

**LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS PARA LA SUSCRIPCIÓN DE
CONTRATO DE CONCESIÓN PARA EL DISEÑO, CONSTRUCCIÓN,
MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN
EN COLOMBIA**

CRISTY ALEXANDRA VARGAS GUILLÉN

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE FINANZAS, GOBIERNO Y RELACIONES INTERNACIONALES
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN GOBIERNO Y POLÍTICAS PÚBLICAS
BOGOTÁ
2016**

**LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS PARA LA SUSCRIPCIÓN DE
CONTRATO DE CONCESIÓN PARA EL DISEÑO, CONSTRUCCIÓN,
MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN
EN COLOMBIA**

CRISTY ALEXANDRA VARGAS GUILLÉN

MONOGRAFÍA DE GRADO

**DIRECTOR
Dr. MANUEL CALDERÓN RAMÍREZ**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE FINANZAS, GOBIERNO Y RELACIONES INTERNACIONALES
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN GOBIERNO Y POLÍTICAS PÚBLICAS
BOGOTÁ
2016**

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I.....	12
1. EL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE AL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES.	12
1.1. ESTADO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	12
1.2. LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	14
1.3. ESTADO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.....	27
2. CAPÍTULO II	31
2.1. UN PROBLEMA PÚBLICO	31
2.2. RELEVANCIA SOCIAL DEL PROBLEMA DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO.....	33
2.3. ENTIDADES PÚBLICAS COMPETENTES PARA HACER FRENTE AL PROBLEMA PÚBLICO DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO	46
2.4. UNA POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIARIA Y CARCELARIA.....	48
2.4.1. Las políticas públicas	50
2.5. ACCIONES DEL ESTADO FRENTE A ESTE PROBLEMA.	59
2.6. LA POLÍTICA PÚBLICA FRENTE AL PROBLEMA	69
3. CAPÍTULO III	76
3.1. LA ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA COMO HERRAMIENTA DE LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA	76
3.2. LA ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN ESTATAL FRENTE AL PROBLEMA DEL SISTEMA PENITENCIARIO CARCELARIO	85
3.3. LAS APP Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN	93
3.4. LAS APP EN LA LEY 1508 DE 2012.....	101
3.4.1. Contratos de APP de iniciativa pública y de iniciativa privada.....	106

3.5.	EXPERIENCIA DE OTROS PAÍSES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE APP EN EL SISTEMA PENINTENCIARIO Y CARCELARIO	110
3.6.	EXPERIENCIA DE COLOMBIA EN LA IMPLEMENTACIÓN DE APP EN EL SISTEMA PENINTENCIARIO Y CARCELARIO	112
4.	CONCLUSIONES.....	121
	BIBLIOGRAFÍA.....	126

RESUMEN

Ante la apremiante necesidad del Estado para dar pronta solución a la grave problemática penitenciaria y carcelaria, se ha presentado a la Administración Pública el gran reto para desarrollar una política pública criminal pertinente y la infraestructura apropiada que posibilite hacer frente a esta situación procurando alternativas viables en las que se encuentren los soportes financiero y técnico apropiados para dar cumplimiento eficiente a este inaplazable compromiso. En razón de lo anterior, en la presente investigación se analiza la información sobre las Asociaciones Público Privadas (APP) y su legislación relacionada, con referencia a la importancia y el alcance que tiene la ley de APP (Ley 1508 de 2012 reglamentada por el Decreto 1082 de 2015) como instrumento adecuado para el desarrollo de la infraestructura estatal, a efecto de demostrar la conveniencia de una política pública aplicada para el desarrollo concreto de la infraestructura del sistema penitenciario y carcelario de Colombia, vinculando contractualmente la gestión de empresarios privados mediante el régimen jurídico de las APP para la suscripción de un contrato de concesión para el diseño, construcción, mantenimiento, y operación de los centros de reclusión.

Palabras clave: Asociaciones Público Privadas, infraestructura, contrato de concesión, legislación contractual

ABSTRACT

Faced with the pressing need for the State to give prompt solution to the serious problem of prison and prison, has been submitted to the State the challenge to develop a relevant criminal public policy and the appropriate infrastructure that makes it possible to deal with this situation seeking viable alternatives that are financially and technically supports appropriate to efficiently comply with this commitment that cannot be postponed. On the basis of the foregoing, in this research analyzes information about public private public partnerships (PPPs) and their related legislation, with reference to the importance and scope that has the law of APP (Law 1508 of 2012 unified in Decree 1082 of 2015), as a suitable instrument for the development of the State infrastructure, to effect demonstrate the desirability of a public policy applied for the concrete development of the infrastructure of the penitentiary and prison system of Colombia , contractually linked businessmen through the legal regime of the APP for the subscription of a concession contract for design, construction, maintenance, and operation of the detention centers.

Key words: Public-Private Partnerships, infrastructure, contract award, contract law.

INTRODUCCIÓN

En Colombia se presenta una grave situación de vulneración sistemática de los derechos fundamentales de las personas que habiendo perdido jurídicamente la libertad se encuentran vinculadas al Estado bajo una especial relación de sujeción dentro del sistema penitenciario y carcelario. En sentencias de 1998, 2013 y de 2015, la Corte Constitucional acentúa sus razones de reproche sobre el sistema penitenciario y carcelario, señalando que éste presenta un “estado de cosas inconstitucional”, puesto que se ha comprobado reiteradamente que los establecimientos penitenciarios y carcelarios en el país se encuentran en una situación de crisis estructural.

Por lo anterior, la Corte asevera que la situación es incompatible con el orden jurídico-político vigente, puesto que las autoridades encargadas no han adoptado las medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar efectivamente la vulneración de los derechos y, por tanto, se evidencia otra vez cómo el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional, con el flagrante desconocimiento de la dignidad humana, que es, precisamente, principio fundante del Estado social de derecho (artículo 1, Constitución Política).

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta el análisis a desarrollar en el presente trabajo, el mismo presenta la siguiente hipótesis; “El hacinamiento en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON) está vulnerando los derechos de los reclusos y no se está cumpliendo con la finalidad de la pena, la cual es la resocialización de los mismos. Por lo tanto, se requiere ampliar

la infraestructura física de los ERON. No obstante, y teniendo en cuenta la actual coyuntura económica que atraviesa el país, el Estado no puede invertir a corto plazo en diseñar, construir, mantener y operar nuevos ERON. Por lo tanto, y teniendo en cuenta la constitucionalización del Derecho Administrativo, a través del régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, en el Estado colombiano existe la viabilidad legal para realizar la vinculación contractual con inversionistas privados a efecto de materializar el diseño, construcción, mantenimiento y operación de los ERON mediante un contrato de concesión.

De acuerdo con estas consideraciones este trabajo tiene el objetivo general de analizar la pertinencia de las alianzas de vinculación contractual entre el Estado e inversionistas privados a través del régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento y operación de los centros de reclusión mediante el contrato de concesión.

La Ley 1508 de 2012, está concebida como instrumento adecuado para el desarrollo de la infraestructura estatal y, mediante el presente trabajo se pretende establecer que es la herramienta jurídica pertinente para el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura del sistema penitenciario y carcelario; teniendo en cuenta la actual coyuntura económica por la que atraviesa el país, manifestado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la exposición de motivos del proyecto de ley para una reforma tributaria estructural, afirmando que dicha situación ha estado marcada por la caída de precios del petróleo, el principal producto de exportación y de ingresos de la Nación; así mismo, ha agravado esta situación la coyuntura internacional; configurada en la

desaceleración de crecimiento de la economía china y la normalización de la política monetaria en Estados Unidos, impactando negativamente al país en materia de política macroeconómica y fiscal, por lo tanto señala la necesidad de una reforma tributaria, como un habilitador de lo que se ha denominado la Nueva Economía, esto es, una política económica pensada como una visión de largo plazo, como complemento a la producción y explotación petrolera (Ministerio de Hacienda, 2016: 6-9).

Por consiguiente, el desarrollo del proceso investigativo se ha enfocado a identificar como objetivos específicos, la grave situación de vulneración sistemática de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran reclusas dentro del sistema penitenciario y carcelario en Colombia; señalar la importancia del Nuevo Derecho Administrativo, con referencia a su constitucionalización y como base para que el Estado colombiano otorgue herramientas para la solución del “estado de cosas inconstitucional” en el sistema penitenciario y carcelario.

Así mismo, se pretende demostrar la alternativa efectiva de financiación y funcionamiento para la infraestructura de este sistema a través del vínculo contractual con el capital privado mediante el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas; buscando establecer los beneficios, la importancia y el alcance que tiene la ley de Asociaciones Público Privadas (Ley 1508 de 2012), como instrumento adecuado para el desarrollo de la infraestructura del sistema penitenciario y carcelario vinculando contractualmente al capital privado mediante el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas para el diseño, construcción, mantenimiento y operación de los centros de reclusión.

En orden a estas referencias temáticas, la estructura capitular del escrito resultante del proceso investigativo se desarrolla iniciando con la transformación del derecho administrativo el cual ha permitido que el Estado mediante la administración pública pueda cumplir con los cometidos constitucionales y legales que le compete, luego se discurre sobre lo concerniente al problema del sistema penitenciario y carcelario en Colombia, dedicándole atención a asuntos como la relevancia social de este problema, las entidades estatales encargadas de esta situación, su tratamiento como política pública, y las APP como herramienta de la nueva gestión de la Administración Pública para la provisión de la infraestructura adecuada a las necesidades sociales, en cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Es importante resaltar que si bien el problema penitenciario y carcelario no solo radica en el hacinamiento de los establecimientos de reclusión, como se podrá observar a lo largo del presente trabajo de investigación, mediante el mismo se pretende establecer, como solución a una de las diferentes falencias del mencionado problema, el diseño, construcción, mantenimiento y operación de los establecimientos de reclusión en Colombia, mediante el régimen jurídico de las APP para la suscripción de contratos de concesión, toda vez que el hacinamiento se constituye como un foco de violación a los derechos fundamentales de las personas que se encuentran privadas de la libertad.

En relación con el proceso metodológico de esta investigación, los resultados de los objetivos General y Específicos obedecen al seguimiento de una estructuración desarrollada según las perspectivas normativas del derecho administrativo, sometido éste al derecho constitucional, especialmente desde 1991 y, en particular, según la regulación de la Ley 1508 de 2012, así como

la implementación de políticas impulsadas por el gobierno para hacerle frente a la difícil situación que presenta la política penitenciaria y carcelaria en Colombia. También se hace especial énfasis en la política pública relacionada con la construcción de establecimientos de reclusión mediante el régimen jurídico de las APP. No obstante, se advierte que en Colombia no se cuenta con aportes resultado de estudios destinados al análisis de aplicabilidad de este régimen jurídico hacia el objetivo de esta investigación; toda vez que en la actualidad (diciembre 2016) solo se encuentra en proceso un solo proyecto relacionado directamente con el tema del presente estudio, el cual a la fecha se encuentra en borrador.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de los temas de construcción de infraestructura y también de las concesiones, se observa que estos aportes se han generado a partir de análisis de situaciones correspondientes a normativas de épocas previas a la integración del régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas como nueva concepción jurídica en el ámbito interno de Colombia.

Por lo anterior, la investigación se inscribe dentro del tipo prospectivo, por ser definidamente exploratoria, pues está encaminada a examinar un tema poco estudiado con la legislación vigente, y recientemente adoptado por el Gobierno en las políticas públicas, en especial en la política penitenciaria y carcelaria en Colombia, y a plantear una alternativa conceptual, así como también a detallar propiedades, características y rasgos importantes de los contenidos allegados, empleando técnicas de análisis que relacionan la política pública con la norma legal en su contexto social, político y económico con la jurisprudencia y la doctrina.

Así mismo, la investigación es de modalidad cualitativa, propia de las ciencias sociales, en estudio sistemático que trata sobre un acervo informativo especial, interpretando su significado en relación con un ordenamiento jurídico-político determinado, utilizando fuentes primarias, secundarias y mixtas para llevar a cabo un tratamiento de análisis crítico de la información allegada, con referencia a formas de inferencia o razonamiento lógico mediante la aplicación de la lógica formal o dialéctica para deducir conclusiones desde lo general hacia lo particular, lo cual indica que esta investigación se ha desarrollado con el método lógico deductivo.

Dentro del marco referencial del presente trabajo se analiza el problema de hacinamiento en los ERON, estableciendo que el mismo es público por cuanto las personas que están privadas de la libertad se encuentran en una relación de especial sujeción con el Estado, y este quien debe garantizarles el respeto a sus derechos fundamentales que no son restringidos por el acto de la privación de la libertad, como son los que derivan directamente de la dignidad del ser humano y por lo tanto son intocables, como los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la igualdad, a la libertad religiosa, a la personalidad jurídica, de petición, al debido proceso y el acceso a la administración de justicia. (Corte Constitucional, 2016: T-049).

Así mismo, se verificó si este problema debe ser atendido por alguna entidad pública, encontrándose que de acuerdo con lo establecido en los numerales 6 y 11 del Decreto 2897 de 2011, el Ministerio de Justicia y del Derecho tiene dentro de sus funciones;

6. Diseñar, hacer seguimiento y evaluar la política en materia criminal, carcelaria y penitenciaria, en la prevención del delito y las acciones contra la criminalidad organizada.

11. Administrar los Fondos de Infraestructura Carcelaria y de Lucha contra las Drogas.

Aunado a lo anterior, el Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC) de acuerdo con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 4151 de 2011, este tiene como objeto ejercer la vigilancia, custodia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad. Así mismo, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios en virtud de lo consagrado en el artículo 4° del Decreto 4150 de 2011, tiene como objeto gestionar y operar el suministro de bienes y la prestación de los servicios, la infraestructura y brindar el apoyo logístico y administrativo requeridos para el adecuado funcionamiento de los servicios penitenciarios y carcelarios a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC.

Posteriormente se analizó si el problema planteado en el presente trabajo puede ser atendido mediante una política pública, y se determina que sí, toda vez que la política pública es el conjunto de acciones implementadas en el marco de planes y programas gubernamentales diseñados por ejercicios analíticos del algún grado de formalidad, en donde el conocimiento, aunado a la voluntad política y los recursos disponibles, viabilizan el logro de los objetivos sociales (Ordoñez: 2015-31), y para el caso que nos ocupa el objetivo social es darle una solución al hacinamiento en los ERON, garantizando de este modo que se puedan respetar los derechos de las personas privadas de la libertad.

El marco teórico del presente trabajo está compuesto por documentos de política pública, así como planes de desarrollo e informes de diferentes entidades y comisiones, relacionados con el sistema penitenciario y carcelario en Colombia, a continuación se establecen los documentos más relevantes:

CONPES MATERIA PENITENCIARIA Y CARCELARÍA	
Conpes 3086 de 2000	Ampliación de la Infraestructura Penitenciaria y Carcelaria.
Conpes 3277 de 2004	Ampliación capacidad de cupos, mediante la figura de concesión.
Conpes 3412 de 2006	Ajusta la estrategia y cambia la figura de concesión por la de contrato de obra por considerar a la primera muy costosa.
Conpes 3575 de 2009	Amplia cronogramas de entrega de los nuevos ERON, amplía la cantidad de cupos e incrementa la asignación presupuestal.
Conpes 3828 de 2015	Racionalización de medidas privativas de la libertad. Mejoramiento programas de resocialización. Busca afianzar la participación del sector privado en la estructuración de proyectos APP de iniciativa pública.

DOCUMENTOS FOMENTO PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA ESTATAL	
Conpes 3538 de 2008	Concepto favorable para contratar un empréstito externo con el BID hasta por US\$14.185.000 destinado a financiar el Programa de Apoyo al Proceso de Participación Privada y Concesión en Infraestructura
Conpes 3615 de 2009	Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos
Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014	Prosperidad para todos.
Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018	Todos por un nuevo país.

INFORMES	
Ministerio de Justicia y del Derecho	Informe de gestión de 2013, dentro de la denominada “Estrategia de doce pesos para un Sistema Penitenciario y Carcelario racional y humanizado”.
Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina en Colombia	Informe de 2001, de los establecimientos de reclusión en Colombia.
Defensoría del Pueblo	Análisis sobre el hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia, 2004.
Contraloría General de la República	Análisis de los principales elementos de la situación carcelaria, 2010.
Comisión Asesora de Política Criminal	Informe final del diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, 2012.

Así mismo, a continuación se presenta lo más relevante del marco legal y jurisprudencial soporte del presente trabajo:

NORMATIVA	
Constitución Política de Colombia 1991	Artículos 12 y 365
Ley 65 de 1993	Código Penitenciario y Carcelario.
Ley 1709 de 2014	Reforma algunos artículos – Ley 65 de 1993. Ley 599 de 2000. Ley 55 de 1985 y se dictas otras disposiciones.
Ley 1508 de 2012	Régimen Jurídico de las Asociaciones Público Privadas.
Decreto 1082 de 2015.	Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

JURISPRUDENCIA	
Corte Constitucional. Sentencia T – 153 de 1998	
Corte Constitucional Sentencia T – 388 de 2013	
Corte Constitucional. Sentencia T – 762 de 2015	

CAPÍTULO I

1. EL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE AL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

1.1. ESTADO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Estado, en tanto organización jurídico-política, en su concepción contemporánea tiene entre sus cometidos una creciente participación en actividades concernientes a la convivencia social, así como “el constante aumento de sus potestades y obligaciones dirigidas a la procura del bienestar de los individuos que lo conforman” (Huerta, 2005: 117). Se trata de la transformación de las funciones del Estado, y como consecuencia de la insuficiencia de las estructuras formales y de la atribución de funciones para justificarlo, ha evolucionado desde su rol de Estado intervencionista hacia Estado prestacional, es decir, que la Administración Pública “no sólo puede, sino que debe intervenir para impedir cualquier daño o menoscabo del interés general” (Huerta, 2005: 121).

Según Parejo (2005), estamos ante la reiterada presencia de la nueva dimensión referida al efecto real de la acción del Estado, que es precisamente cuestionado en razón de los fines, los objetivos y los medios disponibles. (Parejo: 16). “La sociedad reclama más acciones concretas y tangibles de la democracia, y de hecho, exige la garantía de sus derechos consagrados formal y materialmente en la constitución” (Sánchez, 2005: 17).

Al Estado no le es suficiente ya su legitimación proveniente del origen democrático del poder, ni la originada en la efectividad de su poder sobre la organización gubernamental y los ciudadanos. Esto no basta; ahora el Estado debe justificarse de continuo empleando adecuadamente los medios disponibles y obteniendo resultados reales. Esto es, que el Estado constantemente “necesita la legitimación que proviene de la eficacia en la resolución de los problemas sociales” (Parejo, 2005: 16).

En el Estado social de derecho, la Administración Pública actúa como organización institucionalizada dirigida al servicio de los intereses generales y a la satisfacción de las necesidades por medio de los servicios y bienes públicos, valiéndose de un poder de naturaleza pública, o sea, un poder público diferenciado, dotado de autonomía pero subordinado al orden constitucional y articulado sobre la concepción de servicio público dentro de los fines esenciales del Estado; y también poder público diferenciado, por la forma de su actuación, que es objetivo-jurídica, sin cuestionar el orden imperante. Es, pues, el poder público necesario al Estado social de derecho para operar legítimamente en el “efectivo y satisfactorio cumplimiento de la responsabilidad de conformación de la vida social a tenor de los valores constitucionales” (Parejo y García de Enterría, 1983: 122).

El poder del Estado para operar legítimamente en cumplimiento de sus responsabilidades a través de la Administración Pública y dentro del orden constitucional, se realiza con sujeción a unas regulaciones especiales, las del derecho administrativo, entendido éste como el “conjunto de

reglas y principios especiales y obligatorios para regular la actividad de la administración del Estado” (Rodríguez, 2005: 315).

En desarrollo del Estado contemporáneo, las diferentes naciones que han adoptado la orientación de “social de derecho” también han desarrollado su derecho administrativo con los rasgos característicos generados por sus respectivos entornos jurídico-políticos, y siguiendo las pautas internacionales de transformación actual del derecho, a las Constituciones breves, las que sólo regulaban el orden de los poderes, les sucedieron las Constituciones largas, que son las que regulan también los derechos y los deberes, y también los principios del derecho administrativo. De este modo, la jerarquía de la Constitución sobre el derecho administrativo le otorga mayor fuerza a éste, el que a su vez hace de la Constitución un derecho vívido, el derecho en acción. (Cassese, 2014: 304-305).

1.2. LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La transformación del derecho administrativo no ha sido un hecho aislado sino un fenómeno correspondiente a la transformación general de los sistemas jurídicos en Occidente después de concluida la II Guerra Mundial y en curso de la Guerra Fría, cuando históricamente en los países desarrollados y otros en vía de desarrollo, desde el mundo académico se entra a considerar la escala de valores, advirtiéndose la necesidad de intervenir en el conocimiento desde su estatuto epistemológico, o al menos, desde su objeto de estudio, en razón a la gran cantidad de supuestos

fácticos y jurídicos que se encontraban al margen de las disciplinas sustentantes y orientadoras en materia de derechos humanos, habiéndose incurrido en su vulneración reiterada, la que por entonces continuaba impune en múltiples escenarios de las esferas pública y privada (Vélez, 2012: 110-111).

A partir de los años sesenta y setenta del siglo XX, desde países como Italia, Alemania y Estados Unidos empezó a construirse una nueva tendencia de cambio en los estudios de filosofía del derecho y de teoría jurídica, con análisis sobre el derecho y los valores morales, planteando toda una serie de consideraciones acerca de la legitimidad, validez y eficacia como conceptos que generan la validez jurídica. De allí que desde su axiología positivista, la validez del derecho comporta una validez moral, una validez jurídica y una validez social. (Alexy, 2004: 87-92). El desarrollo de esta nueva tendencia fue generando corrientes teóricas enfocadas al análisis de la concepción, la interpretación y la aplicación del derecho, así como los problemas relacionados con la interpretación de la Constitución, caracterizada especialmente por su particular distinción respecto de la interpretación de otros textos jurídicos y por su forma diferenciada de configuración como cuerpo normativo. (Vélez, 2012: 110-111).

En Iberoamérica, estas renovadoras teorías sobre el derecho constitucional, conocidas como neoconstitucionalismo, fueron acogidas desde la década de los años ochenta llegando a convertirse en la tendencia doctrinal de más relevancia del derecho constitucional, compartiendo esta integración con lo ocurrido igualmente en muchos países de otros continentes, configurando así un acervo científico que le dio presencia a lo que actualmente se entiende como un canon trasnacional doctrinario que analiza críticamente la evolución jurídica desde el ingenuo formalismo de la

escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos, hasta la consideración de la Constitución como un ordenamiento valorativo. (García, 2012: 98).

Conforme a lo anterior, el neoconstitucionalismo presenta muchas características de común conocimiento en el derecho constitucional y de aplicación en el Estado social de derecho. Sin embargo, según relaciona García (2012), el neoconstitucionalismo ofrece estas características básicas:

- a) La propuesta de un modelo de organización jurídico-política que adopta el modelo axiológico de la Constitución y el modelo ideológico de Estado social de derecho.
- b) El neoconstitucionalismo, como nueva cultura jurídica, más allá de las tradicionales fronteras entre el derecho, la moral y la política, incorpora constitucionalmente principios morales como libertad, igualdad, justicia, pluralismo, solidaridad y dignidad humana.
- c) Las nuevas Constituciones inspiradas en el neoconstitucionalismo, en su parte dogmática disponen normas en garantía de los derechos de los ciudadanos ante el Estado y los poderes privados, y en la parte orgánica definen los parámetros básicos de la organización del poder público y los organismos del Estado.
- d) Las Constituciones contemporáneas disponen sobre un catálogo de derechos que, además de los de libertad comprende los derechos sociales.
- e) En las Constituciones contemporáneas, el incremento en el número y tipo de derechos está acompañado por la creación de mecanismos judiciales que procuran su efectiva garantía. Los

postulados progresistas de la Constitución son garantizados en su eficacia real junto con la protección de los derechos de las personas.

f) El significado de la naturaleza normativa de la Constitución es una concepción que, de suyo, determina que las normas de la Constitución, además de programáticas, son preceptivas, esto es, que se trata de normas que admiten su aplicación directa en casos concretos.

g) De acuerdo con el modelo axiológico de la Constitución como norma, los derechos fundamentales no sólo garantizan derechos de defensa de las personas, sino que también expresan un sistema normativo de principios que limitan el poder estatal, donde los derechos fundamentales constituyen un sistema cultural de valores o bienes a proteger, y en este sentido, se llega a la Constitución, que intrínsecamente se erige como un valor en sí misma.

h) El sistema jurídico de las nuevas Constituciones faculta la interpretación amplia de los derechos, no restringiéndolos al alcance de una literalidad, sino dotando a las normas de un contenido adicional al expresamente señalado, lo cual permite extraer normas implícitas del mismo texto constitucional. Por ello, las decisiones administrativas, judiciales y legislativas han dejado de ser inamovibles, abriendo camino a decisiones dúctiles soportadas en argumentaciones de principios y valores constitucionales, así como en los derechos fundamentales.

i) El poder judicial, en tanto poder público, también es poder político, puesto que está encargado de garantizar la supremacía del texto político por excelencia: La Constitución. Consecuentemente, el poder judicial asume las competencias ampliadas por la Constitución, es decir, que el control jurisdiccional recae sobre todos los poderes públicos y, además, sus funciones abarcan no sólo la protección de la Constitución, o su interpretación, sino también facultades para creación y desarrollo del derecho.

j) La Constitución condiciona las demás fuentes del derecho y, adicionalmente, la acción de los actores políticos. Por consiguiente, la fuerza expansiva de los derechos, más la tarea judicial de garantía de superioridad e integridad de la Constitución, hacen que ésta, como Ley Suprema del Estado irradie su esencia a todas las normas del sistema jurídico, comprendiendo a las leyes expedidas por el Legislativo y pasando por las normativas departamentales y municipales, e incluyendo hasta los manuales de comportamiento de los colegios. Se trata, pues, de la presencia viva de la Constitución en toda la organización jurídico-política, sin excepciones. Es así como funciona la constitucionalización del derecho. (García, 2012: 98-110).

Sobre la constitucionalización del derecho, Comanducci refiere que indiscutiblemente desde los últimos decenios del siglo XX la Constitución ha ejercido su ascendiente en todo el ordenamiento jurídico, resultando que muchos temas, por tradición tratados privativamente dentro de la esfera jerárquica de la ley, gradualmente han pasado a ser tratados desde la orientación constitucional. Este fenómeno de la constitucionalización del derecho es un proceso por el cual “el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución.” Es decir, un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Normativa Suprema que condiciona efectivamente “la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.” Comanducci refiere a Ricardo Guastini en su enunciación de las condiciones que considera como necesarias para la constitucionalización del ordenamiento jurídico, así:

- I) Una constitución que incorpora los derechos fundamentales;
- II) La garantía jurisdiccional de la Constitución;
- III) La fuerza vinculante de la Constitución;

- IV) La “sobreinterpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos);
- V) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares;
- VI) La interpretación adecuadora de las leyes.
- VII) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. (Guastini, 2001: 153 y ss).

Como puede observarse, en la transformación del derecho administrativo y la Administración Pública han intervenido el neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho como fenómenos jurídicos innovadores que han alcanzado a determinar conceptos relacionados con los principios del Estado social de derecho y la instauración de políticas públicas ajustadas a estos fundamentos. Por consiguiente, se advierte un itinerario que muestra cómo históricamente la Administración Pública ha hecho tránsito desde la Administración autoritaria, propia de la dogmática liberal del siglo XIX, para pasar a la Administración prestacional o de consenso, adecuada al Estado social de derecho, y por último, se llega a la Administración infraestructural o de planificación, por la que la Administración Pública se encarga de actividades de planificación, dirección, ordenación, configuración y sostenimiento de la vida social.

Es de esta manera como se presenta institucionalmente la relación entre el Estado y los ciudadanos, relación en la que éstos participan activamente en la obtención de bienes y servicios que van a satisfacer vitales necesidades. Cosa muy diferente a como sucedía en el Estado de derecho, el Estado liberal decimonónico, en el que existía constitucionalmente una clara separación

entre el Estado y la sociedad, privilegiando a la ley. (Huerta, 2005. 122). Por ello, el Estado social de derecho funciona no únicamente como una institución histórica específica, sino también como una concepción del Estado con marcadas diferencias frente a las otras estructuras estatales, por tratarse de un Estado que se atribuye el compromiso de la distribución y redistribución de bienes y servicios a través de un sistema democráticamente articulado, es decir, que los ciudadanos, la sociedad, no son pasivos partícipes en la recepción de bienes y servicios, sino que deben participar activamente en la formación de la voluntad general del Estado y en las políticas distributivas, así como en otras prestaciones a cargo del Estado.

Lo anterior, quiere decir, que para la existencia real del Estado social de derecho, se requiere de la participación activa y positiva de los ciudadanos, con lo que se puede observar que su esencia democrática se está revalidando permanentemente en los procesos de toma de decisiones, no meramente por medio del ejercicio político en la conformación de los gobiernos, sino también con la participación en las decisiones sociales, económicas, de planificación, etc. (Huerta, 2005. 122).

Desde las consideraciones sobre la relación activa entre el Estado y los ciudadanos en el Estado social de derecho, entonces “no cabe poner en duda la vinculación de la Administración y el Derecho Administrativo a la Constitución y el orden de valores que ésta representa” (Parejo y García de Enterría, 1983: 22). Conforme a estos fundamentos, el Estado y la Administración tienen unas actividades vinculadas directamente con las circunstancias concretas de orden social, económico y político y su respectiva evolución, circunstancias cuyo continuo cambio y adaptación al curso de la historia afectan las estructuras del Estado y de la Administración, lo cual exige de

estas estructuras su constante adaptación a los requerimientos pertinentes. En este sentido, advierten Parejo y García de Enterría, que “Toda Administración debe estar construida y diseñada de forma que resulte apta para afrontar y resolver los problemas y las tareas propios de cada época histórica” (Parejo y García de Enterría, 1983: 22).

La transformación de las actividades del Estado hacia un cubrimiento más amplio respecto de las comprendidas en el anterior Estado de derecho, ha sucedido como consecuencia de la evolución hacia el Estado social de derecho. En el régimen anterior de Estado de derecho los derechos sólo existían en el ámbito de la ley, en cambio ahora, la ley sólo vale en el ámbito de los derechos, es decir, que se ha dejado atrás el Estado constituido conforme las categorías dogmáticas del siglo XIX, una organización jurídico-política encaminada a finalidades específicas, como el orden público, la defensa, la justicia, etc., para entrar a la construcción de un Estado social que se compromete en el desarrollo integral de la sociedad, o sea, una organización jurídico-política cuya legitimidad de acción estatal se evalúa en razón de su eficacia, vale decir, “por su capacidad de conseguir y mantener unas determinadas condiciones de vida” (Parejo y García de Enterría, 1983: 25).

Sin embargo, la profunda transformación del orden constitucional material, inicialmente no se vio acompañada por la necesaria recomposición de los principios de Administración Pública en su organización, funcionamiento y procedimientos, lo que vino a significar una disfuncionalidad práctica en un nuevo modelo de Estado operando con un sistema de principios, conceptos y categorías de derecho público correspondientes a un paradigma jurídico-político ya superado

social, política y económicamente. Por tanto, el derecho de la Administración Pública se tuvo que adecuar a las exigencias históricas del Estado social de derecho. (Parejo y García de Enterría, 1983: 27).

De este modo, el derecho administrativo se encontró ante la disyuntiva de plantarse como un obstáculo o de servir como facilitador y garante de la nueva organización constitucional (Gil Ibáñez, 2012: 1325). De hecho, así como la orientación del derecho administrativo se transformó, igualmente la Administración Pública ha entrado en una clara tendencia de adaptación a la nueva realidad jurídico-política.

Históricamente, el derecho administrativo y la Administración Pública han tenido que adecuarse a los modelos estatales anteriores, primero, con el Estado de derecho liberal del siglo XIX, y luego con el Estado intervencionista que, además de lo económico, también intervino en la prestación directa de servicios. Y ahora, en el Estado social, con el derecho está sucediendo la correspondiente adecuación. Ciertamente, en esta perspectiva histórica se puede observar que el derecho ha logrado dispensar a los diferentes modelos de Estado lo que se demandó de él, sin plantarse como un obstáculo, encaminándose en el acompañamiento de la transformación “en una forma jurídicamente correcta” (Gil Ibáñez: 2003: 1325).

En el presente, es de relevante importancia el reconocimiento consciente de la realidad de los procesos concomitantes de orden mundial, como la globalización, la integración de los Estados en estructuras supranacionales, las nuevas tecnologías en comunicación y transporte, los intercambios cada vez más crecientes de bienes y servicios a nivel internacional, la creciente interdependencia

entre Estados, la relativización del concepto de soberanía nacional, etc., manifestaciones todas de un profundo cambio en el contexto al que estaba acostumbrado a desempeñarse el Estado, encontrándose éste ahora ante concepciones novedosas como pluralismo y participación en la democracia social, diversidad cultural, actores socio-políticos, etc..

Es decir, que el Estado actual se enfrenta a fenómenos complejos y cambiantes, en una situación que puede describirse como de complejidad, interdependencias y cambio continuo. Entonces, de lo que se trata no es de suponer que la situación está enfrentando al derecho o, en vez de enfrentarlo, dejándolo de lado, sino que se debe entender que el derecho es parte de la solución. El derecho no pretende ser obstáculo, sino todo lo contrario, quiere acompañar las transformaciones abriéndose disciplinariamente a la incorporación de técnicas, ideas y procedimientos, tal como lo hacen otras disciplinas, y de acuerdo con su esencia, de lo que se trata es de hacer este acompañamiento en la forma jurídicamente correcta. (Gil Ibáñez: 2003: 1326).

Desde luego, si el Estado actual se enfrenta a hechos complejos y cambiantes, en una situación que se percibe como de cambio continuo, complejidad e interdependencias, así mismo se debe entender que el derecho administrativo generado por la transformación del modelo constitucional de Estado es una rama del derecho que está en “permanente transformación, evolución y adaptación” (Ospina, 2014: 11), puesto que, en especial, se trata de un derecho con una dinámica mayor a la de las otras ramas del derecho, dado que fundamentalmente está sometido a constantes transformaciones, las que obedecen a las teorías de orden político que se van sucediendo en el recorrido histórico de los Estados.

El derecho administrativo se va adaptando a los cambiantes modelos jurídico-políticos, mostrándose maleable, dúctil, de acuerdo con los principios y valores en que se inspira la respectiva Constitución, llegando a ser, en efecto, un derecho actual, en la medida en que refleja las transformaciones socio-políticas, es decir, en lo que representa el Estado frente a la sociedad, en lo que ésta espera del Estado, y así mismo, de la Administración Pública, y con todo esto, las relaciones activas de los ciudadanos con el poder público. En su dinámica característica, el derecho administrativo cumple una praxis de doble mandato puesto que, por una parte, garantiza a la Administración Pública el cumplimiento de sus funciones y, por otra parte, garantiza la protección de los derechos de los ciudadanos. (Schmidt-Aßmann, 2014:38).

Esta funcionalidad actualizada del derecho administrativo lo evidencia como un derecho que es a la vez técnico y político con vocación social, siendo esta la razón por la que no existe para el mundo un modelo de derecho administrativo al que se puedan acoger los Estados, del mismo modo que tampoco existe un modelo de derecho constitucional para todos los Estados, y por tanto, en su subordinación a la respectiva Constitución el derecho administrativo se desarrolla con características propias en cada Estado, operando autónomamente en un campo que lo separa del derecho constitucional, que se refiere a lo general, mientras que el derecho administrativo se ocupa de lo concreto, de lo dinámico en la actividad práctica de lo jurídico público, lo que se explica en el sentido en que son necesarias muchas decisiones y actos de gestión para generar la puesta en movimiento de la Constitución conforme al ordenamiento jurídico vigente. (Ospina, 2014: 13).

Es así como en su autonomía jurídica, el derecho administrativo sostiene cercanas y animadas relaciones con la Constitución, influenciándose mutuamente, en razón a que el derecho

administrativo en el Estado social de derecho está al servicio de los fines esenciales del Estado, de sus principios y valores constitucionales, de prevalencia del derecho sustancial sobre los formalismos jurídicos, en contra de la arbitrariedad y en garantía de los derechos de las personas, no en garantía de la ley, como se limitaba su actuación anteriormente en el Estado de derecho decimonónico. Ahora, el derecho administrativo contemporáneo se estructura en torno a unos especiales valores y principios que lo conducen hacia unos fines socialmente fundados en el respeto de la dignidad humana, lo que le permite, en su aplicación técnica a la función administrativa, la respectiva “flexibilidad en la búsqueda de esos fines” (Ospina, 2014: 15).

La evolución del derecho administrativo ha pasado así desde un modelo que facultaba una Administración Pública autoritaria, con sus elementos característicos de “poder, supraordenación, decisión unilateral y ejecutiva” (Parejo, Jiménez y Ortega, 1994: 28), hacia un paradigma en el que el centro de gravedad es la Constitución, y ésta proclama estar fundada en la dignidad del ser humano en un Estado que tiene señalados unos fines específicos en donde prevalecen los derechos de las personas. De este modo, el centro de gravedad ahora no es formal sino sustantivo, en orden a la instrumentalidad del poder público, a su definida institucionalidad hacia el servicio, y por ello el derecho administrativo asume una orientación que faculta la Administración Pública prestacional y a su concepción clave, que son “los principios de eficacia y eficiencia, servicio al ciudadano e intercambio y correlación entre prestación y contraprestación.”

De acuerdo con lo anterior, en el Estado social de derecho la capacidad de racionalización de la Administración Pública del concepto de “prestación” llega a límites críticos, por causa de la presión conjunta entre las apremiantes tendencias de mayor demanda social, por un lado, y de otro lado, la

imposibilidad de suficiente cubrimiento o respuesta a estas demandas, por causa de la limitación material de los recursos disponibles. En consecuencia, el principio prestacional se ve complementado con variantes nuevas que posibilitan su materialización racional: “coordinación, ponderación y priorización, y concordancia práctica entre necesidades, intereses, bienes y objetivos, así como planificación.”

De este modo, la Administración Pública va determinando los límites, términos y condiciones de la acción social, en aplicación del concepto conocido como de Administración “infraestructural”. (Parejo, Jiménez y Ortega, 1994: 29). En suma, esta línea evolutiva señala una ruta que a partir de la Administración autoritaria pasa por la Administración prestacional o de consenso, y llega hasta la Administración infraestructural o de planificación, concepción en la que la Administración Pública desarrolla cada vez más actividades de “planificación, dirección, ordenación, configuración y sostenimiento de la vida social sin destinatario específico, es decir, de carácter general.” (Parejo, Jiménez y Ortega, 1994: 30).

Como ha podido apreciarse, la legitimación de la actuación del Estado por la vía administrativa se deriva del ordenamiento jurídico, dado que la Constitución dispone las normas que atribuyen facultades específicas para que el Estado, a través de la Administración Pública, desarrolle las políticas públicas pertinentes. Y es aquí donde surge la habilitación de la Administración Pública para cumplir con la actividad prestacional estatal, por ser precisamente el brazo activo del Estado.

Por tanto, la Administración Pública se hace cargo de tareas como la prestación directa de bienes o servicios, o con la realización de acciones que lleven a su obtención, bien sea por medio del

sector público, o bien asociándose con el sector privado. De esta manera, cuando en razón de las limitaciones materiales del Estado se presentan dificultades de cumplimiento adecuado de sus tareas, entonces la Administración Pública recurre a la colaboración del sector privado, que con sus actividades empresariales especializadas puede cumplir con las tareas que se le encomienden, sometiéndose a la regulación contractual del Estado y a la vigilancia de la Administración Pública, es decir, que esta asociación implica la subordinación de la actividad empresarial a las normas del derecho administrativo.(Huerta, 2005: 144).

1.3. ESTADO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

En Colombia, al enfrentar situaciones de gran complejidad cuya solución requiere no sólo de las normas legales, y tampoco para ello es suficiente la perspectiva del derecho administrativo, el Estado ha asumido el replanteamiento de su capacidad reguladora introduciendo elementos de flexibilización y de apertura de espacios, en función del concepto de servicio público en un contexto general de globalización, libre competencia, nuevas tecnologías e instrumentos de gestión, concepción que exige eficacia y eficiencia en el cumplimiento de las políticas públicas y en el uso de los recursos públicos. (Restrepo, 2002: 133).

Las contemporáneas tendencias evolutivas del derecho y del Estado han ingresado al orden jurídico-político colombiano a través de los postulados del Estado social de derecho, y con ello, las exigencias de compatibilizar o adecuar estos postulados a las particularidades de las tradiciones, fuerzas político-sociales, estructuras legales, organización de la Administración Pública, perspectivas socio-económicas y la posición del país en el entorno internacional. Si en el anterior Estado de derecho era evidente la deficiencia en la eficacia de la normativa jurídica, ahora, con el

Estado social de derecho, es puntual la exigencia sobre la eficacia de las normas jurídicas y los correspondientes actos, lo cual implica cumplimiento operativo concreto de fines y objetivos, y esto significa producción de resultados, es decir, pautas de rendimiento eficiente de sus organismos, especialmente los administrativos (Restrepo, 2005: 136).

Actualmente la eficacia y eficiencia hacen parte de la valoración social, jurídica, política y práctica de la Administración pública como componente del poder público, puesto que tiene facultades suficientes para lograr resultados en sus gestiones, vale decir, la Administración Pública debe cumplir no sólo con acciones, sino que esas acciones deben resolver los problemas que la sociedad le presenta, o sea, que en cada caso debe obtener un determinado resultado o los resultados pertinentes, según el diagnóstico del problema respectivo, todo lo cual corresponde a criterios de efectividad concreta, que es lo que se pretende como legitimación de la existencia de la administración Pública.

La Administración Pública debe, pues, obrar en concordancia con los principios constitucionales de la función administrativa, esto es, al servicio de los intereses generales, cumpliendo sus gestiones con eficacia y con eficiencia, es decir, que con eficiencia se han de hacer las tareas, con la idoneidad apropiada a determinado fin, y con la eficacia se trata de obtener un logro o resultado efectivo, real, vale decir, que la Administración Pública tiene el compromiso jurídico de realizar concretamente un determinado efecto, definido en cada caso por el interés general, gestión que también incluye contenidos sociales aunados a componentes de renovación del control de la Administración Pública y el reforzamiento del principio de responsabilidad de los servidores públicos. (Restrepo, 2005: 136).

La Administración Pública colombiana, comprobadamente incapaz de gestionar eficazmente sus tareas y, además, excedida en su capacidad de gestión, en busca del cambio se ha encaminado hacia un modelo institucional de Administración despolitizada y tecnificada, con un estatuto jurídico que proporcione continuidad, coherencia y fidelidad a sus propios fines institucionales, así como estabilidad institucional a sus gestores. Se trata de la búsqueda de resultados en las actividades de la Administración Pública a través de la juridicidad de un modelo organizacional que se adecúe a patrones de orden gerencial, donde además de eficacia y eficiencia en la gestión de las tareas, también sean superadas las tradicionales deficiencias de la organización burocrática.

El cambio hacia este modelo gerencial ha sido generado por los resultados obtenidos en la producción general de bienes y servicios, por cuenta de la evolución en las estructuras organizacionales del sector privado, sector que al modificar el tradicional esquema burocrático piramidal de administración, hacia la flexibilización en la gestión, procedió a disminuir los niveles jerárquicos en la operatividad a la vez que aumentó la autonomía de decisión en los gerentes, de modo que la estructura organizacional cambió, pasando de un esquema normativo de centralización a un modelo soportado en la responsabilidad de los administradores, cuya gestión es avalada por los resultados realmente producidos. (Restrepo, 2007: 13).

En consecuencia, el modelo colombiano de la Administración Pública dispuesto a través de un esquema organizacional que se adecúe a patrones de orden gerencial implica la substitución del tradicional esquema centralizado de toma de decisiones por un nuevo modelo de dispositivos de descentralización, de participación ciudadana, en tanto usuarios, en los procesos de decisión, de

contractualización de las relaciones interadministrativas y con los asociados, lo mismo que la complementación de los sistemas de control con evaluaciones de gestión y también con procesos de rendición de cuentas en función de los resultados.

Con la Constitución Política instaurada en 1991, en Colombia se derogó el Estado intervencionista que se había mantenido a través de las reformas constitucionales de 1936, 1945 y 1968, y en cambio, ahora se pasó a facultar constitucionalmente la liberalización del sector de los servicios públicos, que también pueden ser prestados por particulares (Art. 365, CP), lo mismo que la prestación de funciones públicas por particulares (Art.123, inc. 3º; 210, CP).

En desarrollo de esta preceptiva, desde los años noventa del siglo pasado, principalmente con las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1508 de 2012, se ha dado curso a una corriente transformadora que ha ampliado la disposición jurídica para admitir y acompañar la interacción de la Administración Pública con el sector privado, concepción que se corresponde con la noción actualizada de “gobierno interactivo, emprendedor o facilitador, que no anula los modelos anteriores sino que procura integrar los intereses de los actores no estatales como factor contributivo para la atención y solución de los problemas sociales.” (Restrepo, 2007: 15).

Se observa que estratégicamente, aunque los cambios en los instrumentos y los modos de regulación y control estatal son evidentes, en el fondo de todo este nuevo tipo de relaciones público-privadas, el derecho administrativo prosigue desempeñando la posición central, mientras el Estado obra como titular de la responsabilidad general, de acuerdo con la normativa constitucional.

CAPÍTULO II

2. EL PROBLEMA DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO

2.1. UN PROBLEMA PÚBLICO

En el *Informe de Gestión* entregado en Bogotá al Ejecutivo por la Ministra de Justicia y del Derecho en septiembre de 2013, dentro de la denominada “Estrategia de Doce Pasos para un Sistema Penitenciario y Carcelario racional y humanizado”, éste Ministerio hace un reconocimiento oficial: “Desde hace más de quince años el Sistema Penitenciario y Carcelario atraviesa una grave crisis que requiere salidas estructurales” (Minjusticia, 2013: 77). Ciertamente, en Colombia se presenta una grave situación de vulneración sistemática de los derechos fundamentales de las personas que habiendo perdido jurídicamente la libertad se encuentran vinculadas al Estado bajo una especial relación de sujeción dentro del Sistema Penitenciario y Carcelario.

Con un incremento del 70.4% de la población reclusa durante el período entre los años 1998 a 2010, y registrándose en el presente el constante aumento del número de internos, se observa que el Estado ha sido incapaz de atender debidamente a sus obligaciones constitucionales referidas a la garantía efectiva de los derechos de quienes están reclusos, verificándose que –conforme lo sustenta la Corte Constitucional en la sentencia T-153 de 1998 desde hace decenios, en este Sistema Penitenciario y Carcelario son evidentes las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, siendo también comprobados el hacinamiento, la violencia, la extorsión, la corrupción, además de la inexistencia de oportunidades y medios apropiados para la

resocialización de los que están reclusos, con lo que se manifiesta la violación de una serie de derechos fundamentales de éstos, como son la vida e integridad personal, la dignidad, la presunción de inocencia, así como los derechos a la salud, a la familia, al trabajo, etc..

Lo anterior, evidencia un “estado de cosas inconstitucional”, ante lo cual lo más indicado es hacer que las instituciones estatales competentes pongan en acción sus facultades a efecto de solucionar esta compleja problemática, en razón a su “extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida.” En definitiva, de no hacerse nada por parte del Estado, la crisis proseguirá en comprometido acrecentamiento. Por ello, en la referida sentencia, la Corte Constitucional, entre otras lamentables consecuencias, advierte: “dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia.” Es pues, concluyente, que se hace imperiosa la construcción de nuevos establecimientos de reclusión y el refaccionamiento de los existentes, y así cumplir con los requerimientos para ofrecer una vida digna en ellos.

En este contexto se hace ineludible para el Estado el diseño y funcionamiento coherente de una política pública en materia criminal y penitenciaria que implique la puntual aplicación de principios de derechos humanos y de racionalidad, lo cual incluye la enorme tarea de desarrollar una infraestructura que posibilite hacer frente a esta situación buscando alternativas de financiación y funcionamiento en las que el Estado aplique las herramientas jurídicas existentes para que se asocie con empresarios privados vinculándolos contractualmente mediante el régimen jurídico de las

Asociaciones Público Privadas para el diseño, construcción, mantenimiento y operación de los centros de reclusión a través del contrato de concesión.

2.2. RELEVANCIA SOCIAL DEL PROBLEMA DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO

En abril 28 de 1998, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-153, ordenando notificar al Presidente de la República, al Poder Legislativo, a través de los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; al Poder Judicial, por medio de los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; así mismo, al Fiscal General de la Nación, a los gobernadores y a los alcaldes, a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales, y también a los personeros municipales, de la orden de esta Alta Corporación judicial para que el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y el Departamento Nacional de Planeación realizaran totalmente el “plan de construcción y refacción carcelaria en un término de cuatro años”, en razón del “estado de cosas inconstitucional” en el sistema penitenciario y carcelario del país. (Corte Constitucional, 1998: T-153).

Esta providencia, al declarar y notificar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en todo el sistema penitenciario y carcelario, lo hizo tutelando los derechos fundamentales de quienes por entonces, habiendo perdido la libertad jurídicamente, estaban reclusos bajo las más degradantes condiciones ocasionadas por las omisiones imputables a distintas autoridades públicas.

También, en la referida sentencia, fueron impartidas nueve órdenes adicionales dirigidas a las diferentes autoridades y entidades encargadas del sistema penitenciario y carcelario; diseñar un plan de construcción y refacción carcelaria y su implementación; disponer un lugar especial para los miembros de la fuerza pública; separación a los sindicatos de los condenados; investigar la falta de presencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en las cárceles de Bellavista, en Medellín, y la Modelo, en Bogotá.

Así mismo, la Corte Constitucional ordeno adoptar medidas de protección urgentes mientras se proporcionaban las medidas de carácter estructural y permanente; que los gobernadores, alcaldes, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales dispusieran las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios; y al Presidente de la República, con el Ministerio de Justicia y del Derecho, que mientras se ejecutaban las obras carcelarias ordenadas en la sentencia, se tomaran las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del país.

La sentencia T-153 de 1998, en aquel momento señala concluyentemente, que: “En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida.”

Por ello, la providencia afirma terminantemente:

(...) el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir

a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.

En octubre de 2001 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina en Colombia presenta un informe de los establecimientos de reclusión en Colombia, determinando un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos, toda vez que existen violaciones graves, sistemáticas y generalizadas de las obligaciones del Estado colombiano en materia de derechos humanos en los establecimientos de reclusión. Las condiciones de detención en las que se encuentra la gran mayoría de las personas privadas de libertad en Colombia, así como el trato que reciben de autoridades judiciales, policiales y penitenciarias constituyen flagrantes violaciones de sus derechos humanos, que compromete seriamente el cumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano de proteger la vida, integridad física, dignidad y seguridad jurídica de las personas privadas de libertad y de promover y facilitar su reintegración social, consagradas en la Constitución nacional y en los instrumentos de derechos humanos ratificados por el país (Alto Comisionado de las Naciones Unidas: 2001: 7-8).

Así mismo, en mencionado informe se establece que las violaciones de los derechos humanos conocidas en las cárceles, derivan de la combinación de altos niveles de hacinamiento penitenciario y malas condiciones de detención, así como la mala gestión penitenciaria, la ingobernabilidad, la corrupción y la impunidad prevalentes en la mayoría de los centros. Los principales problemas observados incluyen:

- a) hacinamiento crítico, frecuentemente severo;

- b) tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes producto de la violencia y las malas condiciones de detención;
- c) la falta de separación de personas privadas de libertad por categorías;
- d) infraestructura y condiciones higiénicas y sanitarias marcadamente deficitarias;
- e) falta o insuficiencia de atención médica adecuada;
- f) escasez y/o inadecuada calidad de alimentos;
- g) inseguridad jurídica de las personas privadas de libertad, incluyendo la falta de un recurso efectivo ante la ley;
- h) falta de acceso por parte de la mayoría de las personas privadas de libertad a la educación, al trabajo y a la recreación;
- i) falta de tratamiento penitenciario y atención especializada requerida por muchas personas privadas de libertad, incluyendo las pertenecientes a los grupos vulnerables (Alto Comisionado de las Naciones Unidas: 2001: 12-13).

Dentro de las recomendaciones que se dan por parte del Alto Comisionado en el informe anteriormente mencionado, se destacan las siguientes, por tener relación con el tema objeto de investigación, así: asignar e invertir inmediatamente los recursos necesarios para las mejoras de la infraestructura de los centros carcelarios que lo necesiten, con el fin de garantizar condiciones adecuadas de reclusión; aunque la construcción de cárceles en países en vías de desarrollo, resulta relativamente muy onerosa, no resuelve en el mediano y largo plazos los altos índices de criminalidad, ni de hacinamiento carcelario en algunas situaciones particulares de grave déficit de infraestructura, lo es en la mayoría de las cárceles de Colombia, por lo tanto el apoyo a la promoción de inversión estatal en el sector puede resultar indispensable para superar las graves

deficiencias en la capacidad instalada las cárceles (Alto Comisionado de las Naciones Unidas: 2001: 20-21).

La Defensoría del Pueblo en enero de 2004 presento un análisis sobre el hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia en el cual manifiesta que corroboró una vez más lo que ha venido estableciendo en sus diversos Informes al Congreso de la República: el hacinamiento es uno de los factores que contribuyen a la violación de todos los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Así mismo, en mencionado análisis esta Entidad manifiesta que en los últimos siete años ha reiterado su alerta sobre el incremento de dicho fenómeno; y afirma que el hacinamiento carcelario:

“...Trae como consecuencia graves problemas de salud, de violencia, de indisciplina, de carencia en la prestación de servicios (trabajo, educación, asistencia social, deportes, educación, visita conyugal, servicios médicos, etc.), con una clara violación de la integridad física y mental de los reclusos, de su autoestima y de la dignidad humana. Igualmente, el hacinamiento, cuando sobrepasa el nivel crítico, se convierte en una forma de pena cruel, inhumana y degradante. Para la comisión es claro que en los penales que presentan condiciones de hacinamiento crítico, la calidad de vida de los reclusos sufre serios deterioros, al punto que no se pueden considerar sitios seguros ni para los internos, ni para el personal que trabaja con ellos. “En síntesis, a mayor hacinamiento, la calidad de vida de los reclusos y la garantía de sus Derechos Humanos y fundamentales es menor” (Defensoría del Pueblo, 2004:1)

Aunado a lo anterior, en mencionado análisis la Defensoría del Pueblo, manifiesta que el hacinamiento guarda una doble condición: es efecto y causa al mismo tiempo. Efecto, por cuanto su existencia se deriva del incremento de las conductas delictivas con privación de la libertad, el aumento del quantum de la pena de prisión, el abuso de la privación de la libertad como medida de aseguramiento, entre otras, y causa, porque el hacinamiento se presenta como una de las

principales fuentes de las violaciones a la dignidad y a los derechos humanos en las cárceles colombianas (Defensoría del Pueblo: 2004: 6-7).

Tal como lo establece la Defensoría del Pueblo el hacinamiento ocasiona condiciones inhumanas para vivir, corrupción y violencia por la obtención de un espacio mínimo en donde pernoctar, elementos que también entorpecen el cumplimiento del tratamiento penitenciario para la resocialización del interno y reducen notablemente las oportunidades de trabajo, educación y recreación para los internos, así mismo, dificulta el control y la gobernabilidad por parte de las autoridades carcelarias y, compromete la obligación del Estado de garantizar la vida e integridad física de las personas privadas de la libertad (Defensoría del Pueblo: 2004: 7).

La Defensoría del Pueblo manifiesta que si se quiere solucionar, o al menos aliviar, el problema penitenciario y carcelario, se hace necesario la voluntad política, para el establecimiento de una verdadera política criminal de alternatividad penal propia de un Estado social y democrático de derecho como el prometido en la Constitución Política. Mientras exista la proporción: a mayor política social menor política criminal, mientras se preocupe más por reprimir que por prevenir la delincuencia, el problema penitenciario y carcelario seguirá igual o peor al actual (Defensoría del Pueblo: 2004: 7).

En el libro Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia, publicado en 2009 por el Ministerio de Justicia y del Derecho, se publica la investigación adelantada por Luis Hernando Barreto y Sneider Rivera, y cuyos análisis también

demuestran, nuevamente, la relevancia social del problema del sistema penitenciario y carcelario del país, destacando la situación inhumana de las precarias condiciones materiales y morales en las que sobreviven los internos en los centros de reclusión, ambiente que les impone la producción y reproducción de las más reprochables conductas, en una realidad que se repite cotidianamente, semana tras semana y año tras año. (Barreto y Rivera, 2009: 99-104).

En el Capítulo Tercero de esta investigación de Barreto y Rivera, al tratar sobre el estado de cosas inconstitucional en las cárceles, los autores dejan en claro que en estas condiciones del sistema penitenciario y carcelario no es posible que se logre la rehabilitación ni tampoco la reinserción social de quienes están internos, comprobándose, por cierto, el alto nivel de reincidencia de reclusos condenados. En este sentido afirman:

Es evidente que los males sociales como la corrupción y la violencia se reproducen y se exacerban dentro de las cárceles. Lo que allí se presenta no resocializa al interno y niega las supuestas finalidades de la sanción penal. Las precarias condiciones de convivencia dentro de las cárceles son contrarias a cualquier posibilidad mínima de enmendar y rehabilitar al recluso, porque no existe una política pertinente para corregir en el individuo las causas que lo llevaron a infringir la ley penal. En consecuencia, no se puede garantizar su reintegro a la sociedad y así evitar su reincidencia. (Barreto y Rivera, 2009: 101).

Los autores de esta investigación ratifican la persistencia y agravamiento de las condiciones que ocasionaron el contenido de la argumentación de la Corte Constitucional sobre el estado de cosas inconstitucional, de la sentencia T-153 de 1998, providencia dirigida a solucionar la situación de general y sistemática vulneración de los derechos fundamentales de muchos miles de personas reclusas, haciendo notorio que las causas de esta masiva vulneración de derechos era de naturaleza estructural, puesto que no tenía origen exclusivamente en la autoridad demandada (el INPEC), sino

en las distintas entidades estatales que concurren en la organización y funcionamiento del sistema penitenciario y carcelario.

La Contraloría General de la Republica en agosto de 2010 presenta un Análisis de los principales elementos de la situación carcelaria, dentro de los cuales se encuentran el hacinamiento carcelario y el estado del plan de construcción, dotación y mantenimiento de la infraestructura carcelaria. Frente al hacinamiento señala que a pesar de la asignación de recursos, el Estado colombiano no ha podido garantizarle a la población privada de la libertad, condiciones de vida digna debido principalmente a la problemática de hacinamiento que se presenta en la mayoría de los establecimientos penitenciarios y carcelarios. A pesar de la ampliación de la infraestructura carcelaria, persiste el desbalance entre el crecimiento de la población y la capacidad carcelaria; mientras la población reclusa ha crecido, desde 2004, en 25%, los cupos carcelarios lo han hecho en 4.9% (Contraloría General de la República: 2010: 1-5-6).

Aunado a lo anterior la Contraloría, manifiesta que encuentra dificultades que presenta la administración de Justicia, en cuanto a la lentitud en la resolución de los procesos y la acumulación de los mismos, esta situación afecta directamente el sistema penitenciario y carcelario, toda vez que se mantiene en las cárceles del país a un gran porcentaje de población sindicada. A mayo de 2010, el 33% de la población de internos eran sindicados (Contraloría General de la República: 2010: 6).

Además, indica la Contraloría que en auditorías especiales realizadas durante el año 2009 a los establecimientos penitenciarios y carcelarios como La Picota, La Modelo y El Buen Pastor de Bogotá, se encontraron con una serie de falencias en las instalaciones que afectan las condiciones de vida de la población reclusa. Algunos pabellones, especialmente en La Picota y El Buen Pastor, no cuentan con las condiciones que se requieren de habitabilidad necesarias, requieren arreglos urgentes en techos, paredes, pisos, y sobre todo en los baños y en las redes de alcantarillado. Así mismo, tanto para el desarrollo de programas educativos, como para los talleres y proyectos productivos, son necesarias varias adecuaciones que permitan ofrecer condiciones dignas para el estudio y el trabajo de los reclusos; de otra parte, los espacios de recreación y deporte son escasos y los que hay no se utilizan eficientemente, porque por medidas de seguridad se le restringe a la población privada de la libertad, la salida a estas áreas (Contraloría General de la República: 2010: 6).

Frente al plan de construcción, dotación y mantenimiento de la infraestructura carcelaria, la política estatal en materia carcelaria y penitenciaria se ha concentrado en el cumplimiento del Plan de Ampliación de la Infraestructura Carcelaria que data del documento Conpes 3277 de marzo de 2004. Este proyectó ampliar la capacidad total de 22.831 cupos, mediante la figura de concesión. El Conpes 3412 de Marzo de 2006 ajusta la estrategia y cambia la figura de concesión por la de contrato de obra por considerar a la primera muy costosa. Posteriormente, en la fase de pre inversión, varios de los predios seleccionados tuvieron que ser legalizados, y reglamentados frente a los planes de ordenamiento territorial de cada localidad. Este proceso se prolongó por todo el 2005 e incluso en algunos casos hasta febrero de 2006. Así mismo, se firma un nuevo contrato interadministrativo entre el Ministerio de Interior y de Justicia y FONADE para que este último

liderara el proceso de selección de las firmas y la adjudicación de las obras (Contraloría General de la República: 2010: 13).

El Conpes 3575 de abril de 2009, reestructura financiera y cronológicamente el proyecto por la imposibilidad de cumplir con los plazos inicialmente establecidos. El incumplimiento había ocasionado hasta 2009, unos sobrecostos cercanos a los \$90.000 millones en pesos constantes de 2008. Los sobrecostos por el atraso de las obras se derivan, entre otros factores, por mayores costos de interventoría y el pago anual de la cuota de gerencia destinada al FONADE. Así como la ampliación del tiempo cambio los valores unitarios de los materiales con base en el Índice de Costo de Construcción de Vivienda Multifamiliar (ICCV) certificado por el Dane. Esta situación generó que en julio de 2009, la Contraloría General de la República profiriera una función de advertencia alertando al Ministerio del Interior y de Justicia, sobre el riesgo fiscal que se corría por el incumplimiento en los cronogramas (Contraloría General de la República: 2010: 13-14).

No obstante lo anterior, el avance en las obras un año más tarde cambio substancialmente. La Contraloría realizó un seguimiento a los contratos de obra y dotación de los nuevos centros carcelarios, y a pesar que existieron deficiencias especialmente en la dotación, el cumplimiento en la entrega de obras mejoro y se prevé que la actual administración puede cumplir con su compromiso de entregar la gran mayoría de las obras antes del mes de agosto de 2010 (Contraloría General de la República: 2010: 14).

La Contraloría manifiesta que al realizar el seguimiento al avance en la ejecución con corte al 30 de junio de 2010, la estrategia de construcción llega al 86,36%²¹. Se entregaron algunos

establecimientos al Ministerio del Interior y de Justicia y al INPEC, y los restantes están programados para entregar antes de agosto de 2010. Sin embargo, hubo también imprevisión en el cálculo del menaje y dotación de los centros carcelarios y, por esta razón, algunas cárceles aún no se han puesto en funcionamiento, lo cual generó que el Ministerio del Interior y de Justicia realizará otro proceso de contratación para dotar a los centros de reclusión, esto ha ocasionado sobrecostos e inconvenientes impidiendo que se utilicen de forma inmediata, oportuna y eficaz el total de los cupos carcelarios entregados al INPEC al 31 de mayo de 2010 (Contraloría General de la República: 2010: 15).

Las conclusiones de la Contraloría se pueden resumir en lo siguiente: se muestran unos resultados importantes que permiten entrever la superación paulatina de las deficiencias de la Política Pública penitenciaria y carcelaria, así como el compromiso de las entidades públicas involucradas para mejorar su gestión en la materia; la calidad de la Política Pública Penitenciaria y Carcelaria en Colombia no puede ser evaluada únicamente desde la perspectiva de la eficiente utilización de los recursos públicos, se deben incluir elementos de tipo humanitario, puesto que se encuentran involucradas las condiciones de vida de personas, que si bien quebrantaron las normas de la sociedad y deben resarcir los daños con la pena privativa de la libertad, sus demás derechos deben ser garantizados y el Estado debe propender por su reinserción social (Contraloría General de la República: 2010: 15).

Así mismo, concluye que la entrega y puesta en funcionamiento de los nuevos establecimientos penitenciarios y carcelarios, y por consiguiente la disminución de los niveles de hacinamiento, debe aprovecharse para dar una aplicación efectiva a la política de tratamiento penitenciario y

transformar los establecimientos en verdaderos centros de rehabilitación y resocialización de los reclusos, aprovechando los espacios de formación académica y laboral, así como de aquellos destinados al esparcimiento. Así mismo, es necesario continuar con el esfuerzo fiscal para culminar plenamente con la dotación de los establecimientos que están siendo entregados bajo administración al INPEC. No se debe presenciar en los años próximos, el abandono de estas construcciones ante la imposibilidad de ponerlas en funcionamiento por no contar con los elementos necesarios para garantizar su habitabilidad, como por la falta del personal de guardia requerido (Contraloría General de la República: 2010: 16).

No obstante, todos los esfuerzos realizados por el Gobierno, el 28 de junio del año 2013, la Corte Constitucional reitera mediante sentencia, sus razones de censura sobre el sistema penitenciario y carcelario, señalando que éste presenta, otra vez, un estado de cosas inconstitucional, puesto que se ha comprobado nuevamente que “Los establecimientos penitenciarios y carcelarios en el país se encuentran en una situación de crisis estructural.” Afirma la Corte, que la situación es incompatible con el orden jurídico-político actual, puesto que “Las autoridades encargadas no han adoptado las medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar efectivamente la vulneración de los derechos” y por tanto, se evidencia de nuevo cómo “el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundante de un Estado social de derecho.” (Corte Constitucional, 2013: T-388).

Así mismo, en el año 2015 la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-762/15 declara nuevamente el “estado de cosas inconstitucional” en el sistema penitenciario y carcelario del país; toda vez que todavía se presentan prácticas en el sistema penitenciario y carcelario que son evidentemente inconstitucionales. Cita como ejemplo:

*“(...) la exigencia de la interposición de acciones de tutela para la prestación de servicios de salud, que ni así, llegan a sus destinatarios; **el hacinamiento como fenómeno estructural**; la indefinición de competencias de las autoridades; la corrupción y comercialización de bienes y servicios básicos en los establecimientos (camas, colchonetas, jabones); el encierro permanente y prolongado de los reclusos sin luz solar, entre otras.(...)”* (Negrilla y subraya fuera de texto).

Por lo anterior, entre otras, ordena al INPEC, a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación, asegurarse que todos los proyectos y diseños en infraestructura carcelaria y penitenciaria, cumplan de manera obligatoria con las condiciones mínimas de subsistencia digna y humana establecidas en mencionada providencia y/o con aquellas que compile el Gobierno Nacional.

Así mismo, ordena a la USPEC que inicie todas las acciones pertinentes para que, en un término no superior a un (1) año contado a partir de la notificación la sentencia, todas las inversiones se centren no sólo en la construcción de cupos, sino además en la satisfacción de otras necesidades de los reclusos, en especial, las relacionadas con la adecuada prestación de los servicios de agua potable, salud, alimentación y programas de resocialización. (Corte Constitucional, 2015: T-762).

2.3. ENTIDADES PÚBLICAS COMPETENTES PARA HACER FRENTE AL PROBLEMA PÚBLICO DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO

Como ha podido observarse, es urgente que el Estado acometa el diseño y funcionamiento de una política pública en materia criminal y penitenciaria que implique la puntual aplicación de principios de derechos humanos y de racionalidad, lo cual implica la tarea de desarrollar una infraestructura que posibilite hacer frente a esta situación, entendiendo que el problema carcelario no se soluciona únicamente con la ampliación de la estructura física, sino con una política integral en donde intervengan las entidades estatales competentes para darle solución a este problema público.

En este sentido, dentro de la organización de la Administración Pública del Estado colombiano, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1709 de 2014, el sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado de la siguiente forma:

- I. Ministerio de Justicia y del Derecho
- II. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)
- III. Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC)
- IV. Los centros de reclusión que funcionan en el país
- V. La Escuela Penitenciaria Nacional
- VI. El Ministerio de Salud y Protección Social

VII. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

VIII. Por las demás entidades públicas que ejerzan funciones relacionadas con el sistema. (Art.7°, Ley 1709 de 2014).

En la publicación por el Ministerio de Justicia y el Derecho del libro Lineamientos para el Fortalecimiento de la Política Penitenciaria en Colombia, en 2014, se destaca “la necesidad de desarrollar una política criminal racional, coherente y eficaz que supere la política reactiva, incoherente y fuertemente punitiva colombiana” (Minjusticia, 2014: 36). En este orden de ideas, se requiere, en consecuencia, una mejor articulación entre las diferentes instituciones relacionadas, y no sólo en las etapas normativo-punitiva y procedimental, sino fundamentalmente en la etapa de ejecución de la pena, contando además con la adecuación de un sistema de información tecnológica y administrativamente idóneo, que posibilite el acceso de todas las autoridades vinculadas al sistema.

En el mismo sentido de esta argumentación fue como se pronunció la comisión Asesora de Política Criminal, en junio de 2012, en el Informe Final del Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, publicado por el Ministerio de Justicia, texto en el que se observa en relación con las medidas de política criminal en Colombia, que éstas en las últimas décadas evidencian que el país carece de una política criminal consistente y de largo plazo, fundada empíricamente y enmarcada constitucionalmente. Hasta ahora lo que se tiene es “Una política criminal reactiva, sin adecuada fundamentación empírica, con incoherencias y falta de perspectiva clara de derechos humanos” (Minjusticia, 2012: 27). Por consiguiente, se requiere del Estado una verdadera articulación operativa entre las instituciones que conforman el

sistema Nacional Penitenciario y Carcelario y las demás entidades públicas que desempeñan funciones relacionadas con este sistema.

2.4. UNA POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIARIA Y CARCELARIA

En el Estado contemporáneo, las políticas públicas se caracterizan como instrumentos principales para incidir en el funcionamiento de la sociedad, y en esta dirección, el modelo de Estado tiene incidencia fundamental en el sentido y el papel de las políticas públicas, de modo que en relación con el Estado social de derecho instaurado en Colombia con la Constitución de 1991, las políticas públicas han de ser orientadas hacia la garantía y satisfacción de los derechos de las personas, inclusive cuando éstas hayan sido privadas de la libertad legalmente.

En relación con las recomendaciones en materia de política pública criminal y penitenciaria, el Ministerio de Justicia y del Derecho, por medio de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, presentó en 2014 el documento denominado “Lineamientos para el Fortalecimiento de la Política Penitenciaria en Colombia”, escrito producto del “Proyecto Fortalecimiento y Seguimiento a la Política Penitenciaria en Colombia”, investigación realizada durante dos años por un equipo de profesionales designado por el Ministerio, y en el que se formulan unas orientaciones fundamentales para el fortalecimiento de la Política Penitenciaria con base en el seguimiento desarrollado durante el año 2013 sobre las condiciones en que se cumple la privación de la libertad de la población penitenciaria, en especial en lo concerniente a los temas de:

- a) Cumplimiento de los fines de la pena con enfoque diferencial
- b) Tratamiento penitenciario

- c) La resocialización
- d) El acceso a los beneficios administrativos.

Respecto a estos cuatro referentes, la investigación se direcciona en dos ejes básicos:

- I) El diagnóstico sobre las condiciones del Sistema Penitenciario y Carcelario, en relación con la resocialización, el enfoque diferencial y los beneficios administrativos.
- II) La elaboración de recomendaciones fundamentadas empíricamente, que posibiliten su utilización como lineamientos para el fortalecimiento de la Política Penitenciaria.

En lo relacionado a estos temas, el documento ofrece un diagnóstico enfocado hacia la recuperación del sistema penitenciario, con la formulación de lineamientos de política pública penitenciaria que se proyecten positivamente en la superación de los altos índices de hacinamiento en los centros de reclusión, garantizando el respeto a los derechos humanos de los internos, así como el cumplimiento de los fines de la pena, con un enfoque diferencial para el tratamiento penitenciario favoreciendo a la población indígena, y con incidencia en el acceso a los beneficios administrativos, conforme a los presupuestos de ley para este propósito.

En estos “Lineamientos para el Fortalecimiento de la Política Penitenciaria en Colombia” se plantea la importancia de desarrollar un concepto operativo que permita definir la política pública penitenciaria en su proceso de formulación, ejecución, evaluación y análisis de resultados. Por tanto, el documento dedica una de sus secciones a las políticas públicas, en relación con su concepción general y su aplicación especial en la política pública penitenciaria y carcelaria de

Colombia, razón por la que se adentra en el tratamiento conceptual de lo que se entiende por política pública en la actualidad, y entre otros autores cita a André Noël Roth (2009), en sus obras “Análisis y evaluación de políticas públicas: debates y experiencias en Colombia”, y “Políticas Públicas, formulación, implementación y evaluación”, acogiendo su argumentación sobre que el sentido vigente de la política pública se entiende como el “proceso de elaboración y de puesta en marcha por autoridades políticas del programa de acción pública” (Minjusticia, 2014: 16).

De acuerdo con lo anterior, con la política pública se trata de la acción del poder público dirigida hacia uno o varios objetivos sociales que se consideran necesarios y que deben ser realizados por una determinada institución u organización. De este modo, es una conjunción coherente de decisiones y de acciones en las que participan diferentes actores públicos, y ocasionalmente privados, en el propósito de gestionar políticamente la solución de una situación problemática social. De aquí que se entienda que el Estado debe atender esa situación problemática gestionando una política pública apropiada para el sector social que demanda tal intervención. (Minjusticia, 2014: 16).

2.4.1. Las políticas públicas

Desde el enfoque de las relaciones entre sociedad civil y Estado, las políticas públicas se pueden considerar como afirmación de la correspondencia legítima derivada del pacto originario entre el Estado y la sociedad. Se trata de la concreción práctica de instrumentos sociales formulados para atender adecuadamente las demandas sociales, en desarrollo estratégico de actividades institucionales del Estado, directamente o con intervención de agentes privados. Es decir, que se

consideran determinados objetivos públicos colectivos a intervenir con medios y acciones, en el propósito de disponer el comportamiento de actores sociales o individuales hacia la modificación “de una situación percibida como insatisfactoria o problemática” (Roth, 2002: 27).

Tomando en cuenta la anterior concepción, Roth propone cuatro componentes centrales que posibilitan comprobar la existencia de una política pública:

- a) Implicación del gobierno
- b) Percepción de problemas
- c) Definiciones de objetivos
- d) Un proceso destinado a cambiar un estado de cosas percibido como problemático.

Como procedimientos institucionales de acción estatal en determinado sector social para la realización adecuada de objetivos dirigidos a solucionar una situación problemática, las políticas públicas han evolucionado en la medida en que el protagonismo del Estado se ha transformado, en función de la evolución de las relaciones entre la sociedad y el Estado. A partir de un enfoque de la acción estatal legitimada como proceso de materialización de principios y valores constitucionales, proceso del que se analizan los aspectos normativo-administrativos de la política pública.

Así mismo, se analiza la interrelación entre quienes dentro del sector público la han instaurado y quienes tienen el compromiso de su ejecución, también en lo que se refiere a Colombia, se entiende el estudio de la acción estatal en políticas públicas como producto de decisiones dirigidas

hacia objetivos concretos en donde las instituciones públicas corren a cargo de la dirección, coordinación, ejecución o autorización de determinadas acciones destinadas a lograr unos definidos resultados coherentes con el sistema jurídico-político de Estado social de derecho, esto es, con la Constitución vigente, puesto que, en cuanto máximo referente jurídico o norma de normas, la Constitución ha sido “concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma” (Corte Constitucional: T-406/1992).

Según Henao (2013: 68), en esta perspectiva es necesario precisar al Estado como la institución de máxima jerarquía que establece las reglas de su organización jurídico-política, por medio de normas jurídicas y de su actuación administrativa, regulaciones dispuestas a través de sistemas o articulaciones de interacción y transmisión de información entre los organismos que configuran los poderes públicos del Estado. En esta dirección, la política pública se presenta como “el programa de acción y la realización concreta de las decisiones adoptadas por el Estado” (Henao, 2013: 69). De este modo, se observa cómo con el Estado se trata de un tipo específico de organización, propiamente jurídico-política, y con la política pública se hace referencia al quehacer del Estado a través de una actividad concreta.

Citando a Roth, Henao refiere que para su operación, una política pública está conformada por uno o varios objetivos, a cumplir total o parcialmente por instituciones estatales que ponen en funcionamiento los medios para cambiar o modificar situaciones específicas, entendiendo que lo que se identifica como situaciones socialmente problemáticas son contextos en los que la sociedad

advierte un relevante problema social, de modo que considera que el poder público debe acometer su solución por medio de una o más políticas públicas. (Henaó, 2013: 69).

En orden a lo anterior, una política pública básicamente estaría conformada por cuatro elementos:

- a) Intervención institucional del sector público.
- b) Percepción de una situación problemática o socialmente relevante.
- c) Definición de objetivos concretos para solucionar la situación.
- d) Un proceso de funcionamiento y evaluación para todas sus etapas. (Henaó, 2013: 69).

La Corte Constitucional, a lo largo de su línea jurisprudencial sobre el concepto de política pública, reitera la diferenciación constitucional del Estado social de derecho respecto de otro tipo de organizaciones jurídico-políticas, advirtiendo las actuales implicaciones sustantivas de la relación entre los ciudadanos y el Estado colombiano, para hacer precisión sobre que la existencia real de la política pública no puede ser un asunto de inferencias o conjeturas sobre algún propósito estatal, sino que ha de referirse a un programa de acción debidamente constituido por el que la autoridad o entidad responsable adopte las medidas apropiadas y necesarias. Esto significa, en la práctica, que se estará violando una obligación constitucional de contenido programático y prestacional, originada en un derecho fundamental, en caso de no contar con un plan o programa que indique su cumplimiento progresivo. (Corte Constitucional: T-291/2009).

También la Corte Constitucional, en sentencia de 2011, sostiene que en la estructuración de una política pública, debe existir:

- 1) Un plan específico para garantizar de manera progresiva el goce efectivo del derecho constitucional;
 - 2) Un cronograma de actividades para su ejecución;
 - 3) El plan debe responder a las necesidades de la población hacia la cual fue estructurado;
 - 4) Debe ser ejecutado en un tiempo determinado, sin que este lapso se torne en irrazonable.
- (Corte Constitucional: T-553/2011).

El autor francés Pierre Muller, partidario de un enfoque pragmático, considera que a partir de la concepción generalizada entre los analistas en que la política pública se revela como un programa de acción gubernamental en un determinado sector de la sociedad o determinado espacio geográfico, se puede entender la política pública como “un proceso de mediación social, en la medida en que el objeto de cada política pública es tomar a su cargo los desajustes que pueden ocurrir entre un sector y otros sectores, o aun entre un sector y la sociedad global” (Muller, 2002: 48).

Muller estima que el análisis específico de este tipo de acciones gubernamentales se aborda asumiendo que hay política pública “cuando una autoridad política local o nacional intenta, a través de un programa de acción coordinado, modificar el ámbito cultural, social o económico de actores sociales, considerados en general dentro de una lógica sectorial” (Muller, 2002: 50). En esta significación, este autor señala unos elementos que pueden identificar una política pública:

- a) Unas medidas concretas, que son las que constituyen la “substancia” de esa política pública.
- b) Unas decisiones y unas formas de asignación de los recursos.

- c) Se desarrolla en un marco general de acción, marco que permite diferenciar la política pública de otro tipo de simples medidas aisladas.
- d) Un sector social al que va dirigida la política pública, por ejemplo: agricultores, constructores, automovilistas, etc.
- e) Metas u objetivos a lograr, definidos en función de normas y valores. (Muller, 2002: 56).

Subirats, Knoepfel, Larrue y Varonne (2008: 11), en su obra *Análisis y gestión de políticas públicas*, sostienen que al analizar las políticas públicas se trata de interpretar la política y el Estado, pero, más que en función de las estrategias de poder, se le considera desde la perspectiva de sus políticas públicas, aunque esto no debe ser obstáculo para también incluir el estudio de las estructuras y los procesos institucionales en que se fundamenta el régimen jurídico-político respectivo.

Desde luego, el consenso general entre los investigadores admite que en política pública no existe un modelo o patrón, un estándar que se pueda aplicar por igual a cada localidad, región o Estado, sin embargo, con el acervo formado por la experiencia y la teoría actualizada, en el presente se examina un específico proceso de política pública en su desarrollo como conjunto de decisiones y acciones conducidas por actores públicos y privados encaminadas a solucionar una determinada situación pública problemática, y este análisis radica en evaluar “la pertinencia, la eficacia y la eficiencia de las intervenciones estatales respecto a una situación social que se considera problemática” (Subirats et al, 2008: 11).

Por tanto, el contenido sustantivo y el contenido institucional de la política pública es el producto de la interrelación entre los agentes estatales y el sector social al que la actuación del Estado pretende solucionar su situación problemática. En este sentido, se trata de lograr una serie de comprobaciones sobre los procesos de incorporación de los problemas de política pública en la agenda estatal, la génesis y el proceso operacional de ejecución de la respectiva política pública, como su toma de decisiones y ejecución de éstas, su lógica de acción, su coherencia, su desarrollo práctico, etc., en relación con los actores, los recursos, las instituciones comprometidas y los resultados, a lo largo de sus etapas, con lo que al cabo, así mismo se posibilita la precisión acerca de temas como el grado de alcance, de innovación o de estancamiento, etc., de la respectiva política pública, (Subirats et al, 2008: 12-14).

De esta manera, atendiendo a la especificidad de la dinámica socio-política de la respectiva sociedad, así como a las facultades y posibilidades de acción de los diferentes actores, el análisis operacional de la política pública también lleva a identificar las respectivas responsabilidades en los actores públicos y privados en las diferentes áreas, es decir, comprendiendo a los poderes públicos y los niveles de la jerarquía gubernamental, en una integración de informaciones que permiten relacionar críticamente aspectos conducentes a cuestionar hipótesis y prácticas sobre la eficiencia y la eficacia en la gestión, y con ello, a generar progresos en la capacidad del Estado en la gestión de las políticas públicas. (Subirats et al, 2008: 12).

En lo correspondiente al análisis de la génesis, formulación y el proceso operacional de ejecución de la respectiva política pública, considerando las relaciones entre ésta y la Administración Pública, así como la relación con los problemas de la gobernabilidad y legitimidad gubernamental, Vargas (1999) analiza la fuerte interacción entre la racionalidad técnica y la

racionalidad política que se presenta en las políticas públicas, pues en los regímenes políticos actuales el proceso operacional de la política pública es un asunto mayormente técnico-administrativo, pero esta racionalidad es determinada por la racionalidad política, es decir, la racionalidad que proviene de “la negociación y el acuerdo entre los actores con poder” (Vargas, 1999: 57). Por tanto, en el proceso de una política pública están involucrados:

- a) El régimen gubernamental o sistema de poder institucional, para la toma de las decisiones.
- b) La Administración Pública, facultada para la ejecución.
- c) La sociedad, o el sector social, que es quien recibe los beneficios o perjuicios de la política pública.

Desde luego, en el contexto del Estado colombiano, definido constitucionalmente como un Estado social de derecho, importa mucho establecer la aplicación de conceptos y prácticas coherentes con el sistema jurídico-político vigente, y no con el anterior, es decir que, dejando atrás el autoritarismo, la Administración Pública y las políticas públicas han de someterse a los principios y valores de un sistema que se fundamenta en el respeto de la dignidad del ser humano para la prevalencia del interés general.

Por lo tanto, se ha de obrar orientándose hacia la aplicación de unos referentes fundamentales legales y teórico-prácticos que inducen a la Administración Pública y al poder político a actuar en dirección a temas puntuales, como tener en claro que una política pública debe ser integral y que, en función de la prevalencia del interés general, las características de complejidad de una política pública hacen que necesariamente deba articularse con otras políticas públicas, con lo que se

posibilita garantizar la gestión global a la respectiva problemática. En este sentido, los objetivos esenciales a tener en cuenta por la Administración y el poder político sobre las políticas públicas, pueden enunciarse así:

- a) Los definen las demandas sociales existentes.
- b) Operan dentro de un ciclo de atención y unos recursos.
- c) Se formulan y ejecutan en función de la capacidad de la Administración Pública por percibir las demandas sociales e incluirlas prioritariamente en su agenda de gobierno.
- d) Deben presentar unos resultados específicos. (Arroyave, 2011: 108).

En definitiva, en concordancia con lo precedente, también en el documento “Lineamientos para el Fortalecimiento de la Política Penitenciaria en Colombia”, se estima que las políticas públicas en el marco de un Estado Social de Derecho, serán herramientas gubernamentales para incidir en un determinado campo del orden social percibido como problemático, y de esta manera garantizar y satisfacer derechos fundamentales de la población beneficiaria de la política; en este caso, de quienes se encuentran privados de la libertad bajo el régimen del sistema penitenciario y carcelario del Estado colombiano. (Minjusticia, 2014: 17).

Ahora bien, frente al proceso de implementación de una política pública, el mismo es visto como su etapa fundamental, toda vez que es un ejercicio de gobierno donde la técnica o lo administrativo, y la política interactúan, es así que la implementación se convierte en el resultado material de la acción del hacedor de política pública, determinando el éxito o fracaso de la misma,

por lo tanto es esencial que desde el mismo momento de la formulación de la política pública se diseñe un plan de implementación; es importante que este plan propenda no solo por cumplir las metas planteadas por la política pública, si no que se estudie el entorno en el cual se hará la implementación y se capaz de proponer cambios o anticipar dificultades (Ordoñez:2013-211).

Frente a los modelos de implementación nos encontramos con “TOP – DOWN” y “BOTTOM-UP”, frente al primer modelo es la forma de implementación más básica y utilizada en los países en vía de desarrollo, es la puesta en marcha de las decisiones desde el centro hacia la periferia, y poca interacción entre la administración y la sociedad, para quien el Estado es un tercero; el segundo modelo predomina en los países desarrollados, en este se tiene mayor conciencia de la importancia de hacer un plan de implementación paso a paso, flexible a los posibles cambios, donde la ciudadanía juega un rol fundamental desde el momento del diseño de la política, y por lo tanto el Estado no es tercero para la sociedad, si no, por el contrario se siente parte de él (Ordoñez:2015-216)

2.5. ACCIONES DEL ESTADO FRENTE A ESTE PROBLEMA

Desde 1998 hasta el presente, es decir, desde cuando la Corte Constitucional profirió la sentencia T-153 en abril 28 de 1998, declarando el “estado de cosas inconstitucional” en el sistema penitenciario y carcelario, decisión que puso en evidencia la sistemática vulneración de los

derechos de los reclusos, y que por parte del Estado no sólo se debía responder a esta grave situación por medio de una o varias instituciones, sino que tal situación de inhumanas condiciones requería de una intervención institucional que diera oportuna respuesta en forma estructural y articulada de todo el poder público para solucionar tan complejo problema.

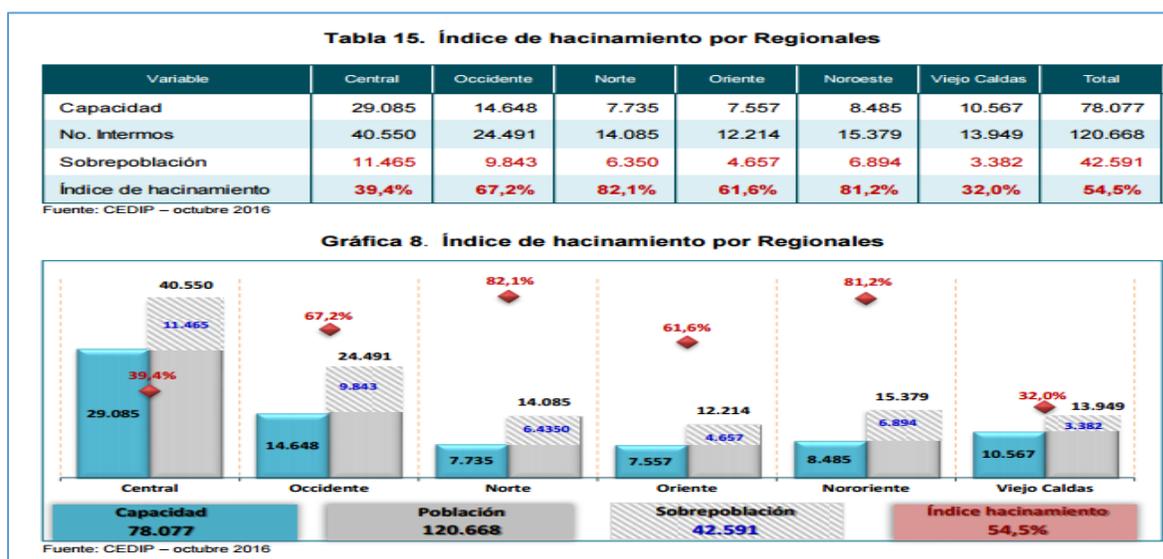
Hasta el momento actual, considerada desde lo institucional y desde lo jurídico, la política penitenciaria de Colombia se ha visto sometida a varios lineamientos y orientación de política macro, así como expedición de normas, que han permitido reformar el modelo de tratamiento institucional sobre los temas relacionados con la política penitenciaria y su repercusión en los aspectos de intervención y atención a los reclusos. Al respecto, han sido expedidos los Documentos CONPES 3086 de 2000, 3277 de 2004, 3412 de 2006, 3575 de 2009, 3828 de 2015, y la Ley 1709 de 2014.

El resultado de todas estas disposiciones legales han actuado sobre la asignación de recursos para la modernización de la infraestructura física de los establecimientos penitenciarios del orden nacional, lo que inicialmente se reflejó en la reducción del fenómeno del hacinamiento, identificado como determinante para las falencias del funcionamiento del sistema penitenciario y carcelario. Se asumió entonces que con la reducción del hacinamiento se garantizarían condiciones mínimas de habitabilidad, así como también se podría garantizar la separación de los sindicados respecto de los condenados, lo mismo que habría garantías para acceder a los programas laborales y de educación, en un marco general de garantía de los derechos fundamentales para el

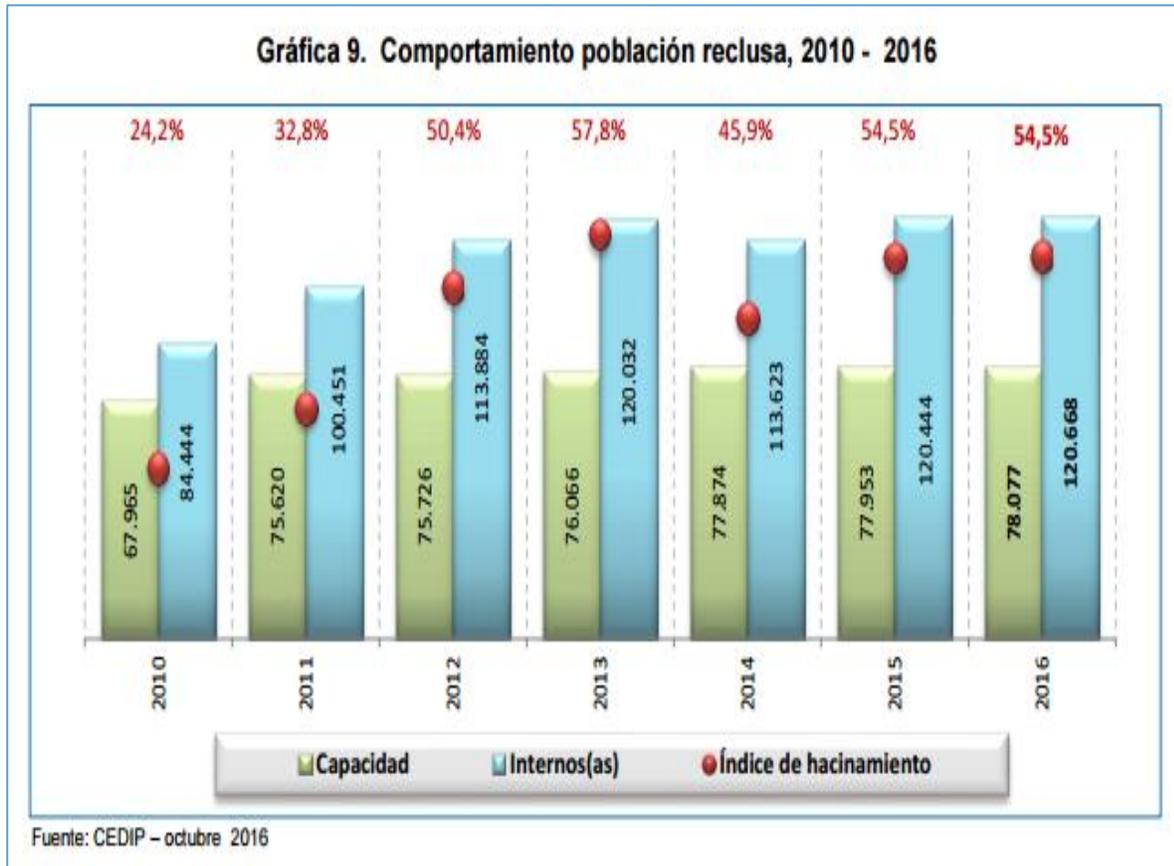
cumplimiento de los fines de la pena, de suyo derechos vulnerados por la situación crítica del sistema penitenciario y carcelario.

Sin embargo, ni la modernización de la infraestructura física en algunos establecimientos carcelarios, ni el aumento de cupos para disminuir el hacinamiento influyeron finalmente en las condiciones de cumplimiento de las penas, ni de habitabilidad, ni tampoco en la garantía de los derechos de los reclusos, puesto que una vez ampliada la capacidad de los establecimientos carcelarios, ésta se vio ampliamente ocupada y superada, según el informe estadístico de octubre de 2016 expedido por el INPEC, la población carcelaria y penitenciaria intramuros a cargo del INPEC suma 42.591 internos (as), que se traduce en un índice de hacinamiento de 54,5%, 0.5 décimas porcentuales menos que el mes anterior (Informe Estadístico, INPEC, 2016: 27).

De acuerdo con lo establecido en el Informe Estadístico emitido por el INPEC, a continuación se presenta a octubre de 2016 el índice de hacinamiento por regionales (Informe Estadístico, INPEC, 2016: 27):



Así mismo, en mencionado informe se presenta el comportamiento de la población reclusa con relación a la capacidad de los ERON, desde el año 2010 hasta octubre de 2016; así:



Aunado a lo anterior, en las tablas siguientes se presentan los ERON con mayor capacidad, población, sobrepoblación e índice de hacinamiento superior al 20%. Igualmente los establecimientos con índice de hacinamiento inferior al 20% y aquellos que no registran este fenómeno y por ende tienen disponibilidad de cupos (Informe Estadístico, INPEC, 2016: 28-29-30-31-32):

Tabla 16. ERON con mayor capacidad

No	Establecimiento		Capacidad	Población	Sobre población	Índice de hacinamiento
	Denominación	Nombre				
1	COMPLEJO METROPOLITANO	COMEB BOGOTA	5.810	8.674	2.864	49,3%
2	COMPLEJO	COBA PICALERÍA	4.600	5.374	774	16,8%
3	COMPLEJO	COJAM JAMUNDÍ	4.309	4.159	-150	-3,5%
4	EC - PSM	BOGOTA	2.907	4.961	2.054	70,7%
5	EP	GUADUAS - LA ESPERANZA	2.822	2.846	24	0,9%
6	COMPLEJO METROPOLITANO	COCUC CÚCUTA	2.530	3.981	1.451	57,4%
7	EPAMS - CAS	COMBITA	2.530	2.853	323	12,8%
8	EPAMS - CAS - ERE	POPAYAN	2.524	2.824	300	11,9%
9	COMPLEJO	COPEDE PEDREGAL	2.445	3.224	779	31,9%
10	EPMSC	MEDELLIN	2.424	5.240	2.816	116,2%
11	EPMSC	ACACIAS	2.376	2.872	496	20,9%
12	EPMSC - ERE	CALI	1.826	6.565	4.739	259,5%
13	EPAMS - CAS	VALLEDUPAR	1.632	1.213	-419	-25,7%
14	EPAMS - PC - ERE	LA DORADA	1.524	1.627	103	6,8%
15	EPMSC - ERE - JP	BUCARAMANGA	1.520	3.008	1.488	97,9%
16	EPAMS - CAS	GIRÓN	1.444	1.776	332	23,0%
17	EP	FLORENCIA LAS HELICONIAS	1.388	1.641	253	18,2%
18	EPMSC	CARTAGENA	1.386	2.212	826	59,6%
19	EP	PUERTO TRIUNFO - EL PESEBRE	1.316	1.404	88	6,7%
20	RM - PAS - ERE	BOGOTA D.C.	1.275	1.753	478	37,5%
21	EPAMS - CAS - JP	PALMIRA	1.257	2.622	1.365	108,6%
22	EPC	TERRALTA	1.248	1.049	-199	-15,9%
23	CAMIS - ERE	ACACIAS	1.098	1.232	134	12,2%
24	EPMSC - RM	VILLAVICENCIO	1.003	1.800	797	79,5%
Subtotal			53.194	74.910	21.716	40,8%
Participación a nivel nacional			68,1%	62,1%	51,0%	

Fuente: CEDIP – octubre 2016

Tabla 17. ERON con mayor población

No	Establecimiento		Capacidad	Población	Sobre población	Índice de hacinamiento
	Denominación	Nombre				
1	CÓMPLXO METROPÓLITANO	CÓMBE BOGOTÁ	5.810	8.674	2.864	49,3%
2	EPMSC - ERE	CALI	1.826	6.565	4.739	259,5%
3	CÓMPLXO	CÓBA PICALÉÑA	4.600	5.374	774	16,8%
4	EPMSC	MEDELLÍN	2.424	5.240	2.816	116,2%
5	EC - PSM	BOGOTÁ	2.907	4.961	2.054	70,7%
6	CÓMPLXO	CÓJAM JAMUNDÍ	4.309	4.159	-150	-3,5%
7	CÓMPLXO METROPÓLITANO	CÓCUC CÚCUTA	2.530	3.981	1.451	57,4%
8	CÓMPLXO	CÓPED PEDREGAL	2.445	3.224	779	31,9%
9	EPMSC-ERE - JP	BUCARAMANGA	1.520	3.008	1.488	97,9%
10	EPMSC	ACACIAS	2.376	2.872	496	20,9%
11	EPAMS - CAS	CÓMBITA	2.530	2.853	323	12,8%
12	EP	GUADUAS - LA ESPERANZA	2.822	2.846	24	0,9%
13	EPAMS - CAS - ERE	POPAYÁN	2.524	2.824	300	11,9%
14	EPAMS- CAS - JP	PALMIRA	1.267	2.622	1.355	108,6%
15	EPMSC	CARTAGENA	1.386	2.212	826	59,6%
16	EPMSC - JP	MÓNTERIA	840	1.869	1.029	122,5%
17	EPMSC - RM	VILLAVICENCIO	1.003	1.800	797	79,5%
18	EPAMS - CAS	GRÓN	1.444	1.776	332	23,0%
19	RM - PAS - ERE	BOGOTÁ D.C.	1.275	1.753	478	37,5%
20	EPMSC	NENA	960	1.712	762	80,2%
21	EP	FLORENCIA LAS HELICÓNIAS	1.388	1.641	253	18,2%
22	EPMSC - ERE - PSM	BARRANQUILLA	640	1.629	989	154,5%
23	EPAMS - PC - ERE	LA DORADA	1.524	1.627	103	6,8%
24	EPMSC	MANIZALES	670	1.526	856	127,8%
25	EPMSC	SANTA MARTA	312	1.519	1.207	386,9%
Subtotal			51.312	78.267	26.955	52,5%
Participación a nivel nacional			65,7%	64,9%	63,3%	

Fuente: CEDIP – octubre 2016

Tabla 18. ERON con mayor sobrepoblación

No	Establecimiento		Capacidad	Población	Sobre población	Índice de hacinamiento
	Denominación	Nombre				
1	EPMSC ERE	CALI	1.826	6.565	4.739	259,5%
2	COMPLEJO METROPOLITANO	CÓMBE BOGOTÁ	5.810	8.674	2.864	49,3%
3	EPMSC	MEDELLÍN	2.424	5.240	2.816	116,2%
4	EC - PSM	BOGOTÁ	2.907	4.961	2.054	70,7%
5	EPMSC - ERE - JP	BUCARAMANGA	1.520	3.008	1.488	97,9%
6	COMPLEJO METROPOLITANO	CÓCUC CÚCUTA	2.530	3.981	1.451	57,4%
7	EPAMS- CAS - JP	PALMIRA	1.257	2.622	1.365	108,6%
8	EPMSC	SANTA MARTA	312	1.519	1.207	386,9%
9	EPMSC - JP	MONTERÍA	840	1.869	1.029	122,5%
10	EPMSC - ERE - PSM	BARRANQUILLA	640	1.629	989	154,5%
11	EPMSC - ERE	VALLEDUPAR	256	1.208	952	371,9%
12	EPMSC	MANZALES	670	1.526	856	127,8%
13	EPMSC - RM	PASTÓ	568	1.421	853	150,2%
14	EPMSC	CARTAGENA	1.386	2.212	826	59,6%
15	EPMSC - RM	VILLAVICENCIO	1.003	1.800	797	79,5%
16	COMPLEJO	COPEL PEDREGAL	2.445	3.224	779	31,9%
17	COMPLEJO	COBA PICALÉÑA	4.600	5.374	774	16,8%
18	EPMSC	NEMA	950	1.712	762	80,2%
19	EPMSC	APARTADO	296	1.038	742	250,7%
20	EPC - AS - ERE - JP	ITAGUI - LA PAZ	328	1.023	695	211,9%
21	EPMSC - ERE	PEREIRA	676	1.357	681	100,7%
22	EPMSC	SINCELEJO	512	1.166	654	127,7%
23	EC - JP	BARRANQUILLA	454	971	517	113,9%
Subtotal			34.210	64.100	29.890	87,4%
Participación a nivel nacional			43,8%	53,1%	70,2%	

Fuente: CEDIP - octubre 2016

Tabla 19. ERON con índice de hacinamiento superior al 20%²⁸

No	Establecimiento		Capacidad	Población	Sobre población	Índice de hacinamiento
	Denominación	Nombre				
1	EPMSC	RIOHACHA	100	526	426	426,0%
2	EPMSC	SANTA MARTA	312	1.519	1.207	386,9%
3	EPMSC - ERE	VALLEDUPAR	256	1.208	952	371,9%
4	EPMSC	MAGANGUE	56	226	170	303,6%
5	EPMSC	ANDES	168	654	486	289,3%
6	EPMSC	CALOTO	48	183	135	281,3%
7	EPMSC - ERE	CALI	1.826	6.565	4.739	259,5%
8	EPMSC	APARTADO	296	1.038	742	250,7%
9	EPC - AS - ERE - JP	ITAGUI - LA PAZ	328	1.023	695	211,9%
10	EPMSC	SONSON	75	219	144	192,0%
11	EPMSC	AGUACHICA	70	203	133	190,0%
12	EPMSC	CAUCASIA	63	161	98	155,6%
13	EPMSC - ERE - PSM	BARRANQUILLA	640	1.629	989	154,5%
14	EPMSC - RM	PASTO	568	1.421	853	150,2%
15	EPMSC	ARAUCA	212	526	314	148,1%
16	EPMSC	BARRANCABERMEJA	200	486	286	143,0%
17	EPMSC	SANTA BARBARA	50	119	69	138,0%
18	EC	SANTA FE DE ANTIOQUIA	50	118	68	136,0%
19	EPMSC	EL BANCO	68	159	91	133,8%
20	EPMSC	ZIPAQUIRA	152	354	202	132,9%
21	EPMSC	MANIZALES	670	1.526	856	127,8%
22	EPMSC	SINCELEJO	512	1.166	654	127,7%
23	EPMSC - JP	MONTERIA	840	1.869	1.029	122,5%
24	EPMSC	SANTANDER DE QUILICHAO	230	508	278	120,9%
25	EPMSC	ANSERMA	128	282	154	120,3%
26	EPMSC	LA CEJA	94	207	113	120,2%
27	EPMSC	RIOSUCIO	54	118	64	118,5%
28	EPMSC	SANTA ROSA DE OSOS	76	166	90	118,4%
29	EPMSC	LETICIA	118	256	138	116,9%
30	EPMSC	PUERTO BOYACA	120	260	140	116,7%
31	EPMSC	MEDELLIN	2.424	5.240	2.816	116,2%
32	EC - JP	BARRANQUILLA	454	971	517	113,9%
33	EPMSC	TULUA	422	897	475	112,6%
34	EPAMS - CAS - JP	PALMIRA	1.257	2.622	1.365	108,6%
35	EPMSC - ERE	PEREIRA	676	1.357	681	100,7%
36	EPMSC	OCAÑA	198	397	199	100,5%
37	EPMSC - ERE - JP	BUCARAMANGA	1.520	3.008	1.488	97,9%
38	EPMSC	MALAGA	60	116	56	93,3%
39	RM	POPAYAN	100	193	93	93,0%
40	EPMSC	MOCOA	360	690	330	91,7%
41	EPMSC	BUENAVENTURA	335	639	304	90,7%
42	EC - ERE	SABANALARGA	50	94	44	88,0%
43	EPMSC	TAMESIS	50	94	44	88,0%
44	EPMSC	TUNJA	120	222	102	85,0%
45	EPMSC	GRANADA	130	240	110	84,6%
46	EPMSC	QUIBDO	286	527	241	84,3%
47	EPMSC	NEIVA	950	1.712	762	80,2%
48	EPMSC	GACHETA	30	54	24	80,0%
49	EPMSC	LA MESA	60	108	48	80,0%
50	EPMSC - RM	VILLAVICENCIO	1.003	1.800	797	79,5%
51	EPMSC - CMS	FUSAGASUGA	153	274	121	79,1%
52	EPMSC	SANTO DOMINGO	115	204	89	77,4%
53	EPMSC	VILLETA	70	124	54	77,1%
54	EPMSC	TUMACO	238	420	182	76,5%
55	EPMSC	BOLIVAR -ANTIOQUIA	99	174	75	75,8%
56	EPMSC	PENSILVANIA	56	97	41	73,2%
57	EPMSC	IPIALES	280	479	199	71,1%
58	EC - PSM	BOGOTA	2.907	4.961	2.054	70,7%

Continuación Tabla 19. ERON con índice de hacinamiento superior al 20%,

No	Establecimiento		Capacidad	Población	Sobre población	Índice de hacinamiento
	Denominación	Nombre				
59	EPMSC	PUERTO TEJADA	66	112	46	69,7%
60	EPMSC	MONQUIRA	73	122	49	67,1%
61	EPMSC	CHAPARRAL	168	280	112	66,7%
62	RM	BUCARAMANGA	247	411	164	66,4%
63	EPMSC	TITIRIBI	68	112	44	64,7%
64	EPMSC - RM - JP	SOGAMOSO	395	648	253	64,1%
65	EPMSC	HONDA	208	335	127	61,1%
66	EPMSC	PURIFICACIÓN	57	91	34	59,6%
67	EPMSC	CARTAGENA	1.386	2.212	826	59,6%
68	EPMSC	SANTA ROSA DE CABAL	159	251	92	57,9%
69	EPMSC	FLORENCIA	550	866	316	57,5%
70	COMPLEJO METROPOLITANO	COCUC CÚCUTA	2.530	3.981	1.451	57,4%
71	EPMSC	GUATEQUE	55	86	31	56,4%
72	EPMSC - RM	GARZON	251	390	139	55,4%
73	EPMSC	TUQUERRES	120	186	66	55,0%
74	EPMSC	BUGA	821	1.267	446	54,3%
75	EPMSC	AGUADAS	67	102	35	52,2%
76	EPMSC	PUERTO BERRIO	150	227	77	51,3%
77	EPMSC	ROLDANILLO	80	121	41	51,3%
78	EPMSC	SOCORRO	318	478	160	50,3%
79	EPMSC	CHOCONTA	87	130	43	49,4%
80	EPMSC	VELEZ	160	239	79	49,4%
81	COMPLEJO METROPOLITANO	COMEB BOGOTA	5.810	8.674	2.864	49,3%
82	EPMSC	LA PLATA	300	447	147	49,0%
83	RM	ARMENIA	156	230	74	47,4%
84	EPC	YOPAL	918	1.352	434	47,3%
85	EPMSC	CAQUEZA	93	134	41	44,1%
86	EPMSC	JERICO	60	86	26	43,3%
87	EPMSC	EL BORDO	84	120	36	42,9%
88	EPMSC	ISTMINA	81	115	34	42,0%
89	EPMSC	GIRARDOT	555	785	230	41,4%
90	EPMSC	PITALITO	690	970	280	40,6%
91	EPMSC	LIBANO	99	139	40	40,4%
92	EPMSC	YARUMAL	191	267	76	39,8%
93	EPMSC	SANTA ROSA DE VITERBO	320	447	127	39,7%
94	EPMSC	SAN ANDRES	136	189	53	39,0%
95	RM - PAS- ERE	BOGOTA D.C.	1.275	1.753	478	37,5%
96	EPMSC	DUITAMA	306	420	114	37,3%
97	RM	MANIZALES	122	165	43	35,2%
98	EPMSC	ARMENIA	350	467	117	33,4%
99	COMPLEJO	COPEDE PEDREGAL	2.445	3.224	779	31,9%
100	EPMSC	MELGAR	90	118	28	31,1%
101	EPC	GUAMO	100	128	28	28,0%
102	EPMSC	CARTAGO	412	521	109	26,5%
103	EPMSC	PACORA	58	73	15	25,9%
104	EPMS	RAMIRIQUI	122	153	31	25,4%
105	EPMS	GARAGOA	50	62	12	24,0%
106	EPMSC	SEVILLA	120	148	28	23,3%
107	EPAMS - CAS	GIRÓN	1.444	1.776	332	23,0%
108	ERE	COROZAL	45	55	10	22,2%
109	EPMSC	SALAMINA	166	202	36	21,7%
110	EPMSC	ACACIAS	2.376	2.872	496	20,9%
Subtotal			49.773	91.148	41.375	83,1%
Participación a nivel nacional			63,7%	75,5%	97,1%	

Fuente: CEDIP – octubre 2016

Tabla 20. ERON con índice de hacinamiento igual o inferior a 20%

No	Establecimiento		Capacidad	Población	Sobre población	Índice de hacinamiento
	Denominación	Nombre				
1	EP	FLORENCIA LAS HELICONIAS	1.388	1.641	253	18,2%
2	EPMSC	LA UNION	70	82	12	17,1%
3	COMPLEJO	COIBA PICALAÑA	4.600	5.374	774	16,8%
4	EPMSC	UBATE	117	135	18	15,4%
5	EPAMS - CAS	COMBITA	2.530	2.853	323	12,8%
6	EPMSC	FRESNO	88	99	11	12,5%
7	CAMIS - ERE	ACACIAS	1.098	1.232	134	12,2%
8	EPAMS - CAS - ERE	POPAYAN	2.524	2.824	300	11,9%
9	EPMSC	SILVIA	100	110	10	10,0%
10	EPMSC	PAZ DE ARIPORO	120	132	12	10,0%
11	EPAMS - PC - ERE	LA DORADA	1.524	1.627	103	6,8%
12	EP	PUERTO TRIUNFO - EL PESEBRE	1.316	1.404	88	6,7%
13	EPMSC	PAMPLONA	280	285	5	1,8%
14	EPMSC	CAICEDONIA	102	103	1	1,0%
15	EPMSC - JP	CHIQUINQUIRA	326	329	3	0,9%
16	EP	GUADUAS - LA ESPERANZA	2.822	2.846	24	0,9%
17	EPMSC	CALARCA	916	917	1	0,1%
Subtotal			19.921	21.993	2.072	10,4%
Participación a nivel nacional			25,5%	18,2%	4,9%	

Fuente: CEDIP – octubre 2016

Tabla 21. ERON con disponibilidad de cupos

No	Establecimiento		Capacidad	Población	Cupos disponibles
	Denominación	Nombre			
1	EPMS	SAN GIL	1.632	1.213	419
2	COMPLEJO	COJAM JAMUNDÍ	1.248	1.049	199
3	EPC	TIERRALTA	4.309	4.159	150
4	EPMSC - JP	ESPINAL	176	121	55
5	RM	PEREIRA	305	288	17
6	EPAMS - CAS	VALLEDUPAR	262	255	7
7	EPMSC	SAN VICENTE DE CHUCURÍ	45	40	5
8	EPMSC	ARMERO - GUAYABAL	56	53	3
9	EPMSC	BOLVAR - CAUCA	350	349	1
Subtotal			8.383	7.527	856
Participación a nivel nacional			10,7%	6,2%	1,1%

Fuente: CEDIP – octubre 2016

2.6. LA POLÍTICA PÚBLICA FRENTE AL PROBLEMA

En 2014, en el documento titulado “Lineamientos para el Fortalecimiento de la Política Penitenciaria en Colombia”, el Ministerio de Justicia anota cómo en febrero de 2011 creó la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano, con el propósito de apoyar la formulación de la política criminal del país y realizar recomendaciones al Gobierno Nacional en torno a ella. Efectivamente, en el “Informe Final - Diagnóstico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado colombiano”, se informa que mediante la Resolución 0285 del 15 de febrero de 2011, y con el propósito de apoyar la formulación de la política criminal del país y realizar recomendaciones al Gobierno Nacional en torno a ella, el Ministerio del Interior y de Justicia creó la “Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano”. (Minjusticia, 2012: 10).

Las funciones de esta Comisión estuvieron dirigidas a presentar una propuesta de lineamientos de política criminal y, de otra parte, la Comisión también debía realizar según el Gobierno o el Consejo de Política Criminal se lo solicitaran, otras labores como:

- a) Evaluar y estudiar la normativa existente en materia de política criminal;
- b) Analizar las iniciativas académicas que se formularen sobre la materia;
- c) Elaborar documentos para el diseño de la Política Criminal colombiana; y
- d) Realizar consultas con las entidades estatales, universidades, asociaciones de abogados y abogadas, y las personas u organismos que la Comisión considerare pertinentes, sobre las reformas

sugeridas para su introducción, de conformidad con lo dispuesto por la Resolución No. 0286 del 15 de febrero de 2011. (Minjusticia, 2012: 10).

De acuerdo con el documento “Lineamientos para el Fortalecimiento de la Política Penitenciaria en Colombia” (2014), la Comisión Asesora de Política Criminal, en su Informe Final formula una serie de lineamientos dirigidos a la política penitenciaria del Estado colombiano, con base en una metodología de análisis de los principios y de la normativa concerniente a la política criminal, para desarrollar un diagnóstico de la realidad sobre la que se estaban aplicando las políticas vigentes. Con estos planteamientos, la Comisión empieza su tarea con un enfoque amplio de la política criminal que comprende los procesos de definición normativa y de judicialización penal, así como la política penitenciaria, que incluye el proceso de ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de la persona declarada responsable de una conducta delictiva. (Minjusticia, 2014: 31).

Para efectos de su diagnóstico, la Comisión fundamenta la investigación considerando que si bien la política criminal en el Estado social de derecho debe estar cimentada en unos claros principios normativos constitucionales y de derechos humanos, también es necesario que se soporte en un riguroso diagnóstico de la realidad empírica social sobre la cual la política criminal ha sido establecida. Es desde esta perspectiva que la Comisión presenta un cuadro contradictorio entre las políticas criminal y penitenciaria, puesto que formalmente están subordinadas a los principios del derecho penal, caracterizados por estar estrictamente constitucionalizados, lo cual implica la existencia de precisas garantías penales, procedimentales y de los derechos de quienes están privados de la libertad en la etapa de la ejecución de la pena.

Sin embargo, por otra parte, el diagnóstico presenta una realidad en la que se empieza por una política criminal meramente reactiva, que no cuenta con la apropiada fundamentación empírica, que evidencia incoherencias y es insuficiente en la perspectiva de derechos humanos. Por ello, cuando se presentan modificaciones en esta política, se comprueba la ausencia de evaluación de efectos sobre el ordenamiento jurídico, así como de su impacto sobre la praxis de los operadores.

En consecuencia, resulta necesariamente lógica la incidencia directa de estas falencias en la problemática del sistema penitenciario y carcelario, como por ejemplo, en el hacinamiento; y desde este mismo origen, se presenta también la falta de claridad sobre el impacto real en las dinámicas de la criminalidad, lo mismo que la carencia “de sistemas de información sólidos y fundados en derechos humanos que permitan hacer seguimiento a los fenómenos de violencia, criminalidad y control institucional de los mismos” (Minjusticia, 2014: 31).

Aunado a lo anterior, la comisión dentro de los antecedentes del proyecto de Fortalecimiento y seguimiento a la Política Penitenciaria en Colombia y desarrollo, y para el caso específico de construcción de establecimientos de reclusión señala que el gobierno dispuso un plan de construcción y refacción tendiente a garantizar a la población reclusa, condiciones de vida digna en los penales, aumentando los cupos en dichos establecimientos. No obstante, esto no ha sido suficiente para procurar la efectiva resocialización de la población interna (Minjusticia, 2014: 11).

Lo anterior, teniendo en cuenta que mediante el CONPES 3086 de 2000 se dispuso un plan para la ampliación de la infraestructura penitenciaria y carcelaria del orden nacional, con el fin de duplicar la capacidad real de los centros de reclusión, cuyo enfoque fue determinado por un marcado desequilibrio entre la oferta y la demanda de cupos carcelarios agravando las condiciones de vida de los reclusos. Posteriormente el CONPES 3277 de 2004 Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios, presentándose un diagnóstico sobre la situación de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y carcelarios en los cuales continuaba siendo significativa la diferencia entre el número de cupos existentes y el número de personas privadas de la libertad. Este aumento estaba basado en la efectividad de la política de Seguridad democrática, pues se observó el ingreso y permanencia de 1000 internos por mes, por lo tanto resultaba esencial garantizar la habitabilidad en condiciones dignas para lograr el cumplimiento y los fines de la pena (Minjusticia, 2014: 27-28).

Aunado a lo anterior, el CONPES 3412 DE 2006 establece una estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios, esta estrategia radica en la necesidad de definir la modalidad a través de la contratación de obra pública en lugar de la concesión debido a que el primero permitiría realizar menos gastos de transacción y de indexación del dinero invertido en el tiempo, y por lo tanto los costos podrían disminuir en más del 40%, posteriormente el CONPES 3576 DE 2009, también fue alineado con la estrategia establecida en el CONPES 3412

de 2006, su propósito fue enfocado en modificar los montos y las fuentes de financiación para la construcción de los once nuevos establecimientos, su cronograma de entrega; así como incrementar los cupos inicialmente previstos (Minjusticia, 2014: 29) .

El anterior proceso, encaminado a organizar la oferta nacional de cupos y priorizar la resocialización, significó un esfuerzo presupuestal cercano a un billón de pesos y un cambio radical en la cultura penitenciaria y carcelaria, lo cual significó un esfuerzo sin precedentes en materia penitenciaria y carcelaria enfocado a modernizar la infraestructura, erradicar los índices históricos de hacinamiento, asegurar una mejor calidad de vida, ofrecer condiciones dignas de reclusión, garantizar el respeto por los derechos humanos de la población reclusa y procurar la efectiva resocialización de la población interna (Minjusticia, 2014: 30).

Ahora bien, frente a la verificación de la gravedad de la situación contradictoria de las políticas criminal y penitenciaria es lo que ha conducido a pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de las sentencias T- 153 de 1998 y T – 388 de 2013, declarando la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional en las prisiones y en el Sistema Penitenciario y Carcelario, respectivamente. La Sentencia T – 153 de 1998, estableció que uno de los focos de acción contra la sobrepoblación, entre otros, es la necesaria adecuación de la infraestructura física del sistema penitenciario y carcelario de la época.

Por su parte, la Sentencia T- 762 de 2015, reconoce el esfuerzo en la creación de una infraestructura penitenciaria que ampliara la cobertura, no obstante en mencionado fallo se hizo énfasis en la necesidad de adecuar la política criminal del país, a los estándares y marcos de protección de los derechos de las personas privadas de la libertad (Corte Constitucional, 2015: T-762).

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional mediante Sentencia T – 762 de 2015, reitera la existencia de un estado de cosas contrario a la Constitución Política de 1991, en el Sistema Penitenciario y Carcelario del país, así mismo declara que la Política Criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad. Por lo tanto, el manejo histórico que se le ha dado a la Política Criminal en el país ha contribuido a perpetuar la violación masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena (Corte Constitucional, 2015: T-762).

Lo anterior, teniendo en cuenta que para el diseño de la Política Criminal se han adoptado decisiones basadas en la necesidad de responder con celeridad a fenómenos sociales mediados por la opinión pública y de mostrar resultados contra el crimen, para aumentar la popularidad de un determinado sector político. Uno de los ejemplos de la Comisión Asesora para referenciar la reactividad de la política criminal, fue el proyecto de Ley 206 de 2010, conocido como el referendo en pro de la cadena perpetua para quienes cometan delitos en contra de los niños y niñas. No tenía

sustento empírico que pudiese demostrar que perpetuar las penas impactaría positivamente en la reducción de la criminalidad (Corte Constitucional, 2015: T-762).

Así mismo, la Política Criminal en el país tiene una tendencia al endurecimiento punitivo, la Comisión Asesora encontró que desde el año 2000 hasta el 2011, se han creado 47 nuevos tipos penales y aumentaron las penas de 8 delitos existentes, lo cual ha generado el incremento de número de personas privadas de la libertad en las cárceles. No obstante, y teniendo en cuenta la carencia de sistemas confiables de información, manifiesta la Comisión que no existe una explicación sólida que permita evaluar el impacto real de las medidas tomadas, lo cual permite concluir que el endurecimiento punitivo, al no ser producto de una reflexión seria sobre los fenómenos criminales, es una expresión que los autores conocen como *“populismo punitivo”*, que *pretende que la solución a los problemas de impunidad o de incremento de ciertos crímenes debe ser siempre el aumento drástico de las penas* (Corte Constitucional, 2015: T-762).

De otra parte, la Comisión manifiesta que la política criminal y la seguridad deben tener una relación armónica y coordinada, no obstante, en Colombia la seguridad predomina debido al conflicto armado interno y el narcotráfico, por lo tanto las estrategias sobre política criminal quedan en su mayoría subordinadas a los imperativos de las políticas de seguridad, las cuales se enmarcan solo por factores como hacer la guerra o resolverla a través de soluciones negociadas, generando un problema, puesto que esto no ha permitido que se fortalezcan las instituciones y entidades encargadas de la política criminal, están se supeditan a la seguridad nacional, que es solo una parte del problema (Corte Constitucional, 2015: T-762).

En virtud de lo anteriormente expuesto, a continuación se presenta un gráfico sobre el Impacto normativo sobre el hacinamiento carcelario 1998-2014 (CONPES 3828/15: 38):



CAPÍTULO III

3.1. LA ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA COMO HERRAMIENTA DE LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA

El ineludible imperativo del Estado para desarrollar una infraestructura que le permita enfrentar los crecientes retos sociales y económicos que le impone su compromiso con el desarrollo, ha ocasionado la búsqueda de alternativas de financiación diferentes o complementarias a las que se originan en el presupuesto estatal, advirtiéndose la importancia de involucrar al sector privado como socio en actividades de prestación de bienes y servicios en función del interés general.

Aunque la participación del sector privado en proyectos del sector público no es nueva, en la actualidad el modelo de la Asociación Público Privada (APP) plantea formas novedosas y grandes

metas para la dinámica de este tipo de asociación, encaminándola hacia un espacio más amplio y efectivo para la provisión de infraestructura y servicios públicos, por lo tanto la sociedad y la Administración Pública perciben con esperanza la presentación de propuestas que generen posibilidades de solucionar parte de las dificultades administrativas del Estado, especialmente en materias técnica y financiera.

Londoño (2014: 4), al entender la APP como modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y en el mundo, discurre con variadas apreciaciones sobre este tipo de asociación, manifestando que se trata de contratos económicos a largo plazo, para la provisión de bienes y servicios públicos; estos contratos se desarrollan entre el Estado y personas jurídicas o naturales de derecho privado que asumen los riesgos del proyecto; estos contratos permiten una forma de colaboración contractual entre los sectores público y privado, actuando ambos en concordancia para el logro de objetivos que sería imposible obtener por separado.

De esta forma, las APP son útiles para el desarrollo de todo tipo de infraestructura, lo que incluye la relacionada con la prestación de servicios públicos. Es decir, que su composición asociativa posibilita actividades como el diseño y construcción de infraestructura, y también la construcción, reparación y mejoramiento de equipos de infraestructura, y en ambos casos se ha de incluir operación o administración y mantenimiento.

Desde luego, la figura jurídica de las APP es algo compleja, puesto que contiene la aplicación de esquemas de financiación y modelos o programas de diseño y desarrollo de obras, con el establecimiento de detallados y estrictos trazados de planeación para el avance de proyectos en

donde son evaluadas las posibles contingencias durante la ejecución. Además, se han de fijar los mecanismos de los pagos, que van en relación directa con factores como la disponibilidad económica, los estándares de calidad, el nivel de servicio de la infraestructura, etc. (Londoño, 2014: 4-5).

También, en relación con las contingencias durante la ejecución del proyecto, en estas negociaciones es relevante en cada contrato el tema de la identificación, asignación y distribución de riesgos, pues asumir el riesgo está en la capacidad de cada una de las partes contratantes, porque para una contratación de APP es primordial la posibilidad de identificar, cuantificar, evaluar, presupuestar y proyectar las probabilidades de ocurrencia de un riesgo, puesto que se trata del desarrollo de una asociación contractual a largo plazo. (Alborta, Stevenson y Triana, 2011: 28)

En materia de APP se presentan muchas variantes y esquemas contractuales que van desde las concesiones hasta proyectos que incorporan una dilatada serie de responsabilidades que comprenden el diseño, edificación, mantenimiento, financiación, operación o administración del servicio, según el tipo de proyecto, y en este sentido, también pueden ser transferidos al empresario privado los riesgos, de acuerdo con la modalidad de la infraestructura o servicio y las capacidades técnicas y financieras del empresario asociado (Alborta, Stevenson y Triana, 2011: 28).

Es decir, contractualmente la asignación de riesgos se genera en relación a consideraciones sobre en qué medida cada parte contratante asume los que tiene capacidad de controlar, y en la racionalidad presupuestal de cada parte contratante al calcular y evaluar los costos reales del proyecto, en razón a que a mayor riesgo, mayor será la dificultad de mitigación de éste, y, por

consiguiente, mayor será el costo para la parte contratante. A lo anterior, hay que adicionarle un factor especial, como es la disponibilidad de información asociada al proyecto, disponibilidad que afecta directamente la capacidad para cuantificar, evaluar y asumir en toda su magnitud los riesgos correspondientes al proyecto. (Alborta, Stevenson y Triana, 2011: 28).

Con relación a este tema, se ha de tener en cuenta que en las negociaciones contractuales con las APP los acuerdos no se realizan prontamente, ni son fáciles de lograr, porque demandan un gran compromiso político e institucional, y ese marco institucional debe estar caracterizado por su estabilidad, fortaleza y confiabilidad, para garantía del sector privado que se compromete con los proyectos de provisión de infraestructura o servicios públicos. Ciertamente, estas características institucionales y políticas posibilitan asegurar el compromiso estatal en el objetivo de atraer las capacidades técnicas y económicas de los empresarios privados para el desarrollo de un esquema de asociación a largo plazo. (Alborta, Stevenson y Triana, 2011: 25).

Vassallo e Izquierdo (2010) anotan que en esta modalidad de contratación cabe destacar también la trascendencia del factor económico, básicamente sus efectos, en los proyectos de infraestructura de mediano y largo plazo, efectos que llegan a ser macroeconómicos por cuenta de la productividad del sector privado y del territorio relacionado con la infraestructura, lo que viene a determinar en buena medida el nivel de competitividad de la economía del país.

Los análisis empíricos realizados desde la década de los años noventa a partir de modelos de crecimiento endógeno han demostrado que las inversiones en infraestructura tienen un efecto marcadamente positivo en la economía del país, dado que la relación entre el aporte del sector

público y la del capital privado, más trabajo, generan significativas funciones de producción agregada (Vassallo e Izquierdo, 2010: 18).

Tras la aplicación de estos modelos de crecimiento endógeno se han obtenido resultados que confirman cómo la evolución del capital estatal explica, en parte, el incremento en la producción del sector privado. Afirman Vassallo e Izquierdo, que los valores obtenidos en relación con las elasticidades de la producción respecto al *stock* de capital público, manifiestan importantes oscilaciones, de acuerdo con las características de los países y, además, dentro de un mismo país, de acuerdo con las características de las regiones. De este modo, por ejemplo, al admitir como valor medio 0,30, esto significa que una inversión pública equivalente al 100% del *stock* de capital público originaría un crecimiento de la producción privada en un 30% (Vassallo e Izquierdo, 2010: 19).

Entonces, el efecto de atracción del Estado para la inversión privada, que implica también un incremento de la inversión pública, produce un efecto que amplifica la demanda agregada, de lo cual resulta un incremento de la producción, del empleo y de la renta, e igualmente de los ingresos fiscales generados por los gravámenes sobre las rentas producidas. Se presenta, pues, un efecto multiplicador sobre la economía, en general y, por tanto, de acuerdo con la magnitud del efecto, al Estado le corresponde aplicar los correspondientes controles anti-inflacionarios. Desde luego, es necesario anotar que una correcta evaluación de los efectos totales de las inversiones en infraestructura a largo plazo exige la consideración simultánea de los efectos de demanda, es decir, se tiene en cuenta la construcción de infraestructura en relación con los efectos de la oferta y con su utilización (Vassallo e Izquierdo, 2010: 19).

En curso de las últimas décadas, en Iberoamérica y, en general, en Occidente, se han realizado APP en una amplia diversidad de sectores que comprenden desde infraestructura energética o para el transporte y puertos, pasando por la provisión de servicios de educación y salud, así como servicios de saneamiento y de agua potable, e igualmente, esquemas de irrigación, hasta llegar en años recientes a proyectos como registros, manejo de información y cobranza o recaudo de facturas.

En esta orientación, puesto que las APP son relaciones contractuales entre el Estado y el sector privado para que éste se haga cargo de la prestación de bienes o servicios que tradicionalmente estaban a cargo del Estado, ahora, a esta variedad de proyectos y actividades mencionadas, se han incorporado nuevos y complejos proyectos contractuales en los que se presenta mayor dificultad para determinar e incorporar socios del sector privado dispuestos a aportar su capacidad técnica y financiera: se trata de proyectos sobre establecimientos penitenciarios. (Alborta, Stevenson y Triana, 2011: 62).

En consideración al presente déficit de cupos y a la demanda potencial que se prevé para periodos venideros, es dable proyectar alternativas sobre la provisión de nuevos centros carcelarios y penitenciarios, así como la refacción y adecuación de los existentes a través de la estructuración de contratos de concesión, mediante el régimen jurídico de las APP, el cual está posibilitando una dinámica positiva entre el sector público y el sector privado, facultando el diseño, construcción, mantenimiento y operación de los centros de reclusión, es decir, los servicios carcelarios, cuyo proveedor exclusivo tradicionalmente ha sido el Estado.

La asociación entre el Estado y los empresarios privados hace viable resolver, entre otros factores, la inveterada problemática del hacinamiento y el problema de financiación del Estado a corto plazo, y con ello, garantizar efectivamente los derechos fundamentales de los reclusos, como son la vida e integridad personal, la dignidad, la presunción de inocencia, así como los derechos a la salud, a la familia, al trabajo, etc., así como su resocialización efectiva.

En principio, el régimen jurídico de las APP señala ventajas sobre el sistema contractual anterior para la contratación estatal, atributos que básicamente se concretan en razones como las siguientes:

- a) Ganancias de eficiencia técnica, generadas por la competencia entre empresas privadas.
- b) El sector privado se hace cargo de todas las fases del proyecto, como son: financiación, diseño, construcción, mantenimiento y administración.
- c) El sector privado se hace cargo de la infraestructura socialmente requerida, tarea que no puede realizar el Estado debido a limitaciones fiscales.
- d) La mejora de la calidad de los servicios ofrecidos al usuario, por cuenta del control y exigencia del Estado al sector privado. (Vassallo e Izquierdo, 2010: 106).

Para el presente trabajo lo que se propone es que el privado mediante el régimen jurídico de las APP, suscriba con el Estado un contrato de concesión, para la elaboración de los diseños de obra, construcción, equipamiento completo del centro de reclusión, así mismo realice las correspondientes obras de mantenimiento a la infraestructura, los equipos y/o bienes que se requieran para la prestación del respectivo servicio; y durante el tiempo en que dure la concesión; frente a la operación del centro de reclusión deberá, suministrar a los internos el servicio de comida,

entrega de uniformes, ropa de cama, lavado de uniformes y ropa personal, aseo de todo el centro de reclusión, incluido la limpieza de los baños y celdas de los reclusos, así como las respectivas brigadas para el control de plagas. Es importante resaltar que una vez finalice el plazo de ejecución del contrato de concesión y acorde con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, los bienes y elementos objeto del contrato de concesión pasaran a ser de propiedad de la Entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna. Frente a los servicios de vigilancia y custodia de los reclusos, así como las funciones de policía judicial frente a los delitos que se cometan al interior de los establecimientos de reclusión los mismos estarán a cargo del Estado.

En esta percepción es como se hace tangible la alternativa del régimen jurídico de las asociaciones público privadas para la suscripción de contratos estatales de concesión, en razón de la necesidad de recursos para financiar proyectos de infraestructura y, a la vez, conseguir la gestión eficiente de éstos, con el referente esencial de calidad del servicio al usuario. Con esta perspectiva es como desde el Estado se ha posibilitado la participación de la empresa privada para la gestión de la infraestructura pública, atendiendo principalmente a dos factores: financiación y explotación.

Por tanto, el Estado ha propiciado la expedición de nuevas normativas legales que regulen apropiadamente esta vinculación del sector privado con variantes en los sistemas de financiación, y con modalidades contractuales más dúctiles. Es así como dentro de estas nuevas disposiciones legales, el régimen jurídico de las APP para la suscripción de contratos de concesión presenta un panorama apropiado, por su relevancia práctica, es decir, porque aunque sigue vigente la titularidad estatal, la concesión admite una amplia transferencia de la gestión de la infraestructura al sector

privado, quien se encarga de la financiación y la explotación del proyecto. (Vassallo e Izquierdo, 2010: 129).

En el siguiente cuadro se ilustra el referente internacional comparativo de las principales modalidades de APP:

MODALIDAD	DESCRIPCIÓN	EJEMPLOS
Contratos de prestación de servicios	<p>Contrato de prestación de un servicio determinado. El Estado mantiene la propiedad y exige un nivel de servicio especificado.</p> <p>Puede haber asignación de riesgos de acuerdo con el esquema contractual.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Contratos de mantenimiento de carreteras por niveles de servicio. • Contratos para la facturación de servicios de agua potable. • Contratos para recolección de impuestos locales.
Contratos de administración	<p>Un bien público es operado y administrado por un agente privado bajo un esquema de riesgo compartido y de utilidades compartidas.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Contrato de administración de una empresa de agua potable. • Contrato de administración de una cárcel
BOT (Construir – Mantener - Operar- Transferir)	<p>La entidad privada se encarga de la construcción y del mejoramiento de un bien, y de su operación, y la propiedad o bien se mantiene con el Estado o vuelve a manos del Estado al final del proceso.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Construcción de una planta generadora de energía. • Construcción de un hospital.
Cooperativas	<p>Organizaciones comunitarias se asocian con instituciones públicas para apoyar un bien común.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El gobierno realiza un pago o una contribución a una organización local, basado en indicadores de desempeño.
Asociaciones a riesgo	<p>Los agentes públicos y privados se asocian a través de una compañía mixta o un vehículo similar y</p>	

MODALIDAD	DESCRIPCIÓN	EJEMPLOS
compartido	comparten riesgos, costos y utilidades.	<ul style="list-style-type: none"> • Un gobierno crea una compañía con un propósito específico; por ejemplo, para construir una carretera.
Concesiones	El Estado concede el derecho al usufructo de un bien (por ejemplo, una carretera, una planta eléctrica) a cambio de un acuerdo económico entre las partes por un período determinado.	<ul style="list-style-type: none"> • Concesiones de carreteras. • Concesiones aeroportuarias, etc.

Cuadro No. 1. Fuente: Alborta, Stevenson y Triana, p. 7.

3.2. LA ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN ESTATAL FRENTE AL PROBLEMA DEL SISTEMA PENITENCIARIO CARCELARIO

La crisis del sistema penitenciario y carcelario en el país, derivada de diversos factores estructurales, comprobadamente señala la obsolescencia e inadecuación de las instalaciones destinadas a los reclusos, y las condiciones aberrantes en las que éstos sobreviven en los actuales centros de reclusión. Esta situación se explica, básicamente, por cuenta de la política criminal y penitenciaria que presenta una realidad en la que a partir de una política criminal meramente reactiva, sin la apropiada fundamentación empírica, se culmina con la comprobación de incoherencias y de insuficiencias en la perspectiva de derechos humanos.

Funcionalmente, en relación con la operación del sistema penitenciario y carcelario, habida cuenta de las degradantes condiciones de las instalaciones de reclusión y de las contradicciones en las políticas criminal y carcelaria, a esto hay que agregarle la cuota correspondiente a la administración del INPEC, como institución estatal sobrecargada de múltiples dificultades humanas y administrativas, con lo que debe hacer frente a tareas que requieren cada vez más especialización técnica, más recursos humanos y mejores instalaciones para cumplir con las exigencias de sus actividades.

En orden a estas consideraciones, una alternativa viable de solución a esta complicada situación es la de recurrir a la colaboración de las capacidades técnicas y económicas de los empresarios privados para el desarrollo de un tipo contractual de asociación encaminado a la provisión de infraestructura y administración especializada en estas actividades, con lo que se lograría la construcción, adecuación y dotación de nuevos centros penitenciarios y carcelarios ajustados a los compromisos estatales en materia de políticas penal y penitenciaria.

En esta dirección, desde la década de los años noventa, el Estado ha dispuesto una normativa jurídica que faculta claramente la asociación público privada como herramienta de gestión frente los temas de provisión de infraestructura y servicios públicos (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios), y con ello, a partir de 2012 fue establecida la normativa (Ley 1508) que también habilita esta asociación para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, abriéndole camino más amplio a las concesiones, tipo de contrato estatal (Art. 32, Num. 4°, Ley 80 de 1993) comprendido dentro de los esquemas de asociación público privada, con

lo que también se posibilita la adecuada gestión sobre el problema de los establecimientos de reclusión del sistema penitenciario y carcelario.

La colaboración del sector público con el sector privado empezó entonces acrecentarse con la puesta en vigencia de leyes y decretos que entraron a regular diversos frentes de esta modalidad de colaboración, significando un impulso definitivo para el desarrollo del país, puesto que fueron liberadas del monopolio estatal diversas entidades de las áreas de servicios públicos, así como entidades bancarias y empresas industriales y comerciales del Estado, de modo que, en razón de las limitaciones fiscales del Estado, se consiguió la realización de proyectos que no hubieran podido desarrollarse con la legislación anterior sobre inversión pública.

Con estas nuevas normativas se dio lugar a la participación del sector privado en las actividades de diseño, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública de transporte, a través del sistema contractual estatal de concesiones para proyectos viales, portuarios, de ferrocarriles y aeroportuarios. También en lo referente a telecomunicaciones, con el desarrollo de la telefonía móvil celular, la vinculación de nuevos operadores en el mercado abierto de telefonía de larga distancia, además de la ampliación de la oferta de estaciones emisoras de televisión, por medio de la concesión de canales nacionales. De igual modo, en el sector de la energía eléctrica, con la incorporación de operadores privados se ha logrado mayor cubrimiento y seguridad en la prestación del servicio a largo plazo. (Gaceta del Congreso 823 de 2011: 6).

Posteriormente, con la expedición gubernamental de los Documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES 3538 de 2008, y 3615 de 2009, se dio mayor fuerza

institucional a la colaboración estatal con el sector privado, puesto que según el Ministro de Hacienda los resultados de esta apertura en la vinculación contractual de los empresarios privados con el Estado demostraron que con sus inversiones contribuyeron al incremento de la productividad estableciendo empresas con solidez financiera, promoviendo la competencia e incrementando la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, así como aumentando la cobertura y calidad de los servicios, todo lo cual permitió el aumento de recursos estatales destinados a otros sectores. (Gaceta del Congreso 823 de 2011: 6).

Así, en este mismo sentido, en el documento CONPES 3615 de 2009, se da relevancia a la experiencia adquirida relacionada con la atracción de participación del sector privado en diferentes sectores de infraestructura, asunto de gran importancia para “el montaje de proyectos tendientes al desarrollo y/o modernización de infraestructura pública en donde aún la participación del sector privado es escasa (educación, salud, justicia, defensa, edificaciones públicas, entre otros)” (Gaceta del Congreso 823 de 2011: 7).

Luego, en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos”, el Ejecutivo nacional, reconoce la importancia de la vinculación activa del sector privado, no solamente en lo económico, sino también en lo relacionado con la solución de las necesidades que avocan los distintos sectores de infraestructura tanto productiva como social, para alcanzar grandes metas planificadas en torno al desarrollo del país (PND 2010-2014: 22).

Por tanto, se hace necesario acometer estrategias para optimizar la utilización de los recursos públicos, y en esta dirección es primordial desarrollar esquemas de APP y explotar dispositivos alternativos para canalizar la inversión y la gestión privada eficientes en procura de la modernización, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública. Por consiguiente el Plan de Desarrollo establece que es necesaria la “innovación en las actividades productivas nuevas y existentes, en los procesos sociales de colaboración entre el sector público y el sector privado, en el diseño y el desarrollo institucional...” (PND 2010-2014: 22).

Posteriormente el Plan Nacional de Desarrollo “Todos por un nuevo país”, establece que se enfatizará el uso de esquemas de asociaciones público privadas (APP), con el fin de canalizar recursos y capacidades del sector privado hacia el desarrollo de proyectos de alto impacto nacional y regional (PND 2014-2018: 30). Así mismo, establece que se espera que los proyectos sean desarrollados de acuerdo con las políticas públicas de cada sector, así como coherentes con las prioridades establecidas por el sector público y acordes con el marco regulatorio de las APP en Colombia (PND 2014-2018: 197).

Aunado a lo anterior, en mencionado Plan de desarrollo, se “reconoce que las APP son esquemas eficientes de colaboración entre el sector público y el sector privado que permiten la financiación y provisión en el largo plazo, por parte del sector privado, de infraestructura, equipamientos públicos, servicios conexos a estos o prestación de servicios públicos a cambio de

una remuneración que se fija de acuerdo con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura o servicio. Lo anterior implica una transferencia total o parcial de riesgos al sector privado que deberá darse en términos eficientes, de acuerdo con su capacidad de administración de riesgos, velando siempre por la satisfacción efectiva de las necesidades públicas” (PND 2014-2018: 198).

En este orden de ideas, a efecto de fortalecer el marco legal que armonice las condiciones apropiadas y los incentivos adecuados a los inversionistas, para el desarrollo de proyectos que vinculen capital privado en diferentes sectores de la economía del país y que además potencien el uso del mercado de capitales como fuente de financiamiento, desde el año 2012 fue promulgada la Ley 1508.

La mencionada normativa define a las asociaciones público privadas como instrumento de vinculación de capital privado a través de contrato entre una entidad del Estado y una persona natural o jurídica de derecho privado, “para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio” (Art. 1º, Ley 1508 de 2012). Esta normativa fue expedida en consideración a la necesidad de:

(...) establecer los términos y condiciones para la selección, celebración y ejecución de los contratos que materialicen las asociaciones público privadas, teniendo en cuenta que éstos son instrumentos orientados a la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, por lo cual la iniciativa privada debe sujetarse a los límites del bien común, libre competencia, y a la selección objetiva de las ofertas atendiendo los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal. (Decreto 1082 de 2015: 1).

Por precisa disposición de la Ley 1508 de 2012 (Art. 2°), las concesiones están comprendidas dentro de los esquemas de APP, aunque se aclara que las concesiones vigentes al momento de entrar en vigencia la Ley 1508, seguirán bajo el régimen legal aplicado en el tiempo de su celebración, es decir, la Ley 80 de 1993 y sus normativas complementarias.

Así mismo, en el Documento CONPES 3828 de 2015 “Política Penitenciaria y Carcelaria” se establece que para el desarrollo de una política integral se requiere la participación de actores estratégicos, entre otros, se busca fomentar la participación del sector privado bajo esquemas de APP, para que haga parte de un conjunto de soluciones enfocadas al desarrollo de la política penitenciaria y carcelaria en Colombia. Por lo tanto, la articulación adecuada entre las entidades del orden nacional y territorial, así como la activa participación de la empresa privada, refuerza la efectividad en el desarrollo de una política basada en una acción conjunta en cabeza de cada uno de los actores estratégicos involucrados (CONPES 3828/15: 49).

Frente al tipo de iniciativa de APP, el CONPES 3828 señala que para el caso de infraestructura carcelaria, la iniciativa pública es la opción más viable para el desarrollo de estos proyectos, toda vez que este tipo de infraestructura social carece de tarifas o rentas que lleven al proyecto a ser en su mayoría autofinanciable con ingresos propios. “Es importante recalcar que en los países donde se han desarrollado este tipo de proyectos, la estructuración ha proveniendo del sector público” (CONPES 3828/15: 52).

Así mismo, en mencionado CONPES se señala que la estructuración de proyectos de infraestructura carcelaria y penitenciaria que puedan ser “diseñados, construidos, dotados,

operados, o mantenidos por particulares”, generan ahorros significativos para el erario y un empleo más eficiente de los recursos estatales. Frente al modelo que se implementaría para el diseño, construcción, operación y el mantenimiento de los nuevos ERON sería bajo el esquema de contratos tipo “Diseño, Construcción, Operación, Mantenimiento y Transferencia”, lo que conlleva la participación de particulares en la gran mayoría de los servicios conexos a la operación y mantenimiento de los centros carcelarios y penitenciarios del país como lo son el mantenimiento de la infraestructura, dotación y mantenimiento de equipos, servicios de tecnología, alimentación, servicios de salud, con exclusión de servicios tales como el tratamiento penitenciario y la prestación de los servicios de seguridad y vigilancia de la población reclusa (CONPES 3828/15: 53).

Como se mencionó, este tipo de proyectos no son autofinanciables, por lo tanto es necesario considerar alternativas en la estructuración del proyecto para que, sea financieramente viable para los operadores privados, a pesar de las bajas tasas de rentabilidad. Dentro las posibilidades se establecen “opciones tendientes a estructurar modelos de escala donde un privado pueda encargarse de la operación, mantenimiento y dotación de los centros penitenciarios de una determinada región como forma de apalancamiento financiero para la construcción de nuevos ERON”. Por lo tanto de esta forma se podrían estructurar en una sola propuesta varios servicios en diferentes establecimientos de reclusión. No obstante, es importante resaltar que la “sostenibilidad financiera de dicho modelo estaría sujeta al compromiso de vigencias futuras de acuerdo con el cupo del sector justicia, y además, con la rentabilidad que pueda producir la operación, manutención y dotación de centros penitenciarios ya existentes” (CONPES 3828/15: 53).

3.3 LAS APP Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN

Ante el ineludible compromiso para el Estado sobre el diseño y funcionamiento coherente de una política pública en materia criminal y penitenciaria que implique la puntual aplicación de principios de derechos humanos y de racionalidad, esto implica acometer la importante empresa de desarrollar una infraestructura que posibilite hacer frente a esta situación buscando alternativas de financiación y funcionamiento en las que el Estado se asocie con el sector empresarial privado vinculándolo contractualmente mediante el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, y nada más adecuado para el diseño, construcción, mantenimiento y operación de los centros de reclusión, que el contrato de concesión, gestionado en coherencia con los postulados del Estado social de derecho y en función de la prevalencia del interés general.

Mediante las APP de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 1508 de 2012, las empresas privadas proveen bienes públicos y servicios relacionados, y en los contratos de concesión de acuerdo con lo consagrado en el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio. El artículo 2º de la Ley 1508 de 2012 consagra que *“Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80, de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas”*.

De acuerdo con lo anterior, se resalta que el régimen de Asociación Pública Privada se constituye como una de las herramientas jurídicas que trae la normatividad colombiana para la suscripción de contratos de concesión; no obstante, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1508 de 2012 esta solo puede ser aplicada a los contratos que involucre el diseño y construcción, y sus servicios asociados, o construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento de una infraestructura para la prestación de servicios públicos, así mismo el parágrafo 1° de la Ley 1508 de 2012 consagra que para realizar proyectos bajo el régimen de Asociación Publico Privada, el monto de la inversión debe ser superior a seis (6000) SMMLV. Por lo tanto, si no se cumplen estos requisitos el contrato de concesión no puede ser suscrito mediante el régimen de las APP.

Como ha podido observarse, con la Ley 1508 de 2012 se entiende que el contrato más concordante con las APP es el contrato de concesión, puesto que, básicamente, este tipo de contrato faculta el usufructo de determinado activo estatal por parte del empresario privado, en contraprestación por la financiación, construcción, administración y mantenimiento de ese activo, aunque sin embargo, con el nuevo esquema de APP, la estructuración del proyecto es más rigurosa, en consideración a los niveles de servicio y los estándares de calidad definidos por el Estado. (Londoño, 2014: 11).

La Constitución Política, en el artículo 365, determina que en Colombia los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, servicios que pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado, o por comunidades organizadas, o por particulares. Al respecto, la

norma es terminante al disponer que “en todo caso”, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de estos servicios.

El tratadista Ernesto Matallana (2013), explica que cuando el Estado presta el servicio indirectamente lo hace utilizando el contrato de concesión, protocolo celebrado entre la entidad estatal concedente y un concesionario, con el objeto de confiar al concesionario la ejecución de un servicio público que en principio está a cargo del Estado. De esta manera, es la Administración Pública la que otorga la concesión, es decir, se trata de una entidad estatal que obra en ejercicio de su función administrativa, y así, con la suscripción de tal contrato se configura jurídicamente la figura de la delegación administrativa, puesto que se sitúa al concesionario en relación con los usuarios ocupando el lugar en que anteriormente actuaba la entidad estatal. Por tanto, como acto jurídico, la concesión genera derechos y obligaciones entre las partes que, como concedente y concesionario, estipulan según las características particulares de la concesión respectiva. (Matallana, 2013: 507).

Con el contrato de concesión sucede que en realidad se trata de una modalidad de gestión de servicios que le posibilita al Estado la prestación de un servicio por un particular, pero sin privatizar el servicio, aprovechando la capacidad técnica, administrativa y económica del empresario privado, y en este sentido, con el contrato de concesión se trata, más que de un tipo contractual, más bien de una técnica de gestión, porque en esta relación el Estado sigue figurando como gestor del servicio, que encarga su ejecución a un agente privado (Matallana, 2013: 980).

Finalmente, en consideración a la estructura del contrato de concesión como forma jurídica que posibilita a los particulares realizar la prestación eficiente de servicios públicos, los cuales son inherentes a la finalidad social del Estado, entonces corresponde considerar que dentro del contexto del Estado social de derecho y con la significación jurídica actual de la contratación con el sector privado como instrumento indispensable para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, es necesario ejercer el control estatal que ordena el artículo 365 de la Constitución Política: “En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”

Este aspecto esencial no puede sustraerse al control y vigilancia estatal y de las comunidades relacionadas, puesto que una concesión comprende un proyecto, con una planificación y con unos diseños, financiación y ejecución, de acuerdo con precisas exigencias sociales, lo cual proscribe la arbitrariedad y el individualismo. Dentro del Estado social de derecho, una concesión estatal se inscribe en un concepto jurídico de carácter material y sustancial obligado con lo social “bajo criterios de solidaridad, participación, proporcionalidad, racionalidad y ponderación”, principios que determinan una compleja institución contractual, en la que “cada uno de los elementos e intereses que entran en juego en su configuración, no pueden romper el equilibrio integral y razonable que demanda la satisfacción de las necesidades sociales” (Santofimio, 2010: 78).

Ahora bien, internacionalmente se consideran muchas variantes y esquemas contractuales que comprenden una amplia proporción de responsabilidades en relación con la financiación, el diseño, la construcción, el mantenimiento u operación del proyecto, y cuyos riesgos pueden estar a cargo del operador, claro está, según el tipo de proyecto y las capacidades técnicas del empresario privado. (Alborta, Stevenson y Triana, 2011: 26).

En el contexto internacional, conforme los actuales desarrollos de intercambio transnacional de bienes y servicios, en orden a la globalización, la terminología utilizada en los temas de contratación también está influenciada por el lenguaje empleado en el entorno de las relaciones comerciales internacionales, o sea, el idioma inglés es de común aceptación por todos, y en este lenguaje son identificados los modelos de contratación con el sector privado sobre infraestructura. He aquí los principales:

- a) DBFO (*Design, Build, Finance, Operate*). Originado en Inglaterra, funciona como mecanismo de iniciativa privada en el que la empresa diseña y construye la infraestructura, pero la propiedad de los activos sigue en manos del Estado, quien remunera al empresario privado encargado de explotar el proyecto, usualmente por medio de la modalidad de peaje sombra (pago abonado por el usuario).
- b) DCMF (*Design, Construct, Manage, Finance*). Con las mismas características que el DBFO, aunque con la construcción de la infraestructura, también el empresario privado obtiene la gestión de un servicio íntimamente ligado a la infraestructura. Por ejemplo, la construcción y posterior administración, explotación y mantenimiento, es decir, en general, la gestión de prisiones o centros sanitarios.
- c) BOT (*Build, Operate, Transfer*). El empresario privado construye una infraestructura mayormente diseñada por el Estado, y deberá financiar y explotar dicho activo durante un período de tiempo, fijo o variable, estipulado contractualmente. Cumplido el término, el

derecho a explotar el proyecto revierte de nuevo al Estado, quien puede decidir entre seguir explotándolo o volver a transferirlo al sector privado. Éste es el mecanismo más utilizado en las concesiones de infraestructura pública.

- d) BOOT (*Build, Own, Operate, Transfer*). Esta modalidad es básicamente similar al BOT, pero con la diferencia que el proyecto pasa a ser propiedad del empresario privado, quien lo explota hasta el momento en que revierte al Estado, significando esto una mayor garantía para el consorcio.
- e) BOO (*Build, Own, Operate*). Al igual que el modelo BOOT, el proyecto pasa a ser tratado como si fuera propiedad del empresario privado, con la diferencia de no ocurrir la transferencia de los activos, cuyo titular sigue siendo el Estado. En la práctica, este modelo significa la privatización del activo.
- f) BLT (*Build, Lease, Transfer*). Se constituye una sociedad encargada de gestionar el *leasing* de un proyecto necesario para una entidad estatal. Esta sociedad se encarga del mantenimiento y explotación del activo. Para estos casos, la sociedad privada se constituye con el objeto de construir el proyecto a su riesgo y ventura, recibiendo del Estado pagos periódicos contractualmente pactados. En la práctica, esta modalidad no es utilizada para la construcción de grandes proyectos de infraestructura pública. (Vassallo e Izquierdo, 2010: 131).

Como ha podido observarse, con el contrato de concesión existen muchas formas de establecer la relación contractual entre el sector público y el sector privado en lo relacionado con aspectos como el sistema o mecanismos para la licitación, la financiación, el diseño del proyecto, etc. Y si bien en las APP concurren muchas variantes o modalidades, en particular las referidas a entidades mixtas público privadas que no necesariamente son concesiones, también se advierte que la realidad ha demostrado que la concesión es la modalidad jurídica más apropiada y más usual para la gestión contractual de proyectos mediante el régimen de APP.

En Inglaterra con referencia a los contratos DBFO, también hay quienes consideran, en principio, las APP como jurídicamente diferentes a la concesión, pero, en realidad con las DBFO sucede que se trata de contratos de obras o de servicios públicos en los que, en relación con las concesiones, tal como se tratan en Iberoamérica o España, la única diferencia es en aspectos no substanciales, como el modo de pago (por disponibilidad y peaje sombra), o el mecanismo de licitación (procedimiento negociado). Así, por ejemplo, sucede con España, que con su legislación sobre la concesión de obra pública, también es posible licitar una concesión idéntica a los contratos DBFO, con un procedimiento negociado y con un sistema de pago al concesionario con la modalidad de peaje sombra. (Vassallo e Izquierdo, 2010: 106).

Las características generales del contrato de concesión sitúan al Estado como una parte contratante (concedente) y titular de los derechos de una infraestructura o servicio público, y a la otra parte contratante el concesionario como una empresa privada a la que le es transferida la financiación y gestión de la infraestructura o servicio público durante un preciso periodo de tiempo, término en que el concesionario tiene el derecho a recibir la remuneración económica pactada.

Vista desde el aspecto jurídico-económico, la concesión es una modalidad contractual que se aplica comúnmente en la gestión de un sinnúmero de casos de infraestructura pública, como aeropuertos, carreteras, ferrocarriles, etc., así como también para la gestión de servicios públicos, tales como aseo, acueducto, transporte urbano, transporte intermunicipal, etc., pero siempre con la característica básica de tratarse de servicios o infraestructura estatal, es decir, con titularidad del Estado. En este sentido, cuando se trata de concesión de infraestructura pública, puede tratarse de un activo existente que requiere restauración, o puede ser un proyecto para la construcción de un nuevo activo estatal, y con él su explotación por el tiempo estipulado. Consecuentemente, se advierten tres características que diferencian las concesiones de infraestructura respecto de otros tipos contractuales con el Estado:

- a) La transferencia de riesgos al sector privado, en particular, los riesgos de disponibilidad y demanda.
- b) La transferencia de activos por parte del concedente al sector privado, sin que esto signifique una cesión de la propiedad de los activos, que sigue bajo titularidad de la Administración concedente, la que dispone de los derechos para recuperar el activo.
- c) El establecimiento contractual de un término límite, cuyo cumplimiento señala que el derecho a gestionar el activo se restituirá a la Administración concedente. (Vassallo e Izquierdo, 2010: 130).

3.4. LAS APP EN LA LEY 1508 DE 2012

En Colombia, de acuerdo con los planteamientos del Documento CONPES 3615 de 2009, la

APP:

Es una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento. (CONPES 3615/09: 13).

Señala el Documento CONPES, que en el contrato de concesión originado de una APP es el sector privado quien se encarga de financiar, diseñar, construir o reconstruir la infraestructura (escuela, hospital, prisión, etc.), para la provisión de un servicio público (educación, salud, custodia, etc.), y es el empresario privado quien provee todos los servicios asociados a la gestión y mantenimiento de tal infraestructura durante el contrato, que por naturaleza es de largo plazo. No obstante, el Estado está en la responsabilidad de proveer el servicio público, pagando al sector privado por la prestación de todos los servicios relacionados con la infraestructura (no sólo por la construcción de la misma), en tanto la calidad del servicio cumpla los requisitos pactados en el contrato. Cuando es el Estado, y no el usuario, quien paga por el servicio, el riesgo del nivel de utilización del servicio es retenido por el sector público. En ciertos casos, los ingresos para el sector privado son una mezcla de pagos por parte del usuario y pagos por parte del sector público. (CONPES 3615/09: 14).

De esta manera, en el propósito institucional de lograr que las entidades estatales funcionen de forma eficiente y para mejorar la prestación de sus servicios a todo el tejido social del país, el Estado ha instaurado un marco institucional y político estable, fuerte y confiable para motivar al sector privado a comprometerse contractualmente con el Estado a través de una regulación jurídica adecuada. De este modo, con la instauración de la Ley 1508 de 2012 se ha logrado habilitar jurídicamente a las APP como dispositivo apropiado para el desarrollo de la infraestructura pública. (Gaceta del Congreso 823 de 2011: 8).

Al respecto, y en este mismo sentido, la Corte Constitucional, en sentencia de 2014, detalla que la Ley 1508 de 2012 fue promovida por el Ministerio de Hacienda y Departamento Nacional de Planeación:

(...) con el fin de incentivar la participación del sector privado en la modernización, construcción, operación y/o mantenimiento de la infraestructura pública del país en términos eficientes, así como potenciar el uso del mercado de capitales como fuente de financiación, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y tomando como ejemplo las mejores prácticas internacionales. (Corte Constitucional: C-595/14).

Ciertamente, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director del Departamento Nacional de Planeación, en la exposición de motivos ante el Congreso de la República, manifiestan que “Esta ley busca enviar un mensaje directo a todos y cada uno de los agentes privados que ven en Colombia un terreno fértil para su inversión.” Los dos altos funcionarios afirman que en esta normativa se ha tratado de incorporar las mejores experiencias internacionales en materia de APP y, por tanto, en ella “se combinan las experiencia chilena, peruana, mexicana, de los Estados Unidos, de Australia y de muchos otros lugares del mundo de cuyas experiencias y legislaciones se ha tratado de adaptar lo mejor” (Gaceta del Congreso 823 de 2011: 12)

Así mismo, sustentan que el texto de la regulación establece normas precisas y claras para el desarrollo de las APP, no siendo una alteración del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), ni de la Ley 1150 de 2007, sino que “se limita a desarrollar una figura contractual particular para las asociaciones público-privadas que permita atraer el capital privado local e internacional en un marco jurídico estable” (Gaceta del Congreso 823 de 2011: 12).

Sobre las ventajas de la Ley de las APP, en la exposición de motivos al proyecto de esta ley se relacionan principalmente las siguientes:

- a) Con la vinculación del sector privado se posibilitará mantener un elevado ritmo de desarrollo de infraestructura sin afectar la deuda pública.
- b) Ahorro de recursos estatales en una perspectiva de largo plazo, en razón a la eficiente transferencia de riesgos.
- c) Responder a las exigencias de las comunidades y de los niveles municipal, departamental y nacional de la Administración Pública, en términos de financiación alternativa para efecto de la construcción, modernización, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como de la prestación de servicios complementarios.
- d) Importante contribución al desarrollo interno del mercado de capitales.
- e) El logro de una mayor dinámica en los procesos de innovación, no sólo en la construcción, sino también en la operación y mantenimiento de la infraestructura y sus servicios

relacionados, con lo que se propicia la producción de mayor bienestar económico y social a las comunidades como consecuencia de una mejor y más amplia dotación de infraestructura pública y de servicios públicos. (Gaceta del Congreso 823 de 2011: 7).

Consecuentemente, el régimen jurídico aplicable a las APP está dispuesto no sólo en la Ley 1508 de 2012, reglamentada por el Decreto 1082 de 2015, sino también con otras disposiciones sobre contratación estatal, con las que se constituye el marco regulatorio completo de las APP. De esta manera, las normativas que conforman el ordenamiento jurídico de las APP son las siguientes:

- a) Ley 1508 de 2012. Régimen jurídico de las APP.
- b) Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- c) Ley 1150 de 2007. Medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993 y otras disposiciones sobre contratación estatal.
- d) Decreto 1082 de 2015. Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.
- e) Código de Comercio. En lo relacionado con los contratos de fiducia mercantil.
- f) Circulares Básicas Jurídica y Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia en lo pertinente a las sociedades fiduciarias.
- g) Decreto 2555 de 2010, Título 14. Sobre los Fondos de Capital Privado.

La relación de esta normativa implica que las APP están vinculadas al régimen general de la contratación estatal establecido en la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, lo mismo que a los principios de la función administrativa y de contratación, además de los criterios de sostenibilidad fiscal. Así que los procesos de selección, celebración y ejecución de contratos están sometidos a esta

legislación, excepto en los temas regulados especialmente por la Ley de las APP (Art. 3° ley 1508 de 2012). Por tanto, en los proyectos de iniciativa estatal, el procedimiento de selección será el de licitación pública (Art. 30 Ley 80 de 1993), excepto en lo establecido por la Ley 1508 de 2012 y sus normativas reglamentarias, en donde se dispone sobre la posibilidad de utilizar sistemas de precalificación (Art. 10°), indicándose los requisitos a cumplir por la entidad que invita a participar en el proceso de selección objetiva.

Así mismo, para los proyectos de iniciativa privada, en la Ley 1508 se determinan los requisitos a cumplir por los particulares en la estructuración de los proyectos. Este proceso comprende dos etapas: prefactibilidad y factibilidad (Art. 14°). Además, la Ley 1508 exige que se adelante una licitación pública, pero sólo en los casos en que se requiera desembolso de recursos estatales, aunque para estos casos se dispone sobre cuáles serán los factores para compensar la actividad de quien presentó la iniciativa.

Dado que la APP se concreta con la celebración de un contrato estatal entre la entidad del Estado y el empresario privado (contratista o concesionario), para provisión de bienes o servicios, entonces en este tipo de formalidades es obligatoria la inclusión de las cláusulas propias de los contratos administrativos, es decir, las cláusulas excepcionales correspondientes, como son las de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley (Art. 22 Ley 1508 de 2012).

Cuando los estudios y análisis previos demuestren la conveniencia de aplicar el esquema de la APP como modalidad necesaria y eficiente para la ejecución de un determinado proyecto, la ley

1508 prevé que estos estudios y análisis deben contar con una adecuada asignación de riesgos entre las partes y mitigación de los mismos (Art. 4° Ley 1508 de 2012).

3.4.1. Contratos de APP de iniciativa pública y de iniciativa privada

Contando con un plazo máximo de treinta años (incluidas las prórrogas) como duración de los contratos de concesión originados en las APP (Art. 6° Ley 1508 de 2012), y con un monto de inversión superior a 6.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, la Ley de las APP hace distinción entre proyectos de iniciativa pública y proyectos de iniciativa privada, porque para cada uno de estos tipos se han establecido procesos y requisitos que los diferencian respecto de su estructuración y selección.

Los proyectos de APP de iniciativa pública (Arts. 9° a 13° Ley 1508 de 2012), se caracterizan porque al ser la entidad estatal la que propone la realización del proyecto, corresponde al sector privado cumplir con los requisitos para ingresar al proceso de selección, participar en la licitación y, eventualmente ganar ésta. Con la apertura formal del proceso, ya con anterioridad la entidad estatal que invita debe haber realizado el total de los estudios de carácter técnico, socio-económico, ambiental, predial, financiero y jurídico procedentes con el proyecto. Además, debe haberse concluido la evaluación precisa del costo beneficio, y también se debe contar con una clara explicación del porqué la modalidad jurídica de la APP es el instrumento apropiado para el desarrollo del proyecto. La selección objetiva de los oferentes se hará con base en su capacidad financiera, jurídica y de experiencia de inversión, siendo materializada la selección en razón del ofrecimiento más favorable a la entidad estatal y a los fines que ésta pretende.

Los proyectos de APP de iniciativa privada (Arts. 14° a 21° Ley 1508 de 2012) estructurados por el sector privado (originador) se refieren a proyectos de infraestructura pública o proyectos para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, proyectos que serán presentados de forma confidencial y bajo reserva, a consideración de las entidades estatales competentes. Estos proyectos están divididos en dos etapas: una de prefactibilidad y otra de factibilidad; etapas a las que siguen otras dos: revisión y evaluación.

Las etapas mencionadas anteriormente, deben armonizar con el esquema que previamente la entidad estatal contratante ha realizado en materia de previsión y planeación. De este modo se posibilita determinar todas las posibles contingencias que el proyecto pueda evidenciar durante su desarrollo y ejecución. Por tanto, este procedimiento constituye una garantía para la entidad estatal contratante, puesto que facilita advertir posibles eventualidades y, a la vez, el sector privado cuenta con estos estudios para conocer cabalmente, en detalle, todo lo concerniente al proyecto, lo cual le permite adelantar sus análisis de costos con mayor precisión.

Cuando ocurre que el proyecto de iniciativa privada es valorado y aceptado por la entidad estatal, pueden presentarse dos variables para su realización:

- a) Iniciativas privadas que requieren desembolso de recursos públicos.
- b) Iniciativas privadas que no requieren desembolso de recursos públicos.

En las iniciativas privadas que requieren desembolso de recursos públicos, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. En las iniciativas privadas que no requieren desembolso de recursos públicos, una vez logrado el acuerdo entre la entidad estatal contratante y el originador del proyecto, la entidad estatal publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un mes ni superior a seis meses, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública "SECOP". En esta publicación se señalan las condiciones que deben cumplir otros interesados en participar en la ejecución del proyecto; también se anunciará la intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, de no presentarse otros interesados en la ejecución del proyecto.

Una vez transcurra el plazo de la publicación sin que se presentare ningún interesado distinto al originador del proyecto, se podrá contratar con el originador de manera directa en las condiciones pactadas. Pero, si se presentaren terceros interesados que cumplan con las condiciones establecidas, ante todo, con el requisito de realizar la obra sin requerir recursos públicos, se deberá garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguro, un aval bancario u otro medio autorizado por ley. Seguidamente la entidad deberá abrir un proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.

Una vez realizado el proceso de selección, y si como resultado de este proceso la mejor propuesta no es la del originador, éste tendrá adicionalmente el derecho a presentar en un plazo máximo de diez días hábiles, una oferta que mejore la del proponente mejor calificado. Desde luego, de no salir seleccionado el originador para la ejecución del contrato, éste recibirá del adjudicatario “el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto” (Art. 20 Ley 1508 de 2012).

En términos generales, en relación a las características de la contratación con las APP, la Corte Constitucional ha explicado sumariamente el contenido de la Ley 1508 de 2012, refiriendo que ésta normativa:

creó un nuevo tipo de contrato estatal cuyas principales características son: (i) su objeto es la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados, específicamente “(...) el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura” –artículo 3-; (ii) la forma de remuneración es la concesión del “(...) derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte” y “(...) con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera” –artículo 3-; (iii) la inversión que implica el respectivo contrato debe ser superior a 6.000 smmlv –parágrafo 1º del artículo 3-; (iv) por regla general el plazo máximo del contrato, incluidas las prórrogas, es de 30 años –artículo 6-, es decir, se trata de contratos de larga duración; (v) la posibilidad del contratista de comenzar a recibir la remuneración –mediante la explotación económica del proyecto, desembolsos de recursos públicos o cualquier otra modalidad- está condicionada a “(...) la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto” –artículo 5-, de esta forma se introdujo el concepto de pago por disponibilidad y nivel de servicio; y (vi) la distribución de los riesgos debe hacerse en cada caso atendiendo a cuál de las partes está mejor capacitada para administrarlos “(...) buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio” –artículo 4-. (Corte Constitucional: C-595/2014).

3.5. EXPERIENCIA DE OTROS PAÍSES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE APP EN EL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO

Ahora bien, frente a las experiencias internacionales de implementación de APP en este tipo de proyectos, las mismas han contemplado como respuesta al desafío de buscar soluciones innovadoras y dinámicas para financiar y operar de la manera más eficiente la gestión penitenciaria. La mayoría de estas son experiencias exitosas, toda vez que el modelo logra un impacto socio-económico, reduciendo el costo de mantenimiento de un interno a largo plazo, así mismo se constituye en una herramienta de mayor eficacia en su resocialización, beneficiando, de esta manera a toda la comunidad (CONPES 3828/15: 53 - 54).

El país pionero en la vinculación de capital privado en el desarrollo de establecimientos penitenciarios fue Estados Unidos en la década de 1980, toda vez que la alta exigencia surgió por el crecimiento de detenciones tras la aprobación de leyes penales que aumentaban la población condenada y los tiempos de las condenas (American Civil Liberties Union, 2015). En 1990 se aplicó el esquema de APP en el Reino Unido, multiplicando la infraestructura carcelaria, y posteriormente en otros países de Europa (como Francia o España), de Asia, Australia y Suráfrica. Es así que Estados Unidos en el 2013, tenía el mayor número de detenidos en cárceles privadas, y Australia y el Reino Unido tenían la mayor proporción de internos en establecimientos penitenciarios privados, llegando al 19% en Australia (Allen & English, 2013) (CONPES 3828/15:54).

Otras formas de contratación fueron propuestas por El Reino Unido, el pago por resultados en la gestión de la prisión y los servicios de rehabilitación (Currie & Brown, 2014). Entre los resultados obtenidos, se presentan ahorros entre el 5% y 15% en los costos de operación en algunos estados de Estados Unidos, así como las mejoras en la prestación de servicios de guarda y custodia (Currie & Brown, 2014). “En América Latina, se han tenido experiencias en Brasil en el año 1999, en Chile en el 2000 con el Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria en donde se ha logrado el mayor avance, en México que adelantó un ambicioso programa de cárceles, y recientemente Uruguay que adjudicó en 2014 su primer APP en el sector” (CONPES 3828/15:54).

Actualmente entre estos países latinoamericanos se encuentran más de 35 cárceles operadas bajo APP, es así que a cargo del sector privado se encuentran los servicios que se brindan tales como alimentación, vestuario, educación y hasta salud. Chile puso en funcionamiento siete complejos penitenciarios concesionados, que para 2013 albergaban cerca del 25% de la población penal total del país. La construcción de estos complejos penitenciarios permitió duplicar en metros cuadrados la infraestructura carcelaria existente (Carmach, 2013). Así mismo, además de expandir la infraestructura penitenciaria, buscaba fortalecer la capacidad del sistema para rehabilitar a los internos, por lo tanto, se incluyó en los contratos la prestación de servicios de nutrición, salud, mantenimiento y programas de rehabilitación por parte del privado (Currie y Brown, 2014) (CONPES 3828/15:54 - 55).

El éxito de estas experiencias se puede atribuir a un adecuado marco político, legal, regulatorio e institucional para este sector, lo cual ha permitido incluir la participación privada en su desarrollo, aunado a estructuraciones correctamente elaboradas, logrando una apropiada asignación del riesgo y un balance de responsabilidades de acuerdo con lo requerido, a las posibilidades de la entidad pública y al marco normativo e institucional del país en donde se ejecute el proyecto (CONPES 3828/15:55).

En virtud de lo anterior, para lograr un exitoso desarrollo de estos proyectos en el sistema penitenciario y carcelario colombiano, es prioritario fortalecer la capacidad técnica, administrativa y presupuestal de la USPEC para adelantar los procesos de desarrollo, gestión, contratación y administración, derivados de la aplicación de los esquemas de APP según los principios de la Ley 1508 de 2012, en la solución de infraestructura penitenciaria y carcelaria.

3.6. EXPERIENCIA DE COLOMBIA EN LA IMPLEMENTACIÓN DE APP EN EL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO

El Ministerio de Justicia y del Derecho conjuntamente con la USPEC, priorizaran y establecerán un portafolio de proyectos que tengan viabilidad de ser adelantados a través de APP, considerando básicamente la aptitud técnica y normativa de los terrenos en donde tales proyectos se desarrollarían. Es así que el DNP, a través del “Programa de Apoyo a la Participación Privada (PAPP), apoyará técnica y financieramente a la entidad competente con la contratación de un

estudio cuyo objetivo abarque la estructuración técnica, legal y financiera de un proyecto que encargue a un inversionista privado en el del diseño, construcción, dotación, operación, mantenimiento o prestación de servicios conexos a los internos y personal de las entidades que laboren en centros de reclusión del orden nacional” (CONPES 3828/15:73).

En virtud de lo anterior, actualmente además del proyecto de APP para la construcción de un nuevo establecimiento de reclusión del orden nacional en la ciudad de Popayán, en el que se ha venido avanzando con apoyo de la Corporación Andina de Fomento (CAF), se proyecta para el final del cuatrienio la estructuración de otro proyecto bajo esta modalidad. Es así que en el marco fijado para implementación de la política, las acciones propuestas deberán cumplirse a más tardar el 31 de diciembre de 2018, bajo el liderazgo del Ministerio de Justicia y del Derecho (CONPES 3828/15:72-73)

De acuerdo con lo anterior, y una vez consultado Sistema Electrónico de Contratación Pública, la USPEC se encuentra adelantando el proceso No. USPEC-APP-013-2016, por Asociación Público Privada, cuyo objeto es: “Ejecución por cuenta y riesgo del asociado, para el diseño, construcción, administración, operación, mantenimiento, financiación y reversión del Establecimiento de Reclusión del Orden Nacional de Popayán”. A continuación se establecen algunas de las condiciones señaladas en el estudio de prefactibilidad, que desde mi punto de vista considero más relevantes frente a la estructura del proyecto.

En el estudio prefactibilidad se indica que “El Proyecto consiste en contratar a un Asociado a través del esquema de APP, para que lleve a cabo las tareas de diseño, la construcción, el

equipamiento, la operación y mantenimiento (la “Administración”), la financiación, la prestación de ciertos servicios (distintos a guardia penitenciaria, reinserción social y salud) y la reversión de un ERON con una capacidad estimada de 3.593 internos para albergar población condenada y sindicada e incluirá tanto a internos hombres como mujeres” (USPEC/2016:6). El Establecimiento de Reclusión de Orden Nacional (ERON) se ubicará en la ciudad de Popayán y será construido en un lote propiedad del INPEC de una superficie aproximada de 54,3 hectáreas (USPEC/2016:7).

El plazo de la concesión de mencionado ERON es de 25 años incluyendo la pre-construcción (tiempo en el que se elabora el diseño definitivo y se cumple con otras obligaciones preparatorias), la construcción del ERON y la etapa de operación y mantenimiento (USPEC/2016:7). La ejecución del Proyecto tendrá tres etapas con las siguientes duraciones estimadas:

- Pre-construcción (tiempo en el que se elaboran los estudios y diseños definitivos y se cumple con otras obligaciones preparatorias entre ellas el alcance del cierre del financiamiento requerido): Aproximadamente 1 año de duración;
- Construcción: Aproximadamente 2 años; y
- Administración o etapa operativa: Aproximadamente 22 años (USPEC/2016:8).

Los servicios que estarán a cargo del Asociado (los “Servicios Relacionados”), de acuerdo a unos estándares previamente definidos son los siguientes:

- Alimentación para internos;
- Ropería y lavandería de ropa de internos;

- Aseo y control de plagas;
- Expendio para personal del INPEC, internos y visitas;
- Mantenimiento de la infraestructura, equipamiento estándar y equipamiento y sistemas de seguridad (por ejemplo, subsistema de agua potable, sistemas de energía e iluminación, instalaciones de climatización, etc.); y
- Mantenimiento de Equipamiento de Salud, Reinserción Social y parque automotor del INPEC provisto por el Asociado (USPEC/2016:7).

No obstante, se resalta que el INPEC mantiene bajo su directa responsabilidad la guardia penitenciaria del ERON con personal propio y la reinserción social de sus internos. Así mismo el Fondo Nacional Salud de las Personas Privadas de la Libertad (FNSPPL) se encargará de contratar la prestación de los servicios de salud de todos los internos (USPEC/2016:39). Es importante resaltar que el FNSPPL fue creado por la Ley 1709 de 2014, y se encarga de contratar la prestación de los servicios de salud de todas las personas privadas de la libertad (Art. 66 Ley 1709 de 2014).

Frente a la estructura de la transacción, se establece que el Asociado recibirá pagos periódicos por parte de la Nación (USPEC) en los cuales se integrarán los conceptos de disponibilidad de infraestructura, niveles de servicio y estándares de servicio, y estos sólo se comenzarán a efectuar a partir de que el ERON comience su operación. Con relación al esquema de financiación el Asociado será responsable de aportar y obtener los recursos requeridos para la financiación del Proyecto, mediante aportes de recursos propios y la obtención de préstamos (USPEC/2016:7-8). Así mismo, se señala que en caso de sobrepoblación, el Estado colombiano pagará al Asociado una

remuneración por cada interno recluido que exceda la capacidad del ERON, según lo establecido en el Contrato de APP (USPEC/2016:40).

Frente a los riesgos que se establecieron para mencionado proyecto, se indica que en el Contrato APP se definirá la parte (el Asociado o la USPEC) que será responsable de cada riesgo (USPEC/2016:41). A continuación se enlistan los riesgos tipificados para el proyecto:

- 1) **RIESGOS DURANTE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN.** Estos riesgos están asociados a la probabilidad de incremento del costo de la inversión por aumento de precio de los insumos, cantidades de obra y el aumento en el plazo de ejecución de la fase de construcción debido a problemas hidrológicos o climatológicos. El riesgo constructivo incluye los siguientes eventos:
 - a) La variación entre cualquier estimación efectuada y lo efectivamente requerido en cuanto a las cantidades de obra que resulten necesarias para la consecución de los resultados previstos para las Obras de Construcción.
 - b) Cualquier afectación –incluyendo los costos y los plazos de ejecución– de las Obras de Construcción que se derive de las condiciones ambientales, geológicas, climáticas o pluviométricas que acaezcan durante la ejecución del Contrato, salvo que éstas constituyan Fuerza Mayor o Caso Fortuito.
 - c) La variación en los precios de mercado de los insumos necesarios para ejecutar las Obras de Construcción, incluido el valor de los equipos, sistemas y programas requeridos.
 - d) Inestabilidad de la obra.

- e) Las variaciones en el costo de las Obras de Construcción derivadas de los diseños elaborados por el Asociado, incluyendo los costos necesarios para adecuar, reparar o reconstruir cualquier Obra de Construcción que así lo requiera.

2) RIESGO DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO. Estos riesgos se refieren a las variaciones de costos y disponibilidad de insumos, entre otros, necesarios para que se verifiquen los parámetros de desempeño especificados. Los riesgos de operación y mantenimiento incluyen:

- a) La variación en los precios de mercado de los insumos necesarios para actividades de mantenimiento.
- b) La variación de los precios de la mano de obra, insumos, bienes, equipos, servicios o cualquier otro recurso necesario para la prestación de los Servicios Relacionados.
- c) Sobrecostos relacionados con: **I.** Una mayor cantidad en los ítems de operación y mantenimiento que no estén relacionados con sobrepoblación en el ERON. **II.** Una mayor cantidad en los ítems de operación y mantenimiento derivados de daños generados por la población carcelaria. **III.** Una mayor cantidad en los ítems de operación y mantenimiento derivados de daños generados por la guardia del establecimiento. **IV.** La variación de condiciones laborales (impuestos, salario mínimo, parafiscales entre otros). **V.** Huelga o paro de trabajadores. **VI.** Fallas, averías u obsolescencia de maquinaria y equipo. **VII.** Falta de disponibilidad de servicios públicos (agua, luz, etc). **VIII.** Una población carcelaria superior a la capacidad máxima del ERON por decisión de la autoridad competente.

3) RIESGO DE REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS Este riesgo está asociado a lo siguiente:

- a) Sobrecostos por interferencia de redes de servicios públicos.
- b) Gestión y costo de permisos de las redes de servicios públicos.
- c) Disponibilidad de redes de servicios públicos para ejecución de las obras.
- d) Costos ociosos de la mayor permanencia en obra que llegaren a causarse por demoras en el traslado de redes por eventos eximentes de responsabilidad.

4) RIESGO FINANCIERO El riesgo financiero tiene tres componentes principales:

- a) El riesgo de consecución de financiación;
- b) El riesgo de las condiciones financieras (plazos, tasas, comisiones); y
- c) El riesgo de demora en el pago de las vigencias.

5) RIESGO CAMBIARIO El riesgo cambiario consiste en la afectación de los flujos del Proyecto, debido a que sus ingresos y egresos están denominados o dependen del comportamiento de la tasa de cambio frente a monedas diferentes al Peso Colombiano.

6) RIESGO REGULATORIO Los riesgos regulatorios son los posibles cambios en la legislación colombiana (incluyendo la legislación tributaria y cambiaria), cambios regulatorios o reglamentarios que teniendo relación directa y específica con el objeto contractual y siendo previsibles, afecten la ejecución del Proyecto. De igual forma, la variación de las condiciones de reclusión adoptadas en virtud de una norma internacional de aplicación obligatoria en Colombia, norma legal, reglamentaria o reglamento técnico o

de otra naturaleza referido a las condiciones de reclusión no previstas al momento de la apertura del proceso de selección.

- 7) **RIESGO AMBIENTAL Y SOCIAL.** Los riesgos ambientales y sociales consisten en los efectos sobre el Proyecto de situaciones que lo puedan afectar en su ejecución, relacionados con las obligaciones que emanan de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales, ecológicas o sociales exigidas y de la evolución de las tasas retributivas y de uso del agua.
- 8) **RIESGO TECNOLÓGICO.** Los riesgos tecnológicos consisten en el advenimiento de nuevos desarrollos tecnológicos o estándares u obsolescencia tecnológica que deben ser tenidos en cuenta para la debida prestación de los servicios.
- 9) **RIESGO PREDIAL.** El riesgo predial consiste en la falta de disponibilidad jurídica y física de los terrenos requeridos para ejecutar las obras y prestar los servicios definidos en el contrato APP en los momentos contractualmente previstos. Este riesgo también incluye los sobrecostos por adquisición y compensaciones socioeconómicas.
- 10) **RIESGOS DE FUERZA MAYOR**
 - a) **RIESGOS DE FUERZA MAYOR ASEGURABLES.** Estos riesgos se refieren al impacto adverso que sobre la ejecución y/u operación del Proyecto tengan los desastres naturales (son los eventos causados por la naturaleza sin la intervención o voluntad del hombre, que aunque pudieran ser previsibles por su frecuencia o diagnóstico están fuera

del control de las partes). Estos incluyen terremotos, inundaciones, incendios y sequías, entre otros.

- b) **RIESGOS DE FUERZA MAYOR NO ASEGURABLES.** Estos riesgos se refieren de manera exclusiva al daño emergente derivado de actos de terrorismo, tomas de grupos insurgentes, motines, guerras o eventos que alteren el orden público, o efectos derivados de la acción de las autoridades para repeler estas situaciones, o hallazgos arqueológicos, de minas o yacimientos.

11) RIESGO SOBERANO O POLÍTICO El riesgo soberano o político se refiere a diferentes eventos de cambios de ley, de situación política o de condiciones macroeconómicas que tengan impacto negativo en el proyecto, como por ejemplo riesgos de repatriación de dividendos y/o convertibilidad de divisas (USPEC/2016:41-42-43-44).

Dicho proceso fue publicado el 1 de abril de 2016, no obstante a la fecha 1 de diciembre de 2016, el mismo aún se encuentra en borrador, por lo tanto y con el fin de conocer los motivos por los cuales a dicho proceso no se le ha dado apertura, tome contacto telefónico con el área de contratos de la USPEC; para lo cual el Dr. Nicolás Medina me informa que el proyecto aún se encuentra en borrador toda vez que de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012 el Confis debe aprobar vigencias futuras de la Nación y las entidades estatales del orden nacional para proyectos de Asociación Público Privada, y a la fecha no se efectuado dicha aprobación, porque el gobierno nacional está dándole prioridad a los proyectos de vía 4 G y el proceso de paz.

4. CONCLUSIONES

Como resultado de lo expuesto en el presente trabajo de investigación se concluye que existe una clara vulneración sistemática de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran reclusas dentro del sistema penitenciario y carcelario en Colombia, toda vez que el hacinamiento que presentan la gran mayoría de los establecimientos de reclusión del orden nacional, ocasiona que no se les garantice el derecho a una vida digna, porque no pueden satisfacer sus necesidades básicas, como lo es, el poder pernoctar cómodamente en un espacio, recibir una alimentación adecuada, respeto a su intimidad, así como contar con unas condiciones mínimas de salubridad, lo cual les puede afectar directamente su salud física y/o mental. Así mismo, se presenta una flagrante violación al derecho a la igualdad, toda vez que los reclusos no están separados por categorías, en un mismo patio, se pueden encontrar condenados y sindicados; tampoco se les garantiza su reintegración social, ni pueden tener acceso a la educación, trabajo y recreación, condiciones que podrían ayudarles a obtener beneficios frente a la pena impuesta.

Por lo tanto, se observa que el Estado ha sido incapaz de atender debidamente a sus obligaciones constitucionales referidas a la garantía efectiva de los derechos de quienes están reclusos, verificándose que conforme lo sustenta la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones que en el Sistema Penitenciario y Carcelario son evidentes las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, es decir, se trata en realidad de un “estado de cosas inconstitucional”.

Aunado a lo anterior, y acorde con la investigación realizada, se observa que a pesar que el Estado ha implementado políticas para la construcción de nuevos establecimientos de reclusión y refacción de los existentes, dicha medida no ha sido suficiente, toda vez que como se establece en

el presente trabajo de investigación el nivel de hacinamiento ha venido en aumento, por las constantes reformas y creación de tipos penales acorde con la situación social que se presenta en determinadas épocas. Así mismo, actualmente el gobierno presenta una coyuntura económica, lo cual dificulta al corto y mediano plazo, la disposición de recursos públicos para hacerle frente a la problemática situación de hacinamiento en los centros de reclusión. Es así que el gobierno en aras de dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales y legales, ha venido implementando herramientas jurídicas en el Derecho Administrativo, con el fin de constitucionalizar el mismo, permitiendo que los servicios públicos los cuales son inherentes a la finalidad social del Estado, sean prestados a nombre de este por el sector privado.

De allí que la constitucionalización del derecho administrativo ha permitido la expedición de normativas (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1508 de 2012) que han abierto las posibilidades jurídicas para que con el concurso de los empresarios privados sea posible generar una infraestructura moderna, y acorde con las necesidades de cada sector, fortaleciendo la competitividad de todas las empresas estatales y privadas, y con ello, lo más importante, la construcción de una infraestructura social que posibilite efectivamente el progreso hacia las metas que el Estado se propone, en cumplimiento de sus fines esenciales, previstos en la Constitución Política; y por lo tanto para el caso que nos ocupa faculta a los privados para el diseño, construcción, operación y mantenimiento los centros de reclusión.

Con referencia a los múltiples beneficios, la importancia y el alcance que tiene la ley de APP (Ley 1508 de 2012), como instrumento adecuado para el desarrollo de la infraestructura estatal, se resalta que la misma es una herramienta vital con la que cuenta el gobierno para el cumplimiento de sus obligaciones frente a los servicios públicos que debe brindar, toda vez que como se mencionó anteriormente, actualmente el gobierno está atravesando una coyuntura económica, para

lo cual el sector privado puede apoyar al Estado para que a corto y mediano plazo puede satisfacer las necesidades de servicios públicos que debe atender, toda vez que con la Asociación Público Privada, es el privado, para el caso que nos ocupa el encargado de financiar, diseñar, construir o reconstruir, así como poner en operación y mantener la infraestructura en materia penitenciaria y carcelaria durante un largo periodo que puede ser hasta de treinta años; por lo tanto el gobierno solo entraría a cancelarle al privado los bienes y servicios suministrados una vez los establecimientos de reclusión se encuentren en operación.

Lo anterior, le otorga al gobierno la posibilidad de que a largo plazo pueda organizar y priorizar sus costos de acuerdo con sus planes de recaudo para la satisfacción de las necesidades en cumplimiento del interés general. Así mismo, y teniendo en cuenta que el tipo de proyecto planteado en el presente trabajo de investigación no es autofinanciable, estoy de acuerdo con lo establecido en el CONPES 3828 de 2015, que la iniciativa para este tipo de proyectos debe ser la pública, estructurando también opciones que permita apalancar financieramente la construcción de nuevos ERON, como lo es que un privado pueda encargarse de la operación, mantenimiento y dotación de los centros penitenciarios de una determinada región, lo cual es otra bondad que trae esta herramienta jurídica para que el Estado pueda cumplir cabalmente con sus obligaciones.

Aunado a lo anterior, se resalta que al encargar a una sola persona (inversionista privado) del proyecto completo para poner en funcionamiento un establecimiento de reclusión, así como su mantenimiento, se está disminuyendo el riesgo que no se cumplan con los cronogramas propuestos, toda vez que cuando el proyecto es contratado mediante el régimen de la contratación pública, es decir la Ley 80 de 1993, ya sea por Licitación Pública u otra modalidad de contratación,

generalmente se deben estructurar varios procesos, es decir se debe adelantar un proceso para el diseño, otro para la construcción, para la dotación del centro de reclusión y posteriormente para su mantenimiento, lo cual en la mayoría de casos los cronogramas suelen ser modificados para que se puedan integrar cada uno de los proyectos en la ejecución, es decir puede suceder que la construcción se termine y se encuentre lista para entrar a operar, pero no se cuenta con la dotación correspondiente para su operación.

Así mismo puede suceder que el establecimiento requiera un tipo de mantenimiento pero no se pueda ejecutar porque el contrato no pudo ser adjudicado, y se deba iniciar un nuevo proceso, el cual no alcance a entrar en ejecución en el tiempo programado y esto acarrea que la infraestructura se deteriore aún más e implica por parte del Estado la consecución de más recursos para satisfacer la necesidad plenamente, generando de esta manera mayores costos.

Con el análisis de la información sobre las APP y su legislación relacionada, se ha podido demostrar la conveniencia de una política pública aplicada a contratos de concesión para el desarrollo concreto de la infraestructura del sistema penitenciario y carcelario de Colombia, vinculando contractualmente la gestión de empresarios privados mediante el régimen jurídico de las APP para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de los centros de reclusión. El contrato de concesión, en tanto práctica que acopla la libertad de empresa y la iniciativa privada en una especial relación con el Estado, es una modalidad contractual que, justamente por su nexo con el Estado, presenta relevantes vínculos jurídicos de particular significado, vínculos que no pueden ser desconocidos en ninguna de las etapas de la gestión del contrato y, tratándose de una concesión de infraestructura o de servicios públicos, la concesión es en sí un instrumento jurídico altamente complejo y comprometido con las finalidades sociales del Estado, es decir, se trata de

una gestión contractual que aunque es de ejecución por el sector privado, así también sus imperativos de naturaleza jurídica y sus características operativas lo someten a un especial tratamiento en el que predomina el interés social.

Bajo el régimen jurídico-político de Estado social de derecho, el contrato de concesión de infraestructura o de servicios públicos resulta ser de mucha más trascendencia, porque, de hecho, es un gran compromiso social, desarrollado como respuesta a las necesidades públicas mediante una adecuada retribución económica y bajo la dirección de la Administración Pública, puesto que la Constitución Política (Art. 365) dispone que, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia correspondientes.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. (2004). El concepto y la validez del derecho: Barcelona: Gedisa.

Alborta, Guillermo, Stevenson, Claudia y Triana, Sergio. (2011). Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro. Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=36514441>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos oficina en Colombia. (2001). Informe Centros de Reclusión en Colombia: Un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos. Recuperado de: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/tematicos/informe%20carceles.pdf>

Arroyave A., Diego. (2011). Las políticas públicas en Colombia. Insuficiencias y desafíos. En: Revista Forum, No. 1, enero-junio de 2011. pp. 95-111. Departamento de Ciencia Política, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Recuperado de: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/forum/article/view/32359>

Barreto, Luis H y Rivera, Sneider. (2009). Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho. Recuperado de: <https://www.google.com.co/search?q=Barreto%2C+Luis+H+y+Rivera%2C+Sneider.+%282009%29.+Una+mirada+a+la+impunidad+en+el+marco+del+Sistema+Penal+Oral+Acusatorio+en+Colombia&oq=Barreto%2C+Luis+H+y+Rivera%2C+Sneider.+%282009%29.+Una+mirada+a+la+impunidad>

+en+el+marco+del+Sistema+Penal+Oral+Acusatorio+en+Colombia&aqs=chrome..69i57.1827j0j8&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8

Cassese, Sabino. (2014). Las tres etapas de la constitucionalización del derecho administrativo. En: Montaña, Alberto y Ospina, Andrés (Edit.). La constitucionalización del derecho administrativo. XV jornadas internacionales de derecho administrativo. pp. 281-305. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Colombia. Defensoría del Pueblo. (2004). Análisis sobre el actual hacinamiento penitenciario y carcelario en Colombia. Recuperado de: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_685.pdf

Colombia. Presidencia de la República. (2015). Decreto 1082 de 2015. “Por Medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de: <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx#seccion21>

Colombia. Presidencia de la República. (2011). Plan nacional de desarrollo 2010-2014: Prosperidad para todos. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de: <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/PND-2010-2014/Paginas/Plan-Nacional-De-2010-2014.aspx>

Colombia. Presidencia de la República. (2015). Plan nacional de desarrollo 2014-2018: Todos por un nuevo país. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%201%20internet.pdf>

Colombia. Ministerio de Justicia y el Derecho. (2014). Lineamientos para el fortalecimiento de la política penitenciaria en Colombia. Bogotá: Ministerio de Justicia y el Derecho, Proyecto Fortalecimiento y Seguimiento a la Política Penitenciaria en Colombia. Recuperado de: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/sala%20de%20prensa/documentos/Lineamientos%20sistema%20penitenciario%20%20Consulta%20WEB.pdf>

Colombia. Ministerio de Justicia (2013). Informe final de gestión julio 2012 – septiembre 2013. Ruth Stella Correa Palacio, Ministra de justicia y del derecho. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho. Recuperado de: https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Ministerio/Planeacion_gestion_y_control/informes_de_empalme/Informe%20ministra%20final.pdf

Colombia. Congreso de la República. (2011). Decreto 4150 de 2011. “Por el cual se crea la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – SPC, se determina su objeto y estructura.” Bogotá: Diario Oficial No. 48242 del 3 de noviembre de 2011. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44682>.

Colombia. Congreso de la República. (2012). Ley 1508 de 2012. “Por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas y se dictan otras disposiciones.” Bogotá: Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45329>

Colombia. Congreso de la República. (2014). Ley 1709 de 2014. “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.” Bogotá: Diario Oficial No. 49039 de enero 20 de 2014. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=56484>

Colombia. Contraloría General de la República (2010) Análisis de los principales elementos de la situación carcelaria actual – Estado actual de plan de construcción, dotación y mantenimiento de infraestructura carcelaria. Recuperado de: <http://www.contraloria.gov.co/documents/10136/14564229/balance+politica+penitenciaria.pdf/b640c698-be0b-48e3-926e-277e6c4044fd>

Colombia. Ministerio de Justicia (2012). Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia (APC) y Unión Europea. Recuperado en: https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf

Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá: Legis, 2014.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. En: Isonomía # 16. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México (Abril de 2002). p. 95. Recuperado de: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf

Colombia. Gaceta del Congreso. (2011). Exposición de motivos. Proyecto de ley número 160 de 2011, Senado. Por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. AÑO XX - N° 823, 3 de noviembre de 2011. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. Recuperado de: http://www.icpcolombia.org/archivos/seguimiento/gaceta_823_2011_publicacion_senado.pdf

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación interna: 2149. Número único: 11001-03-06-000-2013-00213-00. 02 de agosto de 2013. Consejero Ponente: Dr. Augusto Hernández Becerra.

Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2016. MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015. MP. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2014. MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Ch.

Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2013. MP. Dra. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 2009. MP. (e). Dra. Clara Elena Reales G.

Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998. MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Decreto 4151 de 2011. “Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: [http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Organizacion/EstructuraOrganica/de415103112011%20\(4\).pdf](http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Organizacion/EstructuraOrganica/de415103112011%20(4).pdf).

Documento Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) 3086 de 2000. Ampliación de la infraestructura penitenciaria y carcelaria. República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3086.pdf>

Documento Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) 3277 de 2004. Estrategia para la expansión de la Oferta Nacional de Cupos Penitenciarios y Carcelarios. República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3277.pdf>

Documento Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) 3412 de 2006. Estrategia para la expansión de la Oferta Nacional de Cupos Penitenciarios y Carcelarios – Seguimiento del Conpes 3277. República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3412.pdf>

Documento Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) 3575 de 2009. Política Penitenciaria y Carcelaria en Colombia. República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3575.pdf>

Documento Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) 3828 de 2015. Estrategia para la expansión de la Oferta Nacional de Cupos Penitenciarios y Carcelarios – Seguimiento del Conpes 3277 de marzo 2004 y 3412 de marzo de 2006. República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3828.pdf>

Exposición de motivos del proyecto de ley “Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”. Recuperado de:

http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MH_CP_WCC-059072%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

García Jaramillo, Leonardo. (2012). el neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano. en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XLV, número 133, enero-abril de 2012, pp.93-118. México, D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/133/art/art3.pdf>

Gil Ibáñez, Alberto J. (2003). El derecho público a comienzos del siglo XXI. En: Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo II. pp. 1311-1333. Madrid: Civitas. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=330609>

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. México: IJ-UNAM/Fontamara, 2001; p.153 y ss. Citado por: COMANDUCCI, Paolo. Op. Cit., p. 95-96.

Huerta O., Carla. (2005). En: Cienfuegos, David y López O., Miguel A. (Coord.). Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. pp. 293-315. Tomo I Derecho Administrativo. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 213. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/10.pdf>

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Informe Estadístico No. 10 octubre 2016.

Recuperado de:

<http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/10%20INFORME%20OCTUBRE%202016.pdf>

Ley 65 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial No. 40.999, de 20 de agosto de 1993. Recuperado de:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html#1

Londoño Vallejo, Matías. (2014). Asociaciones público privadas, modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y el mundo: marco histórico, conceptual y crítico de la Ley 1508 de 2012. En: Revista de Derecho Público No. 33, pp. 1-24. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Recuperado de: https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=450%3Aasociaciones-publico-privadas-modelo-de-desarrollo-de-infraestructura-productiva-y-social-en-colombia-y-el-mundo-marco-historico-conceptual-y-critico-de-la-ley-1508-de-2012&catid=39%3A33&Itemid=114&lang=es

Matallana Camacho, Ernesto. (2013). Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ordoñez Matamoros, Gonzalo. (2013). Manual de análisis y diseño de políticas públicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ospina Garzón, Andrés F. (2014). La constitucionalización del derecho administrativo. En: La constitucionalización del derecho administrativo. XV jornadas internacionales de derecho administrativo. pp. 11-18. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Parejo Alfonso, Luciano. (2005). El principio de eficacia en el derecho y en la ciencia de la administración pública. En: Revista de Documentación Administrativa, Números 218-219, pp.15-65. Madrid: Ministerio de Hacienda y Administración pública. Gobierno de España. Recuperado:

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5132&path%5B%5D=5186>

Parejo Alfonso, Luciano, Jiménez-Blanco, A. y Ortega Álvarez, L. (1994). Manual de derecho administrativo. Barcelona: Ariel.

Parejo Alfonso, Luciano y García de Enterría, Eduardo. (1983). Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa. Madrid: Civitas.

Restrepo Medina, Manuel A. (2007). La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado social de derecho. En: Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, volumen 5, año 2007, Separata, pp. 1-18. Villanueva de la Cañada, Madrid: Universidad Alfonso X el Sabio, Facultad de Estudios sociales. Recuperado de: <http://www.uax.es/publicacion/la-respuesta-del-derecho-administrativo-a-las-transformaciones-recientes.pdf>

Restrepo Medina, Manuel A. (2002). La adecuación del derecho administrativo al Estado contemporáneo. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos, octubre 2002, Vol. 4, Núm. 002, pp. 130-156. Bogotá: Universidad del Rosario. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/733/73340205.pdf>

Rodríguez R., Libardo. (2005). Explicación histórica del derecho administrativo. En: Cienfuegos, David y López O., Miguel A. (Coord.). Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. pp.

293-315. Tomo I Derecho Administrativo. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 213. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/2.pdf>

Roth, André-Noël. (2007). Análisis de las políticas públicas: de la pertinencia de una perspectiva basada en el anarquismo epistemológico. En: Revista Ciencia Política, No. 3, enero-junio de 2007, pp.44-68. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/17522/18379>

Roth, André-Noël. (2002). Política públicas. Formulación, implementación y evaluación. Bogotá: Ediciones Aurora.

Sánchez T., Carlos A. (2006). El Estado constitucional en la globalización: garantía de derechos, ciudadanía y mercado en el contexto actual de reformas al Estado. En: Red Sociojurídica, 2006. Recuperado de: http://www.redsociojuridica.org/ponencias_2006/estado_globalizacion.pdf

Santofimio G., Jaime Orlando. (2010). El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de: http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8339/tesis_santofimio_2010.pdf?sequence=1

Schmidt-Aßmann, Eberhard. (2014). El concepto de la constitucionalización del derecho administrativo. En: La constitucionalización del derecho administrativo. XV jornadas internacionales de derecho administrativo. pp. 21-38. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Subirats, Joan, Knoepfel, Peter, Corinne Larrue y Varonne Frederic (2008). Análisis y gestión de políticas públicas. Barcelona: Ariel.

Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (2016). Proyecto establecimiento de Reclusión de Orden Nacional en Popayán Departamento del Cauca – Colombia. Recuperado de: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-19-4935122>

Vassallo M., José M. e Izquierdo de Bartolomé, Rafael. (2010). Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Bogotá: Corporación Andina de Fomento. Recuperado en: <http://www.caf.com/publicaciones>

Vargas, Alejo. (1999). Notas sobre el Estado y las políticas públicas. Bogotá: Almudena Editores.

Vélez Pérez, Gloria Yaneth. (2012). La actuación administrativa estatal: otro escenario del derecho procesal. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Vol. 38, pp. 109-131. Bogotá:

Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Recuperado de:

<http://www.icdp.org.co/revista/usuarios/edicionesAnteriores/2012.php>