

DOCTRINA

LA REGLAMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Dr. RICARDO IGNACIO HOYOS DUQUE
Profesor instructor de la Universidad de Antioquia

Cursa actualmente en la Comisión primera de asuntos constitucionales del Senado un proyecto de ley presentado por el senador FEDERICO ESTRADA VELEZ, tendiente a reglamentar el art. 28 de la Const. Nal., empeño que ha contado con el apoyo del gobierno y ha sido recibido con beneplácito por la opinión pública, como que es bastante plausible el afán que lo inspira: precaver los excesos que al amparo de dicho artículo puedan cometerse, de acuerdo con experiencias de épocas anteriores.

Debió plantearse, sin embargo, una cuestión previa tanto a la presentación como a la discusión del mencionado proyecto: ¿está vigente el decreto 3642, dictado por el gobierno con igual propósito el 23 de diciembre de 1981? Para dar respuesta a este interrogante debemos estudiar la naturaleza jurídica de ese decreto.

Por medio del decreto 2761 de 1981, el presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales¹ integró una comisión con carácter transitorio, a fin de que explorara los caminos mejor indicados para fortalecer la paz pública y el orden social, con miras a facilitar las condiciones que hicieran posible la derogatoria de las medidas de excepción tomadas bajo la vigencia del estado de sitio. Esta comisión —que sesionaría bajo la dirección del expresidente CARLOS LLERAS RESTREPO, ya que la iniciativa de crearla partió de él— debía formular sus recomendaciones al jefe del ejecutivo nacional con carácter reservado.

La aplicación del art. 28 de la Constitución “fue el primer punto de que se ocupó la Comisión de Paz, por estimar que su reglamentación estaba íntimamente vinculada con el respeto de los *derechos humanos*”. Sugerí a la Co-

¹ Entre las que se cuenta el velar por el mantenimiento o conservación y restablecimiento del orden público (Const. Nal., art. 120, ord. 7°). Sobre las recientes interpretaciones jurisprudenciales de esa atribución puede verse la *doctrina de los reglamentos subsidiarios o supletorios de policía*, plasmada en sentencia del 21 de abril de 1982, con ponencia del magistrado MANUEL GAONA CRUZ, que señala cómo la función constitucional asignada allí al presidente “en su condición de jefe de Estado y suprema autoridad administrativa nacional, supone indeclinablemente la competencia o capacidad para poder desempeñarla y el obvio otorgamiento de la atribución reguladora de las actividades ciudadanas en materia de policía sobre aquello que no haya sido normado por ley”. Por su parte, los magistrados disidentes, en salvamento de voto, consignaron: “...es constitucionalmente imposible que puedan existir reglamentos constitucionales autónomos (sic) en relación con las libertades públicas, por cuanto la condición de validez constitucional de estos decretos son las *facultades o atribuciones explícitas o directas* que la Constitución le otorga al presidente de la República...” (subrayamos). Cfr. *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XI, núm. 127, julio de 1982, págs. 633 y 641.

² En efecto. Ya la comisión de la organización Amnistía Internacional, que visitó nuestro país entre los días 15 y 31 de enero de 1980, en el informe contentivo de las conclusiones y recomenda-

misión se preparara un *reglamento constitucional* tocante a la manera de aplicar el art. 28 de la Constitución. La Comisión de Paz ha juzgado unánimemente que el primer paso que debía adoptar era el redactar el *reglamento constitucional* que a nombre de ella me permito someter hoy a la consideración del gobierno" (sin subrayas en el original)³.

En acatamiento a esta recomendación, el gobierno nacional, invocando sus facultades constitucionales, puso en vigencia el mencionado proyecto con algunas modificaciones, por medio del decreto 3642 de 1981. ¿Qué incidencia tuvo el levantamiento del estado de sitio sobre esa reglamentación expedida por el gobierno? La respuesta es clara: ninguna. Una vez que se ha declarado restablecido el orden público dejan de regir tan solo los decretos que con carácter extraordinario se hayan dictado bajo su vigencia; y el decreto 3642, tal como fue concebido por sus gestores y desarrollado por el gobierno, es un *reglamento constitucional*, no un decreto de estado de sitio. De ahí que no compartamos lo afirmado por el expresidente LLERAS RESTREPO, en el sentido de que "al haber quedado sin vigencia (se refiere al decreto 3642) por virtud del levantamiento del estado de sitio, parece de toda conveniencia que su aplicación sea regulada por el Congreso"⁴, cuando él mismo había manifestado en la comunicación del 14 de diciembre de 1981, con la que remitió el proyecto discutido en el seno de la Comisión y cuyos apartes transcribimos antes, que este debía ser puesto en vigencia por medio de un *reglamento constitucional* o autónomo, esto es, aquel tipo de actos "que el presidente de la República puede dictar en virtud directa (sic) de la Constitución Nacional, sin que ellos estén ligados a la noción de crisis (serían las facultades del 121 y 122) ni a habilitación legislativa (art. 76, num. 12). Son *competencias conferidas directamente por la Constitución* y que este puede ejercer en todo tiempo independientemente del Congreso" (sin subrayas en el original)⁵.

Tradicionalmente dentro de este tipo de actos se había mencionado la *facultad* que consagra el inciso 2° del art. 28 de la Const. Nal., de tal manera que lo propio puede decirse de su reglamentación. Así, por lo demás, lo entendió el gobierno al expedir el mencionado decreto, en cuyos considerandos se lee: "...corresponde al presidente de la República dictar las normas necesarias para el cabal cumplimiento de las funciones que la propia Constitución le asigna".

ciones hechas al gobierno colombiano con relación a la serie de denuncias puestas en su conocimiento, así lo había señalado. Fundamentalmente se indicaba cómo la facultad de retención concedida por el art. 28 de la Constitución, de ninguna manera exceptuaba los derechos establecidos por el pacto internacional de derechos civiles y políticos —Convención Americana sobre Derechos Humanos— más conocida como "Pacto de San José de Costa Rica", firmado el 22 de noviembre de 1969; aprobado e incorporado a nuestro derecho interno por la ley 16 de 1972, en cuanto al derecho a no ser arrestado arbitrariamente sino de acuerdo con procedimientos establecidos en las leyes (art. 7°, num. 2 de dicha ley). Así mismo el derecho a ser informado, desde el momento mismo de la detención, sobre los motivos de la misma (art. 7° num. 4 *ibid*).

³ CARLOS LLERAS RESTREPO, "El curso de la amnistía y el logro de la paz". Revista *Nueva Frontera*, Bogotá, año VI (406): 8, noviembre 1 a 7 de 1982.

⁴ LLERAS RESTREPO, *op. cit.*, pág. 8.

⁵ LIBARDO RODRIGUEZ R., *Derecho administrativo* —general y colombiano—, Bogotá, Ed. Temis, 1981, pág. 252. EUSTORGIO SARRIA, en su artículo "Orden público sin estado de sitio" *El Espectador*, junio 29 de 1982, considera que el decreto 3642 es un *reglamento constitucional* o autónomo.

Si bien expresamente la Constitución no prevé en su art. 28 que para el ejercicio de la facultad allí contemplada sea preciso expedir una reglamentación, podría objetarse diciendo que el órgano competente para expedirla es el Congreso, comoquiera que es él quien posee la cláusula general de competencia —Const. Nal., art. 76—; lo cierto es que nos hallamos frente al hecho cumplido de que el ejecutivo expidió una reglamentación⁶ sin invocar para nada las facultades del estado de sitio y que, además, esa regulación no ha sido controvertida por el Consejo de Estado, que sería el organismo competente para emitir algún pronunciamiento sobre ese decreto, cuandoquiera que alguna persona así lo solicite (Const. Nal., art. 216).

En virtud de que los reglamentos constitucionales derivan directamente de la Constitución, no se dictan para ejecutar la ley y son actos independientes de esta, "—en el mundo jurídico se localizan en sectores donde no existe ley"⁷ de ahí que también se les conozca como reglamentos autónomos— y desaparecen de la vida jurídica cuando son derogados por otra norma de este tipo, o por una ley, a cuyo alcance se equiparan⁸.

La labor más indicada por parte del Congreso habría sido proponer una reforma constitucional con el objeto de suprimir los incisos primero y segundo del art. 28, consagratorios de una odiosa y anacrónica facultad⁹ que solo sirve para retener a los opositores políticos cuando se prevé la organización de actos de protesta. Porque aquí se presenta un gran absurdo: mientras para dic-

⁶ El punto no ha estado exento de polémica. Ya la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de octubre de 1936, rechazando la doctrina de las facultades implícitas o incidentales del ejecutivo —desarrollada por la Suprema Corte de Estados Unidos de América— porque significaba una grave amenaza para la libertad y agravio al principio de la separación de poderes consideró, sin embargo, que el presidente de la República podía reglamentar ciertas libertades públicas, particularmente la libertad de reunión (Const. Nal., art. 46), la libertad de industria y la libertad de profesión (art. 39), mientras que la reglamentación de otras libertades corresponde al Congreso". Cfr. LIBARDO RODRIGUEZ R., *Los actos del ejecutivo en el derecho colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1977, pág. 114. En el mismo sentido, el Consejo de Estado, sentencia del 24 de mayo de 1973, con ponencia de MIGUEL LLERAS PIZARRO, cuando al referirse a la *materia reglamentable* señala: c"...c) La Constitución, cuando el desarrollo de sus mandatos no ha sido expresamente reservado a la ley y mientras esta no lo haga". (Sin subrayas en el original). Cfr. JAIME VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo*, 6ª ed. actualizada, Bogotá, Talleres Gráficos Banco Popular, 1978, págs. 311 y 312. Véase, además, lo dicho en la nota 1.

⁷ VIDAL PERDOMO, *op. cit.*, pág. 317.

⁸ Existe una gran controversia sobre la naturaleza jurídica de los reglamentos constitucionales, surgida, más que todo, al aplicarse la atribución consagrada en el ord. 14 del art. 120 de la Constitución, que no es del caso entrar a detallar aquí. Por vía de información, señalemos que son dos las posiciones:

1ª) *Restictiva*. Estima que son actos simplemente administrativos. Sustentada principalmente por el Consejo de Estado. Doctrinariamente por HERNAN TORO AGUDELO, JAIME VIDAL PERDOMO y LIBARDO RODRIGUEZ. "...no son sustitutivos de la ley" (sentencias del 25 de agosto de 1976 y agosto 6 de 1981). Quiere decir, que ni derogan disposiciones legales ni impiden el ejercicio de la facultad legislativa sobre la materia, en el futuro, cuando lo considere oportuno y necesario, porque "las facultades que se derivan de esa competencia no pueden ser mayores que las del 121 o 122, 76 (11-12) y 80, donde el legislador puede ocuparse de la materia en todo caso. (Lo contrario) sería desvertebrar la doctrina política esencial que el constituyente plasmó en el art. 55 de la Const. Nal. (separación de poderes). Las excepciones a este principio deben serlo con una 'exactitud matemática'. La separación obra como garantía contra la arbitrariedad, esto es, el acto o proceder contra la ley, dictado por la sola voluntad o capricho (en sentido puro)". (Sentencia de octubre 6 de 1972).

2ª) *Amplia*. Reconoce a los decretos constitucionales un valor legislativo, que a su vez significa la inhabilidad del Congreso para regular sobre esos aspectos. Prohijada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de diciembre 15 de 1973 y doctrinariamente por ALFREDO CONSTAIN y CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA. Véase a MANUEL OSPINA ACOSTA y MA. HELENA O. DE OSPINA, *La intervención estatal en el sector financiero*, Bogotá, Legis Editores, S. A., 1980, págs. 63 a 66 y 80 a 89.

⁹ Formulada por demás de manera imprecisa "no define qué debe entenderse por "graves motivos", y, por consiguiente, deja su calificación al juicio más o menos sereno del gobierno; un go-

tar auto de detención se exige como presupuesto una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o (disyuntiva) un *indicio grave* de responsabilidad penal como autor o partícipe del hecho que se investiga (C. de P. P., art. 439), el art. 28 hace una exigencia mayor en el aspecto probatorio: se requiere de *graves indicios* —una pluralidad— que permitan inferir que se va a atentar contra la paz pública. Si lo que se pretende con esta figura es mantener fuera de circulación a los opositores políticos hasta por un término de diez días, y de esta manera dar al traste con los actos de oposición¹⁰, ese resultado bien puede lograrse con el procedimiento que de ordinario se sigue para las detenciones. Veamos:

—De conformidad con el art. 290 del C. de P. P. la policía judicial tiene un término hasta de 24 horas para poner al capturado, junto con las diligencias y el informe correspondiente, a disposición del juez.

—A partir de ese momento, el juez tiene un término hasta de 3 días para recibir indagatoria, término que se aumenta en otro tanto cuando los capturados son dos o más, es decir, 6 días (art. 434 *ibid.*). (No se olvide que los actos a que se refiere el art. 28, por lo general, son actos que comprometen a muchos).

—El término para definir la situación jurídica, decretando la detención preventiva en caso de hallarse mérito para ello u ordenando la libertad inmediata, es hasta de cinco días (art. 437 *ibid.*). Ello significa que una retención ordenada en estas condiciones puede durar cuando menos nueve días y cuando más 15. Por eso, la figura de la retención no se justifica en un Estado de derecho, a menos que se quiera prolongar en el tiempo una facultad cuyos antecedentes se remontan a la época del Estado monárquico o de policía¹¹, es decir, el Estado arbitrario, entendiendo esta expresión no como sinónimo de injusticia sino como ausencia de límites formales, aunque lo cierto es que en ausencia de estos allí se desemboca.

bierno timorato o precipitado puede incurrir en abusos por el mero hecho de su medrosidad, de su temor, fundado en motivos que, a su modo de pensar, son graves. Qué son graves indicios tampoco lo dice la Constitución y siendo la prueba fundada en indicios la más difícil de estimar técnicamente, la más deleznable, la más engañosa, se comprende cómo es fácil caer en abusos al ejercer esta facultad". Cfr. LUIS CARLOS SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano*, 4ª ed. revisada, Bogotá, Ed. Temis, 1974, pág. 399.

"El art. 28 de la Constitución, ...viene desde la Constitución de 1886 y los congresos liberales no han juzgado conveniente derogarlo". LLERAS RESTREPO, "La exposición presidencial", *Revista Nueva Frontera* (280): 6.

¹⁰ La finalidad que inspira la aplicación del art. 28 es fundamentalmente preventiva. "Es un estatuto de carácter preventivo, complementario del estado de sitio —que es represivo— y su finalidad es la de impedir los atentados contra el orden público". SÁCHICA, *ibidem*, pág. 283.

¹¹ El hecho característico del antiguo sistema de gobierno de Francia era la falta de toda garantía para la libertad personal. "Cualquier súbdito de la nación podía ser privado de su libertad por una *lettre de cachet*, es decir, por una orden administrativa extendida bajo el sello privado. La persona así arrestada podía permanecer por tiempo indefinido, puesto que no había proceso legal de cuya conclusión pudiera seguirse su libertad. Puesto que la acción del gobierno era secreta, los amigos de la persona arrestada no podían saber si aquella había desaparecido y desde luego ignoraban la causa del arresto". Cfr. *Historia del Mundo en la Edad Moderna*, t. VII, "La Revolución Francesa", bajo la dirección de Eduardo Ibarra y Rodríguez, Barcelona, Ed. Ramón Sopena S. A., 1941, pág. 81. No se olvide que hasta 1968 el constituyente no determinaba la duración de las retenciones ordenadas al amparo del art. 28.

Si el órgano legislativo no emprendió una labor de tanta envergadura, por lo menos ha debido partir del decreto reglamentario que ya había dictado el gobierno, para no caer en una duplicidad o reiteración de esfuerzos: la exposición de motivos del proyecto de ley no menciona para nada la existencia del decreto 3642, lo que en cierta manera explica las contradicciones que se presentan entre esas dos normatividades. Así no se desarrolla la colaboración armoniosa en la realización de los fines del Estado, planteada por el art. 55 de la Const. Nal. No discutimos la competencia del Congreso para regular estas y otras materias; antes bien, lo reiteramos: de acuerdo con nuestro sistema institucional posee la cláusula general. Pero, si ya existía un estatuto reglamentario del derecho de retención, dictado por el gobierno nacional al amparo de sus facultades constitucionales —reglamento constitucional o autónomo— sin invocar para nada las atribuciones conferidas por la declaratoria del estado de sitio, y que por lo tanto no se vio afectado por el levantamiento del mismo, la tarea que en este caso correspondía al Congreso era mejorarlo y ampliarlo a algunos aspectos no definidos en aquel.

En términos generales, las previsiones contenidas en el proyecto de ley son semejantes a las del decreto 3642. Este último, como lo expresamos antes, acogió en lo fundamental las recomendaciones formuladas por la comisión de la organización Amnistía Internacional que visitó nuestro país¹². Veamos:

El art. 1º exige que del concepto del Consejo de Estado y del dictamen de los ministros, así como de los motivos que hacen temer la perturbación del orden público quede constancia escrita. Parece que estas actas han existido, pero el gobierno les ha dado el carácter de reservadas, al punto que ni la comisión internacional tuvo acceso a ellas. Es importante de todas maneras que se exija la constancia por escrito de esos aspectos. De esta manera se les sale al paso a interpretaciones tan laxas que llegan a considerar ajustado a la legalidad el concepto previo de los ministros, aun *telefónicamente* dado¹³. De ahí que Amnistía Internacional haya sugerido (Recomendación núm. 3): "a. Poner a disposición de los abogados de personas retenidas en virtud del art. 28 de la Constitución las respectivas actas de retención, o hacerlas públicas, con los motivos que llevaron al gobierno a ordenar las retenciones"¹⁴. El proyecto de ley, por su parte, establece —quizá con la misma finalidad de hacer públicos los motivos de la retención— "la certificación a los interesados sobre fecha y motivo de captura y retención (sic) de cualquier ciudadano" (art. 6º).

¹² La comisión estuvo integrada por Antonio Carretero Pérez, magistrado y profesor de derecho en Madrid; Federico Allodi, siquiatra y miembro del grupo médico canadiense de Amnistía Internacional en Toronto, Canadá, y Edmundo García, del Secretariado Internacional de Amnistía Internacional en Londres. Cabe advertir que los trabajos realizados por este organismo hacen parte de la doctrina jurídica del derecho internacional en materia de derechos humanos, que bien le valieron el premio Nóbel de la Paz, al lado de organismos tan importantes como la Comisión Internacional de Juristas. Sobre el origen de esta organización puede verse *Revista Nueva Frontera*, "¿Qué es Amnistía Internacional?", Bogotá (279): 11, abril 21-27, 1980.

¹³ Cfr. JACOBO PÉREZ ESCOBAR, *Derecho constitucional colombiano*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Horizontes, 1977, pág. 213.

¹⁴ No existe un texto oficial del informe y las recomendaciones. Puede consultarse *Violación de los Derechos Humanos en Colombia. Informe de Amnistía Internacional* -texto integro-, setiembre de 1980, publicado por el Comité de Solidaridad con los Presos Políticos (s.p.i.), pág. 28.

El art. 3° consagra el derecho a ser informado desde el momento mismo de la captura de los motivos por los que esta procede, derecho contemplado en el Pacto de San José de Costa Rica.

El art. 4° recoge lo dispuesto por el art. 68 del Código Nacional de Policía —decreto 1355 de 1970— que la comisión internacional se permitió recordar al gobierno, “dado que la incomunicación en que se mantiene al retenido es uno de los mecanismos que facilita la práctica de la tortura...”¹⁵.

Entre los arts. 8° del decreto y 4° del proyecto, se presenta una contradicción, con respecto a la intervención del ministerio público en los interrogatorios practicados por la policía judicial: para el gobierno esta intervención es facultativa —“podrá”, afirma el decreto—¹⁶, en tanto que el proyecto de ley expresa: “el interrogatorio a los retenidos *solo podrá hacerse* por el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, *en presencia de un delegado del ministerio público*”. De llegar a aprobarse el proyecto en esta forma ¿quién resolvería este conflicto de normas? Se daría lugar, nuevamente, a la polémica ya enunciada sobre la naturaleza jurídica de los reglamentos constitucionales y su vigencia frente a la ley.

Igual cosa sucede con los arts. 10 y 2° del decreto y del proyecto respectivamente, en cuanto al lugar donde debe cumplirse la reclusión. Mientras el primero señala que esta “se cumplirá en dependencias de la Policía Nacional o en los lugares que determine el gobierno”, el segundo afirma que será “en los locales del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)”. Aquí cabe formular, también, la pregunta hecha antes: ¿cómo se resuelve esta colisión de normas?

Los arts. 12 del decreto y 7° del proyecto, no hacen más que reiterar la procedencia del recurso de *habeas corpus*, una vez que ha vencido el término de retención máxima señalado por el inc. 3° del art. 28, esto es, diez días, situación ya contemplada por el art. 425 del C. de P. P. Habría que agregar que la regulación del Código es más amplia, en cuanto faculta a cualquier persona para que a nombre de la agraviada con la retención que se considera violatoria de la ley, formule el recurso (art. 418).

Merece destacarse en el proyecto de ley que cursa en el Congreso, el haber consignado en su art. 1°, inc. 2°, la exigencia de orden escrita para el cumplimiento de la retención: “la orden de captura y retención se dictará *siempre por escrito*”, pues de esta forma se acaba con una peligrosa tesis que sostiene darse aun verbalmente “Orden del gobierno. En nuestro concepto esta orden puede ser escrita o verbal, haciéndose aquí una excepción a la exigencia de mandamiento

¹⁵ Informe de Amnistía Internacional, *op. cit.*, pág. 27. LLERAS RESTREPO, por su parte, estima que “debe ser obligatorio dar aviso a los familiares del aprehendido y al procurador general de cada caso de aprehensión, dentro del término improrrogable de doce horas. De otra manera queda abierto el camino a las desapariciones que se han registrado en otros países de América”. Cfr. “La exposición presidencial”, Revista Nueva Frontera, Bogotá (280): 6, abril 28 - mayo 4, 1980.

¹⁶ En el mismo sentido el art. 292, inc. 2° del C. de P. P. La procedencia del interrogatorio no es del todo muy clara: “...hay que advertir que una persona aprehendida bajo el artículo 28 no puede ser sujeta a interrogatorio sino por los jueces competentes cuando sea colocada a disposición de estos, porque el interrogatorio ya es un comienzo de sumario que excede la simple medida preventiva”. Cfr. LLERAS RESTREPO, *ibid.*, pág. 6.

escrito hecha por el art. 23 de la Carta”¹⁷, lo que condujo al uso excesivo y arbitrario de esa facultad, como lo expresara la comisión de Amnistía Internacional:

“El art. 28 de la Constitución tampoco autoriza al gobierno para delegar en los mandos militares o en otras autoridades el discernimiento de los ‘graves indicios’ que pesan sobre *cada persona* cuya retención se ordena en virtud de este artículo, ni la decisión de dicha retención. Las denuncias que ha recibido Amnistía Internacional referentes al uso excesivo y arbitrario del artículo en cuestión, acusan, por ejemplo, la *inexistencia en muchos casos, de una orden previa de retención, expedida por el gobierno*”¹⁸ (subrayo).

Hubiera sido el momento propicio —aún lo es— para que el proyecto de ley recogiera la recomendación contenida en el proyecto que la Comisión de Paz envió al presidente de la República en cuanto al derecho a ser asistido por un abogado desde el momento mismo de la retención:

“Por desgracia, en ese texto (se refiere al decreto 3642) se prescindió de la exigencia, por la Comisión propuesta, de que, desde el primer momento de una aprehensión, el detenido debiera estar asesorado por un abogado. El ministro de defensa de ese entonces se opuso a la medida y en ese caso, como en otros, el presidente Turbay se plegó a sus puntos de vista”¹⁹.

Muy saludable habría sido que el Congreso se ocupara, además, de los siguientes aspectos:

1) Exigir la individualización de todas y cada una de las personas sobre las que recaen sospechas, ya que en la práctica, al procederse en forma generalizada, se ha establecido una nueva fuente de arbitrariedad, al lado de las muchas que ya existían por la aplicación ilimitada de la facultad de retención. Ya la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 13 de agosto de 1970, con ponencia del magistrado JOSÉ GABRIEL DE LA VEGA, hablando de los requisitos que debía llenar el gobierno cuando pretendía aplicar el art. 28 de la Constitución, sostuvo que:

“Para llegar a ese resultado (la retención) se requiere cumplir varias formalidades sucesivas: dictamen previo de los ministros en el sentido de que puedan ser privadas de libertad, por medio de retención, *las personas nominalmente designadas*, contra quienes haya «graves indicios de que atentan contra la paz pública» según la convicción de dichos ministros; y concepto, asimismo previo, *en cada caso*, del Consejo de Estado respecto de la retención de las mismas personas (arts. 28 inciso 2° y 141 C. N.)”²⁰ (sin subrayas en el original).

¹⁷ JACOBO PÉREZ ESCOBAR, *op. cit.*, pág. 213. En sentido contrario SÁCHICA: “No es esta una situación excepcional en la cual se omite ni la orden previa de retención ni se eluda el dejar su constancia por escrito, ni se dejan de observar formalidades procesales...” *op. cit.*, pág. 399.

¹⁸ Informe..., pág. 28.

¹⁹ LLERAS RESTREPO, *Nueva Frontera* (406): 9.

²⁰ *Gaceta Judicial*, t. CXXXVIII bis, núm. 2338 bis, 1970, pág. 325. El informe de Amnistía Internacional, sobre este punto consigna lo siguiente: “Teóricamente, la retención de *cada persona* debe ser aprobada por el Consejo de Ministros (sic) y posteriormente ordenada por el gobierno, *mediante mandamiento escrito*. En la práctica, sin embargo, en muchos casos no se cumplen estos requisitos... se ha denunciado la práctica por parte de las fuerzas militares de arrestar (sic) personas sin motivos previamente definidos por las leyes y sin que se exhiba la orden judicial pertinente. En ocasiones cuando existe la *orden judicial*, esta ha sido *expedida en blanco, dejando indefinida la identidad de quien se debe arrestar...*” (He subrayado. Cfr. pág. 28 del informe. En el Consejo de Estado, algunos consejeros han sostenido la tesis de que cada caso debe consultarse. Sin embargo, la mayoría se inclina por la tesis contraria, por considerar que se trata de un *concepto general e indeterminado*. En el mismo sentido JACOBO PÉREZ ESCOBAR, para quien “no se requiere que el Consejo (de Estado) conceptúe para cada caso particular sino que puede ser *in genere*”. Cfr. *op. cit.*, pág. 213.

2) Regular lo relativo a la aplicación del art. 28 estando vigente el estado de sitio, ya que existe una corriente doctrinaria según la cual, durante la vigencia del art. 121 no se precisa cumplir con las formalidades señaladas en los arts. 28 y 141 de la Constitución, ni existe el límite de 10 días en cuanto a la duración de la retención²¹. Así, el Consejo de Estado, en concepto de diciembre de 1965 sostuvo:

“Por tanto, cuando el Consejo de Estado en desarrollo del mandato del art. 122 de la Constitución (hoy 141) ha conceptualizado favorablemente sobre la declaración del estado de sitio, este concepto implica el hacer uso de las medidas contempladas en el art. 28”²².

No estamos de acuerdo con esta posición. Compartimos los planteamientos expresados por LUIS CARLOS SÁCHICA en la última edición de su obra en cuanto a que la consulta que debe elevarse al Consejo de Estado “sirve de moderador de su aplicación”.

No obstante que ese concepto no es vinculante, los ministros de gobierno, justicia y defensa deben explicar al Consejo de Estado las razones y fundamentos que justifican las retenciones. Creemos que deben cumplirse las mencionadas formalidades aun estando en vigor el estado de sitio, porque si el art. 28 no hizo expresamente la distinción debe aplicarse aquel sano principio de hermenéutica, “donde la ley no distingue no le es dable hacerlo al intérprete”.

Sobre el límite de duración de la retención, ha debido expresarse de manera perentoria, que aun bajo la vigencia del 121, este no puede superar, de ninguna manera, el término de diez días, para evitar que llegue a aplicarse la tesis contraria, propugnada nada menos que por el expresidente LLERAS RESTREPO:

“Cuando se discutió la reforma del art. 28 de la Constitución, la aprehensión que puede ordenar el gobierno de aquellas personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública, fue muy clara la intención del constituyente con respecto a que el tiempo que se fija como máximo para que un ciudadano pueda ser retenido sin someterlo a los trámites jurídicos ordinarios solo es aplicable en tiempo de paz. La limitación restringe una peligrosa facultad del ejecutivo y por sí sola bastaría para mostrar que la reforma no tiene un carácter cesarista. Pero, es inadmisibile en mi entender, pretender que en tiempo de guerra o bajo el estado de sitio rija el límite en cues-

²¹ Este límite fue introducido mediante el acto legislativo núm. 1 de 1968, durante el gobierno de LLERAS RESTREPO. Inicialmente el proyecto del gobierno habló de un término de 72 horas, exigía orden escrita del gobierno, y dictamen no ya de los ministros sino del Consejo de Ministros. Mencionaba expresamente el derecho de defensa de los retenidos. En los debates parlamentarios se consideró excesivo el requisito de orden escrita, en virtud de la “rapidez de los hechos de orden público y el apremio de proceder en frente de ellos...”, se juzgó exiguo el plazo de 72 horas y se regresó a la redacción anterior, en cuanto a que el dictamen debía rendirse por los ministros y no por el Consejo de ministros. En la última etapa de la segunda vuelta, finalmente, se redujo el término a 10 días, tal como existe ahora. Cfr. JAIME VIDAL PERDOMO, *Historia de la reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Biblioteca Jurídica Contemporánea, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Ed. Presencia, 1970, pág. 49.

²² “G.J.” citada, pág. 329. En la práctica, aun en estado de sitio, se venía solicitando *concepto especial* al Consejo de Estado para la aplicación del art. 28. Empero, posiblemente en aplicación de esta tesis, el gobierno ordenó una serie de retenciones — más de 300 en todo el país, según informaciones periodísticas — con el objeto de impedir la realización del segundo paro cívico nacional (octubre 21 de 1981). Cfr. *El Espectador*, “Indebidas retenciones por el Paro”, setiembre 27 de 1981.

ción. El art. 121 debe primar sobre el 28, no solo porque es posterior a este sino que se refiere específicamente a una situación determinada de carácter excepcional”²³ (sin subrayar en el original).

Si bien esta posición fue expresada hace más de 10 años, es posible que haya sido variada, teniendo en cuenta que en el pensamiento de su autor, de tiempo atrás se percibe su afán por reglamentar el art. 28 con el objeto de establecer los mecanismos que permitan conjurar los peligros que surgen al aplicarse dicha norma²⁴. Precisamente por venir de quien viene, debe clarificarse esa tesis por vía de regulación positiva. Nuestro criterio es que por tratarse de una *institución policiva de carácter excepcional*, en la que se enfrentan el autoritarismo y la libertad individual, sus vacíos deben llenarse con igual criterio y a favor de esta última. Teniendo en cuenta, además, que se trata de la “facultad más amplia y peligrosa encomendada a la autoridad porque deja desguarnecida la libertad individual...”²⁵. Sin límite de duración, así sea bajo la vigencia del estado de sitio, el art. 28 se equipara en un todo a la *lettre de cachet*, y constituye verdadera manifestación de cesarismo.

CONCLUSIONES

1) Existe una reglamentación del art. 28: el decreto 3642 de 1981, que no se vio afectado por el levantamiento del estado de sitio, esto es, se encuentra vigente, por tratarse de un reglamento constitucional o autónomo.

2) Más que pretender reglamentar algo que ya está regulado, el Congreso debe buscar una reforma a la Carta tendiente a suprimir los incisos 2° y 3° del art. 28, por ser consagradorios de una facultad anacrónica y peligrosa para el ejercicio de las libertades públicas.

3) Punto de partida de la tarea legislativa debió serlo el decreto 3642, bien entendido que está vigente, y a fin de mejorarlo supliendo los vacíos encontrados en aquel.

²³ VIDAL PERDOMO, *Historia...*, pág. X.

²⁴ “Personalmente considero que el artículo (28) es necesario; yo lo apliqué desde el gobierno cuando se quiso perturbar el orden público. Así lo expuse a la Comisión de Amnistía. La experiencia, empero, me ha mostrado también cuáles peligros surgen al valerse de esa norma y pienso que se deben estudiar los mecanismos de conjurarlos”. *Nueva Frontera* (280): 6.

²⁵ SÁCHICA, *op. cit.*, pág. 398, quien además encuentra como reparo a esta facultad el que “como realmente la turbación misma no se ha producido aún, y se puede desistir del intento, parece como si se estuviera castigando de antemano un delito aún no cometido, una intención no manifestada, una decisión íntima no llevada al acto, una pena contra potenciales perturbadores, sin que se esté plenamente seguro de que lo serán”. Es evidente, que “el derecho solo tiene que ver con la conducta externa, no con la actitud interna y el ánimo... lo correcto es que la actitud interna y el ánimo no dan lugar a pena... Pero si se da una conducta externa en contravención a las leyes penales, tiene importancia para la respuesta que a ello otorga en derecho penal la actitud y el ánimo efectivo” PETERS citado por HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 1976, págs. 12 y 13.

APÉNDICE

DECRETO NÚMERO 3642 DE 1981
(dic. 23).

Por el cual se dictan disposiciones
sobre la retención de personas.

*El presidente de la República
de Colombia,*

en uso de sus facultades constitucionales y

CONSIDERANDO:

Que corresponde al presidente de la República dictar las normas necesarias para el cabal cumplimiento de las funciones que la propia Constitución Política le asigna;

Que el artículo 28 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 141 de la misma, autoriza al gobierno nacional para aprehender y retener, oído el concepto del Consejo de Estado y previo dictamen de los ministros, a las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública, en los términos y condiciones que la misma disposición señala;

Que el espíritu de esta disposición tiende a garantizar la paz pública mediante el aislamiento preventivo y oportuno de tales personas, hasta por diez (10) días;

Que es preciso asegurar la continuidad de la defensa de la suprema dignidad y los derechos de la persona humana, sin desvirtuar el espíritu precautelativo de la norma constitucional;

Que la retención por sí misma no constituye un proceso judicial, sino procedimiento administrativo de carácter especial que el gobierno considera necesario reglamentar;

Que la comisión creada por decreto núm. 2761 del 8 de octubre de 1981, presidida por el señor expresidente doctor Carlos Lleras Respreo, e integrada por

eminentes ciudadanos, ha recomendado al gobierno dicha reglamentación,

DECRETA:

Art. 1°.—La aprehensión y retención de las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública la ordenará el gobierno una vez oído el concepto del Consejo de Estado y previo dictamen de los ministros, de lo cual quedará constancia escrita, lo mismo que de los motivos para temer la perturbación del orden público.

Art. 2°.—El gobierno podrá liberar a los retenidos o ponerlos a disposición del juez competente, si hubiere lugar a ello, aun antes de vencidos los diez (10) días a que se refiere el artículo 28 de la Constitución Nacional. En ningún caso la retención podrá sobrepasar el término de diez (10) días, contados a partir del momento de la aprehensión, sin que el retenido sea liberado o puesto a disposición de los jueces competentes junto con las pruebas allegadas.

Art. 3°.—Al retenido se le informará desde el momento de la aprehensión, sobre los motivos de la misma.

Art. 4°.—Toda persona retenida tiene derecho a que se dé aviso inmediato a sus allegados sobre el lugar donde se encuentra. Asimismo, si lo pide, a ser visitado por un médico oficial y a recibir prendas y elementos de uso personal necesarios durante el tiempo de la retención, así como a disfrutar de adecuada alimentación y de los servicios de biblioteca del respectivo establecimiento. De igual manera, el gobierno suministrará al retenido un intérprete de su lengua nativa, si fuere necesario.

Art. 5°.—La orden de retención será comunicada por los conductos regulares a la entidad encargada de su cumplimiento.

Art. 6°.—La autoridad que cumpla la orden de retención pondrá a la persona retenida a órdenes del gobierno, en el respectivo establecimiento dentro de la siguiente hora hábil a la de la captura, descontando el tiempo de recorrido o el de cualquier demora debida a circunstancias insuperables. Asimismo, dará aviso al procurador general de la nación, para los fines a que se refiere el artículo 11 de este decreto.

Art. 7°.—Los allanamientos que sean necesarios para efectos de la captura de las personas en los casos a que se refiere el artículo 28 de la Constitución, se practicarán con las formalidades prescritas en el Código Nacional de Policía.

Art. 8°.—Los retenidos no serán sometidos a interrogatorios, sino por funcionarios de la policía judicial.

En las indagaciones que adelante la policía judicial, podrá intervenir el agente del ministerio público, tal como lo dispone el inciso 2 del artículo 292 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 9°.—Es prohibido el empleo de promesas, coacciones o amenazas y todo acto o procedimiento que pueda antentar contra la autonomía y dignidad personal.

Art. 10.—Las personas retenidas en virtud de la facultad que le confiere al gobierno el artículo 28 de la Constitución, no serán reclusas en establecimientos carcelarios. La privación de su libertad se cumplirá en dependencias de la policía nacional o en los lugares que determine el gobierno.

Art. 11.—La Procuraduría General de

la Nación, por intermedio de sus agentes ejercerá permanente vigilancia en los sitios de reclusión de las personas retenidas de que trata este decreto, velará por el adecuado tratamiento a las mismas y por la preservación y respeto de sus derechos.

Art. 12.—Transcurridos los diez (10) días de que trata el artículo 28 de la Constitución nacional se librarán la respectiva orden de libertad. Si esta no se hubiere producido o el retenido no se hubiere puesto a órdenes del juez competente, procederá el recurso de *habeas corpus*, de conformidad con el artículo 425 del Código de Procedimiento Penal, el cual podrá solicitarse por el retenido, el ministerio público o por un apoderado.

Art. 13.—Cuando hubiere lugar al envío de la persona retenida ante el juez competente, conforme al artículo 28 de la Constitución nacional, deberá rendirse un informe detallado sobre su situación y el motivo de su aprehensión, relacionando todos los aspectos, tanto favorables como desfavorables.

Art. 14.—Este decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, a los veintitrés días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y uno.

(Fdo) Julio César Turbay Ayala.

El ministro de Gobierno,

(Fdo) Jorge Mario Eastman.

El ministro de Justicia,

(Fdo) Felio Andrade Manrique.

El ministro de Defensa Nacional,

(Fdo) General Luis Carlos Camacho Leyva.

PROYECTO DE LEY

Presentado al Senado de la República por el doctor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

Art. 1°.—Para que el gobierno pueda ejercer la atribución que le confiere el artículo 28 de la Constitución Nacional, se requiere que el Consejo de ministros califique los indicios en los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal, de lo cual se dejará constancia en el acta respectiva.

La orden de captura y retención se dictará siempre por escrito.

Art. 2°.—La retención a que se refiere el artículo 28 de la Constitución Nacional se cumplirá en los locales del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

Art. 3°.—Inmediatamente después de producida la aprehensión, se hará saber al retenido el motivo de la misma, y el derecho que tiene de nombrar abogado para su defensa.

La incomunicación no podrá exceder los términos prescritos para el efecto en el Código de Procedimiento Penal.

Art. 4°.—Las autoridades del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) recibirán por escrito que deberá firmar el retenido en señal de aceptación, la versión que este quiera suministrar libre y espontáneamente sobre los motivos y circunstancias de su aprehensión.

El interrogatorio a los retenidos solo podrá hacerse por el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, en presencia de un delegado del ministerio público.

Art. 5°.—Si de los elementos de información que posea el gobierno se deduce que el retenido ha realizado un hecho punible, lo pondrá inmediatamente a disposición de la autoridad jurisdiccional correspondiente con los antecedentes que se tengan.

Art. 6°.—Las autoridades del Departamento Administrativo de Seguridad

(DAS) deberán certificar a los interesados sobre fecha y motivo de captura y retención de cualquier ciudadano.

Art. 7°.—Transcurridos diez días desde la captura, si el retenido no ha sido puesto a disposición de la autoridad jurisdiccional correspondiente, ni puesto en libertad, el juez penal o promiscuo municipal la ordenará inmediatamente, con la sola prueba del tiempo de retención.

Art. 8°.—La Procuraduría General de la Nación vigilará el estricto cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Art. 9°.—Esta ley rige a partir de su promulgación.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El proyecto de ley que someto a consideración del Senado constituye una importante etapa en la evolución de nuestro derecho público, y un mecanismo fundamental para la tutela de la libertad individual.

El artículo 28 de la Carta Política, originario de la Constitución de 1886, ha sobrevivido a las sucesivas reformas como extravagante norma a cuyo amparo se han cometido atropellos y excesos contra las libertades públicas, incompatibles con un verdadero Estado de derecho. Inexplicablemente, casi a lo largo de un siglo la disposición subsistió intocada en nuestras instituciones constitucionales, sin que políticos y gobernantes se preocuparan por *derogarla* o mejorarla, a sabiendas de que otorgaba un amplio poder arbitrario al gobierno nacional para disponer a su antojo, sin reglamentación ni límite temporal alguno, de la libertad de los ciudadanos en tiempo de paz. Curiosamente la norma está ubicada, como peligrosa espada de Damocles, en la parte dogmática de la Carta, dentro del título III que define y protege "los derechos civiles y garantías sociales".

Solo en 1968, por medio del artículo 5° del acto legislativo núm. 1 de ese año, se introdujo una limitación temporal al poder discrecional absoluto del gobierno, al establecer que la retención de las personas por motivos de orden público y por fuerza de las previsiones del Código de Procedimiento Penal, no pueden durar más de diez días.

Esta limitación constituye sin duda alguna un importante paso en el difícil proceso de hallar mecanismos institucionales eficaces para la guarda de la libertad individual.

Y es que la norma es vaga en extremo, pues al paso que señala como presupuestos fácticos para su aplicación el de que haya graves motivos "para temer perturbación de orden público" (que serán calificados por el Consejo de Estado sin fuerza vinculante; artículo 141, inciso 1 de la C. N.), dispone que el gobierno pueda ordenar la aprehensión y retención de "las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública", lo que parecía indicar que se puede aprehender a cualquier persona, de quien se sospecha que pueda cometer cualquier hecho punible, pues todos ellos incontestablemente atentan contra la paz pública.

De otra parte, nada se dice acerca de cómo y en qué forma debe emitirse el "dictamen de los ministros", ni la orden de aprehensión. Esta imprecisión de técnica legislativa ha creado peligrosas incertidumbres aun en la doctrina, pues al paso que algunos respetables tratadistas sostienen que la orden de aprehensión pueda emitirse verbalmente (JACOBO PÉREZ ESCOBAR), otros afirman que solo puede hacerse por escrito (COPETE LIZARRALDE). De otra parte, como ya se anotó, la

imprecisión terminológica de la norma ha permitido que con el pretexto de preservar el orden público se cometan los más repudiables atropellos, que intencionalmente han menguado el prestigio democrático de nuestra patria.

La norma, pues, debe tener un alcance restringido, pues si es cierto que la subversión crece y se tecnifica cada día, también lo es que el Estado moderno dispone de suficientes elementos técnicos y humanos para combatirla. De otra parte, el hecho de vivir bajo la protección de un estado representativo y democrático, es decir bajo un régimen electivo y de derecho, importa un costo social que todos los ciudadanos pagamos gustosamente. Ese costo social se traduce en un procedimiento ajustado a las leyes y especialmente dificultoso para la lucha contra todas las formas de delincuencia, como sistema indispensable para preservar valores fundamentales de la axiología social, como son las libertades públicas.

Creo que el proyecto de ley que someto al estudio del Senado es una contribución importante al sistema institucional de protección a la libertad. Contiene él una serie de reglamentos y procedimientos para que la defensa del Estado no lesione irreparablemente la libertad de los ciudadanos. No aspiro a que se crea que se trata de una obra perfecta. Solo deseo que con la colaboración de los miembros del Congreso, y ojalá del gobierno, podamos mejorarlo y perfeccionarlo, con la certidumbre de que es bueno para la República y para la libertad.

Bogotá, agosto 18 de 1982.

FEDERICO ESTRADA VÉLEZ