar y proteger el derecho a la libertad y la seguridad personales”, sino también a su implementación. En otras palabras, para la Comisión no basta con el diseño de las políticas sino que es también necesaria su efectiva ejecución. Además, la Comisión exige de los Estados Miembros la disposición de suficientes recursos humanos y técnicos para la adecuada investigación policial de los hechos y para la eventual intervención de las fuerzas policiales para restablecer los derechos individuales vulnerados de las personas secuestradas.

Cabe citar las exactas y definitivas palabras de la Comisión, cuando afirma: “Entre las líneas de acción que deben integrar la política pública de seguridad ciudadana, los Estados Miembros deben incorporar medidas legislativas, institucionales y de asignación de recursos humanos y materiales adecuados para prevenir, y, en su caso, investigar y perseguir a los responsables de casos de trata de personas. Este tipo de medidas deben ser efectivas para proteger y garantizar el derecho a la libertad y a la seguridad personal de las víctimas de esta práctica criminal. Al respecto, la Comisión señala a los Estados Miembros que la política sobre seguridad ciudadana debe incorporar los Principios y Directrices recomendados sobre los Derechos Humanos y la

Trata de Personas de Naciones Unidas. Específicamente, los principios de (1) primacía de los derechos humanos de las personas objeto de trata; (2) de prevención de la trata, atendiendo a los factores que favorecen esta práctica, especialmente tomando medidas para evitar la participación o complicidad de agentes estatales en cualquier etapa del desarrollo de esta conducta criminal; y (3) de protección y asistencia a las víctimas, evitando la criminalización y la revictimización de estas personas. En lo que tiene que ver directamente con las instituciones del sistema de seguridad ciudadana, para la Comisión, los Estados Miembros deben tomar las previsiones necesarias para hacer efectiva la Directriz No. 2 de estos Principios y Directrices, a los efectos de una rápida identificación de las víctimas y los tratantes” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1993).

En conclusión, se entiende que en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se han trazado directrices obligacionales para los Estados Miembros de cara al secuestro. Tales coordenadas convergen hacia el diseño e implementación de políticas públicas complejas, que incluyan la suficiente regulación normativa para que la Fuerza Pública pueda operar en defensa de la libertad y la seguridad, y de esta manera cumplir con el fin de garantía de los derechos de las personas, capital dentro de un Estado social de derecho.

2. LA POLÍTICA GUBERNAMENTAL COLOMBIANA COMO MEDIO ADECUADO PARA ATENDER LA PROBLEMÁTICA DEL SECUESTRO

Como se explicó en la primera parte, el fin de la segunda guerra mundial, con todas las vicisitudes que allí se explicaron, trajo consigo la consolidación de un nuevo Estado, que se ha denominado Estado Social de Derecho. En su momento se señaló que “Esa evolución en el plano jurídico viene de la mano de toda una serie de reformas estructurales del aparato estatal mismo: cuando la igualdad virtual se quiere convertir en real, y cuando el derecho prescribe más derechos, al Estado le es exigible una conducta activa”¹.

Esta transformación en el rol del Estado, que hacía posible exigirle una conducta activa, conllevó una modificación de base en la concepción de la actividad estatal, lo que condujo, de manera consecencial, a una modificación en el centro de atención del Estado como objeto de estudio.

A partir de entonces, el objeto principal de atención del Estado, en tanto objeto de estudio de las ciencias sociales, deja de ser el sujeto Estado, sus facultades, atribuciones y la concepción del mismo como ente jurídico; aunque esta perspectiva no se abandonó del todo, el eje central

¹ Ver primera parte sobre el origen del Estado social de derecho

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

61

empieza a ser la actividad estatal, los fines que se pretenden cumplir, y la efectividad y eficiencia en el cumplimiento de los nuevos fines que le fueron encomendados, y que su nueva concepción le impuso.

“La transformación del modo de aprehensión del Estado y de la actividad gubernamental se origina en los Estados Unidos a principios de la década de los cincuenta, como una tentativa de utilizar los métodos de investigación de las ciencias sociales para elaborar recetas para el buen funcionamiento del gobierno” (HERNANDEZ, 1999).

Estas recetas, son precisamente el concepto que servirá de eje central para el desarrollo de esta segunda parte de la tesis, se trata de las políticas públicas. Nacidas en el mundo anglosajón, precisamente en Estados Unidos como señala el autor citado. Esta lectura histórica, de carácter general, que explica la variación del eje de atención, resulta insuficiente para efectos de explicar las distintas circunstancias históricas que llevaron hasta la consolidación del concepto de políticas públicas.

En efecto, el punto de quiebre en el análisis es la época de la posguerra, pero no por ello, se puede desconocer que “tres grandes corrientes de pensamiento buscan rendir cuenta de los cambios evocados anteriormente y constituyen el zócalo intelectual del análisis de políticas públicas: las reflexiones sobre la burocracia, la teoría de las organizaciones, y los estudios de *management* público” (MULLER, 2006, pág. 45).

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

62

Para efectos de comprender como se llega paulatinamente al esquema de pensamiento en el análisis y creación de las políticas públicas en la actualidad, y para fundamentar la propuesta de análisis, y el análisis que se presenta en esta tesis, parece forzoso realizar un corto recuento histórico de estas tres grandes corrientes de pensamiento. Lo anterior, con la precisión de que se resaltarán exclusivamente los aportes que se consideran fundamentales, en la formación de los conceptos que se desarrollarán.

El concepto de burocracia, y más precisamente de Estado burocrático, que se desentraña de los textos de Hegel, es una figura de la modernidad occidental que se opone a la organización de las sociedades arcaicas, y a la vez lo ubica en un grado superior de desarrollo.

En efecto, el filósofo respecto de la actividad y fin del Estado señaló: “el Estado es lo *racional* en sí y para sí. Esta unidad sustancial es autofinalidad absoluta, inmóvil, donde la libertad llega a su derecho supremo, así como esta finalidad última tiene el derecho supremo frente a los individuos, cuyo *deber supremo* consiste en ser miembros del Estado.” (HEGEL, 1993, pág. 679) Cuando se refirió al Estado como espíritu objetivo, señaló: “el Estado es espíritu objetivo, el individuo mismo sólo posee objetividad, verdad y eticidad como miembro del Estado mismo. La *unión* en cuanto tales ella misma el verdadero contenido y finalidad, y la determinación de los individuos es llevar una vida universal; su ulterior satisfacción particular, su actividad, el modo de su comportamiento, tienen a esto sustancial y válido universalmente como su punto de partida y resultado” (HEGEL, 1993, pág. 679).

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

63

Se observa allí un raciocinio respecto de las finalidades del Estado, y la actividad del mismo, de las políticas públicas. Aunque resulte prematuro señalarlo, la modificación teórica que se advirtió, se empieza a desplazar hacia los fines, sin que por ello se abandone el estudio tradicional del ente jurídico denominado Estado.

Esta concepción del Estado, como ente racionalizador de los intereses que colisionan al interior de la sociedad, será criticada por Marx, para quien la relación se da exactamente a la inversa; es decir que para este último es la sociedad quien da sentido a la existencia del Estado, y lo concibe simplemente como una herramienta utilizada por las clases dominantes. En otras palabras “Si para HEGEL es el Estado lo que da sentido a la sociedad civil, para MARX es la sociedad- a través de la lucha de clases- la que da sentido al Estado” (MULLER, 2006, pág. 46).

La concepción hegeliana del Estado como espíritu objetivo, criticada por Marx, fue el insumo principal para el desarrollo y la observación sociológica de la burocracia que hizo Weber en su momento. Para el autor, la burocracia consistía el medio por excelencia para el cumplimiento de los fines estatales; era el medio más perfecto de dominación, pues se trataba de un medio racional respaldado en el conocimiento técnico de los burócratas.

Al respecto, señaló dicho autor: “La administración burocrática pura, (...) es a tenor de toda la experiencia la forma *más racional* de ejercerse una dominación; y lo es en los sentidos siguientes: en precisión, continuidad, disciplina, rigor y confianza; calculabilidad, por tanto, para el soberano y los interesados; intensidad y extensión en el servicio; aplicabilidad formalmente

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

64

universal a toda suerte de tareas; y susceptibilidad *técnica* de perfección para alcanzar el óptimo en sus resultados” (WEBER, 1984, pág. 178).

En Weber se desarrolla la idea que en potencia contenían los textos de Hegel, respecto de la actividad estatal como forma de organización y armonización de los intereses existentes en la sociedad. Incluso va más allá, al plantear que la burocracia es la alternativa “*más racional*” para la dominación y cumplimiento de los fines del Estado.

Este análisis de la burocracia, como herramienta cercana a la perfección en sí misma considerada, contiene una contradicción interna que ha sido señalada por los estudiosos como el elemento primordial que aportará esta corriente de pensamiento al estudio de las políticas públicas. En efecto “de una parte la “perfección” misma de esta herramienta la hace difícil de controlar por parte del hombre político quien es, por definición, un aficionado. De otra parte, el formalismo reglamentario y la impersonalidad de la burocracia, ¿acaso no traen consigo el germen de una negación de su eficacia? A partir de la concepción weberiana de la burocracia como vector de racionalización del mundo se llega, por otros caminos, a las inquietudes de los filósofos de la modernidad. Y es precisamente a estas preguntas que va a intentar responder la teoría de las organizaciones” (MULLER, 2006, págs. 47-48).

Estas preguntas son precisamente las que abren la puerta, desde la perspectiva teórica, a la segunda corriente de pensamiento que hace parte del antecedente intelectual del estudio de las políticas públicas: la teoría de las organizaciones.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

65

La teoría de las organizaciones, nace de la insuficiencia para explicar la realidad industrial, y de organización del trabajo, y la insatisfacción que existía en los Estados Unidos frente a los efectos de la comprensión taylorista, cercana a la comprensión weberiana de la burocracia.

En palabras de Muller, se puede entender de manera clara el aporte que hizo esta corriente de pensamiento a lo que se habría de denominar años después el análisis de las políticas públicas. “El aporte de la sociología de las organizaciones -con respecto a las teorías sobre la burocracia- no sólo se relaciona, entonces, con el hecho de hacer énfasis en la complejidad de las reglas (a menudo informales) que rigen las administraciones, sino también en la autonomía de los actores de las políticas públicas. Con este enfoque, lo que se está planteando es el problema de la complejidad de la sociedad moderna, lo mismo que la cuestión de las conductas humanas frente a las situaciones complejas” (MULLER, 2006, pág. 49).

En otras palabras, la perfección que Taylor y Weber encontraban en la burocracia como herramienta impersonal, deshumanizada y rutinizada, resultó insuficiente para comprender y desarrollar los intrincados problemas internos que se presentaban en las administraciones. El capital humano, a pesar del saber especializado y técnico, terminaba afectando de manera directa la actividad de cualquier organización, incluida la organización de las administraciones.

En conclusión, la pretendida deshumanización de la burocracia como medio para cumplir los fines estatales, era una pretensión falsa según lo pudo comprobar empíricamente la teoría de las organizaciones. A partir de allí, la consecuencia obvia fue tener en consideración elementos

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

66

adicionales al mero aparato burocrático, al momento de analizar los medios utilizados para dar cumplimiento a los fines estatales. Entre estos factores adicionales se encuentra el capital humano, y las reglas implícitas de funcionamiento y organización del personal, por ejemplo.

“Se llega entonces a una tercera fuente intelectual del análisis de las políticas públicas: el *management* público” (MULLER, 2006, pág. 49). Ahora bien, la pregunta que surge de inmediato, es ¿cuál fue el aporte fundamental del *management* público (MULLER, 2006, pág. 49) en la ideación y desarrollo del análisis de las políticas públicas?

La pregunta puede ser respondida, con base en el contenido mismo y desarrollo del concepto de dirección pública: “el deslizamiento esencial, de carácter axiológico, es relativo a la *concepción de la eficacia*, que, para la administración, es irreductible a la simple “eficiencia”: ciertamente, como las empresas privadas, la administración debe administrar lo mejor posible los medios de los cuales dispone; pero la eficacia se aprecia, en primer lugar, en la relación del grado de realización de los objetivos fijados por los representantes, y no en la función de la sola “rentabilidad” financiera. La dirección pública tendrá por objeto mejorar la “eficacia pública”, permitiendo a la administración lograr los objetivos fijados por las autoridades políticas a un mínimo costo: ella será así invitada a realizar un esfuerzo permanente de productividad, tendiente a la reducción de costos pero sin degradación de la calidad de las prestaciones; esta exigencia la conducirá a reconsiderar sus estructuras, sus métodos de organización del trabajo, sus métodos de gestión. Las administraciones serán así progresivamente llamadas, en todos los

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

67

países occidentales, a convertirse a los preceptos del “management” público” (CHEVALLIER, 2011, págs. 126-127).

La influencia, y el caldo de cultivo intelectual para el surgimiento del análisis de las políticas públicas aparece evidente del texto recién transcrito. Lo anterior, en razón de que resulta clara la idea de que la actividad estatal se empieza a valorar no sólo en sí misma, como una estructura interna y perfecta: burocrática; sino como una actividad cuya racionalidad debe comprenderse a partir de la consecución de los objetivos de los representantes, y del Estado.

En otras palabras, se abandona la idea de estudiar de manera exclusiva una estructura interna y deshumanizada (como la que propuso Weber), o una estructura interna con inclusión de elementos humanos y reglas informales (como la que es propia de la teoría de las organizaciones sociales), para pasar al análisis de la estructura y los medios a partir de las finalidades que se deben cumplir -eficacia- y la óptima utilización de los medios-eficiencia (esta última comprensión fue el aporte del *management* público).

El panorama intelectual relatado, permitiría a Lasswell (LASSWELL, 1971) formular el que se considera el “primer modelo teórico, el más popular e influyente” (ROTH D, Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado, 2007, págs. 29-63) en el análisis de políticas públicas. En dicho trabajo se resaltó el papel que correspondía a la ciencia política en el análisis de la actividad estatal, y de la creación de las políticas, lo que a la postre se denominó análisis de políticas públicas.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

68

Para culminar este corto recorrido histórico, vale la pena recordar una frase del que se considera el primer sustrato teórico puro del análisis de las políticas públicas: “En el estado actual de la cuestión, los especialistas de la ciencia política sólo han cumplido parcialmente el compromiso de aplicar sus instrumentos de descripción y análisis al flujo de acontecimientos en el proceso político. Por consiguiente, esbozaré una línea posible de desarrollo en la que la American Political Science Association y otras organizaciones profesionales de los Estados Unidos y de diversos puntos pueden desempeñar un papel muy importante” (LASSWELL, 1971, pág. 53).

De esta última frase, surgen tres afirmaciones importantes para los objetivos de esta tesis: la primera de ellas, es que, en apariencia, el análisis de las políticas públicas es un campo ajeno a la ciencia del derecho; la segunda de ellas, se refiere a que el análisis debe contraerse a la descripción y análisis del flujo de acontecimientos en el proceso político²; y la tercera, es la relativa al llamamiento que hace el autor a estudiar ese nuevo campo de conocimiento que se denominaría: políticas públicas.

Los antecedentes intelectuales del análisis de las políticas públicas, explican la razón, pero también la importancia de analizar las políticas públicas en la actualidad. De hecho, en nuestro entender, constituyen el enfoque, si no más importante, por lo menos más actual para abordar la

² Esta afirmación resulta importante, puesto que a pesar de ser el primer y más extendido modelo de análisis, no es el único posible como se explicará páginas adelante.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

69

actividad estatal con una perspectiva crítica, que tiene un serio respaldo de orden histórico, científico y metodológico.

Las políticas públicas, en cuanto concepto, y el análisis de las mismas, como fórmula para mejorar la actividad de la administración, se extendió a lo largo del mundo sin una delimitación teórica muy clara, lo que generó construcciones teóricas difusas e incluso contradictorias a lo largo del mundo.

En razón de esta dispersión, y a veces incongruencia, en la comprensión del objeto de estudio, resulta indispensable escoger una de las múltiples definiciones que ofrece la doctrina científica sobre la materia, a efectos de evitar al máximo posible la incoherencia en el análisis posterior. De hecho, refiriéndose justamente a lo que se debe entender por política pública se ha dicho: “En razón a la pluralidad de perspectivas toda definición implica necesariamente adoptar una postura” (HERNANDEZ, 1999).

Las definiciones de política pública en el mundo son variadas y disimiles, varían a lo largo del tiempo, de la geografía, e incluso de escuela a escuela, dedicada al análisis y estudio del actuar del Estado. Hacer un recorrido histórico, geográfico, o aún de sectores doctrinarios que definen o han definido la política pública, excede los objetivos de este trabajo, pues resulta un campo que por sí solo daría lugar a una tesis.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

70

En ese orden de ideas, se considera que lo más consecuente para efectos de lograr alcanzar el objetivo propuesto, es escoger una concepción concreta de política pública, para con base en ella proceder al análisis de las políticas públicas sobre secuestro de cara a los principios desarrollados en la primera parte, estudio que constituye el punto central del trabajo.

Sin embargo, la escogencia no puede ser a través de un método azaroso o irrazonado, es necesario que la definición escogida resulte acorde con nuestros objetivos, pero también satisfactoria y acorde con los desarrollos de la política pública en la actualidad. En nuestro entender, es necesario que la definición que se acoge, esté acorde con los desarrollos propios del sistema jurídico-político colombiano, así como actualizada de cara a los desarrollos científicos internacionales en la materia.

Por todo lo anterior, la definición que acogeremos es la siguiente: *“por política pública entenderemos las actuaciones de los gobiernos y de otras agencias del Estado, cuando las competencias constitucionales así lo determinen -en desarrollo de ese marco y de las demandas ciudadanas- caracterizadas porque constituyen flujos de decisión -o una decisión específica- orientadas a resolver un problema que se ha constituido como público, que moviliza recursos institucionales y ciudadanos bajo una forma de representación de la sociedad que potencia o delimita esa intervención”* (CUERVO RESTREPO, 2007, págs. 67-95).

Con esta precisión sobre la definición del concepto de política pública, el estudio de dos elementos adicionales resulta indispensable para arribar al objetivo final del análisis de las

políticas públicas sobre el secuestro en Colombia. El primero de ellos se refiere a dónde pueden encontrarse las políticas públicas en el Estado colombiano, y el segundo, a los métodos de análisis que potencialmente se pueden aplicar, para proceder a la escogencia razonada de uno de ellos.

2.1 LA POSITIVIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL ESTADO COLOMBIANO

Abordar todas las políticas públicas sobre secuestro que existen, o han existido en Colombia a lo largo de los últimos años no es el objetivo que nos hemos propuesto con este trabajo. En primer lugar, porque el simple esfuerzo de inventario de identificar todas las políticas que pudieron haberse dado al interior del Estado colombiano, en sus distintos niveles territoriales y en las diversas instituciones de cada nivel, es una labor propia de un científico social, y no de un abogado, y además de ello el número y dispersión de las políticas impediría realizar un análisis congruente y riguroso sobre las políticas públicas. En segundo lugar, debe tenerse en consideración que el análisis de las políticas públicas de secuestro no se hace a partir de un marco teórico de la Ciencia Política, la Sociología, u otras ciencias sociales, sino que se trata de un análisis jurídico sobre las mismas.

En ese orden de ideas, en razón del marco teórico de carácter jurídico, el objeto de estudio debe tener una naturaleza tal que permita ser analizada con el mencionado lente de investigación. En suma, el objeto sobre el que recaerá el análisis jurídico que se presenta en esta tesis debe

reunir dos características: la primera de ellas, es que debe tratarse de una política pública, y la segunda, que se trate de una política pública contenida en un instrumento jurídico; de lo contrario, resultaría imposible, o cuando menos ilógico, usar herramientas metodológicas e investigativas de la ciencia del derecho.

Respecto de la identificación de las políticas públicas, debe decirse, que con base en la definición adoptada páginas atrás, la labor de identificarlas resulta en alguna medida sencilla. Habida cuenta de lo anterior, la complejidad que surge de inmediato, se contrae a la segunda de las características que se señaló debe satisfacer el objeto; es decir, que las mismas estén contenidas en un instrumento jurídico. En nuestro entender, el instrumento normativo por excelencia, en el cual están contenidas las políticas públicas adoptadas por los representantes elegidos popularmente, son los planes de desarrollo.

A partir de la Constitución de 1991 para los cargos de elección popular con voto programático, como es el cargo del Presidente de la República, los candidatos deben presentar ante la Registraduría Nacional un programa de gobierno, para que los votantes puedan elegir entre las distintas opciones, con base en parámetros, que resultan en alguna medida objetivos y constatables. El programa de gobierno del candidato que resulta electo, será puesto en consideración de la respectiva corporación de elección popular, que corresponde a cada nivel - congreso, asamblea o concejo- para que después de la deliberación correspondiente, se convierta en el plan de desarrollo respectivo.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

73

Esta coparticipación de distintas ramas del poder público para la expedición del plan de desarrollo, genera un respaldo democrático directo, por la elección directa del presidente, e indirecto, por el respaldo de la corporación deliberativa, que permite articular las distintas posiciones y soluciones que potencialmente se pueden dar a una misma problemática.

La participación de los órganos colegiados como mecanismo de participación democrática indirecta, fue una idea del constituyente para incluir a las minorías, no electas en los cargos unipersonales, en la deliberación sobre las respuestas que el Estado en general, y la administración en particular deben dar a los “problemas que se han constituido como públicos”.

Este respaldo democrático, por dos vías como se ha expuesto, y la simple creación de un voto programático, se considera que es un motivo suficiente para entender que en los planes de desarrollo hay auténticas políticas públicas, pues constituyen el marco dentro del cual se deben desarrollar todas las actuaciones del gobierno y de sus agencias.

A pesar de todo lo dicho, se debe poner de presente, que para parte de la doctrina especializada, los planes de desarrollo no constituyen un instrumento en el cual se contengan políticas públicas en estricto sentido. Sobre este tema en particular, este sector de la doctrina ha señalado que “respecto de los planes de desarrollo o de los planes de ordenamiento territorial, es necesario determinar si constituyen en sí mismos políticas públicas o, si por el contrario, son marcos normativos muy generales de donde se desprenden lineamientos de políticas públicas. Si se lee un plan de desarrollo cualquiera, ya sea a nivel nacional, departamental o municipal, se

encuentra que allí están formuladas en términos muy generales distintas políticas: la política educativa, la política de salud, la política de participación ciudadana, entre otras, pero esa formulación dista mucho de cómo debe abordarse el problema, sobre qué tipo de decisión debe adoptarse para resolver el problema que se ha definido, cuáles son los escenarios de implementación de las decisiones adoptadas. Así mismo, la oferta de políticas públicas que son de competencia de un gobierno no se restringe a lo que está en el plan de desarrollo porque los gobiernos nacionales tienen que ejecutar una serie de políticas como la política fiscal, la política económica, la política exterior, entre otras, cuya formulación dista de la manera como se formulan otras políticas como las políticas sociales, por sólo citar un ejemplo” (CUERVO RESTREPO, 2007, págs. 67-95).

Es necesario resaltar la conclusión, que se reitera no puede ser compartida, por ir en contravía de la definición adoptada de políticas públicas, que se hizo siguiendo los lineamientos trazados por el mismo autor. Al respecto se afirmó: “Es decir, al nivel del plan nos encontramos apenas con enunciados de políticas -que sería el programa en el lenguaje de los proyectos-, ni si quiera se está a nivel de los lineamientos que constituye una fase previa -en términos conceptuales, no normativos- a la estructuración de la política” (CUERVO RESTREPO, 2007, págs. 67-95).

Sobre el texto transcrito, se harán algunos comentarios, en particular en relación con el raciocinio que respalda dicha conclusión; puesto que se considera que en el mismo hay una aceptación tácita de existencia real de políticas públicas en los planes de desarrollo.

El primer fragmento, que de manera expresa acepta la existencia de políticas, es aquel que señala “que allí están formuladas en términos muy generales distintas políticas”. En nuestro entender, y partiendo de la definición otorgada por el mismo autor, la generalidad con que están diseñadas las políticas en los planes de desarrollo, no puede ser considerada un motivo para negarles a las mismas su carácter de políticas públicas. Efectivamente, a pesar de su generalidad, el plan de desarrollo es una actuación de dos agencias estatales, gobierno y congreso, que de consuno adoptan decisiones orientadas a resolver un problema que se ha constituido como público; siendo esto así, no puede negarse la naturaleza de políticas públicas a las decisiones contenidas en la norma.

La existencia de agencias estatales resulta obvia, y cualquier análisis al respecto innecesario, pues el gobierno nacional participa en la elaboración del plan, y el congreso en la deliberación posterior, que dará origen eventual a una ley. La existencia de una decisión, por general que resulte, es evidente, así se desprende tanto de la naturaleza de la deliberación, que en caso contrario no tendría razón de ser, como del efectivo contenido material que suelen tener los planes de desarrollo, como se constatará más adelante. Por último, el carácter público, es quizá el que aparece de manera más contundente, pues las decisiones de qué debe hacer un gobierno representativo, elegido por voto programático, a lo largo de su período, es claramente una decisión de carácter público, nuevamente constatable en los contenidos materiales de los planes de desarrollo.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

76

El segundo fragmento, que se considera resulta incongruente con la conclusión, es aquel que señala: “la oferta de políticas públicas que son de competencia de un gobierno no se restringe a lo que está en el plan de desarrollo”. Esta afirmación aislada del contexto que tiene en el análisis realizado por el doctrinante, es completamente cierta y se comparte, puesto que, en efecto, las políticas públicas no se restringen, ni se agotan en el plan de desarrollo, pero no por ello se puede arribar a la conclusión perfectamente contraria de que en ellos no se encuentra ninguna decisión de una agencia del Estado orientada a la solución de problemas públicos, o de satisfacción de necesidades.

Aceptar dicha interpretación, de que no existe ninguna decisión, sería tanto como afirmar que los planes de desarrollo no tienen ninguna utilidad, y que se trata simplemente de una norma sin alcances reales; dicha interpretación del ordenamiento jurídico, en especial del ordenamiento constitucional, no puede compartirse por las razones teóricas que se han expuesto hasta este punto, así como por el contenido material que será objeto de análisis en la presente tesis.

En este punto, y además de lo mencionado hasta el momento, para resaltar la trascendencia y utilidad práctica de los planes de desarrollo es vital recurrir a la revisión tanto del carácter como de las características que el ordenamiento constitucional confiere a dicho planes. De este modo es necesario empezar por señalar que los planes de desarrollo se encuentran referenciados dentro de los artículos 339 a 344 de la Carta, que hacen parte del Título XII de la misma, título que hace referencia al régimen económico y de hacienda pública del Estado colombiano.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

77

De esta ubicación, queda patente que los planes de desarrollo tienen un carácter primordialmente económico, que hace referencia a la destinación y utilización del patrimonio público, en pro del cumplimiento de los fines y responsabilidades del Estado. Es por esto que, tal como está señalado en el Artículo 339 de la Constitución Política, cada plan de desarrollo debe contener dos apartados indispensables: el primero de ellos, es la ya mencionada parte general, que incluye los propósitos, objetivos, metas y prioridades del accionar del Estado durante el periodo señalado en el plan.

En segundo lugar, y anexa a esta parte general, tal como señala el Artículo constitucional mencionado, debe venir un plan de inversiones públicas, en el cual se asigne un presupuesto a los principales programas y proyectos contenidos en el apartado general. Este presupuesto debe ser acorde a la inversión necesaria para el correcto funcionamiento de los mismos, de tal forma en que resulten efectivos, al tiempo en que debe preservarse la sostenibilidad fiscal.

Este carácter presupuestal es prueba de la trascendencia, en la realidad práctica de la Nación, de los planes de desarrollo y que, por consiguiente, los mismos no deben ser considerados como simples normas generales sin consecuencias reales, sino como verdaderas políticas públicas. Esto, en la medida en que no sólo poseen una parte general que determina los fines primarios del Estado durante el periodo cubierto por el plan, sino que, además, se establece la asignación de los recursos necesarios para la materialización de los mismos, es decir, se asignan los medios necesarios para la consecución de los fines.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

78

Así las cosas y a partir de la convicción, que se espera comparta el lector, de que en los planes de desarrollo existen políticas públicas en estricto sentido, y con la certeza de que dichos planes son una norma jurídica, el objeto de estudio sobre el que versará el análisis final y conclusivo del trabajo, se ha delimitado de manera un poco más clara, aunque no de manera definitiva.

El estudio de los planes de desarrollo en general, como normas jurídicas, haría imprescindible el estudio de todos ellos; dentro de los cuales estarían los municipales, distritales y departamentales. Cada nivel territorial expide normas jurídicas con el plan, para el caso de los niveles distintos del nacional, el instrumento normativo utilizado serían los actos administrativos, bien sea que se trate de acuerdos municipales o distritales, expedidos por los concejos, o de ordenanzas departamentales, expedidas por las asambleas.

El estudio de todos los planes de desarrollo, excede con mucho los objetivos que se persiguen con la investigación realizada por dos razones esenciales. La primera de ellas, es la cantidad de planes de desarrollo que existen en el país, 32 del nivel departamental, y más de 1.100, en el nivel municipal y distrital. La segunda razón, que es la principal para excluir todos los planes de desarrollo diferentes a aquellos del orden nacional, hace referencia a la materia objeto de análisis.

La materia del secuestro, por su propia naturaleza, y por las consideraciones especiales que ha tenido en el Estado colombiano, es un asunto de seguridad ciudadana de los habitantes del

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

79

territorio, es decir, que se trata de un ámbito de seguridad nacional, de donde se desprende sin ningún esfuerzo, que las políticas públicas se trazan, esencialmente, en el orden nacional, sin que por ello se niegue que los demás actores puedan tener algunas políticas al respecto.

En conclusión, y con fundamento en todos los argumentos expuestos, el objeto de análisis escogido, por resultar idóneo de cara a los objetivos de la tesis, serán las políticas públicas referentes al secuestro que se encuentren en los planes nacionales de desarrollo.

2.2 MÉTODOS DE ANÁLISIS Y ESCOGENCIA DE UN MÉTODO

El presente aparte estará dividido en dos secciones, la primera de ellas de carácter descriptivo, en donde se expondrán los distintos métodos de análisis que potencialmente podrían servir para realizar el análisis de las políticas públicas; la segunda de ellas, consistirá en un estudio analítico de los distintos métodos para proceder a la escogencia de alguno.

2.2.1 La exposición de los métodos de análisis de políticas públicas

Los enfoques y modelos de análisis de políticas públicas, varían de país a país, de escuela a escuela, e incluso de autor a autor; por ello la labor de exponer todos los métodos y enfoques de análisis resultaría imposible, o cuando menos excesiva. A pesar de esta dificultad, en razón de que existe la necesidad de escoger un método analítico para estudiar a la luz del mismo las políticas públicas sobre secuestro que están contenidas en los planes nacionales de desarrollo, se hará una breve exposición general de los métodos y enfoques, con base en la ilustración del

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

80

panorama hecha por Roth (ROTH D, Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado, 2007, págs. 29-63).

Los modelos se expondrán de manera sucinta, de tal manera que se resalten las características y bondades de cada uno de ellos, con el objetivo de facilitar la comprensión de los mismos, la escogencia de uno de ellos, y el raciocinio que respalda dicha selección.

La primera clasificación respecto de los esquemas de análisis utilizados en la literatura especializada sobre la materia, no atiende a la lógica de cada uno de los métodos, sino al lugar donde se halla el objeto de estudio de las teorías con base en las cuales se realiza el análisis; aun cuando ya se dejó sentado el objeto de estudio- los planes de desarrollo como políticas públicas positivizadas- se recordará esta clasificación, para poder tener el panorama completo de las clasificaciones, de manera que la elección que se hará esté suficientemente razonada y los argumentos expuestos resulten completos y comprensibles.

Respecto del objeto de estudio del análisis de las políticas públicas, cuando se analizan los sujetos que hacen parte de las políticas públicas, su formulación, implementación y evaluación, se pueden observar tres tipos de teorías, que atienden al papel que juegan el Estado y la sociedad. En ese sentido, se pueden encontrar políticas centradas en la sociedad, políticas centradas en el Estado, y políticas mixtas (ROTH D, Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación., 2002). Del simple rotulo que se asigna a cada una de las tres posturas asignadas, se

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

81

desprende cuál es su objeto de estudio, por lo que parece innecesario realizar un desarrollo mayor sobre cuál es el contenido de cada corriente.

Según la doctrina más autorizada en la materia, hay varios enfoques que permiten observar las distintas corrientes que existen hoy en día a lo largo del mundo, los modelos a los que se hará referencia son cinco: El modelo secuencial, el enfoque de la elección racional, el enfoque de redes, el enfoque de advocacy coalitions, enfoques constructivistas y cognitivistas.

2.2.1.1 El modelo secuencial

“El primer modelo teórico, el más popular e influyente, sigue siendo sin duda el modelo clásico que divide el proceso de la política pública en diferentes etapas. Es el ciclo de política o modelo secuencial, también llamado “el enfoque de los libros de textos”. Este modelo inicialmente sugerido por LASSWELL y luego desarrollado por JONES permitió “lanzar” el análisis de política pública como objeto de estudio en el campo académico” (ROTH D, Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado, 2007, págs. 29-63).

Este método de análisis como lo recuerda el autor, fue expuesto por primera vez por LASSWELL (LASSWELL, 1971), quien es considerado el primero de los teóricos de las políticas públicas, hasta este punto, se ha expuesto exclusivamente la importancia e historia de este método, pero nada se ha dicho respecto del enfoque en cuanto herramienta para el análisis de las políticas públicas. Al respecto, se ha indicado que: “por lo regular la política pública se

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

82

presenta como un objeto de análisis que puede ser subdividido en varias etapas que se pueden estudiar separadamente. Estas etapas corresponden, por lo general, y en este orden, a la definición del problema y la construcción de la agenda, la formulación, la decisión (o legitimación), la implementación y, finalmente la evaluación” (ROTH D, Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado, 2007, págs. 29-63).

2.2.1.2 El enfoque racional

“De manera general, el enfoque racional considera “la política pública bajo el ángulo de un problema de acción colectiva, utiliza el individualismo metodológico y la modelización como medio de análisis y para la interpretación se apoya en algunas nociones claves como bien colectivo, juego estratégico, diferentes conceptos de equilibrio, de solución y de óptimo” (ROTH D, Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado, 2007, págs. 29-63).

Al interior de este enfoque, existen varias corrientes de pensamiento, que se basan en la misma comprensión de las políticas, y factores integrantes del análisis, sin embargo, por ser la más importante corriente, solo se resaltaré una de ellas: “una importante corriente de este enfoque ha sacado a relucir el papel de instituciones, un tiempo en el olvido en ciencias políticas, proponiendo una visión renovada de éstas bajo el nombre de neoinstitucionalismo. Se considera, en efecto, que las instituciones y las reglas institucionales (*institutional rules*) alteran los comportamiento de los individuos, considerados- en conformidad con la perspectiva del

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

83

individualismo metodológico- como racionales y motivados por la búsqueda de su interés personal (perspectiva utilitarista)” (ROTH D, Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado, 2007, págs. 29-63).

2.2.1.3 El enfoque de redes

“La emergencia de la noción de red (*network*) en el análisis de las políticas públicas corresponde a la insatisfacción creciente en relación con los enfoques tradicionales centrados en el examen de los elementos formales de las estructuras y arreglos político administrativos” (ROTH D, Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado, 2007, págs. 29-63).

(...)

“Las políticas están siempre más formuladas en instancias políticas informales, al exterior de las instituciones convencionales como el parlamento o la administración” (ROTH D, Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado, 2007, págs. 29-63).

“En vez de intentar explicar la realidad como las consecuencias de una serie de relaciones causales lineales determinadas por fuerzas externas, las teorías de redes perciben la sociedad como realizándose mediante la interacción de individuos que intercambian información y otros recursos. El meollo de esta perspectiva considera el concepto de organización social y de gobernanza (*governance*) de manera descentralizada. De hecho, si esta perspectiva no era

totalmente nueva en la ciencia política de la época, empezó a tener auge a partir de la década de los años 70. Inicialmente, las perspectivas neocorporativistas se concentraban en el estudio de las relaciones triangulares y estructurales entre gobierno, administración y grupos de interés. Luego esta idea está ampliada por HECLO que introduce el concepto de red de controversia (*issue network*) para designar las inextricables redes de telarañas que incluyen un gran número de actores del proceso de política pública. Lo que predomina, entonces, es la visión de un proceso largo del cual se establecen relaciones informales, descentralizadas y horizontales” (ROTH D, Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado, 2007, págs. 29-63).

2.2.1.4 El enfoque de advocacy coalitions

La existencia de varios modelos, al interior de este enfoque, impide exponerlos todos, por ello, nuevamente, se hará referencia exclusiva al más importante de los modelos propuestos al interior de esta corriente: “el modelo inicial se basa en cinco premisas. Uno, las teorías sobre proceso o cambio de política deben ser capaces de tener mejor en cuenta la información relativa a los problemas. Dos, es necesario ver los procesos de la política en una perspectiva temporal de larga duración (unos diez años o más). Tres, la unidad de análisis no puede limitarse a la estructura gubernamental, sino un “subsistema de política”. Este subsistema, como parte del sistema político está compuesto por una variedad de actores, públicos y privados, que están activamente implicados o interesados en un problema de política o en una controversia. Cuatro, al interior del subsistema, es preciso incluir también tanto actores como periodistas, investigadores y analistas de políticas por el papel importante que juegan éstos en la difusión de

ideas como a actores de todos los niveles gubernamentales activos en el proceso de formulación e implementación. Finalmente, la última premisa consiste en considerar que las políticas públicas incorporan teorías implícitas sobre la manera de alcanzar sus objetivos. Estas teorías pueden ser entendidas como sistemas de creencias, que incluyen valores prioritarios, percepciones de relaciones causales y de la importancia del problema, y apreciaciones en cuanto a la eficacia de los instrumentos de política utilizados, que son incorporados por los miembros de coaliciones actores “militantes” o coaliciones de “causa” (las *advocacy coalition-AC*). La posibilidad de introducir tanto elementos subjetivo, como las creencias y los valores, como elementos más objetivos relativos al contexto y a los intereses de los actores de un único esquema-guía, ofrece así la perspectiva de seguir a través del tiempo la influencia sobre la política pública de varios elementos: actores, contexto, ideas, información, cambios tecnológicos” (ROTH D, Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado, 2007, págs. 29-63).

2.2.1.5 Enfoques constructivistas y cognitivistas

“(Así, en contraste con los enfoques y modelos anteriores –ampliamente dominados por la teoría de la elección racional-, SABATIER y sus colegas, con su “sistema de creencias”, toman en cuenta aspectos cognitivos para explicar las políticas públicas. La idea es que, en el proceso de las políticas públicas, las ideas cuentan. De hecho, desde los años 80, con el giro “neoliberal”, otros autores, particularmente en Europa, ante la insatisfacción producía por las estrategias “racionales” buscaban entender el papel de las ideas en estos procesos” (ROTH D, Enfoques y

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

86

teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado, 2007, págs. 29-63).

2.2.2 La escogencia de un nuevo método de análisis y las razones de la escogencia

El proceso de escogencia del método, se hará siguiendo el orden de la exposición realizada, exponiendo las razones que justifican apartarse de cada uno de ellos, para entrar en la exposición de un nuevo método, la justificación que respalda su formulación, existencia, necesidad, y utilidad.

Respecto de los tres modelos que atienden a los sujetos que intervienen en el proceso de las políticas públicas: métodos centrados en la sociedad, centrados en el Estado, o mixtos. Se escogerá un método centrado en el Estado, pues se trata de una tesis de contenido jurídico, por lo cual las normas expedidas por procedimiento democráticos son el objeto de estudio. No obstante la elección realizada, se reconoce la importancia de los métodos centrados en la sociedad, o de carácter mixto; sin embargo, estos análisis son típicos de las ciencias sociales diferentes al derecho, como la sociología o la ciencia política, por lo que su abordaje no solo resultaría impropio para una tesis de derecho, sino invasivo del campo de acción de otras disciplinas.

Ahora bien, respecto de los cinco métodos expuestos páginas atrás, será necesario hacer comentarios independientes para rechazar cada uno de estos, de manera que se pueda

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

87

comprender la justificación de formular lo que se considera un nuevo método³. Existen varios motivos para rechazar cada uno de los modelos, pero se considera que con la exposición de uno de ellos es suficiente, lo anterior con el objetivo de evitar extenderse en análisis insustanciales.

El modelo secuencial, aunque puede resultar útil para la ciencia del derecho, pues divide en pasos la adopción de las políticas públicas, se considera inadecuado pues no brinda herramientas para el análisis jurídico de la política en sí misma considerada. Es decir, aunque el proceso como un todo, la formulación y adopción es un campo de análisis propicio para que se utilicen herramientas jurídicas, lo cierto es que existe una limitante al momento de la evaluación de la política una vez que la misma ha sido formulada.

Un ejemplo de análisis jurídico del procedimiento, con la delimitación del objeto que se realizó, podría ser la descripción y críticas de la creación del plan de desarrollo, su aprobación por el Congreso, y revisión por parte de la Corte Constitucional. Jurídicamente resultaría muy útil, además de interesante, la confluencia de las tres ramas del poder público en la adopción de políticas públicas, en razón de sus peculiaridades en el ordenamiento colombiano.

La política pública analizada jurídicamente, una vez ha sido formulada, es un espacio huérfano en este método de análisis, y en virtud de que se trata, en esencia, del objetivo

³ Se dice que se considera un nuevo método, pues aunque no se conoce ningún texto que formule un análisis basado en los parámetros que se expondrán, no se excluye la posibilidad de que exista, pues el desconocimiento del mismo, no excluye que haya sido formulado por alguien más.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

88

propuesto para el desarrollo del trabajo, la utilidad de este método sería nula, por lo anterior, nos apartaremos del mismo.

El enfoque de la elección racional, es nuevamente un método que se centra en un momento previo a la formulación de la política. Cuando se trata de la evaluación, el análisis se remonta a la posibilidad de que racionalmente se hubiese podido optar por otra política de las que se presentaban como posibles. Ese análisis de una elección racional, no solo excede los alcances de la ciencia del derecho, sino que además de ello, está fuertemente impregnada de la ideología de quien realiza el análisis y evaluación. Esta particularidad, propia de la ciencia política, impide que pueda aplicarse esta herramienta analítica a un estudio estrictamente jurídico, como el que se pretende.

El enfoque de redes, se deja de lado, porque desde su propia concepción, implica el análisis de instancias políticas informales, que expresamente excluyen al gobierno y al parlamento. Si para un análisis jurídico, se requiere, como se expuso, la existencia de un instrumento de carácter jurídico, específicamente el de los planes de desarrollo, que precisamente cuenta con la participación de estos dos actores para su formulación; se debe excluir la posibilidad de aplicar este enfoque. Además de lo anterior, está el hecho de que en la conceptualización del enfoque, se encuentra la interacción de individuos, y el intercambio e interrelación entre ellos, campo típico de la sociología, y vedado para el derecho, al menos si se pretende un análisis exclusivamente jurídico.

El enfoque de *advocacy coalitions*, dentro de las premisas que hacen parte de la teoría, y que se expusieron en su momento, hay una que impide de plano la procedencia de un análisis jurídico con base en esta teoría; se trata de la segunda de ellas, que hace referencia a la observación de larga duración (unos diez años o más). El proceso de observación de la política que es una premisa imprescindible para la utilización de este método, excluye un análisis jurídico, puesto que esta observación de resultados prácticos sobre el mundo fáctico, se contrapone a los análisis teóricos propios de la ciencia jurídica. En razón de lo anterior, se rechaza la aplicación de este método, nuevamente, con la advertencia de que el lente de investigación y los objetivos propuestos son los que imposibilitan su utilización, no se trata, en suma, de una irracionalidad inherente al método, o una inutilidad en términos lógicos o prácticos.

Por último, los enfoques constructivistas y cognitivistas, no pueden ser acogidos para realizar el análisis de las políticas públicas en materia de secuestro, según la delimitación del objeto de estudio que se presentó, en razón de que incluyen desde su definición, elementos ajenos a la ciencia del derecho. Precisamente, su originalidad consiste en que “las ideas cuentan”, un método en donde este sea el parámetro, estará necesariamente contaminado por ideologías, o cuando menos por el análisis de las mismas, lo que no puede ser una aproximación válida según lo que se ha expuesto hasta este punto.

Habida cuenta de todo lo anterior, es decir, teniendo en consideración que no se encuentra en la doctrina especializada un método de análisis de políticas públicas, cuya aplicación resulte

válida y lógica en un contexto jurídico, es que resulta necesario, en nuestro entender, la ideación de un nuevo método analítico.

Existen dos realidades constatables y suficientemente argumentadas hasta este punto. La primera de ellas, que hay una positivización de las políticas públicas, a través de la inclusión de las mismas en una ley de la república, el plan nacional de desarrollo. La segunda de ellas, es que a pesar de lo anterior, no se conoce que se haya propuesto un análisis estrictamente jurídico que recaiga sobre las políticas públicas positivizadas. Ante estas dos realidades patentes, la utilidad de proponer un abordaje jurídico parece obvia, pues existe todo un campo de estudio de la ciencia del derecho respecto del cual, se considera, hay un total abandono. La utilidad de proponer un método jurídico, es también una necesidad, pues de lo contrario, se dejaría en manos de los demás científicos sociales cualquier análisis de las políticas públicas, lo que sin ser pernicioso, resulta cuando menos insatisfactorio si se piensa en términos académicos; sin contar con las múltiples utilidades que potencialmente tiene para la práctica nuestra propuesta.

Con el fin de colmar ese vacío, se propondrá un método de análisis que satisfaga las exigencias de la ciencia del derecho, y que resulte útil en el mundo jurídico, así como para la doctrina especializada en políticas públicas.

Si se tiene como objeto de análisis un concreto instrumento normativo, para proponer un método coherente con el mismo, debe prestarse atención a la naturaleza jurídica del instrumento. Los planes de desarrollo, como se observó, en Colombia, son leyes expedidas por el Congreso de

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

91

la República, en ese orden de ideas, el método que se propondrá debe estar acorde con la lógica de un análisis legal.

Un esfuerzo interpretativo, con base en los métodos hermenéuticos: histórico, gramatical etc., se considera un análisis válido, pero poco profundo, sobre todo si se pretenden realizar críticas de cara al ordenamiento jurídico colombiano; teniendo esto en consideración, el método propuesto, deberá ir más allá de un simple esfuerzo de desentrañar el sentido de las disposiciones legales.

Las precisiones anteriores, permiten aproximarnos a la idea que se expuso desde la introducción: el método por excelencia para aproximarse a un análisis jurídico de un instrumento normativo, una ley, que a la vez permite realizar críticas del mismo, sin invadir los campos de acción, o las esferas de otras disciplinas, es un análisis de las políticas públicas positivizadas, de cara a la cláusula de Estado Social de Derecho, y a los principios que hacen parte integrante del mismo desde la constitución.

Este método propuesto, resultaría útil, en nuestro entender, para analizar todas las políticas que tengan un asiento normativo; sin embargo, en razón de que el análisis de políticas públicas que se desarrolla en este trabajo, consiste en el estudio de aquellas que se refieren al secuestro. Habida cuenta de que los principios que por excelencia se ven comprometidos en este tipo de políticas son el de seguridad y libertad, el análisis que se realizará más adelante tendrá como punto neurálgico estos dos principios, y el de proporcionalidad, en razón de su importancia en

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

92

temas sensibles para los derechos fundamentales que pueden verse involucrados en este tipo de políticas.

2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE EL SECUESTRO

Una vez esbozado el sistema que se propone como ideal para estudiar las políticas públicas al interior de la ciencia jurídica, para poder entrar en el análisis concreto de aquellas que se refieren al secuestro, es imperioso realizar un inventario de las mismas. Por lo anterior, el presente acápite será de carácter descriptivo. Se incluirán en él las políticas públicas sobre la materia que hayan sido positivizadas, a través de su inclusión en los planes de desarrollo, a lo largo de los últimos cinco períodos presidenciales. La elección de estos períodos, tiene como causa el hecho de que a partir del gobierno Samper (1994-1998), la elección presidencial, el diseño de los planes de gobierno, y la posterior transformación en planes de desarrollo, tenía un efectivo respaldo en la Constitución de 1991, en la cláusula de Estado social de derecho que se introdujo con ella al ordenamiento nacional, y en los principios que de allí se desprenden.

En la Ley 188 de 1995, ley del plan de desarrollo para el período presidencial de Ernesto Samper (1994-1998), plan denominado “el salto social”, no existió un acápite especial dedicado a la seguridad, y al secuestro, sin embargo, dentro del amplio espectro de las políticas dedicadas a los derechos humanos, se incluyeron temas que vale la pena estudiar con base en el método propuesto. Los apartes más importantes sobre la materia referida fueron los siguientes:

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

93

“B. Derechos humanos

“Los derechos humanos conforman una integralidad que comprende ámbitos políticos, económicos, sociales y culturales. Uno de los aspectos relevantes del desarrollo nacional es la reducción de los altos niveles de violencia. La violencia no es compatible con una visión del desarrollo que centra su atención en la promoción de las posibilidades culturales y productivas del ser humano en el seno de una sociedad de solidaridad y convivencia.

“La gravedad de la violencia política no radica en su peso cuantitativo sino en el nocivo mensaje que difunde sobre la supuesta legitimidad de la violencia para imponer valores o intereses propios. La violencia guerrillera, en particular, causa graves daños a la infraestructura productiva nacional, desestimula la inversión en el agro e incauta cuantiosos recursos a través del secuestro y la extorsión, para convertirlos en medios de guerra contra el Estado. Cuando se ejerce por fuera de la ley, la actividad de los agentes y servidores públicos disminuye la legitimidad del Estado y le acarrea al país efectos adversos, económicos y políticos, en los escenarios internacionales.

“Para superar la situación de violencia política y la violación de los derechos humanos, el Gobierno pondrá en práctica una política que permitirá avanzar en la regularización del conflicto armado interior mediante la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario; en la superación de la impunidad en las violaciones contra los derechos fundamentales; en la erradicación del paramilitarismo; en la atención a los desplazados por la violencia política; en la educación en derechos humanos a la población en general y a la fuerza pública en particular; en

la promoción de una actitud ciudadana de respeto por los mencionados derechos; y en el establecimiento de relaciones constructivas con los organismos nacionales e internacionales que trabajan sobre el tema.

“El Gobierno nacional se propone, en consecuencia, desarrollar instrumentos legales y programas de protección y promoción. El desarrollo de esta política se basará en un seguimiento sistemático de la evolución de la situación de derechos humanos en el país. Se procurará avanzar en la aplicación de la carta de derechos contenida en la Constitución Política y se procurará completar el proceso de incorporación al ordenamiento jurídico colombiano de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario.

“En materia de protección a las violaciones de los derechos humanos, se creará a nivel nacional una red informática de transmisión de datos entre entidades con competencia para la investigación y control de dichas violaciones, que permita una eficaz atención y trámite de quejas. Esta red facilitará el diagnóstico y el análisis de la situación, a partir de la consolidación de información estadística.

“Se procurará dar agilidad a los procesos judiciales y disciplinarios relacionados con hechos especialmente atroces de violación de derechos humanos, mediante propuestas legislativas y de reforma institucional, y se atenderá con diligencia la marcha de los procesos que se ventilan ante los organismos intergubernamentales con jurisdicción sobre Colombia, buscando que el desarrollo de los mismos tenga un impacto interno en la lucha contra la impunidad. Se

identificarán y enfrentarán con políticas específicas las dinámicas especialmente graves de violación de los derechos fundamentales que correspondan a patrones sistemáticos de agresión, a nivel nacional o regional, particularmente contra las mujeres y niños desplazados por la violencia.

“Por otra parte, se adoptarán o fortalecerán programas y medidas institucionales para la protección de testigos en procesos de violación de los derechos humanos y de personas en situación de riesgo o amenazadas en su vida o integridad personal por causas ideológicas o políticas. Se impulsarán programas para la centralización de información sobre personas desaparecidas y cadáveres NN, y se adelantarán acciones sistemáticas de búsqueda de desaparecidos por móviles políticos. Se impulsará la consolidación de instituciones locales de protección como las personerías municipales, las oficinas locales permanentes y los comités municipales de derechos humanos; se fortalecerán las instancias de control interno en los organismos de seguridad del Estado y se crearán oficinas de derechos humanos en todas las guarniciones, 000itares y de policía; y se apoyarán las labores del comité internacional de la cruz roja en Colombia para la recepción de información sobre detenciones y capturas, visita a los centros de detención y constatación de las violaciones al derecho internacional humanitario.

“Se dará especial atención a los procesos de concertación y movilización social para el desmantelamiento de panoramas regionales y sociales específicos de violencia y violación de los derechos humanos.

(...)

“En materia de promoción y difusión, el Gobierno promoverá a todo nivel la formación y movilización de los colombianos en torno a una ética para la vida, la convivencia y el respeto de los derechos humanos. Se diseñará y promoverá la aplicación de modelos de escuela, currículo y proyectos pedagógicos complementarios orientados a realizar tales propósitos. Se fortalecerá la educación de los miembros de la fuerza pública en relación con los derechos humanos y con el derecho internacional humanitario. Se desarrollarán programas de pedagogía no formal sobre esos temas a través de instrumentos de comunicación masiva y, en zonas de conflicto político y social, a través de esquemas educativos, descentralizados y participativos, dirigidos a las autoridades locales y a las comunidades.

“Los programas a que se ha hecho referencia se desarrollarán a través de diversas entidades estatales, coordinadas por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos”. (Plan nacional de desarrollo período 1994-1998 “El salto social”. Ley 188 de 1995.)

La elección del Presidente Andrés Pastrana, como es, por todos conocido, tuvo como móvil determinante la propuesta de hacer un proceso de paz con las FARC, que terminaría con la desmovilización de este grupo guerrillero. Quizá esta situación trajo como corolario que el plan de desarrollo partiera de la base de la consolidación y durabilidad de la pretendida paz con este grupo guerrillero. El plan de desarrollo aprobado por el Congreso de la República para el período 1998-2002, no hizo ninguna referencia al secuestro, sin embargo, en materia de defensa y seguridad la Ley 508 de 1999 señaló:

“12. Defensa y seguridad

“El objetivo central del sector defensa y seguridad del país es contribuir a la consolidación de un entorno de seguridad y confianza ciudadana como base para una paz justa y duradera, que sea el cimiento del desarrollo social y económico.

“Con ello se pretende fortalecer al estamento militar y de policía, con el fin de reafirmar el pleno ejercicio de la autoridad y el imperio de la ley y afianzar la legitimidad del Estado. Así mismo, se busca consolidar un sistema de convivencia ciudadana y seguridad pública, de manera tal que se pueda actuar sobre el crimen en forma eficaz.

“Para alcanzar este objetivo central, se trabajará en los siguientes objetivos específicos:

“Incrementar los niveles de efectividad de las operaciones de la fuerza pública.

“Neutralizar y desestabilizar la capacidad de los grupos e individuos al margen de la ley.

“Mantener una capacidad disuasiva, real y creíble, frente a amenazas externas.

“Disminuir los índices de delincuencia.

“Estos objetivos se pretenden alcanzar con una organización altamente capacitada para conducir con eficacia y eficiencia las operaciones. En este sentido, la movilidad y el apoyo táctico se consideran de vital importancia, en la medida que se incrementa la capacidad de combate de las fuerzas, dotándolas de los equipos y medios necesarios, como es el caso de la adquisición de helicópteros artillados.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

98

“Así mismo, con el fin de aumentar los niveles de alistamiento, se garantizará un apoyo logístico y de mantenimiento técnico a los materiales y equipos con que actualmente cuenta el sector.

“Adicionalmente, se fortalecerán las capacidades de inteligencia y telemática, ampliando la cobertura, integración y oportunidad de la información. Todo ello debe tener como complemento una Fuerza Pública capacitada y empleada eficientemente, toda vez que la calidad del recurso humano constituye un punto fundamental sobre cualquier operación orientada hacia la protección de los intereses del Estado, especialmente en materia de protección y respeto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

“Finalmente, se pretende mejorar los índices de seguridad pública, mediante la profesionalización y tecnificación de las intervenciones policiales, la prevención del delito y la reducción de la criminalidad.

“Como objetivo fundamental para el fortalecimiento de la seguridad nacional, se prevé la destinación de recursos de inversión para el desarrollo y consolidación de las labores de inteligencia adelantadas por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

“Dichas labores se orientarán a la producción de información que facilite la toma de decisiones en materia de seguridad estatal y en la realización de investigaciones especializadas de aquellos fenómenos que afecten los intereses nacionales.

“Los objetivos planteados serán desarrollados a través de la modernización de la infraestructura tecnológica, específicamente en materia de procesamiento de datos y comunicaciones, así como con el robustecimiento de los mecanismos de cooperación interinstitucionales nacionales e internacionales.” (Plan nacional de desarrollo período 1998-2002 “Cambio para construir la paz”. Ley 508 de 1999.)

El presente acápite, como se indicó páginas atrás, tiene como fin simplemente la descripción del contenido de los planes de desarrollo, sobre las materias que interesan a la tesis, sin embargo, se considera pertinente hacer una breve contextualización histórica de la elección del plan de desarrollo que va del período 2002-2006. En este período, después del fallido proceso de paz, el país vivió una fuerte decepción de la salida negociada para el conflicto armado con el principal grupo guerrillero, esto motivó una animosidad en el pueblo colombiano en contra de la paz por medio de acuerdos. Estas circunstancias históricas, conllevaron a la elección de un candidato con ideas opuestas a la paz por medio de acuerdos, y encontrarla por medio de las armas, se eligió entonces al que se convertiría en el Presidente Álvaro Uribe. El plan de gobierno es bastante explícito respecto de los medios para alcanzar la paz, y para evitar las consecuencias anejas a la guerra que se vivían en Colombia, como el secuestro. Al respecto la Ley 812 de 2003, señaló:

“Combate al problema de las drogas ilícitas y al crimen organizado

“-La política de lucha contra el problema de las drogas ilícitas y el crimen organizado estará orientada hacia la desarticulación del proceso de producción, comercialización y consumo de drogas. Se promoverá la erradicación -forzosa y voluntaria- de los cultivos ilícitos y la interdicción (aérea, marítima, fluvial y terrestre) del narcotráfico al tiempo que se fortalecerá a la Dirección Nacional de Estupefacientes para atender y resolver las quejas a que dé lugar la erradicación forzosa. Así mismo, se fortalecerá el control al lavado de activos, y se implementarán mejoras en el sistema de información de acuerdo con los principios del Grupo de Acción Financiera sobre Lavado de Activos (GAFI/FATF). Se continuará con el fortalecimiento de la figura de la acción de extinción de dominio para transferir al Estado cerca de 39.000 bienes actualmente incautados.

“-El Consejo Nacional de Estupefacientes orientará la política de prevención y tratamiento al consumo de drogas.

-Se adelantarán acciones para reducir el comercio ilegal de armas, insumos químicos y drogas, a través del fortalecimiento de la capacidad operativa de la Armada Nacional y de la Fuerza Aérea Colombiana, con el fin de reforzar las misiones de vigilancia permanente, inteligencia y reconocimiento.

“-Se continuará con los mecanismos de detección de cultivos, con el fin de identificar, caracterizar y especializar las áreas afectadas por cultivos, con base en imágenes satelitales y aerofotografía.

“-Se implementará un sistema de información que permita identificar y caracterizar los bienes y activos que sean incautados y puestos a disposición del Estado, para convertirlos de manera rápida en una fuente de recursos para la ejecución de distintos programas o proyectos relacionados tanto con el combate al problema y sus efectos, como con otros programas de desarrollo nacional. Los bienes incautados a l narcotráfico serán empleados también para atender drogadictos, en sus necesidades clínicas y terapéuticas, con asistencia social correlativa: alojamiento y manutención hasta su recuperación total.

“-El Programa contra la extorsión y el secuestro busca incrementar los costos de comisión de estos delitos, desarticular las organizaciones responsables y recuperar la confianza de la ciudadanía y de la comunidad internacional en la lucha del Estado colombiano en este frente. Para ello, se mejorará la información para los procesos de toma de decisiones, se pondrá en funcionamiento un Grupo de Análisis de Inteligencia Estratégica, se implementará un sistema integral de recepción de casos y familias de secuestrados y extorsionados, se hará análisis y rediseño del marco legal sobre secuestro y extorsión, se implementará una estrategia centralizada para el seguimiento al pago de rescates y extorsiones, se analizarán las doctrinas operacionales en conjunto con la Fuerza Pública, entre otras actividades.

“-Se adelantarán programas dirigidos a enfrentar todas las modalidades de criminalidad organizada existentes en el país, en la búsqueda de fortalecer la seguridad democrática.

“-El Gobierno Nacional se obliga a adelantar acciones contundentes en el plano internacional, con otros países y con los diversos organismos multilaterales, con el fin de que se discutan y acuerden soluciones conjuntas de fondo al problema del narcotráfico.

“-Además adelantará programas de resocialización dentro de la población carcelaria a mulas, raspachines, adictos y campesinos pequeños productores de cultivos ilícitos.

“-El Gobierno Nacional definirá programas especiales de desarrollo con una vigencia mínima de diez (10) años para el fortalecimiento de las economías lícitas locales de las regiones deprimidas por los cultivos ilícitos del orden público”. (Plan nacional de desarrollo período 2002-2004 “Hacia un estado comunitario”. Ley 812 de 2003.)

La reelección del Presidente Álvaro Uribe, para el período presidencial 2006-2010, trajo consigo, como es lógico, una continuidad de programas y estrategias para combatir a los grupos al margen de la ley, y los flagelos que azotaban al país, dentro de los cuales se encontraba el del secuestro. Sobre la materia, la Ley 1151 de 2007 preceptuó:

“2. POLITICA DE DEFENSA Y SEGURIDAD DEMOCRATICA

“Con el propósito de avanzar en la consolidación de las condiciones de seguridad, se continuará la tarea por alcanzar una Nación que haga de la seguridad democrática un verdadero puente hacia la paz, la reconciliación y la prosperidad general. En este sentido, además de los innegables logros en materia de preservación de la vida, la política de defensa

y seguridad democrática ha tenido y seguirá teniendo un componente importante de política social. El logro de estos propósitos requerirá la concurrencia de esfuerzos del Gobierno Nacional, la comunidad internacional, las entidades territoriales y la sociedad colombiana.

“2.1 Hacia la consolidación de la Política de Seguridad Democrática

“Las acciones tendientes a consolidar la política de defensa y seguridad democrática se dirigirán a garantizar el control del territorio y la defensa de la soberanía nacional, a combatir el problema de las drogas y el crimen organizado y a promover una política de seguridad y convivencia ciudadana desde lo local.

“La estrategia definida por el Ministerio de Defensa Nacional para garantizar el control del territorio y la defensa de la soberanía nacional implica implementar cinco líneas de acción: enfrentar las amenazas, dar sostenibilidad a la política, fortalecer las relaciones con la comunidad, mejorar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos y adelantar reformas estructurales a la Fuerza Pública. Para ello, será indispensable continuar con el fortalecimiento y profesionalización de las Fuerzas Militares y la Policía, proceso que incluye el respaldo para la defensa judicial de los miembros que enfrentan investigaciones por hechos relacionados con el servicio, al tiempo que se debe aumentar la movilidad de las unidades y avanzar en el desarrollo de la Doctrina Conjunta y Combinada. Igualmente, resulta clave mantener las capacidades estratégicas del Estado y fortalecer las capacidades de inteligencia estatal. Para esto, se conformará la "Comunidad de Inteligencia", como un sistema donde un Plan Nacional integre, coordine y articule la actividad de las entidades que

cumplen funciones de inteligencia en el país. Se continuará el proceso de modernización del DAS como una entidad fundamental dentro de esta comunidad.

“El Gobierno Nacional emprenderá acciones enfocadas para la reorganización de la Justicia Penal Militar en búsqueda de mayores estándares de Justicia, transparencia, eficiencia y protección a los derechos humanos en el sector de la Fuerza Pública.

“Se considera indispensable desarrollar un conjunto de programas sectoriales de respaldo a la política como son: incrementar la disponibilidad, modernización y estandarización del armamento, las comunicaciones y la infraestructura operacional; la modernización de la carrera militar y el desarrollo de la ciencia y la tecnología. En este último punto, se harán los ajustes en las normas presupuestales de manera que se incentiven los proyectos de investigación y desarrollo de las entidades que conforman el grupo social y empresarial de la defensa. Adicionalmente, serán reformados y articulados los diferentes programas de protección a personas existentes en el país y se implementará un programa de rehabilitación integral de los miembros de la Fuerza Pública en situación de discapacidad, que comprende entre otros un apoyo económico a los soldados regulares discapacitados que no cuentan hoy con un respaldo suficiente en estos casos, para lo cual se realizará la reforma al Sistema de Seguridad Social en la Fuerza Pública. Programas de acceso a las nuevas tecnologías de la información y comunicación TIC, como mecanismo de generación de empleo o autoempleo.

“Para avanzar en la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y el crimen organizado, se considerará prioritaria la consecución de equipos, sistemas logísticos, infraestructura y capacidades técnicas que permitan ejercer un control efectivo sobre los distintos flujos que traspasan las fronteras nacionales. Estos esfuerzos permitirán que la tasa de homicidios por 100 mil habitantes llegue a 25 en 2010 y que el número de secuestros extorsivos se reduzca en un 65%. Para llevar a cabo estas estrategias el Gobierno hará un esfuerzo adicional a los recursos del Marco de Gasto de Mediano Plazo, cercano a los \$8,3 billones.

“En lo que se refiere al combate, al problema de las drogas ilícitas y al crimen organizado, se fortalecerá la política en materia de control a los cultivos ilícitos haciendo énfasis en los Grupo Móviles de Erradicación y en Familias Guardabosques (que será integrado con otros programas de desarrollo alternativo). De la misma manera, se dará continuidad a las acciones de interdicción aérea, marítima, fluvial y terrestre y al control al tráfico de armas y precursores químicos mejorando la capacidad operativa de la Fuerza Pública.

“La erradicación voluntaria se fortalecerá dando continuidad a los Programas de Familias Guardabosques y Desarrollo Alternativo, de manera que para el cuatrienio 2006-2010 estarán vinculadas 80.000 Familias Guardabosques y 50.000 habrán consolidado sus proyectos productivos.

“Se consolidará la política de prevención del consumo de sustancias psicoactivas, mediante la descentralización de la misma, se revisarán y robustecerán las medidas de prevención en

aulas educativas, los sistemas de comunicación y difusión de los riesgos asociados con el consumo, entre otras.

“Bajo el principio de "responsabilidad compartida", se procurará posicionar a Colombia en los escenarios multilaterales de decisión sobre el tema de drogas ilícitas. Se adelantará, a nivel internacional, una activa campaña contra el consumo de estupefacientes y se invitará a los países de la comunidad internacional a que cooperen con las diferentes acciones dirigidas a combatir este problema.

“Se mantendrá la política de extradición y se fortalecerán los mecanismos relacionados con el proceso de investigación judicial, al igual que se reestructurará, la Dirección Nacional de Estupefacientes. En este mismo sentido, se fortalecerán las acciones y lineamientos de la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA (modificada por el Decreto 3420 de 2004) y las entidades encargadas de la detección, control del lavado de activos y extinción de dominio y se aumentará la eficiencia y eficacia de este proceso. Se seguirán los estándares internacionales en materia de lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo determinado por el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica, Gafisud, acogidos por Colombia. Igualmente, se apoyará el sostenimiento financiero del Sistema Integrado de Monitoreo y Control de Cultivos Ilícitos (SIMCI). Sin perjuicio de lo que establezca esta ley, para el logro de estos propósitos será necesaria la actualización de las Leyes 30 de 1986 y 793 de 2002.

“En términos de lucha contra el secuestro y la extorsión, se fortalecerán las herramientas técnicas y legales que han facilitado la desarticulación de organizaciones dedicadas a la comisión de estos delitos y los mecanismos que han permitido incrementar la capacidad preventiva y reactiva del Estado.

“Será necesario optimizar los sistemas de información, difusión y aplicación de las medidas de atención que prevé la ley para el secuestrado y su familia; implementar y ejecutar un plan de acción que permita replicar regionalmente las políticas de intervención y atención a las víctimas. Adicionalmente, se formulará una estrategia de lucha contra la extorsión.

“El Gobierno promoverá una estrategia integral para la convivencia y seguridad ciudadana, en el marco del afianzamiento de la presencia municipal de la Policía Nacional y su ampliación a los corregimientos colombianos. Para ello, se fortalecerá el modelo de policía comunitaria mediante mejoras en movilidad, tiempos de respuesta y comunicación con la población civil. En este contexto, se actualizará el Código Nacional de Policía. Así mismo, se implementará el sistema integrado de emergencias y seguridad y el Programa Departamentos y Municipios Seguros (DMS) y los Consejos Municipales de Seguridad. Igualmente, se promoverá el desarrollo de un Sistema Nacional Único de Registro Público Obligatorio para la prevención de los delitos contra la libertad, la integridad, la formación sexual y el incesto, cometidos en menores de edad, así como de la violencia intrafamiliar. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. Así mismo se avanzará en la prevención de la

criminalidad juvenil, con el fin de aumentar la capacidad institucional para proteger a la población vulnerable.”

“

HACIA LA CONSOLIDACION DE LA POLITICA DE SEGURIDAD DEMOCRATICA	Línea base*	de	Meta cuatrienio
Porcentaje de reducción de secuestros extorsivos (1)	57,3%		64,7%
Porcentaje de reducción tasa anual de homicidios por cada 100.000 habitantes (2)	45,9%		29,5%
Familias beneficiadas con pagos en el programa Familias Guardabosques (Acum.)	43.271		80.000

* Las cifras de la ¿Línea de base? corresponden al acumulado durante el período 2002-2006, salvo que se especifique algo diferente en la leyenda del indicador.

(1) La línea de base se toma comparando la reducción entre los cuatrienios 1998-2002 y 2002-2006.

(2) Proyección 2006: 35,5%. Fuente: DNP-DJS. La línea de base se toma comparando el año 2006 frente al 2002. (Plan nacional de desarrollo período 2006-2010 “Estado comunitario: desarrollo para todos”. Ley 1151 de 2007)

P
rincip

ales Metas:

Con la terminación del segundo mandato del expresidente Uribe, y la elección del Presidente Juan Manuel Santos, para el período 2010-2014, se abrió una nueva etapa en la forma en la que se aborda el secuestro y la seguridad en general. En efecto, desde la formulación del plan de gobierno del candidato, hubo cambios sustanciales en la formulación del plan en general, y de las políticas públicas relativas al secuestro en particular.

La formulación amplia y genérica que había sido la regla general para la expedición de las leyes del plan, cambió completamente de lógica con la expedición de la Ley 1450 de 2011. La

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

109

estructura esencialmente declarativa y normativa no específica propia de los planes anteriores, pasó a convertirse en un plan con artículos y normas de contenido jurídico que modificaron el ordenamiento nacional en muchas materias.

En el plan de desarrollo, que permanece vigente hasta el momento en el que se escribe esta tesis, no se hizo especial referencia al secuestro, y aun cuando existen variadas normas en materia de seguridad, lo cierto es que el alcance de las mismas, no es el típico de las políticas públicas sobre seguridad, sino que se trata de normas jurídicas sobre temas muy concretos, que más que policy-making, es un rule-making, adoptando la terminología americana. En efecto se encuentran normas relativas a la infraestructura para la seguridad y demás, pero el vacío respecto de la seguridad, aún en el aparte que se refiere a la “consolidación de la paz”, es evidente e insoslayable a efectos de realizar el análisis objeto de la presente monografía.

Evacuados todos los planes de desarrollo, así como una corta contextualización histórica general para algunos de ellos, se debe entrar en la parte final, y conclusiva de la tesis. Se entrará entonces en el análisis de las políticas públicas contenidas en los planes de desarrollo, de cara a la cláusula de Estado social de derecho, y a los principios de seguridad, libertad y proporcionalidad.

2.4 LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA FRENTE AL SECUESTRO.

Si bien, por los argumentos previamente señalados, los planes nacionales de desarrollo son la política pública escogida como principal indicador de la posición del Estado con respecto al

problema del secuestro, se hace igualmente necesario, aunque sea de forma breve, realizar una revisión de la política criminal que, sobre el tema en revisión, ha sido promulgada durante las últimas décadas. Esto se hace necesario en la medida que el secuestro es una conducta punible tipificada, y ampliamente tratada, por la normativa penal colombiana, y por consiguiente se encuentra dentro la influencia de la esfera de la política criminal, que también constituye una política pública en pleno derecho.

Sin embargo, el primer punto para determinar el desarrollo de la política criminal colombiana frente al secuestro, viene a ser determinar si existe una política criminal en sí misma, ya que, tal como señala la Defensoría del Pueblo de Colombia (2013), la crítica más recurrente contra el sistema judicial-penal colombiano es la falta de una auténtica política criminal, y la tendencia repetitiva de Estado a tomar decisiones en dicho campo de manera coyuntural, en atención a las características y necesidades particulares del momento, pero sin llegar a configurar auténticos marcos de trabajo en la materia.

Así, es necesario empezar por señalar que desde 1995 Colombia tiene un Consejo Superior de Política Criminal. Si bien la primera mención de la necesidad de creación de dicho Consejo tuvo lugar en la Ley 65 de 1993, no sería hasta el Decreto 2062 de 1995 que el mismo empezaría a existir, tomando el papel de entidad asesora del Gobierno en materia de Política Criminal, y siendo su principal función el presentar conceptos no vinculantes sobre todos los proyectos de ley y actos legislativos que incidan en la política criminal del País, al igual que aprobar el Plan Nacional de Política Criminal presentado por el Gobierno.

Como puede verse en esta situación inicial, a partir de sus funciones, el Consejo Superior de Política Criminal es creado sin una verdadera capacidad decisoria, como un órgano simplemente consultivo, cuya mayor capacidad es aprobar un plan nacional de política criminal en cuya creación no ha participado, y donde la capacidad de postulación de planes, estrategias y actos normativos en materia de política criminal sigue estando por completo en manos del gobierno central y del poder legislativo, a quienes simplemente se le pide asesorar, pero sin poder censurar o modificar de manera directa el accionar de los mencionados en el campo de la política criminal.

Esto impide que, durante al menos dos décadas, exista una política criminal unificada y estructural, y da lugar a que todos los esfuerzos en la materia se limiten a ser decisiones coyunturales, incoherentes entre sí, dotadas de un carácter reactivo, encaminado a satisfacer a la opinión pública en un determinado momento, pero sin plantear estrategias a largo plazo y/o gran escala. Esta posición es respaldada por la Defensoría del Pueblo de Colombia (2013) que al revisar la situación de la política criminal en Colombia, hace unos pocos años, señaló una vez más el carácter intrascendente de la misma, y añadió:

“Sin embargo, a riesgo de ser reiterativo, hay que decir que en Colombia se continúa con una política criminal errada que, en medio de su inestabilidad, mira la prevención de la criminalidad sólo desde la óptica de la intimidación o miedo que supuestamente produce la norma penal en todos los individuos de la sociedad, es decir, desde la amenaza de una sanción como consecuencia punitiva,

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

112

preferiblemente la privación de la libertad. Esta visión se traduce en la criminalización o creación de más conductas punibles y en la utilización del incremento de la cuantía de la pena privativa de la libertad como instrumento intimidante y por ende disuasivo” (Defensoría del Pueblo, 2013, p. 01).

De esta forma, la mencionada entidad señaló que la política criminal en Colombia suele limitarse a la creación de nuevos tipos penales, y el incremento progresivo de las penas de la privación de la libertad, bajo la limitada visión de que la política criminal se agota en el sistema penal, y olvidando que una verdadera política criminal debe superar la simple sanción legal, e incluir estrategias sociales completas, con elementos preventivos y pedagógicos, culturales, al igual que con penas alternativas, encaminadas a disminuir las fuentes de la criminalidad y no simplemente a reprimir a los criminales

Estas posiciones fueron igualmente compartidas por la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), creada en el año 2011 mediante Resolución No. 0286 del 15 de febrero de 2011 del Ministerio de Justicia, para hacer frente a la problemática que en materia de política criminal se había consolidado en el país. A dicha Comisión se le encargó hacer un diagnóstico de la política criminal en Colombia, al igual que postular lineamientos y recomendaciones para su mejoría. Al realizar el diagnóstico señaló:

“Primero, muchas decisiones de política criminal han sido esencialmente reactivas y sin fundamentos empíricos sólidos. Muchas de estas medidas se han adoptado apresuradamente respondiendo a fenómenos de opinión pública o a los deseos de los gobiernos de mostrar que se está haciendo algo

frente a la criminalidad o frente a hechos graves de crueldad o violencia, pero muy raramente estas decisiones se han basado en estudios empíricos sólidos que muestren la utilidad de, por ejemplo, recurrir al aumento (o disminución) de una pena, o a la criminalización de un cierto comportamiento” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 27) .

Compartiendo de esta manera la posición, previamente mencionada, de la Defensoría del Pueblo tanto en cuanto al carácter primordialmente reactivo de la política criminal en Colombia, como en cuanto a la limitación recurrente de la política criminal a la simple sanción penal. Esto llevó a que, a la hora de realizar sus recomendaciones, la Comisión Asesora de Política Criminal (2012, p. 76) recalcará “la necesidad de una política criminal estable, coherente, fundamentada empíricamente y evaluada sistemáticamente”, al igual que la necesidad de expandir las políticas criminales más allá del derecho penal, y con respeto de los derechos individuales plasmados en la Constitución Política y el ordenamiento interno.

También a partir de la academia han surgido críticas similares a las ya mencionadas, que respaldan lo señalado. Así, en un documento dirigido a la Comisión Asesora de Política Criminal, la Universidad de los Andes (2011) señaló que la política criminal en Colombia adolecía de tres problemas principales: el mal manejo de la información sobre criminalidad, que era difusa e incoherente y no resultaba de fácil acceso para las mismas entidades del Estado, el carácter reactivo e inestable de la política criminal, y la respuesta simplista del Estado frente al fenómeno de la criminalidad, reduciéndolo al aspecto penal.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

114

Se tiene así que, al menos hasta 2013, parece quedar señalada la inexistencia en Colombia de una política criminal articulada y coherente, con bases técnicas y empíricas, con fines a largo plazo, penetración social o estrategias para la prevención de la criminalidad, y por el contrario queda patente que las decisiones gubernamentales en materia de criminalidad se han limitado a hacer frente a las problemáticas momentáneas, bajo la perspectiva limitada de la sanción penal y recurriendo de forma principal a la creación de tipos y al incremento de penas como medida de intimidación.

Para hacer frente a esta situación y poner en marcha las recomendaciones de la Comisión Asesora, se emitió el Decreto 2055 de 2014, en el cual se replanteó el carácter y las funciones del Consejo Superior de Política Criminal, resaltando su carácter técnico y expandiendo sus funciones. Si bien esta nueva norma sigue manteniendo el carácter consultivo del Consejo, le permite ahora intervenir de forma más activa en la política criminal del país, al conferirle capacidades como la asesoría directa de las autoridades competentes en materia criminal y la preparación de proyectos de ley en materia de política criminal y penitenciaria.

Como fruto de dicha reestructuración, a principios de 2017 el Ministerio de Justicia de Colombia presentó el Plan Nacional de Política Criminal un documento breve en el cual se establecen dos ejes estratégicos de trabajo: el primero de ellos encaminado a la creación de una verdadera política criminal estatal, y que entre sus contenidos incluye un fortalecimiento del Consejo Superior de Política Criminal, y el segundo encaminado a modernizar tanto al sistema penal como a las entidades estatales encargadas de enfrentar el problema de la criminalidad, para

adaptarse a las nuevas formas del delito, y buscar estrategias eficaces contra ellas, sin limitarse a la sanción penal, y poniendo en marcha estrategias alternativas, como la lucha económica contra el crimen. Sin embargo, al ser una estrategia a mediano/largo plazo, será necesario el transcurrir del tiempo para determinar su adecuada implementación y efectividad.

Así, las cosas, y en cuanto al tema particular del secuestro, puede decirse de la política criminal contra el mismo lo que ya se ha señalado de la política criminal en general: no se dibuja una verdadera estrategia a largo plazo y las normas que se han creado para hacer frente a dicho problema de forma particular, como el Estatuto Nacional contra el Secuestro (Ley 40 de 1993) y la Ley contra el Secuestro y la Extorsión (Ley 733 de 2002) se han limitado acercarse al mismo desde la perspectiva puramente penal, incrementando los tipos penales relacionados con el secuestro, agravando las conductas facilitadores, y aumentando las penas para todos los implicados en la comisión de dicho delito.

En cuanto al nuevo Plan Nacional de Política Criminal, el mismo no hace referencia al secuestro de forma específica; sin embargo, su deseo de hacer un análisis más completo y científico del fenómeno de la criminalidad en Colombia, y de crear una política criminal moderna, acorde a las características particulares de la misma, puede llevar, a futuro, a un replanteamiento de la posición frente a dicha conducta punible en particular.

2.5 ANÁLISIS Y CRÍTICAS DE LA POLÍTICA PÚBLICA DESDE EL MARCO GENERAL, ESTADO SOCIAL, Y LOS PRINCIPIOS

La cláusula de Estado social de derecho, impone una comprensión particular de la igualdad, como igualdad material, que excede los estrictos límites de comprensión de este principio como igualdad formal, característica de un Estado de derecho. Esta comprensión de la igualdad, presente en la Constitución de 1991, exige desde el punto de vista política la participación de las minorías en el campo político, la integración de los diferentes estamentos sociales y la necesidad de representación de los grupos marginados o minoritarios.

Esta idea del Estado social de derecho, en nuestro entender, es la que respalda la decisión por la cual optó el constituyente de 1991, en el sentido de hacer obligatoria la transformación de los planes nacionales de desarrollo en ley. Solo la participación de las minorías políticas explica la necesidad de que el plan de gobierno del presidente se transforme en ley. En principio, bastaría el respaldo democrático de la elección del presidente, a través de un voto programático en donde las propuestas y el plan de gobierno son un elemento primordial, para que las políticas públicas pudieran implementarse por la rama ejecutiva. A pesar de lo anterior, el constituyente optó porque el plan de gobierno, elegido por la mayoría del pueblo colombiano, fuera puesto en consideración del congreso. Esta decisión, se reitera, puede explicarse en la necesidad de que las minorías políticas no representadas en la elección presidencial, pero con curul en el congreso, pudiesen hacerse parte de la formulación de las políticas públicas del ejecutivo.

En ese orden de ideas, existe una realidad que se constata con la simple lectura de los apartes de los planes nacionales de desarrollo que fueron transcritos. Se hace referencia al escaso tratamiento y desarrollo de políticas públicas sobre la seguridad en general, y el secuestro en particular.

Si se parte de la lógica de un Estado social de derecho, en el cual la participación de las minorías políticas es un imperativo conceptual; la primera crítica que puede realizarse a las políticas públicas objeto de análisis, es evidente: un hecho con graves consecuencias sobre la población nacional, que atenta de manera directa contra los principios constitucionales de libertad y seguridad, es un tema en el cual la mayoría de las políticas públicas se diseñan, formulan, implementan y ejecutan, a espaldas de las minorías políticas; puesto que no se incluye su discusión en los planes de desarrollo. La anterior decisión de carácter político, contraría la lógica que quiso dar el constituyente a los planes de desarrollo, como mecanismo de participación democrático para los grupos no representados en la elección del Presidente.

En ese orden de ideas, la exclusión de tratamiento atenta contra la concepción misma de Estado social de derecho, con una democracia participativa, como se supone debe ser la colombiana según la Constitución vigente. La primera crítica que se expone, se hace de manera general para todos los planes de desarrollo, pero tiene especial asidero en aquellos dos períodos en los cuales no se hizo si quiera mención expresa al tema del secuestro, es decir los que comprendieron los años de 1998-2002 y 2010-2014.

Una vez realizada esta crítica general, en el sentido de que se considera que se ha contrariado sistemáticamente la lógica que quiso dar el constituyente a los planes nacionales de desarrollo, y la participación democrática de las minorías políticas características de un Estado social de derecho, se entrará en el examen específico de cada uno de los planes de desarrollo, con base en el método analítico propuesto, que tiene como sustrato principal la cláusula de Estado social de derecho, y los tres principios esenciales para el tratamiento del secuestro: seguridad, libertad y proporcionalidad.

El primer período objeto de estudio, es el del plan nacional de desarrollo del gobierno Samper, para ese período el tratamiento del secuestro se dio al interior del ámbito general de la política de derechos humanos, situación que no resulta para nada cuestionable, por lo menos si se observa con la herramienta metodológica utilizada; sin embargo, en el diseño de la política hay una circunstancia de erróneo tratamiento de cara a los principios analizados. Si se recuerda la única y escueta referencia que se hace al tema del secuestro, puede observarse que la misma, se hace atada a la violencia guerrillera, y a la incautación de cuantiosos recursos que se convierten en medios de guerra contra el Estado.

Desde el punto de vista fáctico hay una realidad insoslayable que debe ser resaltada, y es que se reconduce todo el flagelo del secuestro a la violencia guerrillera; lo que desde esa época constituye una falta de comprensión de los demás agentes causantes del delito de secuestro: el secuestro por parte del crimen organizado no guerrillero, el secuestro extorsivo y político paramilitar, el secuestro del crimen urbano, y demás. Esta exclusión desde el mismo plan de

desarrollo, va en contravía de una política pública comprensiva que debe satisfacer los lineamientos de la libertad en todas sus facetas y de la seguridad en todo el territorio.

En segundo lugar, hay una prescripción normativa en dicho plan, que contraría la comprensión del principio de libertad. El tratamiento del secuestro ligado a la incautación de recursos para la guerra contra el Estado impone un entendimiento del flagelo como medio; lo cual es cierto desde la perspectiva de los grupos ilegales, pero no puede entenderse que el Estado lo trate de la misma manera. Eso sería tanto como subordinar por completo el principio de libertad de los ciudadanos colombianos a la necesidad de seguridad, y de mantenimiento del orden estatal, lo que se contrapone a la necesidad de entender al ser humano como un ser libre, y como un fin en sí mismo.

En otras palabras, si se atiende al desarrollo que se hizo del principio de libertad, las políticas públicas del plan, del cual parten las demás formuladas por el gobierno nacional, no se puede procurar eliminar el secuestro en razón de que contribuye al fortalecimiento de los grupos guerrilleros, sino que debe hacerse porque la libertad es un derecho fundamental, un principio del Estado, y el hombre un fin en sí mismo, que no debe estar sujeto a la voluntad caprichosa de otro.

Una comprensión de evitar el secuestro, debido a que es un medio para lograr la seguridad nacional, y la estabilidad del Estado, trae consecuencias prácticas que se considera perversas, y de las cuales hay evidencia en la historia nacional. El ejemplo paradigmático de las terribles

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

120

consecuencias que puede tener una política pública que pretende evitar el secuestro porque debe mantenerse la seguridad, son los hechos sucedidos en el palacio de justicia en el año de 1985. Solamente el entendimiento de que la estabilidad y seguridad, son más importantes que la libertad y la vida de un ser humano, permiten pasar por encima de la vida de personas inocentes para retomar el control de las instituciones. Esta circunstancia no puede permitirse, no por razones políticas, sino que resulta imposible desde la perspectiva jurídica que comprende la libertad de los hombres con la lógica de Kant.

El segundo período, es el del Presidente Pastrana, en este plan de desarrollo no se hizo mención expresa al secuestro. Esta falta de mención, parte del contexto histórico, a lo que se suma una de las críticas formulada para el período de Samper.

La búsqueda de la paz con las FARC, fue el móvil determinante para la elección de quien presidió en este período, quizá por esta razón, la política de seguridad del plan de desarrollo, no hace mención al secuestro, y se centra en el fortalecimiento de las fuerzas armadas para mantener la estabilidad de las instituciones. Es comprensible, que la política de seguridad sea diferente para un Estado en paz, por lo menos sin conflicto armado interno como lo pretendía Pastrana; lo que no resulta comprensible, es el mismo error que se señaló padeció el plan de desarrollo anterior, y es que la guerra de guerrillas no es la causa exclusiva del secuestro.

Nuevamente, esto permite inferir un tratamiento parcial del problema en el diseño de la política, pero además de ello, una subordinación de la libertad de los colombianos a la necesidad

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

121

de asegurar la estabilidad de las instituciones, y la seguridad en el territorio, lo que puede conllevar perversas consecuencias como las señaladas; así como una comprensión irregular de cara al principio de libertad, y del hombre como fin en sí mismo.

El plan de desarrollo del primer período del Presidente Uribe, constituye el primer ejemplo de tratamiento independiente del flagelo del secuestro en Colombia; aun cuando el tratamiento se da al interior del tema de combate del crimen organizado, se hace un tratamiento independiente, en lo que se denomina “programa contra la extorsión y el secuestro”.

La primera crítica, que resulta común a todos los planes de desarrollo que han sido analizados, es que el principio de libertad de los ciudadanos sometidos al secuestro se diluye, y se subordina a la seguridad e institucionalidad, lo que resulta contrario a la comprensión kantiana de la libertad y del hombre.

Los objetivos que se busca satisfacer con el mencionado programa, es recuperar la confianza ciudadana, y de la comunidad internacional; lo que en otras palabras significa, que la libertad de los secuestrados es un tema tácito y secundario, de cara a la seguridad y sensación de seguridad de los habitantes en general, y de la comunidad internacional que observa permanentemente al país.

La primera política pública específica para la materia, también se delinea por primera vez en este plan de desarrollo. En este sentido obran el denominado “Grupo de Análisis de Inteligencia

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

122

Estratégica”, para el cual se decidió que habría de implementarse un sistema general de recepción de casos y familias de secuestrados. La segunda política que contiene el plan es la centralización de información para el seguimiento de los pagos de rescates y extorsiones.

Respecto de estas dos políticas, se puede utilizar el rasero de medida del principio de proporcionalidad, pues hacen injerencias sobre derechos fundamentales. En especial el de libertad, *habeas data*, y privacidad de las víctimas y familiares de las víctimas.

Antes de entrar en el análisis, debe decirse que no es esta la única política pública trazada en materia de secuestro, y por esta razón, resulta complejo analizar la política pública de manera independiente, sin embargo, esta dificultad, no entraña una imposibilidad teórica para realizar el análisis con el método propuesto.

La recaudación de información es en esencia el insumo y la injerencia que realizan las dos políticas públicas del plan de desarrollo del período 2002-2006. Respecto del subprincipio de idoneidad, explicado en la primera parte, debe decirse que aun cuando por sí misma la injerencia en los tres derechos fundamentales de las víctimas directas e indirectas del delito, no sea suficiente para alcanzar el fin de lograr la libertad, o de lograr la seguridad nacional en materia de secuestro; debe decirse que sí contribuye en la consecución de estos dos fines. Siendo la contribución al fin el requisito postulado por la idoneidad, y no la consecución independiente del mismo, la medida de injerencia sobre los derechos fundamentales resulta idónea. Pues contribuye a que las autoridades del Estado, conozcan de los secuestros, los medios utilizados, los pagos

realizados, los posibles actores, la ubicación de los mismos, lo que debe complementarse con políticas otro orden con posterioridad al recaudo de la información.

Respecto de la necesidad de la medida, la misma resulta evidente en nuestro entender, pues es la menos invasiva de las medidas posibles; puesto que otra posible medida sería recaudar esta información no solicitándola a las víctimas, sino tomándola a través de investigaciones que recayeran sobre ellas, lo que resultaría una medida mucho más gravosa. Por lo anterior, de cara al segundo subprincipio, la medida resulta necesaria.

Por último, respecto de la proporcionalidad en sentido estricto que debe tener la medida adoptada, se puede afirmar que la misma no es una afectación grave de los derechos de las víctimas, y sí contribuye fuertemente en la consecución de los fines perseguidos por el Estado, que dicho sea de paso incluyen la libertad del secuestrado. Además de ello, debe recordarse, que como está diseñada la medida en el plan, existe una voluntariedad en la contribución que hacen las víctimas y sus familiares, lo que disminuye en grado sumo la gravedad de la intervención, siendo esta mínima, prestando fuertes beneficios a los fines de mantener los principios de seguridad y libertad de los ciudadanos colombianos.

El plan de desarrollo para el segundo gobierno de Uribe, fue el último plan que incluyó políticas específicas para el tema del secuestro. En este plan se incluyen cifras específicas que constituyen el objetivo de reducción de los secuestros extorsivos, del 65 %, realizar un análisis

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

124

jurídico sobre las decisiones adoptadas en términos numéricos no sólo resulta complejo, sino que es absurdo en razón del campo de acción de la ciencia jurídica.

Para este período, nuevamente se incluye el fortalecimiento de los sistemas de información, en razón de que se trata de una injerencia de la misma naturaleza que la recién estudiada para el primer periodo de gobierno de este presidente, se hace remisión al análisis realizado de cara al principio de proporcionalidad.

En otro aparte del plan, se hace referencia a la desarticulación de las bandas criminales, y el fortalecimiento de las herramientas técnicas y legales, que permitan desarticularlas, de manera que se evite y prevenga el flagelo del secuestro. Se observa así, por primera vez, una primacía del principio de libertad de los ciudadanos colombianos, sobre el principio de seguridad.

La tensión entre libertad y seguridad, favorece en el diseño de políticas del plan a la libertad. Sin entrar en consideraciones sobre la implementación de la política, ámbito exclusivo de otras ciencias sociales, se puede afirmar que de cara al desarrollo constitucional colombiano, esta es la primera política coherente con ambos principios, pues no subordina uno al otro, sino que se le da a cada uno de ellos el alcance que les corresponde, en tanto principios que se encuentran en igual jerarquía, y que deben ser armonizados como fines concomitantes y esenciales de la política sobre secuestro en un Estado social de derecho.

Por primera vez el imperativo kantiano de considerar un hombre en sí mismo, encuentra un desarrollo coherente en la política del ejecutivo, debidamente avalada por la rama legislativa,

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO
SOBRE EL SECUESTRO

125

pues la libertad de los seres humanos, juega, como debe hacerlo, el rol esencial en la formulación de la política.

Finalmente, debe recordarse la total ausencia de referencias a políticas públicas de seguridad y secuestro en el plan de gobierno del Presidente Santos, por esta razón, resulta imposible realizar un análisis jurídico sobre la materia.

La realidad de todos los planes de desarrollo, es que articulan las políticas de manera pobre, lo que impide un análisis jurídico profundo, pero también la participación de las minorías políticas del país, efecto no deseado por el constituyen como se explicó. Todo lo anterior, permite concluir, que de cara a la cláusula del Estado social, el abordaje ha sido inadecuado, y aunque las políticas públicas resulten proporcionales, resulta desproporcionada la exclusión de las mismas en los planes de desarrollo.

Por todo lo anterior, se considera que debe hacerse un llamado para que el tema del secuestro sea debidamente incluido y tratado en los planes de desarrollo, pues es un tema con causas multifactoriales, consecuencias nefastas, y fines propios e independientes del tema de seguridad nacional, sobre todo porque en los temas de seguridad, no siempre está inmerso el principio de libertad, como se puede ver afectado para el flagelo del secuestro.

De igual forma, y retomando lo mencionado en el apartado inmediatamente anterior, urge que la aplicación del nuevo Plan Nacional de Política Criminal lleve, en un plazo no tan lejano, a

la materialización de una auténtica y completa política criminal, que supere el carácter coyuntural que hasta el momento ha caracterizado este tipo de políticas, y que dentro de la misma se incluya una revisión de la posición del Estado frente al secuestro, que vaya más allá del simple acercamiento penal tradicional, y que permita un accionar más efectivo para la lucha contra dicho flagelo.

Esta exclusión política, aleja de los contornos de la ciencia del derecho un campo de acción e investigación cuyo tratamiento es una imperiosa necesidad, por todos los motivos que se han explicado en esta tesis.

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL SECUESTRO CON OCASIÓN DE LOS ACUERDOS DE PAZ

3.1. CONTEXTO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO, QUE DAN LUGAR A LAS NEGOCIACIONES.

En este punto de desarrollo del documento y como se advirtió en la parte introductoria a continuación se abordará la responsabilidad del Estado frente al fenómeno del secuestro, tanto en el marco general de la normativa nacional, como -de forma especial- en el contenido particular de los textos de los acuerdos de la Habana, suscritos entre Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas revolucionarias – FARC.

A lo largo de la mayor parte del conflicto armado interno en Colombia, que lleva ya un tiempo aproximado de seis décadas, el secuestro se ha convertido en uno de los principales flagelos que han recaído de manera constante sobre la población del país, con un total de 39.058 víctimas directas registradas en las bases de datos nacionales (CNMH, 2013), cifra que con mucha probabilidad sea mayor, si se toman en cuenta aquellos casos que por sus características o por falta de denuncia quedan por fuera del registro de las diversas entidades encargadas de registrar el fenómeno.

Si bien dicho fenómeno, especialmente cuando su autoría recae sobre alguno de los múltiples grupos insurgentes que tienen lugar al interior de Colombia, ha estado imbuido en múltiples ocasiones de tintes políticos, especialmente durante sus primeras décadas cuando la mayoría de las víctimas eran figuras prominentes dentro del escenario nacional, con el paso de los años el secuestro terminó para dichos actores del conflicto en convertirse en una industria, una fuente de recursos de fácil acceso para financiar su actividad ilegal, sin mucha distinción

entre las víctimas salvo su capacidad de pago (CNMH, 2014), y que por consiguiente golpeó de forma constante y continua a la población civil ajena al enfrentamiento armado.

Dentro de este escenario las Fuerzas Armadas Revolucionar de Colombia – FARC, si bien no son el único actor, sí se han convertido en el más representativo, al ser el principal perpetrador del delito de secuestro, con un total registrado de 9477 casos, más de dos mil secuestros que el Ejército de Liberación Nacional – ELN, que se ubica como el segundo en la lista con 7361 casos, y superando incluso a el total de casos que se le asignan de forma conjunta a la delincuencia común y a las diferentes redes criminales que operan al interior del país, que suman 7879 casos (CNMH, 2013).

Es necesario señalar, además, que al hablar de víctimas del delito de secuestro no basta con limitarse de forma exclusiva a aquellos que han sido privados ilegalmente de la libertad, sino que también resulta necesario incluir a los familiares y demás personas cercanas al secuestrado, que se ven sometidos a un profundo impacto mental, moral y emocional, en razón de la retención de uno de sus seres queridos, y que en esta medida son también victimizados. Es en base a este último criterio que el Centro Nacional de Memoria Histórica (2014) señala que al hablarse de las víctimas del secuestro no debe limitarse la cifra a los 39.058 mencionados, sino que resulta necesario hablar de al menos doscientas mil víctimas directas del delito de secuestro en el periodo comprendido entre 1970 y 2010.

Todo lo anterior toma especial relevancia en la actualidad, cuando las negociaciones adelantadas entre el actual gobierno y las FARC han avanzado al punto de llegar al cese al fuego bilateral y definitivo (El Tiempo, 2016), y la firma del acuerdo final para la desmovilización y reincorporación a la vida civil de los miembros de dicho grupo armado se ve cada vez más cercana, en la medida en que el mencionado proceso de paz se sustenta en la figura de la justicia transicional, y por consiguiente las partes firmantes –Estado y FARC- se ven obligados a asumir responsabilidad directas frente a las víctimas del conflicto armado que ha tenido lugar entre ambos, que van desde su reconocimiento hasta su reparación integral.

3.2. RESPONSABILIDAD GENERAL DEL ESTADO FRENTE AL SECUESTRO.

De forma general, la normativa nacional es el primer referente que debe tomarse a la hora de determinar la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado en un caso determinado, sea cual sea su tipo. Es por esto que si bien los acuerdos de paz adelantados en la Habana están dotados de un marco jurídico excepcional, que puede o no coincidir con la normativa general, no por eso el estudio del apartado constitucional relacionado con el tema resulta menos conveniente, sobre todo por los vacíos que parecen surgir dentro del tema, y la correspondiente necesidad de las altas cortes de buscar claridad al respecto.

3.2.1. Normativa Interna

Si bien dentro del ordenamiento constitucional o legal colombiano no existe de forma explícita un apartado de que defina la responsabilidad estatal frente al tipo penal específico del secuestro, o frente a cualquier otro tipo penal, dentro de dicho ordenamiento si es posible encontrar las bases que definen la teoría general de la responsabilidad estatal, que puede luego ser aplicada de forma particular a cada caso. Siendo entonces necesaria la revisión de los apartados relacionados con la configuración de responsabilidad, empezando por el articulado constitucional.

Así, de forma inicial, el artículo segundo de la Constitución Política de Colombia establece los fines fundamentales del Estado, entre los que se incluyen la protección de la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de todos los habitantes de la Nación. Estableciendo así una responsabilidad en cabeza del Estado, que debe contar con los medios y mecanismos necesarios para garantizar dicha protección. De forma concordante con lo anterior, el artículo 6° de la Constitución establece la responsabilidad de los servidores públicos quienes, además de la

responsabilidad jurídica aplicable a todos los habitantes de la nación, deben responder por la omisión y/o extralimitación en la que puedan incurrir en el ejercicio de sus funciones.

Posteriormente, en su artículo 90, el ordenamiento constitucional señala, ya de forma directa, la responsabilidad patrimonial que corresponde al Estado en razón de los daños antijurídicos que le puedan ser imputados tanto por la acción como la omisión de sus diversos agentes y autoridades, y a continuación, en su artículo 91, establece el carácter individual de dicha responsabilidad, en cabeza de aquel funcionario que ha incurrido de forma manifiesta en la conducta que da lugar al daño, que no puede ser excusado en razón de la existencia de un mandato superior. Para luego, en el artículo 92, poner en cabeza de cualquier persona natural o jurídica la capacidad de exigir a las autoridades competentes la sanción de los funcionarios responsables.

En esta misma línea, el artículo 124 deja en manos del ordenamiento legal los mecanismos para determinar la responsabilidad de los servidores públicos, y sus correspondientes sanciones. Esto se ve complementado por el contenido del artículo 209, que establece las finalidades que deben ser perseguidas, de forma general, por todos los agentes y miembros del Estado, y que van encaminadas de forma principal a garantizar el bienestar general. Así, y tal como menciona Herrera (1996), todo este articulado mencionado, en conjunto con otros apartados de la Constitución, vendría a dar las bases de la teoría general de la configuración de la responsabilidad del Estado que es aplicada en la actualidad por las altas cortes en su jurisprudencia, y que, tal como han señalado dichos altos tribunales, puede ser igualmente aplicada al caso de la víctimas del secuestro.

Sobre este tema, Esguerra (2005) señala que la evidente consagración constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado que tiene lugar en Constitución Política de Colombia de 1991 debe ser entendida, más allá de su factor económico o compensatorio, como una fuerte garantía del cumplimiento de los fines del Estado y del general de la Constitución, en la medida en que obliga a los diversos agentes y miembros del Estado a actuar de manera conforme al

ordenamiento constitucional, bajo la pena de ser castigados económica y disciplinariamente por desviarse del adecuado cumplimiento de sus responsabilidades, al tiempo en que obliga al Estado, al ser económicamente responsable de los daños causados por estos, a ejercer una mejor vigilancia del accionar de los mismos.

3.2.2 Posición de las Altas Cortes

Dada la generalidad de contenidos constitucionales de la responsabilidad estatal, han sido las altas cortes de la Nación, en especial el Consejo de Estado, las llamadas a establecer de forma concreta los criterios que deben aplicarse tanto el manejo general de dicha forma de responsabilidad patrimonial, como en cada uno de los casos particulares que puedan ser llevados frente a autoridad judicial, incluyendo situaciones derivadas de forma directa del conflicto armado interno, como son los ataques terroristas y el secuestro a manos de grupos insurgentes.

Así, para empezar, la Corte Constitucional Colombiana (2011), al hablar de las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial del Estado, al buscar condensar la posición establecida por el Consejo de Estado a lo largo de su jurisprudencia, ha señalado que dicha responsabilidad se erige, de forma general, como una garantía de la protección debida a los derechos del ciudadano por parte del Estado, y que por consiguiente la misma se circunscribe a la teoría del daño antijurídico, de la cual señala:

La responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro sistema jurídico, encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable (Corte Constitucional Colombiana, 2011).

Quedando establecido así que existen situaciones donde la actuación de los funcionarios del Estado, en razón del incumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales, da lugar una situación particular en la que un ciudadano o grupo de ciudadanos se vean afectados de forma directa, teniendo que soportar un daño que no están obligados legal o constitucionalmente a soportar, y que puede ser derivado de forma directa -el vínculo de causalidad- de la mencionada conducta negligente de los agentes y/o servidores del Estado.

A juicio del Consejo de Estado (2016), esta aceptación de la responsabilidad patrimonial del Estado dentro del ordenamiento nacional es parte fundamental de la configuración del Estado Social de Derecho, modelo vigente en el país, y viene dada por la noción según la cual la posición de supremacía atribuible al Estado no se convierte en causal para que este sea irresponsable por sus actos sino que, por el contrario, dicha supremacía debe venir de forma conjunta con el cumplimiento de los fines y las responsabilidades del Estado, y por consiguiente con el constante respeto a los derechos, libertades, bienes e intereses de los ciudadanos.

Es bajo esta perspectiva que dicho cuerpo colegiado ha estudiado el fenómeno del daño causado por la ocurrencia del conflicto armado interno en Colombia, a partir de la afectación que los eventos propios de la confrontación, como los daños causados por los ataques terroristas y las víctimas colaterales de los enfrentamientos entre los diversos actores de dicho conflicto, generan sobre la población civil, aunque los mismos no puedan ser atribuidos de forma directa al Estado. Sin embargo, y tal como señala Ruiz (2008), los diversos fallos del Consejo de Estado sobre este tema en particular no tienen un criterio claramente unificado, y frente a situaciones similares han tenido pronunciamientos muy diferenciados.

A pesar de esto último, resulta posible establecer ciertos criterios básicos dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado. En primer lugar, dicho cuerpo colegiado ha señalado que, dentro del escenario del conflicto, pueden tener lugar eventos particulares, como ataques armados o atentados terroristas, que si bien no son perpetrados por el Estado, sino por un tercero,

pueden llegar a generar responsabilidad estatal, aunque en apariencia inicial no pueda establecerse un vínculo directo entre el daño soportado por la población afectada y el accionar o la omisión de los agentes (Consejo de Estado, 2000).

Esta instauración de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos atribuibles a terceros obedece, a juicio del cuerpo colegiado, a dos criterios particulares. El primero de ellos es la teoría del riesgo excepcional, en la cual el accionar del Estado lleva a que se generen situaciones de riesgo incrementado para la población, como podría ser el caso del movimiento o ubicación de tropas o bases militares en áreas altamente pobladas (Consejo de Estado, 2001). A juicio del Consejo de Estado, la población no está legalmente obligada a soportar este riesgo aumentado generado por el Estado, y en esta medida se genera la responsabilidad patrimonial.

El otro factor generador de responsabilidad en estos casos corresponde a la falla en el servicio, que corresponde a la falta de diligencia en el cumplimiento del deber estatal de garantizar la seguridad y el bienestar de los habitantes (Consejo de Estado, 2002). Este último, sin embargo, no se aplica en totalidad de eventos en la que la población se ve afectada por los actos de los grupos armados, ya que, tal como menciona el Consejo el estado no es omnisciente ni omnipresente, y por consiguiente no puede prever ni evitar la totalidad de los ataques, sino que sólo toma lugar en aquellos casos donde el riesgo ha sido evidenciado de forma previa, mediante un hecho o amenaza lo suficientemente tangible, frente al cual las autoridades correspondientes hayan hecho caso omiso.

De manera adicional, y en el caso particular del secuestro, el Consejo de Estado (2016) ha señalado que dicho delito representa una vulneración grave contra múltiples derechos y garantías fundamentales del secuestrado, más allá de la simple privación de la libertad, y entre los cuales se incluyen la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la protección contra los tratos crueles e inhumanos, entre muchos otros de gran importancia. Y por consiguiente, en razón de dicha gravedad, el juez encargado de determinar la responsabilidad patrimonial en un caso de secuestro debe estar especialmente atento a la materialización de las mencionadas

causales del riesgo excepcional y de la falla del servicio, pero sin limitarse únicamente a las mismas, sino que debe estar abierto a evaluar y sopesar cualquier otra causal que permita hacer la atribución en el caso particular.

Queda de todo lo anterior patente que, a la luz de la normativa general colombiana, y en particular de la teoría de la responsabilidad estatal que ha sido planteada por el Consejo de Estado y refrendada por la Corte Constitucional, si bien no se puede predicar que exista de manera generalizada una responsabilidad patrimonial del Estado en todo caso de secuestro a manos de grupos insurgentes o ilegales, tal posibilidad debe ser siempre contemplada por el juez encargado de hacer la valoración jurídica del caso, quien debe estar atento al surgimiento de cualquier causal que permita señalar la existencia de dicha responsabilidad estatal, como pueden ser el riesgo excepcional o la falla del servicio, pero sin limitarse a estas.

3.3. Responsabilidad del Estado por el secuestro en el marco de los acuerdo de paz.

Los acuerdos de paz que tienen lugar en la Habana, al estar sometidos a un carácter excepcional fruto de los mecanismos especiales utilizados para adelantar el dialogo y llegar propiciar el desarme, generan un marco jurídico igualmente excepcional, que debe ser aplicado a las conductas y eventos cubiertos por el acuerdo. En esta medida, resulta primero necesario recurrir a la revisión de los contenidos generales de la justicia transicional, estrategia que da soporte a la negociación y a los acuerdos conseguidos, para luego revisar de forma particular el texto de los acuerdos que ha sido presentado de forma final, haciendo igualmente una pequeña revisión del contenido de la Ley Víctimas, que servirá también como un soporte complementario para los acuerdos.

3.3.1. Responsabilidad del Estado en la justicia transicional

Respecto a los contenidos de la justicia transicional, en primer lugar resulta necesario señalar que la misma no puede ser vista como un tipo especial de justicia, o como una construcción estricta o formal, sino que el término debe ser entendido como un conjunto especial de medidas sociales, judiciales y políticas encaminados a poner fin a una situación particulares de conflicto que genera violaciones masivas de los derechos humanos (ICTJ, 2014), y por consiguiente debe adaptarse a las situaciones y condiciones propias de cada conflicto, lo que obliga a su flexibilidad y a su aplicación contextualizada.

Sobre este particular Teitel (2000) añade que, además de la mencionada terminación de las hostilidades armadas y de las afectaciones a los derechos humanos, la Justicia Transicional tiene como objetivo que tales eventos no vuelvan a repetirse, por lo cual es necesario reparar igualmente el tejido social, que se ha visto afectado por lo ocurrido, y establecer herramientas que permitan la reincorporación a la vida civil de los actores del conflicto que se someten a dicha estrategia de terminación, lo que conlleva a que más que una herramienta de tipo judicial o político, la justicia transicional deba ser vista como una estrategia de carácter social, aunque contenga elementos de los aspectos mencionados.

Uno de los puntos más cruciales para que esta reparación del tejido social, y por consiguiente vital para la verdadera eficacia de las estrategias de justicia transicional, es el aspecto relacionado con los derechos de las víctimas: verdad, justicia y reparación, que deben ser satisfechos a cabalidad para que la estrategia de justicia transicional planteada sea considerada efectiva a nivel internacional, y no se convierta simplemente en un indulto o amnistía generador de impunidad (Abuchaive, 2012), donde el derecho a la verdad hace referencia al conocimiento pleno de los hechos violentos y de las violaciones de derechos humanos que han tenido lugar al interior del conflicto, mientras que el derecho a la justicia tiene que ver con la asignación individual de responsabilidades por los sucesos acontecidos.

Por su parte el tercer derecho, el derecho a la reparación integral, este abarca una amplia serie de medidas de carácter moral, social y patrimonial, que buscan compensar a las víctimas del conflicto por los daños que recibieron en razón del enfrentamiento armado, al tiempo en que se les ayuda a recuperar el nivel de bienestar que tenían antes del mismo (ICTJ, 2014). Esto incluye medidas materiales tan variadas como el pago de dineros, la restitución de terrenos, la prestación de servicios médicos y psicológicos, al igual que la realización de actos simbólicos, como la petición de disculpas públicas por parte de los actores del conflicto y la instauración de monumentos en honor a las víctimas. Todo esto encaminado a que estas últimas sientan que se les restablecen sus derechos humanos y se les repara el daño sufrido.

Sobre este particular Lozano (ICTJ, 2012), señala que la reparación de las víctimas implica el reconocimiento obligatorio de la responsabilidad estatal por parte de las autoridades judiciales y administrativas competentes, y que dicha declaratoria se convierte tanto en una fuente de satisfacción para las víctimas, ya que reconoce la responsabilidad del Estado por su participación en los sucedido, como en una garantía de reparación, donde la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos al interior del territorio, se convierte en una fuente directa de la obligación de reparar a las víctimas.

Queda entonces patente que, dentro de un proceso de justicia transicional, si bien el Estado no es el único responsable de la reparación de las víctimas, ya que es también necesario que los otros actores del conflicto contribuyan de forma activa para que la reparación integral tenga lugar, si se convierte en el principal garante de que dicho proceso de reparación tenga lugar, al ser partícipe directo de la responsabilidad de lo sucedido, y contar recursos económicos y de infraestructura que le permiten poner en marcha el proceso de reparación de las víctimas.

Sobre esto añade Lozano (ICTJ, 2012) que, por lo mencionado, el proceso de reparación de víctimas termina en la práctica por ser asumido de forma principal y casi total por el Estado, recayendo sobre los dineros públicos. En esta medida, si bien es cierto que imponer sobre el Estado la totalidad de la carga monetaria de la reparación puede resultar desproporcionado e

incluso injusto, ya que los otros actores del conflicto que se acogieron a la justicia transicional evaden parte de sus responsabilidades al no suministrar recursos económicos que posibiliten la reparación, esto no impide que las víctimas tengan pleno derecho de reclamar frente al Estado los diferentes aspectos de su reparación integral. Esto se hace especialmente válido en la etapa del posconflicto, donde la desintegración de los grupos armados no deja nadie más frente a quien se pueda reclamar.

Así, en el caso particular de las víctimas del secuestro, cuando dicha privación ilegal de la libertad ha sido realizado por uno de los actores del conflicto que se acogen a la estrategia de justicia transicional, el secuestrado toma la calidad de víctima del conflicto armado, y por consiguiente puede recurrir a los mecanismos estatales establecidos para que se le reconozca como tal, y en consecuencia se le proceda a la satisfacción de los derechos que tal categoría le confiere, incluida la reparación integral.

3.3.2. La Ley de Víctimas

A raíz del proceso de desmovilización de los grupos paramilitares colombianos, que tuvo lugar entre 2003 y 2006 bajo la figura de la justicia transicional mediante la Ley de Justicia y Paz, se generó un amplio grupo de víctimas de dichos grupos ilegales que reclamaron frente al Estado su reparación integral, en cumplimiento de lo contenido en los acuerdos que permitieron dicha desmovilización. La falta de cumplimiento con aspectos cruciales como la reparación económica y la restitución de tierras, llevo a que en 2011 el Congreso de la República emitiera la Ley 1448 de 2011, también conocida como Ley de Víctimas, encaminada a garantizar la atención, asistencia y reparación de las víctimas del conflicto armado interno.

Esta norma, que se sustenta en la figura de la justicia transicional, otorga la categoría de víctima del conflicto armado interno a todas las personas que, en forma individual o colectiva, hayan sufrido un daño por hechos que hayan tenido lugar dentro de dicho conflicto y que

representen infracciones al Derecho Internacional Humanitario, o vulneraciones graves y manifiestas a los Derechos Humanos. Al tiempo en que se extiende dicha categoría de víctima no sólo a aquellos que hayan sido agredidos o afectados de forma directa, sino además a los familiares cercanos y a la pareja de la víctima directa, cuando esta última haya sido desaparecida o se le ha dado muerte.

De igual forma la Ley de Víctimas pone en cabeza del Estado tanto la atención inmediata a las víctimas del conflicto, mediante su asistencia humanitaria mientras se encuentren en condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, como la responsabilidad por la reparación integral del general de las víctimas del conflicto interno, para lo cual es necesario que el Estado colombiano establezca un plan nacional de atención y reparación a las víctimas, que debe incluir una garantía de restitución, es decir, la obligación del Estado de regresar a las víctimas a su lugar de origen y de restituirles los bienes inmuebles que hayan perdido en razón del conflicto, y en caso de que esto no sea posible compensarlos económicamente por sus pérdidas.

Es necesario señalar, en este apartado, que la luz de la Ley 1448 de 2011 la restitución de tierras se convierte en uno de los aspectos primordiales dentro de la reparación de las víctimas del conflicto, lo que obliga al Estado a plantear estrategias activas, que incluyen la toma de medidas judiciales y administrativas, encaminadas a garantizar dicha restitución, al igual que disponer los recursos económicos necesarios para poner en marcha tales estrategias.

Queda entonces, a la luz de esta norma, ya no siendo necesario establecer en proceso judicial frente a autoridad administrativa que determine la responsabilidad del Estado por alguna de las causales originalmente señaladas, sino que basta para el reclamante con poder demostrar su condición de víctima, dentro de los parámetros establecidos por la norma, para que proceda su proceso de reparación y restitución, lo que incluye a las víctimas del secuestro. Esto, si bien agiliza en gran medida el proceso para los reclamantes y evita el desgaste excesivo de la autoridad jurisdiccional, también da lugar a que se incremente en gran medida el número de reclamantes, lo que, sin dejar de ser justo, se convierte en una gran carga económica para el

gobierno colombiano, que debe buscar de forma constante mecanismos para financiar la reparación integral.

3.3.3. Los acuerdos de la Habana

Por último, es necesario revisar el texto mismo de los acuerdos entre el Gobierno nacional y las FARC, es su referente a las víctimas del conflicto armado, tal como ha sido publicado por la Mesa de Conversaciones de la Habana (2015), para determinar los requisitos necesarios para la declaración de víctimas y la responsabilidad del Estado frente a las mismas. En este sentido, las partes han llegado a un acuerdo primordial que incluye una serie de aspectos fundamentales:

Tabla 01

Principios fundamentales del acuerdo frente a las víctimas.

Principio	Contenido
Reconocimiento de las víctimas.	Las partes quedan en obligación de reconocer a la totalidad de las víctimas del conflicto, no sólo en su condición de víctimas del conflicto armado, sino además como ciudadanos y sujetos de derechos.
Reconocimiento de la responsabilidad.	Las partes no pueden ignorar su responsabilidad frente las víctimas, sino que deben aceptarla, para evitar la impunidad.
Satisfacción de los derechos de las víctimas.	Es necesario satisfacer de forma plena los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.
Participación de las víctimas.	Las víctimas deben ser incluidas de manera activa en las conversaciones que tienen lugar en

	la Habana.
Reparación de las víctimas.	Se reparará de forma integral a las víctimas del conflicto armado, buscando la que sean resarcidas de forma plena por los daños que dicho conflicto les ocasionó, y que se restablezcan en la totalidad los derechos de los afectados.
Garantía de protección y seguridad.	Durante el proceso, y de forma posterior a él, deberá garantizarse la seguridad de las víctimas.

Fuente: elaboración personal en base a Mesa de Conversaciones (2015).

Se evidencia entonces un carácter conjunto y compartido, por parte del Estado y de las FARC, en lo referente al reconocimiento y la reparación de las víctimas del conflicto armado, en una responsabilidad que si bien debe ser individualizada en pro del derecho a la verdad, es compartida a la hora de la reparación integral. Esto implica que si bien ambas partes se comprometen a aportar recursos para que el proceso de reparación tenga lugar, el mismo no será hecho a prorrata, sino que puede exigirse el cumplimiento pleno de la responsabilidad de cualquier de las partes.

Esto, de forma evidente, lleva a la instauración del Estado como principal responsable frente a la población, ya que con posterioridad a la firma de los acuerdos las FARC se disolverían como grupo armado, y la mayor parte de sus integrantes simplemente se reincorporarían a la vida civil. Lo que generaría una situación similar a la que tuvo lugar con la desmovilización de los paramilitares, donde la mayor parte de la responsabilidad económica para la reparación de las víctimas ha tenido que ser aceptada por el Estado, ya que los bienes aportados por los paramilitares desmovilizados fueron muy inferiores, por un amplio margen, al capital total necesario para la reparación de sus víctimas.

Esto se vería agravado por la actitud de las FARC, quienes de forma pública han señalado no contar con grandes recursos económicos, ni con capitales guardados (BBC Mundo, 2015), lo que ha suscitado amplias críticas contra dicho grupo armado y contra el mismo proceso de paz, al considerar que se pretende incumplir el compromiso con las víctimas por parte de los miembros de dicho grupo insurgente, dejando por completo la responsabilidad de la reparación al Estado colombiano.

A nivel particular de la responsabilidad del Estado frente a los secuestrados por las FARC, se cumplen igualmente los postulados mencionados para la generalidad de la justicia transicional, y que conllevan a la importancia del reconocimiento de la condición de víctima, como principal requisito para solicitar la reparación integral. En esta medida, una vez otorgada esa condición de víctima del conflicto a alguien que haya padecido un secuestro (o a sus familiares cercanos en caso de que el secuestrado haya sido desaparecido o haya muerto), no será necesario demostrar o declarar de forma judicial la responsabilidad directa o indirecta del Estado por el secuestro, para que la víctima pueda reclamar el cumplimiento de sus derechos por parte este último.

De lo revisado hasta el momento puede señalarse entonces, que dentro del ordenamiento legal colombiano resulta necesaria la configuración por vía judicial y/o administrativa de la responsabilidad estatal para que pueda reclamarse al Estado el pago de los daños correspondientes, y que tal declaración deberá acogerse a los preceptos constitucionales y jurisprudenciales establecidos en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado. Lo que implica que cada caso debe ser analizado de forma separada e individual, de acuerdo a los parámetros planteados por el Consejo de Estado.

Esto resulta igualmente válido para los daños ocasionados en razón del conflicto que, si bien todavía no tienen unos parámetros claramente delimitados por la jurisprudencia de las altas cortes, si han llegado a ser reconocidos por el Consejo de Estado, en virtud de causales especiales como el riesgo excepcional o la falla en el servicio, aunque sin limitarse sólo a estas

dos. Esto resulta igualmente aplicable al delito de secuestro, cuando el mismo puede ser visto como un daño surgido a partir del conflicto interno.

Sin embargo, la anterior no resulta procedente en el marco de la justicia transicional, que, al buscar garantizar la reparación del tejido social y el restablecimiento de los derechos de las víctimas del conflicto, busca plantear mecanismos y estrategias a favor de las víctimas en las cuales, a partir del reconocimiento de dicha condición, surjan una serie de obligaciones directas para el Estado, encaminadas a garantizar los derechos de las víctimas y a propiciar su reparación integral. Es decir, dentro de este esquema ya no es necesaria la declaración individual y particular de la responsabilidad estatal frente a la vulneración de los derechos de cada uno de los afectados, sino que basta con que se pueda demostrar la condición de víctima del conflicto armado del individuo para que sea necesaria su protección y se garanticen sus derechos, incluida su reparación.

Este es el esquema que ha sido acogido dentro de los diversos instrumentos de justicia transicional que se han implementado en Colombia durante las dos últimas décadas, a partir del proceso de desmovilización de los grupos paramilitares y que, en la práctica, ha llevado a que el Estado asuma tanto la responsabilidad como el costo casi completo por el proceso de reparación de las víctimas, tal como la Ley de Víctimas de 2011 pone en evidencia. De esta forma para la víctima de secuestro basta demostrar que dicha conducta punible tuvo lugar como parte del conflicto armado, por ejemplo, al ser perpetrada por uno de los grupos insurgentes, para que sea reconocida en su condición de víctima del conflicto interno, y deba ser reparada por el Estado.

Esta es la problemática que parecer surgir, una vez más, en los acuerdos de paz realizados entre el Gobierno nacional y las FARC en la Mesa de la Habana, que también se circunscriben al marco de la justicia transicional. Dada que la responsabilidad por la reparación de las víctimas puede ser exigida de forma plena al Estado colombiano, y en razón de la actitud de las FARC de negarse a aportar grandes sumas de dinero para reparar a las víctimas, parece muy posible que tal responsabilidad patrimonial termine recayendo de forma mayoritaria sobre el dinero público, tal

como sucedió en el proceso anterior con los paramilitares. Lo que, en el caso del secuestro, cuenta con el agravante de que las FARC se han instaurado como el principal perpetrador del dicho delito al interior del país.

CONCLUSIONES

Tras haber agotado el camino argumentativo propuesto pueden identificarse las siguientes conclusiones definitivas:

Como conclusión general y antes de entrar en las conclusiones subsiguientes a que ha dado lugar la investigación que culminó con la escritura de esta tesis, debe resaltarse que exista una ausencia de políticas públicas en materia de secuestro, tanto en materia de planes de desarrollo como de política criminal. Se debe reconocer la realidad del país, y como consecuencia de ello se deben buscar soluciones desde el diseño y la implementación de las políticas públicas, y que estas tengan consecuencias en el ordenamiento jurídico. En otras palabras, que las políticas públicas sobre secuestro se normativicen, por ejemplo a través de los planes de desarrollo, para dar solución con el derecho a las problemáticas sociales como la violencia, y el secuestro, una de sus consecuencias. Las políticas públicas, y algunas de ellas contenidas en normas jurídicas, deben ser la respuesta institucional a los problemas sociales que constituyeron el objeto de la investigación.

Una vez evacuada la que hemos denominado Conclusión General, es oportuno adentrarnos en algunas conclusiones adicionales:

1. Es evidente que la historia del Estado social de derecho es un presupuesto imprescindible si se quiere entender el contenido teórico del concepto de libertad, en la

medida en que sus fundamentos conceptuales hayan su origen lógico e histórico en los procesos que dieron lugar a esa forma de Estado. En definitiva, en cualquier ámbito académico en el que se quiera abordar problemas como los derechos fundamentales, los derechos sociales, el papel del Estado en relación con los ciudadanos, la intervención en la economía, la seguridad social, entre muchos otros, la historia del Estado social de derecho es el componente teórico necesario para colmar de sentido el concepto de Estado social de derecho, que a su vez constituye el fundamento último, teórico y conceptual, para abordar esos y otros temas.

Aún cuando algunos han subrayado que existe una contradicción entre la cláusula de Estado Social de Derecho, y el concepto de libertad, la forma en la que los dos conceptos han evolucionado ha llevado a que la aparente contradicción desaparezca. Los conceptos de libertad positiva y libertad negativa, y el papel que el Estado asume en tanto Social y de Derecho, son fundamentales y están encadenado; no se pueden entender el uno sin el otro. La actitud positiva del Estado injiriendo en algunas esferas del ciudadano sería incomprensible sin la lógica de la libertad positiva, como se entendió después de Berlin (COSER, 2014), solo la libertad positiva como la búsqueda de un bien mayor justifica estas pequeñas cesiones de libertad. La contracara de esta realidad, es que el respeto de la libertad de empresa y las demás libertades económicas podría parecer incompatible con la labor de lograr justicia social, si no se tuviera en consideración la faceta de la libertad negativa dentro del Estado Social y de Derecho, como un ámbito reservado a la injerencia del Estado.

2. La segunda conclusión que puede identificarse es que el Estado social de derecho, apreciado ya no en su dimensión histórica sino puramente conceptual, constituye una reinterpretación en clave pragmática de los principios filosóficos sentados por las revoluciones liberales. En otras palabras, el mérito de esta nueva forma de Estado no radica tanto en la propuesta de nuevos fundamentos axiológicos, aunque también lo haga, sino en la reinterpretación de los antiguos preceptos que los filósofos de la ilustración legaron: así, se tiene que la igualdad adquiere una dimensión mucho más práctica en el contexto del Estado social, ya que se pretende dar a ese principio un alcance material, es decir, un alcance que trascienda la mera declaración codificada de derechos y llegue a permear la esfera de la realidad. Por su parte, la libertad deja de estar codificada llanamente como un mecanismo de defensa del individuo frente al Estado, y pasa a ser un elemento dinámico con dos facetas que componen “su concepto único”; situación que se contrapone a la lógica del Estado liberal de Derecho en donde había “dos conceptos de libertad”.
3. En esa medida, se entiende que la noción de principio tiene un valor inestimable en el ámbito del Estado social de derecho, toda vez que su existencia permite garantizar en mayor medida el amplio catálogo de derechos con el cual está comprometido. Es importante en este punto llamar la atención sobre la teoría de Robert Alexy, a la luz de la cual se concluye que el concepto de norma puede ser objeto de clasificación, identificando entonces entre reglas y principios, y a partir de la cual se entiende que la

diferencia entre una y otra categoría radica en los juicios de eficacia que se admiten en cada caso: mientras que las reglas son normas de estructura hermenéutica cerrada que se cumplen o no, los principios constituyen normas de estructura interpretativa abierta, que se cumplen en la mayor medida de lo fáctica y jurídicamente posible.

4. Es de resaltar que el papel del Estado dentro de un modelo social de derecho implica un rol activo en la garantía de los principios y preceptos constitucionales, y en lo que tiene que ver con el secuestro son tres los principios que iluminan la actuación estatal: la libertad, concebida filosófica y jurídicamente como la posibilidad de organizar autónomamente la propia conducta y como la posibilidad humana de ser un fin en sí mismo, entendida como facultad individual que debe ser protegida por el Estado antes y después de la vulneración y asumida como coordinada de actuación para el sujeto estatal; la seguridad, concebida como la confianza que el asociado deposita justificadamente en el Estado de que sus derechos y las situaciones en que se encuentra no van a sufrir alteraciones dañosas, graves y repentinas de manera injustificada; la proporcionalidad, entendida como la debida medida que los actos del poder deben observar cuando quiera que impliquen injerencias y limitaciones a las garantías fundamentales contenidas en la Constitución.
5. Puede derivarse del análisis plasmado en esta investigación que la construcción teórica de la política pública tuvo como antecedentes la burocracia hegeliano-weberiana, la teoría de las organizaciones, y el *management* público.

6. Por razones metodológicas y teóricas las políticas públicas en materia de secuestro que deben estudiarse enfáticamente son las contenidas en los planes nacionales de desarrollo: metodológicamente, extravasa con creces las posibilidades de análisis de este trabajo de investigación el pretender estudiar todas las políticas públicas que se trazan en materia de secuestro en Colombia, ya que son demasiadas; teóricamente, la materia del secuestro es, por su naturaleza y su contexto en Colombia, un asunto de seguridad ciudadana de los habitantes de todo el territorio nacional, y, por ende, se trata de un asunto de seguridad nacional, por lo que se deduce que las políticas públicas referentes a ese flagelo se proyectan en el orden nacional

7. Debe tenerse en consideración la existencia de varios métodos de análisis de políticas públicas. Nos referimos específicamente al modelo secuencial, a los enfoques racional, de redes, de *advocacy coalitions*, y a los constructivistas y cognitivistas. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que ninguno de ellos, por las razones explicadas en el desarrollo del capítulo respectivo, constituye un método de análisis de políticas públicas de aplicación lógica en contextos jurídicos, por lo que es necesario aplicar un método analítico nuevo: en la medida en que el objeto de análisis es la política pública plasmada en los planes nacionales de desarrollo, que son leyes, el método indicado no puede prescindir de la lógica hermenéutica tradicional que ha empleado la ciencia jurídica a la hora de estudiar normas. No obstante, tampoco puede quedarse allí: el método propuesto, y expuesto en el capítulo correspondiente, utiliza herramientas interpretativas clásicas, pero tiene en cuenta la axiomática constitucional estudiada en la primera parte, particularmente la

contemplación de los principios como normas jurídicas, y la cláusula de Estado social de derecho contenida en la Carta fundamental.

8. El resultado descriptivo contenido en el capítulo correspondiente al recuento de las políticas públicas positivizadas en los planes nacionales de desarrollo durante los últimos cinco períodos presidenciales: el tratamiento del flagelo del secuestro no ha sido unitario y uniforme a lo largo de la historia del conflicto colombiano. Lo anterior es absolutamente explicable si se parte de la premisa de que los planes de desarrollo constituyen la cristalización de los planes de gobierno de los candidatos electos y en esa medida, es obvio que la política pública diseñada e implementada varía en función del Gobierno de turno. Sobre esa base, debe señalarse que la política pública en materia de secuestro ha sido muchas veces instrumentalizada por los presidentes como mecanismo de campaña antes de su elección y como medida demagógica una vez electos; además, dicha política pública ha estado determinada muchas veces, en su orientación e intensidad, por las políticas generales de los Gobiernos de cara al conflicto.
9. En lo referente a la política criminal contra el secuestro, si bien la política criminal es la política pública que, por definición, está llamada hacer frente de forma directa a las conductas punibles, el tratamiento que se ha dado a la política criminal en Colombia ha sido ampliamente insatisfactorio, limitándola a la realización de reformas coyunturales destinadas a aplacar a la opinión pública, y limitadas al incremento de los tipos punibles y de las penas asignadas, sin que se hayan planteado hasta el momento estrategias a

mediano o a largo plazo para afrontar el problema, ni se hayan hecho estudios científicos encaminados a determinar las herramientas o estrategias óptimas para dar una solución de fondo al flagelo del secuestro.

10. En noveno lugar, la Justicia Transicional se convierte en un marco de excepción para el accionar judicial y administrativo de la nación, en la medida en que las autoridades jurisdiccionales designadas deben acogerse a los contenidos de los acuerdos, por encima de la legislación nacional. En este aspecto, y con referencia a la declaración de la responsabilidad del Estado y a su correspondiente pago patrimonial, en el marco de la justicia transicional no se busca el cumplimiento estricto de la teoría de la responsabilidad estatal (daño, accionar público y nexo causal), sin que la misma gira en torno a la declaración de la condición de víctima del conflicto armado.
11. Una vez adquirida la condición de víctima, mediante los mecanismos establecidos en la estrategia de justicia transicional y la constatación de la autoridad para ello establecida, basta dicha declaratoria para que el afectado pueda acudir al Estado a solicitar la protección de sus derechos y su reparación integral. Esto se aplica para cualquier conducta violatoria de derechos humanos que haya tenido lugar al interior del conflicto armado, incluido el secuestro.
12. Lo anterior lleva que, si bien las estrategias de justicia transicional incluyan siempre mediadas destinadas para que los grupos ilegales desmovilizados aporten bienes y capital encaminados a la reparación de las víctimas, en la práctica la responsabilidad de

dicho proceso, y su soporte mayor presupuestal, se convierta en una responsabilidad estatal, que este no puede ignorar por no haber recibido de los primeros dineros suficientes, viéndose en la necesidad de recurrir a dineros públicos para cumplir con los compromisos adquiridos.

13. Este, que ya fue el escenario que se materializó durante la desmovilización de los grupos paramilitares, parece ser nuevamente el riesgo a asumir en el proceso de desmovilización de las FARC, lo que obliga de antemano a pensar en las fuentes de capital para cumplir con la reparación de las víctimas y los compromisos del posconflicto.
14. En el caso del secuestro, y al ser las FARC el principal perpetrador de dicho tipo penal al interior del país, con más de 9000 casos registrados, el asumir la carga de la responsabilidad por los mismos, como hechos del conflicto, y con ellos los compromisos de reparación de las víctimas, puede convertirse para el Estado colombiano en una enorme inversión, que necesitaría de un capital cuyo origen todavía no es claro.

Bibliografía

- ABUCHAIBE, H. (2012). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la justicia transicional en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ALEXY, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 83. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BERLIN, I. (1958). *Two Concepts of Liberty*. Oxford, Inglaterra: Oxford Press.
- BERNAL PULIDO, C. (2005). *El Derecho de los derechos*. 67. Universidad Externado de Colombia.
- Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia
- Centro Nacional de Memoria Histórica – CNMH. (2013). *Una Verdad Secuestrada: 40 años de estadísticas del secuestro en Colombia*. Recuperado de: http://www.cifrasconceptos.com/secuestro/presentacion_reportes.php (consultado el 18 de agosto de 2016).
- Centro Nacional de Memoria Histórica – CNMH. (2014). *Una Sociedad Secuestrada – Informe del Centro Nacional de Memoria Histórica*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- CHEVALLIER, J. (2011). *El estado posmoderno*. 126-127. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (14 de Octubre de 1993). *Informe 2º de la situación de derechos humanos en Colombia*.
- Consejo de Estado de Colombia. (2000). *Sentencia 8490 de 27 de Enero de 2000*. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo.
- Consejo de Estado de Colombia. (2001). *Sentencia 4398 de 20 de septiembre de 2001*. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández.

Consejo de Estado de Colombia. (2002). *Sentencia 3251 de 2 de mayo de 2002*. Consejero Ponente: María Elena Giraldo.

Consejo de Estado de Colombia. (2016). *Sentencia de 25 de febrero de 2016. Referencia Expediente: 34.791*. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio.

Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002. (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 1994. (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001. (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 1997. (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2010. (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 2003. (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia C-542 de 1993. (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 1995. (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia C-581 de 2001. (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia SU-014 de 2001. (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia T-1216 de 2005. (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia T-502 de 2002. (s.f.).

Corte Constitucional Colombiana. (2011). *Sentencia C- 644 de 2011*. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

COSER, I. (2014). The Concept of Liberty: the Polemic between the Neo-Republicans and Isaiah Berlin. *Brazilian Political Science Review*, 8(3), 39-65.

CUERVO RESTREPO, J. (2007). Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuestos teóricos de las políticas públicas en

función de su aplicación a la gestión pública colombiana). *Ensayos sobre políticas públicas*.(82), 67-95. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Defensoría del Pueblo de Colombia. (2013). *La política criminal y penitenciaria del Estado Colombiano*. Recuperado de:

http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/04/documento_09_sep_2013.pdf (consultado el 04 de febrero de 2017).

El Tiempo. (2016, 22 de junio). Delegaciones de paz acordaron cese del fuego bilateral y definitivo. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/gobierno-y-farc-logran-acuerdo-sobre-fin-del-conflicto/16626821> (consultado el 18 de agosto de 2016).

ESGUERRA, J. (2005). La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional. Recuperado de: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/34.pdf> (consultado el 18 de agosto de 2016).

GOMEZ ISAZA, M. C. (2006). *La historia del Estado Social del Derecho*. Estudios de Derecho, 63 (141).

HEGEL, G. (1993). *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. 679. Madrid: Editorial Libertarias/ Prodhufi.

HERNANDEZ BECERRA, A. (1997). *Las Ideas Políticas en la Historia*. . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

HERNANDEZ, G. (1999). <http://res.uniandes.edu.co/view.php/100/index.php?id=100>. (R. d. Andes, Editor)

HURTADO, M. (Abril de 2006). PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN COLOMBIA: EL FRENTE NACIONAL DE 1957 Y LA CONSTITUYENTE DE 1991. *Revista de Estudios Sociales*(23), 97-104.

International Center for Transitional Justice – ICTJ. (2014). ¿Qué es la Justicia Transicional? Recuperado de: <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional> (consultado el 18 de agosto de 2016)

International Center for Transitional Justice – ICTJ. (2012). Las víctimas: reparación administrativa y reparación judicial deben ir juntas. Recuperado de: <https://www.ictj.org/es/news/las-victimas-reparacion-administrativa-y-judicial-deben-ir-juntas> (consultado el 18 de agosto de 2016)

HERRERA, W. (1996). La Responsabilidad Patrimonial del Estado por secuestro con consecuencias mortales. En: *Revista de Derecho de la Universidad del Norte 1* (6), pp. 71-85.

LASSWELL, H. (1971). El futuro de la Ciencia Política. *Colección de ciencias sociales, serie de ciencia política*. Madrid: Tecnos.

Mesa de Conversaciones de la Habana. (2015). *Borrador Conjunto del 15 de diciembre de 2015: acuerdo sobre las víctimas*. Recuperado de: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/borrador-conjunto-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto-1450190262.pdf> (consultado el 19 de agosto de 2016).

MULLER, P. (2006). Las políticas Públicas. 45. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

PASSERIN D'ENTREVÈS, A. (2001). La noción de Estado: una introducción a la teoría política. 239. Ariel.

Plan nacional de desarrollo período 1994-1998 “El salto social”. Ley 188 de 1995. . (s.f.). Obtenido de http://juriscol.banrep.gov.co/contenidos.dll/Normas/Leyes/1995/ley_188_1995.

Plan nacional de desarrollo período 1998-2002 “Cambio para construir la paz”. Ley 508 de 1999. . (s.f.). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=184>.

Plan nacional de desarrollo período 2002-2004 “Hacia un estado comunitario”. Ley 812 de 2003. (s.f.). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8795>.

Plan nacional de desarrollo período 2006-2010 “Estado comunitario: desarrollo para todos”. Ley 1151 de 2007. (s.f.). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25932>

RESTREPO, L. C. (1998). Paz y participación ciudadana: De la concertación civil al poder constituyente . *Revista de Estudios Sociales*, 37-40.

ROTH D, A. (2002). Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación. Bogotá: Aurora.

ROTH D, A. (2007). Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado. *Ensayos sobre políticas públicas*(38), 29-63. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

RUIZ, W. (2008, 1 de noviembre). Responsabilidad del Estado por actos terroristas. En: *Ámbito Jurídico* 11 (59).

TEITEL, R. (2000). *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.

TORRES FORERO, C. A. (2007). *De las Aulas a las Urnas. La Universidad del Rosario, La Séptima Papeleta, y la Constituyente de 1991*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad del Rosario.

Universidad de los Andes. (2011). *Comentarios sobre la Política Criminal en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes – Facultad de Derecho.

UPEGUI, J. (2009). Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. 15-45. Universidad Externado de Colombia.

WEBER, M. (1984). *Economía y Sociedad*. 178. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica.

LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO COLOMBIANO

SOBRE EL SECUESTRO

157