

## Asociaciones Público Privadas, una manera de combatir el problema de hacinamiento carcelario\*

Lourdes María Díaz Monsalvo\*\*  
Universidad Católica de Colombia

### Resumen

Dentro del contexto global, las Asociaciones Público-Privadas (APP) han proporcionado a los Estados la posibilidad de brindar más servicios de los que su presupuesto público les permite. Es por ello que después de analizar la forma en que se han utilizado las APP para proyectos penitenciarios en diferentes países y considerando la situación de hacinamiento en las cárceles colombianas, se propone su uso en proyectos de la misma clase en Colombia para mejorar la situación de sus reclusos en Cárceles.

**Palabras Clave:** asociaciones público-privadas, derechos humanos, estructuración, hacinamiento, ley 1508 de 2012, riesgos, resocialización,

### Abstract.

Within the global context, Public Private Partnerships (PPPs) have provided States the possibility to provide more services than their budget allows. That is why after analyzing the way in which PPPs have been used for prison projects in different countries and considering the situation of Colombian prison overcrowding, the conclusion proposed the use of the same kind of projects in Colombia, to improve the situation of their inmates in prisons.

**Key Words:** public-private partnerships, human rights, structuring, overcrowding, law 1508 of 2012, risks, resocialization,

---

\* Artículo de Reflexión presentado como requisito para optar por el título de abogada bajo la Dirección de la Doctora Clara Carolina Cardozo Roa, Docente Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá D.C. 2017

\*\* DÍAZ MONSALVO, Lourdes María. Alumna de décimo semestre de la Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia. Contratista Agencia Nacional de Infraestructura. E.mail.lmd09@hotmail.com

**Sumario:**

## **INTRODUCCIÓN**

### **1. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS**

#### **1.1 LOS TIPOS DE CONTRATOS APP MÁS UTILIZADOS.**

**1.1.1** B.O.T. Contract (Build-Operate-Transfer)

**1.1.2** Contratos BTO (Build-Transfer-Operate).

**1.1.3** Contratos '*Joint Venture*'.

**1.1.4** Contratos de 'Outsourcing' – 'Management Contracts' (O&M)

**1.1.5** Arrendamiento Operativo

#### **1.2 TIPOS DE RETRIBUCIÓN ECONÓMICA.**

### **2. LA SITUACIÓN CARCELARIA EN COLOMBIA.**

#### **2.1 PAÍSES QUE CUENTAN CON PROYECTOS DE APP EN CÁRCELES.**

**2.1.1** Oceanía

**2.1.2** En Europa

**2.1.3** En Australia

**2.1.4** Continente Americano

#### **2.2 MODELOS APLICABLES AL TERRITORIO COLOMBIANO.**

**CONCLUSIONES.**

**REFERENCIAS**



## Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

## INTRODUCCIÓN

Debemos comprender que no podemos escapar del dolor común, y que nuestra única justificación, si hay alguna, es hablar, mientras podamos, en nombre de los que no pueden.

Albert Camus

El tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de derecho trajo consigo una reformulación del papel del Estado y del Derecho en su función de vigía del sistema político al margen del reconocimiento de los derechos en cabeza de los miembros del conglomerado. Una reforma importante fue la ampliación del catálogo de prerrogativas y garantías constitucionales en favor de los particulares y los grupos sociales. Sin embargo, hoy a la vuelta de los años, se hacen cada vez más patentes los reproches en torno a la materialización de los derechos incorporados en la Constitución de 1991.

La no concretización de derechos fundamentales y sociales, económicos y culturales tiene un origen en los problemas presupuestales pues las necesidades cada vez crecen más y los recursos son siempre escasos.

Ahora bien, parece que la democracia colombiana genera debates encontrados en torno a la participación del privado en el suministro de servicios o infraestructura pública que garanticen o provean derechos a los ciudadanos lo que claramente desoye los clamores de la población afectada y que obtendría beneficios por este tipo de proyectos.

Esta investigación busca dar respuesta a la pregunta ¿Es viable la estructuración y ejecución de proyectos de Asociaciones Público privadas para desarrollar la infraestructura carcelaria en Colombia?

Por tanto, el fin de este trabajo es analizar cómo a través de iniciativa cuyos recursos no castigan de forma inmediata el presupuesto público, se puede contar con una alternativa viable para mejorar las condiciones de la población carcelaria. Para ello, en el primer capítulo se describirán qué son las Asociaciones Público Privadas (APP), algunos tipos de contratos y pagos, mientras que en el segundo capítulo se describe la situación carcelaria en el país, algunos de los proyectos APP en cárceles en otros países y se describen los que podrían ser aplicables a Colombia.

Con este análisis se busca demostrar por qué las APP son la salida para financiar proyectos de infraestructura pública, para generar empleo, para ampliar la gama de servicios y derechos garantizados por el Estado y establecer cuál es el modelo contractual que brinda mejores condiciones y qué modelo rehabilitador es el que más se acopla a la realidad del país y brinda mejores beneficios tanto al interno como a la sociedad.

## **1. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO- PRIVADAS**

El Banco Mundial manifiesta que no existe una definición exacta de APP ni de sus elementos característicos ya que es un tipo de contrato amplio y modificable. El investigador y doctrinante, Rangel (2007) ha indicado que:

La definición de APP puede involucrar una gran variedad de transacciones donde el sector privado construye y/o gestiona un servicio tradicionalmente de responsabilidad del sector público y los riesgos son compartidos entre ambos sectores. Cada país que desarrolla proyectos de APP utiliza modelos diferentes de contratos, adaptándolas a sus realidades específicas (p. 4).

Ahora, mirando un contexto histórico, para Muñoz (2011) este tipo de contratos se originó en:

(...) los Estados Unidos en los años cincuenta (*public private partnership* -PPP-). La importación europea la hizo primero el Gobierno de Margaret Thatcher, y luego, también en el Reino Unido, el que presidió John Major. La utilización de estos contratos apareció vinculada a las políticas de modernización de las infraestructuras públicas. La tradición europea en materia de contratación pública, contemplaba la realización de las obras públicas con arreglo a dos sistemas de financiación dominantes: o con cargo directo al presupuesto público, o repercutiendo el coste de la inversión en los usuarios finales de las obras, que aportaban contribuciones dinerarias en forma de tasas o tarifas (p. 340).

Las APP fueron el motor de las obras públicas del gobierno Thatcher y fue utilizado para infraestructura vial, portuaria, férrea, aeroportuaria, de servicios públicos domiciliarios, etc. utilizando varias cláusulas en cuanto a la forma de retribución, financiamiento, entre otros. De hecho, la BBC se refirió a las APP en el 2003 como: “el corazón de los intentos del gobierno británico para revivir los servicios públicos” (*“Public Private Partnerships are at the heart of the government’s attempts to revive Britain’s public services.”*) (BBC News World Edition, 12 febrero, 2003, p. 1). Lo que demuestra que, a nivel mundial, las APP son el instrumento de inversión en políticas públicas sin importar el nivel de desarrollo económico o social del territorio que las implementa.

Las APP llegaron a Latinoamérica al ser adoptadas por Chile en la Ley 9.460 de 1996, que fue reformada en el 2010. Después de demostrar en el territorio chileno sus beneficios, en palabras de Sergio Hinojosa en el panel del Banco Interamericano de Desarrollo- BID (FOMIN, 2016):

Ha permitido modernizar de manera importante la infraestructura del país con inversiones que superan los 15 mil millones de dólares (...) ingresos recibidos por el Estado de Chile por más de USD 3.000 millones (...) La inversión portuaria privada desde 1990 a la fecha totaliza más de USD 2,100 millones (...) construcción y rehabilitación de infraestructura ferroviaria que totalizan más de USD 600 millones (...) En el sector energía en los últimos 5 años han superado los 300 mil millones de dólares (p. 1 ).

Y luego empezó a extenderse por Latinoamérica.

En Colombia, las APP se implementaron bajo la definición de:

Un instrumento de vinculación de Capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal 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, 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, p. 1).

Este tipo de colaboración tiene su base en que al Estado se le reclama la materialización en la realidad de los derechos de sus habitantes, pero a la vez eficiencia con los recursos públicos y no endeudarse, es allí donde radica que “los colaboradores privados hayan encontrado un campo abonado para su intervención en la ejecución de infraestructuras públicas, donde es necesaria una actividad financiera de gran magnitud” (González-Varas, 2006, p. 33).

Dentro de las motivaciones de la Ley de APP colombiana, se indica en su punto *VI. Otros lo han hecho*, el modelo y el progreso chileno con este tipo de

contratos y los modos de implementación utilizados en Reino Unido. Así las cosas, las APP llegan a Colombia por la necesidad de convertir el país en un destino de inversión extranjera con vocación a largo plazo, debido a las recalificaciones de riesgo que recibió Colombia entre 2010 y 2011, que lo contrastaban con la crítica situación de países como Irlanda, Portugal, España o Grecia. Estas calificaciones indicaron también que el país contaba con la habilidad para manejar los cambios externos (ej: de valor de moneda, guerra, etc.), presentaba un incremento de credibilidad macroeconómica, mantenía un buen desempeño de disciplina fiscal y mejoraba en las condiciones de seguridad que permitían que los proyectos que se adelantaran no se vieran afectados por conflictos armados. (Tomado de la Gaceta del Congreso 823 de 2011, VI Colombia el momento es hoy).

Ahora bien, estos proyectos han venido incrementando su utilización durante la última década, por varias razones. Se resaltan aquí las dos consideradas básicas en la mayoría de países: la primera, se relaciona con la inyección de financiamiento privado a las necesidades estatales, pues se ha visto en varios países que la falta de capacidad financiera es el límite estatal a la hora de hacer efectivos los derechos de sus ciudadanos; y la segunda es la experiencia y eficacia de las prácticas del sector privado en la provisión de bienes, servicios e infraestructura. Esto se hizo visible en la ponencia al proyecto de ley N° 160 Senado, N° 144 Cámara, pues en ésta se resaltó que las APP debían ser entendidas como mecanismos de financiación complementarios a los recursos públicos, así: **Capacidad y compromiso de los inversionistas privados**: Se busca atraer inversionistas de largo plazo con suficiente capacidad financiera que no sólo construyan las obras, sino que las operen y las mantengan.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original) (Informe de ponencia segundo debate proyecto de Ley 160 de 2011 Senado, 144 de 2011 Cámara. Gaceta 932 de 2011. (Título IV. Disposiciones Comunes De Los Proyectos De Asociación Público Privada, *Importancia y conveniencia del proyecto.* p.2)



La ley que regula las APP en el territorio colombiano cambia el papel del Estado de prestador directo a garante de la prestación de los servicios al ciudadano. Esta Ley, brinda lineamientos exactos para la estructuración y adjudicación de los proyectos teniendo a la Ley 80 de 1993 como importante antecedente legal, ya que la misma en su art. 32 brindó la posibilidad de que los particulares propusieran ideas de negocio al Estado con la expectativa de ser los adjudicatarios.

La Ley 1508 de 2012, al definir su ámbito de aplicación incluyó algunos tipos de *concesiones* como una forma de colaboración público-privada, para ser clasificadas desde la expedición de esta Ley como una APP y estar regidas bajo la misma. A todo esto, la concesión ha sido entendida en Colombia como:

El contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona -generalmente un particular- denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total (Sentencia C-068 de 2009, p. 1).

Las concesiones estuvieron reguladas por el Decreto 222 de 1983 derogado por la Ley 80 de 1993 y luego, la Ley de APP consideró que corresponden a ésta todas las concesiones todas las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80/93, el cual preceptúa:

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, (...), a cambio de una remuneración

que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden).

Debe tenerse presente que los proyectos de infraestructura vial de las generaciones primera, segunda, tercera y tres punto cinco se manejaron sólo a través de la figura de la Ley 80 de 1993, por eso no son contadas como Asociaciones Público- Privadas. Sólo a partir de 2012 los megaproyectos de infraestructura se han manejado a través de la Ley 1508 de 2012 y desde ese momento el país tiene aprobados más de 21 proyectos APP de iniciativa pública y 11 proyectos de iniciativa privada que pertenecen al grupo llamado "*La cuarta generación de concesiones*" en carreteras y también en vías férreas y aeropuertos.

Además de las concesiones, hay otro tipo de contratos que se rigen por la Ley APP que se explican a continuación.

### **1.1 Los tipos de contratos de APP, más utilizados.**

A continuación, se presentan los tipos de APP, identificados por Urueta (2010), no obstante, se advierte que constantemente aparecen nuevos modelos contractuales que se incluyen en ésta categoría:

- Acuerdos en los que el sector privado diseña, construye, desarrolla, opera, administra y es dueña de la infraestructura, sin la obligación de transferir los activos posteriormente al Estado, como sucede en los contratos de Design-Build-Finance-Operate (DBFO), Build-Own-Operate (BOO), Build-Develop-Operate (BDO), Design-Construct-manage-finance (DCMF).

- Contratos en los que el sector privado compra o arrienda al sector público infraestructura ya existente, sin la obligación de transferir la propiedad de los activos posteriormente al Estado, con el propósito de rehabilitar, modernizar y/o expender los activos entregados, como en el caso de los contratos Buy-Build-Operate (BBO), Lease-develop-operate (LDO) y Wrap-Around addition (WAA)
  
- Contratos en los que el sector privado es quien diseña y construye un activo, lo opera y después transfiere al gobierno como en el caso de los contratos Build-Operate-Transfer (BOT), Build-Own-Operate-Transfer (BOOT), Build-Rent-Own-Transfer (BROT), Build-Lease-Operate-Transfer (BLOT), Build-Transfer-Operate (BTO).
  
- Adicionalmente, en algunos países se considera que también son formas de asociaciones público privadas los contratos Joint Venture y los O&M Contracts. (p. 28).

En Colombia, los únicos contratos utilizados hasta el momento son aquellos en que el contratista se obliga a transferir el dominio después del periodo de operación. Para efectos de éste trabajo se considera pertinente definir los contratos BTO, BOT, Joint Venture, 'Outsourcing' y Arrendamiento Operativo.

#### **1.1.1 B.O.T. Contract (Build-Operate-Transfer)**

Sus siglas traducen Construir-Operar-Transferir. En este tipo de contratos el sector privado es quien "financia, construye y opera una instalación que es de su propiedad hasta la finalización del contrato, momento en el cual transfiere el dominio de la infraestructura al Estado." (Augenblick & Custer, 1990, p. 5). Como característica principal, es el gobierno el único usuario de la infraestructura lo que

reduce los problemas de demanda y minimiza el riesgo comercial. Ahora, presenta una potencial debilidad en que al tratarse de una instalación en concreto se limita la posibilidad del actor privado para optimizar el uso eficiente de los recursos y en que debido a la extensión y complejidad del negocio, existe un alto riesgo de renegociación (Bennet, Grohmann & Gentry; 1999, p. 7).

### **1.1.2 Contratos BTO (Build-Transfer-Operate).**

Estas siglas se traducen como Construir-Transferir-Operar, lo que significa que cuando el privado empieza la operación de estos proyectos ya no es el dueño de la infraestructura. El Instituto de Desarrollo de Korea del Sur, Kim (2011) ha definido los contratos BTO como un contrato principal de ejecución de proyecto a largo plazo que se celebra junto con un contrato concesional de carácter accesorio entre la autoridad competente y un privado (Proyecto De Acuerdo De Concesión Estándar Para Proyectos De Build-Transfer-Operate (BTO) p. 3, prefacio del World Bank Group, Jan, 2010).

### **1.1.3 Contratos ‘*Joint Venture*’.**

El tratadista colombiano Arrubla (2012) luego de analizar la jurisprudencia Estadounidense, donde él afirma se originó este contrato, ha definido este modelo como una “unión o agrupación de dos o más personas, naturales o jurídicas, sin el propósito de formar una sociedad, para realizar una operación completa en búsqueda de beneficios, asumiendo los riesgos que le son propios” (p. 296). Por otra parte, para Peña (2006) el mismo se origina durante el imperio británico y en lo que respecta a la diferencia entre estos, los consorcios y las uniones temporales indica que se trata de contratos que cumplen la misma función económica diferenciándose únicamente en lo que respecta a los aspectos tributarios y la imposición de multas.

La Unión Temporal y el Consorcio en Colombia no son APP, en la medida en que pueden ser contratistas del Estado según los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993, es decir que una Unión Temporal o un Consorcio pueden intervenir en una APP como parte de la misma.

#### **1.1.4 Contratos de ‘Outsourcing’ – ‘Management Contracts’ (O&M)**

Esta práctica comercial, según Peña (2006) se da cuando se traslada “la acción de fabricar, comprar, administrar, operar ciertas funciones, asesorar y proveer entre otras, para que sea éste quien en forma independiente realice la actividad propia de aquel” (p. 416) la misma puede ser realizada de forma completa o parcial. Ahora bien, este contrato presenta las ventajas de reducir la complejidad de la operación y los riesgos y de proporcionar al gobierno un mayor rendimiento y eficacia. Pero la desventaja de que como el contratista privado no invierte su efectividad disminuye (Urueta, 2010). Es por esto que en Colombia no se ha utilizado este modelo contractual dentro del marco de las APP.

#### **1.1.5 Arrendamiento Operativo**

Esta modalidad contractual fue definida por Urueta (2010) como aquella en la cual “se encarga a un particular la construcción de un edificio por su cuenta y riesgo, con recursos privados, con la obligación de que dicha infraestructura posteriormente se arriende a la administración” (p. 60). Ahora bien, los elementos que caracterizan este tipo contractual de APP son: que el riesgo de mantenimiento locativo del inmueble recae sobre el arrendador, que el periodo de arrendamiento es de aproximadamente veinte años para garantizar el retorno de la inversión, que estos contratos tienen como condición resolutoria el no recibo a plena satisfacción de las obras por parte del arrendatario y que se establecen dos tipos de pagos, la remuneración fija (tarifa pactada) y la remuneración variable (depende de calidad y disponibilidad). A la fecha este contrato no ha sido utilizado en Colombia.

## 1.2 Tipos de retribución económica.

El Decreto 1082 de 2015 publicado en el Diario Oficial No. 49523 del 26 de mayo de 2015, reglamentario de la Ley 1508 de 2012, compiló los Decretos Reglamentarios sobre contratación estatal y asociaciones público privadas y regula, entre otros temas, los requisitos para desembolsos de pagos al privado.

La Ley 1508 en su artículo 5 estableció que el derecho a la retribución de quien ejecuta proyectos de APP, se puede acordar bajo las siguientes modalidades: **(i) la explotación económica del proyecto; (ii) los desembolsos de recursos públicos ó, (iii) cualquier otra retribución pactada por las partes;** lo anterior permite afirmar que el margen de configuración de la retribución en los proyectos APP es muy amplia, y que dependerá del modelo financiero empleado, del tipo de proyecto y de la disposición de recursos de las partes, emplear una o varias de las modalidades señaladas.

En igual sentido, el artículo 2.2.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, consigna que **el derecho a la retribución se condiciona a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio y de estándares de calidad,** estableciendo que en los esquemas contractuales podrá pactarse este derecho a la retribución por etapas funcionales; inicialmente el Decreto 1467 de 2012 había contemplado esta posibilidad de manera excepcional, pero el Decreto 301 de 2014 dio vía libre para desarrollar proyectos bajo estas unidades, manteniendo ciertos requisitos.

Aunado a lo anterior, estas disposiciones fueron complementadas con la expedición de la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, el

cual modificó el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, de lo cual destacamos lo siguiente: (i) **Se diferencia entre el derecho a retribución por unidades funcionales y, el derecho a retribución por etapas.** La primera categoría ya estaba contemplada desde el Decreto 1467 de 2012, la segunda es desarrollo de la ley del Plan Nacional de Desarrollo”. Negrilla y subrayado fuera del texto. (Mancipe, 2015, p. 121)

Se definirán en el presente escrito lo referente a el ‘Pago Por Disponibilidad’, el ‘Project Finance’, el modelo ‘usuario-paga’, el ‘Pago Por Bonos’ o Project-Bond y el Arrendamiento Operativo *o de licencia*, por considerarlos pertinentes para el desarrollo del mismo.

La figura del pago por disponibilidad, se establece en la estructuración del proyecto cuando el mismo es dividido por Unidades Funcionales. En el momento en que las mismas se encuentran en disponibilidad de operar (esto incluye lo referente a seguridad, accesibilidad, parámetros ambientales, etc.) se van pagando los montos acordados. La disponibilidad ha sido definida en Colombia en el Decreto 1082 de 2015 como:

Artículo 2.2.2.1.2.1. Disponibilidad de la infraestructura. Para efectos del presente título, la infraestructura está disponible cuando está en uso y cumple con los Niveles de Servicio y los Estándares de Calidad establecidos en el respectivo contrato. (Título 2, Capítulo 1, Sección 2)

La combinación de aportes públicos y fórmulas como la de los peajes, ha brindado el nacimiento de “Project Finance” que Brunete (2009) ha definido como:

En síntesis, se trata de la financiación de un proyecto, sin recursos, o con recursos limitado a los socios, cuya amortización del principal y pago de intereses se realiza con los flujos de caja (cash-flows), generados por el propio proyecto; ésta es la principal ventaja de este sistema. A diferencia de los mecanismos de crédito utilizados habitualmente, se basa fundamentalmente en la capacidad que tiene el proyecto para generar recursos, los cuales han de ser suficientes para pagar los rendimientos del capital, el beneficio del explotador, así como devolver el capital invertido (pp. 123-125)

Regularmente en lo que respecta a infraestructura de transporte se utiliza el modelo 'usuario-paga' que siempre tiene un respaldo del gobierno si se desequilibra la ecuación financiera y no se obtiene el ingreso esperado, un ejemplo de ésta modalidad se ve en el pago de peajes. Este mecanismo de retribución ha sido definido por El Papel Verde de la Unión Europea como: "los gravámenes recaudados sobre los usuarios del servicio, complementados, en caso necesario, con subvenciones de las autoridades públicas" (Comisión Europea, 2011, p. 327)

El pago por bonos o Project-Bond, consiste en un título valor emitido por el Estado o las empresas privadas, que pueden tener una renta de carácter fijo o de carácter variable, que permite que el emisor consiga fondos directos en el mercado de valores, como lo definió el Banco HSBC en presentación de Monaro (2011), entidad financiera que ha respaldado varios proyectos APP en el territorio brasileño.

La operación financiera a través de la cual se estructura el pago por bonos se denomina titularización, que ha sido definida por Baena (2009) como "un mecanismo jurídico y económico mediante el cual se transfiere y aísla, en un vehículo especial, activos tradicionalmente considerados como ilíquidos" (p. 701).



En lo que respecta al uso de este tipo de financiación para infraestructura o servicios públicos Baena (2009) afirmó que:

Es posible estructurar estos procesos de titularización “a partir de la existencia de flujos futuros de fondos determinados con base a estadísticas de los tres años anteriores a la fecha de solicitud de autorización de la respectiva titularización, o determinables con apoyo en proyecciones de tres años (p. 718).

Así mismo, hace la aclaración que en estos solo se puede emitir títulos de participación, de contenido crediticio o mixtos. En Colombia ya ha sido utilizado este mecanismo para otro tipo de proyectos, como por ejemplo la construcción de vivienda de conformidad con la Ley 546 de 1999 publicada en el Diario Oficial No. 43.827 de 23 de diciembre de 1999.

Cuando se habla de un pago de un cánón por arrendamiento o licencia, el Estado le paga al privado, que construyó la infraestructura, un derecho para usar las instalaciones. Esta figura se da en los contratos en que no se transfiere la propiedad al gobierno propio del arrendamiento operativo (Urueta, 2010).

De todo lo expuesto anteriormente se deduce la naturaleza híbrida y cambiante de las APP. Por lo que las mismas pueden variar mucho en cuanto a su estructura, dependiendo de la forma en que las partes contractuales decidan compartir los derechos de decisión y de ingresos (Makadok & Coff, 2009; Ménard, 2004).

## **2. LA SITUACIÓN CARCELARIA EN COLOMBIA**

Antes de describir la situación actual de las cárceles y de por qué la misma es una clara violación de los derechos humanos (DDHH) y constitucionales de los

internos se identificaron los siguientes presupuestos para la aplicación en el tema carcelario:

**1. La importancia del reconocimiento de los DDHH de todas las personas sin importar sus condiciones.** Los derechos se caracterizan por ser una conquista histórica, para Sarmiento (2010 como se citó en Rodríguez, 2014) estos son herramientas sociales para reafirmar la dignidad humana. Martin Niemöller (1892-1984) escribió el poema que reposa en escrito en una pared del Museo Memoria del Holocausto de EEUU, en Washington, lo que al español traduciría como: "Primero vinieron a buscar a los comunistas, no protesté porque no era comunista. Después vinieron por los socialistas y los sindicalistas, no protesté porque no era lo uno ni lo otro. Después vinieron por los judíos, no protesté porque no era judío. Después vinieron por mí, ya no quedaba nadie que pudiera protestar". Lo anterior para traer a colación que la importancia de velar por el respeto por los derechos de todos los seres humanos, sin importar sus condiciones particulares, es la única garantía de la existencia de los mismos en la realidad.

**2. Función de la pena carcelaria:** En Colombia, las funciones de la pena carcelaria están contempladas en el Art. 4 del Código Penal que indica "La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión" (p. 1). La reinserción social o resocialización ha sido definida por Vander-Zanden (1986) "El Proceso por el cual los individuos, en su interacción con otros, desarrollan las maneras de pensar, sentir y actuar que son esenciales para su participación eficaz en la sociedad" (p. 5). Este fin no está siendo cumplido como lo indica el documento emitido por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) No. 2797 de 1995, con el que se presentaron "*las políticas y programas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)*" al afirmar en

su punto “*E. Resocialización y Rehabilitación*” que “*la rata de reincidencia delictiva (86%) es consecuencia de las fallas del sistema rehabilitador y resocializador*”. Lo que indica que la falla de la resocialización dentro de la cárcel, no sólo afecta al interno sino a sus vecindados. Para Galvis (2003) la función de resocialización es la más importante pues tiene como objetivo el condicionar al ser humano al respeto por sus semejantes y observar las reglas formales. Independientemente de los trasfondos de lo que signifique la resocialización González (2000), las etapas de la misma Sandoval (1998), ni los elementos de tratamiento para hacer una resocialización real, el tema importante aquí es que dicha función no está siendo cumplida. El Estado y su pueblo se encuentran en un limbo entre la ineficiencia y el desinterés.

**3. La matriz de riesgos es la base del buen negocio en las APP.** En lo que respecta a APP en cárceles, la regla general es que los operadores privados cobren a los gobiernos una tasa diaria por cada preso bajo su supervisión Bayer y Pozen (2005) como se verá más adelante. Ahora bien, en línea con las teorías de incentivos Roberts (2010), la presencia de estándares de calidad no contractibles y la falta de observabilidad del comportamiento del privado podrían inducir a los operadores privados a reducir calidad del servicio. Es por esto que los contratos de costo que más asignan riesgos en el lado del privado tienden a crear incentivos para mejorar la calidad (Bajari & Tadelis, 2001).

**4. Las medidas de evaluación de calidad deben responder a indicadores objetivos.** Hart (2003) recomendó las APP cuando la calidad del servicio puede estar bien definida. Para el caso particular de las cárceles el privado no podrá limitarse a la construcción pues se restringiría a sus costos y esto podría tener repercusiones en el funcionamiento normal de la instalación correccional. Ahora bien, en los aspectos de calidad de las cárceles, se han categorizado tres dimensiones, primero las tasas de reincidencia; segundo los indicadores de seguridad y orden (muertes, asaltos, fugas, disturbios, etc.); y por último, los

servicios ofrecidos a los reclusos (alimentación, asistencia médica y jurídica, servicios de rehabilitación, etc.) (Cabral & Azevedo, 2008; Dilulio, 1996). No obstante, Hart (1997) ha hecho notar que algunos de estos indicadores tienen elementos subjetivos como la calidad de las comidas proporcionadas o el nivel de fuerza aplicado para contener disturbios y agresiones. Por estas razones, las mediciones deben encontrarse con base en indicadores de calidad que puedan evaluarse a través de aspectos cuantitativos, tales como: fugas, muertes, citas médicas, etc. (Cabral & Sausier, 2012). Aunque se agrega a lo anterior, que la reincidencia es uno de los principales indicadores de desempeño en el manejo penitenciario (Beck, 2001).

En cuanto a la situación carcelaria en Colombia, el informe del INPEC, de fecha (marzo 31 de 2017) muestra que la capacidad total para internos en instituciones penitenciarias en el país es de 78.418 pero se tiene una población carcelaria de 118.186, lo que desemboca en un hacinamiento del 50,7%.

**Tabla 1. Población por establecimiento**

<b>Regional</b>	<b>Capacidad</b>	<b>Total Población</b>	<b>Hacinamiento</b>
Central	29.393	40.533	37,9%
Occidente	14.663	23.941	63,3%
Norte	7.735	13.491	74,4%
Oriente	7.575	12.193	61,0%
Noroeste	8.485	14.571	71,7%
Viejo Caldas	10.567	13.457	27,3%
<b>Total</b>	<b>78.418</b>	<b>118.186</b>	<b>50,7%</b>

Fuente. CEDIP. Informe INPEC (31 de marzo de 2017). Población por establecimiento. p. 1

Para mayor comprensión de la tabla se indica que el INPEC ha organizado por regiones las prisiones del país: en la Región Central hay 41 prisiones; en la de Occidente, 25; la del Norte, 15; en la del Oriente, 14; en la del Noroeste, 21 y en la del Viejo Caldas, 22. Con base en lo expuesto en la tabla, se deduce que cada

cárcel está albergando internos en un promedio del 50% extra de lo que está en capacidad de asilar.

Todas las cárceles tienen una capacidad de hospedaje exacta, para asegurar la prestación de cama y descanso digno, servicios de higiene, salud, acompañamiento, etc. Lo anterior para garantizar la resocialización del interno y la preservación de las condiciones físicas y morales de empleados y visitantes. La escasez de servicios básicos como los enunciados, afecta la salud material y emocional de los internos y a sus familias. Frente a esto, Noel (2010) indicó que dicha situación del sistema penitenciario altera incluso la “lucidez mental” de los reclusos.

Esta no es una situación nueva, ya en el pasado la Corte Constitucional evidenció esta problemática como se observa en la Sentencia T153/98 que declaró la situación de hacinamiento carcelario un ‘Estado de cosas inconstitucional’ y lo notificó así a las diferentes autoridades públicas y tuteló los derechos de los reclusos al reconocimiento y respeto de la dignidad humana de la persona privada de la libertad, declaratoria que se repitió en la Sentencia T-388 de (2013) que indicó “nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un Estado de cosas contrario al orden constitucional vigente” (p. 144). A pesar de lo anterior, han pasado casi veinte (20) años sin que se solucione el problema.

Para efectos de comprender la situación, se resaltan los factores que la Corte Constitucional valora para declarar un Estado de cosas inconstitucional:

- (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;
- (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;**
- (ii) la adopción

de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) **la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;** (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.” Negrilla y subrayado fuera del texto. (Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, pp. 2-3).

Se recalca que el hacinamiento carcelario produce un resultado de impacto negativo sobre la salud de los internos lo que vulnera su integridad física y mental, lo que conduce a la violación de derechos humanos, ya que se somete al ser humano a penas y tratos crueles. Carranza (1997) ha dicho sobre el problema de hacinamiento en las cárceles que:

Un concepto verdaderamente abarcador debería incluir no solo la seguridad de no ser víctima de delitos, sino también de gozar de la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho y de un estándar mínimo o razonable de bienestar en materias de salud, educación, vivienda, ingreso, etc. Este concepto no sería otro que el reciente concepto de desarrollo humano sostenible, que tiene a la equidad como principio (p. 24).

De lo expuesto, con las cifras de hacinamiento y las valoraciones para declarar un Estado de Cosas Inconstitucional se concluye que la problemática ha seguido vigente.

## **2.1 Países que cuentan con proyectos A.P.P.s en cárceles.**

A continuación, se enumeran algunos de los modelos que otros países han utilizado en los contratos de A.P.P. para proyectos carcelarios y que actualmente se encuentran en Estado de ejecución.

Se definen indicando qué proyecto tiene dicho país, el tipo de contrato o su objetivo (algunos países no clasifican sus APP sino que se entienden globales y regidas cada una por su contrato), el sector que se encuentra obligado a la prestación de los servicios presidarios (lo referente a seguridad, rehabilitación y capacitaciones) y el pago establecido.

### **2.1.1 Oceanía**

**Nueva Zelanda.** Este país cuenta con los proyectos de '*Waikeria Prison*', '*Wiri Prison*' y el '*Auckland Prison- Rebuilt of Maximum Security*'. Las prisiones son diseñadas, construidas, financiadas y mantenidas por el socio privado pero operadas por el 'Ministerio de Correcciones'. El privado no asume lo referente a la rehabilitación, custodia o rutina del interno, pero proporciona instalaciones y servicios a un estándar esperado durante la ejecución del contrato para obtener la remuneración establecida que consiste en un pago directo de porcentaje de los impuestos acordado en el contrato (pp. 91-93). Se entiende entonces que este contrato puede clasificarse con un BTO, ya que responde a sus características, y la remuneración pactada responde al 'Pago por Disponibilidad'.

### 2.1.2 En Europa

Resaltan los proyectos de Holanda, Bélgica y Francia:

**Holanda.** Este país cuenta con el proyecto '*Zaanstad Prison*'. En este contrato, el gobierno holandés no garantiza que el particular recupere su inversión porque este es un país que maneja el negocio de alquiler de cárceles a países con problemas de hacinamiento en las suyas; por tanto, es más un negocio privado que una necesidad estatal suplida por un particular. La mayoría de los proyectos APP en los Países Bajos tienen mecanismos de pago basados en la "disponibilidad", pero en el caso carcelario es un trámite de permiso de construcción y operación del territorio con la función penitenciaria (Nijhof & Ruiken, 2013). Este tipo de contrato es posible clasificarlo dentro de aquellos en que no es obligación transferir al Estado la propiedad como los DBFO, BOO, BDO y DCMF. El pago establecido responde a la naturaleza del Usuario-Paga.

**Bélgica.** Aquí se cuenta con los proyectos para las prisiones de '*Beveren Prison*', '*Marche-en-Famenne Prison*', '*A Haren DBFM Prison*' y '*Marche-en-Famenne Prison*'. En la legislación belga se prevén dos procedimientos para celebrar una APP: '*La Concesión De Obras*' (el socio privado construye y financia las obras, o parte de ella, y opera el proyecto durante un período determinado) y el '*Contrato De Promoción*' (el promotor privado financiará las obras, las construirá y, después de su ejecución, el promotor privado transferirá en general la propiedad - o arrendará el edificio - a la autoridad pública o un tercero). La autoridad pública y/o el tercero pagarán entonces un derecho de arrendamiento (o *licencia*). Ambos procedimientos implican la financiación del proyecto por parte del socio privado, pero no incluyen ningún servicio de salud, alimentación, lavandería o cualquier otro necesario dentro del recinto, por tanto, es una obligación que sigue manteniendo el Estado belga. (CMS Legal Services, 2010, p. 8). En Bélgica este tipo de contratos responden al grupo de los BOT o los BOO, pues a veces se



transfiere la propiedad al gobierno y a veces no, dependiendo de las estipulaciones del contrato. En pago establecido en materia carcelaria ha respondido regularmente al 'Pago por Disponibilidad'.

**Francia.** Cuenta con las prisiones de '*Lille-Annoeullin*', '*Réau*, *Paris - La Santé Prison*', '*Riom*', '*Lutterbach*', '*Beauvais*', '*Valence prison*', y la Prisión de Nantes. Sus cárceles están regidas por contratos similares a una concesión y según la Ley 94-631 de 1994 se han denominado de tipo 'AOT' *Autorisation d'occupation temporaire du domaine public*. El alcance de este excluye los servicios a los presos, los cuales son atendidos por el personal penitenciario empleado por el Ministerio de Justicia francés. El pago establecido, según la ley que los regula, son desembolsos del gobierno o 'Pago por Disponibilidad' (European PPP Expertise Centre, 2012, p. 42). Los operadores privados organizan las actividades laborales de tal manera que permite a los reclusos conciliar actividades remuneradas y tareas educativas. Por ejemplo, en la cárcel de Val d'Oise, el 65% de los reclusos autorizados a trabajar también estaban matriculados en otras actividades educativas o culturales (Cour des Comptes, 2010).

Además de los anteriores se encuentran los proyectos de Lituania con *Vilnius*, *Panevėžys*, *Pravieniškės* (Es algún tipo de rehabilitación considerada APP) y la *Å iauliai (Klaipėda)*; Eslovaquia, con la prisión de '*Rimavská Sobota*'; Italia con la '*Bolzano Prison*' y Chipre con la '*New Prison of Cyprus*'.

### 2.1.3 En Australia

Se encuentran los proyectos '*Port-Phillip Prison*', '*Eastern Goldfields Prison*', '*Grafton Prison*', '*Northern Territory Secure Facilities (Correctional Facility)*' y '*Ravenhall Prison*'. Según el Contrato se transfiere al contratista la obligación de prestar todos los servicios de salud física y mental, reintegración, seguridad,

comida, cama y lavandería, entre otros. El Estado sólo conserva, el servicio de justicia, defensa y servicios correccionales comunitarios.

Las infraestructuras sociales manejadas por APP en Australia, como hospitales, escuelas y establecimientos penitenciarios, normalmente operan sobre un sistema basado en la disponibilidad (Donnelly, Ng & Donaldson, 2015, p. 10).

#### **2.1.4 Continente Americano**

En el continente americano, se destacan el proyecto APP de ejecución a corto plazo de Perú y los proyectos carcelarios de Brasil que mezclaron la privatización carcelaria y el modelo francés de delegación de servicios no esenciales.

**Perú:** La APP que se celebró en el Perú en materia carcelaria fue la reubicación de los penales de Chorrillo (ex Santa Mónica) y de Reos Primarios (ex San Jorge) en Lima para llevarlos fuera de la ciudad. En este caso, el inversionista privado se encargó de la compra del nuevo terreno, la construcción de la cárcel y la reubicación del personal. Se trata de un contrato de ejecución corta que no incluye los servicios a los presos. El pago establecido es el terreno anterior del que el privado podrá disponer para cualquier tipo de proyectos inmobiliarios que permita la ley urbanística del sector, este tipo de acuerdos contribuye a recuperar, desarrollar y valorizar otras zonas de la capital peruana (Resolución Suprema N° 076-2013-EF publicada el 20.12.13), es decir, este modelo contractual sólo incluye comprar terreno, construir y transferir, un contrato BB (Buy-Build) o BT (Build-Transfer) y la remuneración pactada responde a la disponibilidad con una única etapa funcional.

**Brasil:** Cuenta con los proyectos de '*Prisión De Amazonas*' y el complejo presidiario de '*Odenir Guimarães*'. Este territorio adoptó un modelo en el que el

gobierno conserva la responsabilidad final de custodia del recluso, manteniendo a cargo la seguridad externa y la administración de la instalación; mientras que los privados gestionan los demás servicios como alimentación y asistencia médica y jurídica (Cabral, Lazarinni & Azevedo, 2010). La estructuración de los mismos está basada en un canon mensual que el gobierno paga al contratista y unos bonos (Project-Bond) anuales (IDB, Multilateral Investment Fund, 2004). Por sus características este es un contrato que se clasifica como BTO.

Además de los anteriores, se destacan los proyectos carcelarios de Uruguay con la Nueva Prisión de Punta de Rieles y Canadá con el Centro Correccional de Okanagan pues se consideran una opción viable para desarrollar en el territorio colombiano.

## **2.2 Modelos aplicables al territorio colombiano.**

Según Hart (2003), en las APP la distribución de los derechos de propiedad está vinculada al carácter incompleto de los acuerdos contractuales entre el gobierno y los operadores privados. Por su parte, Bennett e Iossa (2006) postulan que los acuerdos público-privados pueden ser deseables en situaciones en las que las innovaciones potenciales pueden resultar en reducción de costos. Pero hay que tener presente que un comportamiento oportunista tanto del gobierno como de la empresa privada puede desembocar en renegociaciones y subinversión (Guasch, Laffont & Straub, 2008).

Se aclara que lo que se propone como solución es la estructura contractual francesa y brasileña de la gestión híbrida que consiste en contratar empresas privadas para construir las cárceles Cour des Comptes (2006), pero la responsabilidad de administrar y controlar los establecimientos penitenciarios es de funcionarios públicos, incluidas las decisiones relacionadas con el uso de la fuerza. Hart (2003) e indica que tanto en los contratos 'agrupados' (es decir, un

contrato único para la construcción y el funcionamiento) y los ‘desagregados’ (dos contratos: uno para la construcción y otro para el funcionamiento de la cárcel) son adecuados si la calidad de la construcción puede especificarse *ex ante*. En cuanto al funcionamiento, el contrato incluirá la delegación a las empresas privadas de los servicios de hostelería (alimentación, higiene y servicios de limpieza), atención médica, servicios de reingreso y la explotación de actividades laborales.

Así, el modelo más apropiado para implementar en el país, por su impacto, es el modelo híbrido donde hay una construcción, ya sea con un contrato *ex ante* o con un mismo contrato y un pago por disponibilidad porque se asegura calidad de la construcción y prestación de servicios, la reducción de costos, la garantía de los DDHH de los reclusos y, en todo caso, el Estado es el único que hará uso de la fuerza y seguirá siendo el encargado de brindar el acceso a la justicia.

Para demostrar los beneficios de este modelo, se presentan los siguientes ejemplos:

1. **El Centro Correccional de Okanagan en Canadá**, según reporte de Partnerships British Columbia (PBC) de 2014, ha sido construido en tierras de las Primeras Naciones, propiedad de la Banda Indígena de ‘Osoyoos’. El Estado canadiense le arrendó a este grupo aborigen las tierras bajo un contrato de 60 años por C\$10,8 millones, con opción para extenderlo por otros 20 años. La consideración de las Primeras Naciones fue una parte importante de la planificación de la instalación. A esto en Colombia se le conoce como ‘Consulta Previa’ y está establecido como requisito para la estructuración de un proyecto pues es un derecho fundamental reconocido en la Ley 21 de 1991, publicada en el Diario Oficial 39.720 de marzo 6 de 1991 y en la que la Sentencia de Unificación No. 039 de 1997 brinda los parámetros de aplicación.

Según el mismo reporte (PBC), los internos han tenido acceso a una variedad de servicios espirituales y culturales únicos que pueden incluir

ceremonias de sudoración, servicios de consejería individual y grupal, ciclos de sanación o el compartir y hablar. Esto ha garantizado un acompañamiento social, cultural y espiritual a los internos y el hecho de que se sigan sintiendo humanos dentro de una sociedad que brinda una protección de su “lucidez mental”.

La enseñanza cultural también se proporciona para que los ofensores tomen conciencia de su herencia cultural al aprender a orar, marchar, saborear y cantar canciones tradicionales. Esto refiere a una consciente resocialización de los individuos.

Se considera aplicable al territorio colombiano por su carácter integrativo de varios sectores de la población, por un lado, el socio privado empresario y por el otro la educación espiritual y cultural que brinda el grupo indígena; además de la generación de empleo.

2. **Uruguay.** La cárcel de Punta de Rieles para 1.960 reclusos, que Marval (empresa colombiana) y Comavi (empresa uruguaya) diseñaron y construyeron entre 2012 y 2013. Los privados tendrán la concesión por 27 años y medio donde deberán encargarse de la operación, mantenimiento, limpieza del centro y la alimentación de los internos. Mientras que los servicios de seguridad, salud y re-educación correrán por el Ministerio del Interior, según la Bolsa de Valores uruguaya en publicación de fecha 23 de julio de 2015.

La dirección de la cárcel de Punta de Rieles ha tenido una filosofía diferente dentro del territorio uruguayo que busca dejar atrás el enfoque custodial y sustituirlo por un modelo socioeducativo (Gracé Garcia y Santos, 2014). De hecho, han llegado allí comisionados de la Unión Europea para la verificación de los logros alcanzados por Luis Parodi, su director, y por el Centro Nacional De Rehabilitación (CNR) de Uruguay creado en conjunto por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) bajo el programa de Seguridad Ciudadana.

Mediante estos modelos se espera que los reclusos se vuelvan activos y puedan ser socializados en la lógica del orden, la obediencia y la regularidad requerida por el aparato productivo, se espera con ello contribuir con su posterior reinserción social (Cárdenas, 2011). Fátima Gabito, quien es la Directora de Educación en el Centro Rehabilitación “Punta de Rieles” y experta en educación en valores, ha manifestado que “una vez interiorizados los valores se convierten en guías y pautas de conducta” (p. 73). Según Galdona (2002), la Educación en Valores no se separa como propuesta metodológica y de contenido, ya que es un único proceso (p. 2), luego complementa indicando que la educación formal solamente podrá acompañar al sujeto en una etapa de su vida, aunque se trata de una etapa fundamental en la construcción del conjunto de su vida (p. 4). De esto se deduce la importancia de brindar ambos tipos de educación en la vida de los seres humanos.

Este se considera un modelo a imitar en el país pues con ello se lograría el fin resocializador de la pena y al permitirle al recluso formarse y aprender diferentes oficios para poder reintegrarse a la vida en sociedad. De lo que trata este modelo uruguayo es que igual que en los modelos franceses, brasileños y canadienses, el privado garantiza la construcción, disponibilidad y mantenimiento de la infraestructura mientras que el público administrará la custodia y rehabilitación del interno. Esto es, permanecerá la filosofía de Parodi, Gabito, Palavecino y demás gestores de esta alternativa que desde su creación solo ha tenido una fuga.

## **CONCLUSIONES**

Se concluye que hoy en día las APP son un modelo contractual adaptable a cada realidad sin importar las condiciones sociales, de tiempo o lugar, que permite tanto económica como jurídicamente, una solución a largo plazo para la crisis

humanitaria que se vive en las cárceles pues esto es importante no sólo por el respeto a los derechos fundamentales de los internos sino también para brindarle a la sociedad la posibilidad de contar con ex reclusos con ganas de trabajar, capaces de generar empleo y con el objetivo de respetar y valorar el bien general y las normas, en vez de un individuo violentado y resentido.

Tras la investigación se concluye que es posible utilizar las APP para crear mayor y mejor infraestructura carcelaria dentro del territorio colombiano pues no está prohibido en el marco de las APP y seguiría siendo el Estado el encargado de la seguridad y custodia de cada interno; además de haberse evidenciado notables beneficios dentro de los territorios que lo han implementado.

Esta solución se plantea desde la problemática de falta de recursos para garantizar derechos. Pues la inyección de capital lo hace el privado y el Estado irá pagando a disponibilidad o encontrando otras formas de retribuir. Esto además brinda al país la oportunidad de realizar varios megaproyectos carcelarios que hacen efectivos los derechos de los que habla la Constitución colombiana.

Además de hacer viable económicamente el levantamiento de obras de infraestructura carcelaria, las APP por una parte, tendrían un impacto social que consiste en hacer al particular un partícipe en la construcción de Estado lo que hace a los ciudadanos no sólo más responsables en lo que respecta a control y seguimiento de las actividades estatales, sino también artífice y beneficiario real de los progresos que se logren con dichas novedades.

Por otra parte, los modelos que se consideraron como más apropiados cuentan con la participación de varios sectores de la sociedad. Lo que los vincula con la resocialización del interno y a los reclusos les brinda la posibilidad de seguir siendo fuente de abastecimiento para sus familias. No se debe olvidar que cada

recluso es padre, esposo, hijo o hermano y que sus familias también sufren una desestabilización al verse enfrentados ante la prisión.

Por eso uno de los modelos elegidos como los más acordes a las realidades del territorio colombiano es el canadiense que incluye servicios espirituales prEstados por comunidades indígenas lo que permitiría integrar dos grupos cuyos derechos han sido tradicionalmente desconocidos en el país. En tanto que, el modelo uruguayo permitirá educar tanto académica como moralmente a los internos y la generación de empleo para una mano de obra que se está perdiendo.

### **Referencias:**

Arrubla Paucar, J.A. (2012). *Contratos Mercantiles. Teoría General del Negocio Mercantil*.

Augenblick, M. & Custer, B.S., (1990). *The Build, Operate and Transfer (BOT) Approach to Infrastructure Proejct in Developing Countries*. Washington. D.C.: *World Bank, Working Paper. 498*.

Baena Cárdenas, L.G. (2009). *Lecciones de Derecho en Colombia*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Bajari, P., & Tadelis, S. (2001). Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts. *Rand Journal of Economics*, 32(3), 387-407.

Bayer, P., & Pozen, D. (2005). The effectiveness of juvenile correctional facilities: public versus private management. *Journal of Law and Economics*, 48(2), 549-589. doi: 10.1086/497526.



- BBC News World Edition (12 February, 2003). *What are Public Private Partnerships?.*, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk/1518523.stm>
- Beck, A. R. (2001). *Recidivism: a fruit salad concept in the criminal justice world.* Kansas City, MO: Justice Concepts, Inc.
- Bennet, J., & Iossa, E. (2010). Contracting out public service provision to not-for-profit firms. *Oxford Economic Papers*, 62(4), 784-802. doi: 10.1093/oep/gpp040
- Bennett, E., Grohmann, P. & Gentry, B. (1999). Public-Private Partnerships for the Urban Environment: Options and Issues. Washington, D.C: U.S. Department of Agriculture. *PPPUE Working Paper Series*, 26,
- Bennett, J., & Iossa, E. (2006). Delegation of contracting in the private provision of public services. *Review of Industrial Organization*, 29(1), 75-92. doi: 10.1007/s11151-006-9110-z
- Brunete De La Llave, M.T. (2009). *Los contratos de colaboración público-privada en la ley de contratos del sector público. Especial aplicación a las entidades locales.* Madrid: La Ley Grupo Wolters Kluwer
- Cabral, S., & Azevedo, P. F. (2008). The modes of provision of prison services in a comparative perspective. *Brazilian Administration Review*, 5(1), 53-69. doi: 10.1590/S1807-76922008000100005.
- Cabral, S., Lazzarini, S. G., & Azevedo, P. F. (2010). Private operation with public supervision: evidence of hybrid modes of governance in prisons. *Public Choice*, 145(1-2), 281-293. doi: 10.1007/s11127-009-9566-0.

- Cabral, S. & Sausier S., (2012). *Organizing Prisons through Public-Private Partnerships: a Cross- Country Investigation*.
- Cabral, S., Lazzarini, S. G., & Azevedo, P. F. (in press). (2013). Private entrepreneurs in public services: a longitudinal examination of outsourcing and statization of prisons. *Strategic Entrepreneurship Journal*. (Prevision Screen – 2013).
- Carranza, E. (1997). *Delito y seguridad de los habitantes*. México D,F,: Siglo XXI,
- CMS Legal Services, (2010). PPP in Europe. Recuperado de <http://finance.flemingeurope.com/webdata/5239/PPP%20in%20Europe.pdf>
- Comisión Europea (2011). *Papel verde*. Bruselas, Bélgica. Recuperado de [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/com2011-164\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_en.pdf)
- Cour des Comptes. (2006). *Garde et réinsertion-La gestion des prisons* [Rapport public thématique]. France, Auteur.
- Cour des Comptes. (2010). *Rapport public thématique: le service public pénitentiaire* [Rapport public thématique]. France, Auteur.
- Dilulio, J.J. Jr. (1996). Help wanted: economists, crimes and public policy. *Journal of Economic Perspectives*, 10(1), 3-24. doi: 10.2307/2138281
- Donnelly, Ng & Donaldson, (2015). *The Public-Private Partnership Law Review*. London: Bruno Werneck and Mário Saadi. Eds. Published in the United Kingdom by Law Business Research

European PPP Expertise Centre. (2012). *France PPP Units and Related Institutional Framework*. Recuperado de [http://www.eib.org/epec/resources/epec\\_france\\_public\\_en.pdf](http://www.eib.org/epec/resources/epec_france_public_en.pdf)

FOMIN (2016) *Participación privada en la infraestructura de Chile*. Recuperado de <http://www.fomin.org/es-es/PORTADA/Noticias/Comunicadosdeprensa/ArtMID/3819/ArticleID/7645.asp>

Galvis, M. (2003). *Sistema Penitenciario y Carcelario en Colombia: Teoría y realidad*. Bogotá D.C. Pontificia Universidad Javeriana.

González Harjer, L.J. (2000). *Situación penitenciaria y pena privativa de la libertad*. Bogotá D.C. Pontificia Universidad Javeriana.

González-Varas Ibáñez, S. (2006). Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial en el ejercicio de las funciones públicas Universidad de Alicante. *Presupuesto y Gasto Público* 45, 31-39

Garcé García y Santos. A. (2014). Las cárceles del bicentenario: del orgullo a la crisis; bases para la refundación penitenciaria. En M. Díaz Molina & CL. Rama. (eds). *La reinserción y rehabilitación social en la cárcel Uruguaya*. (pp. 35-48). Uruguay: UDE

Guasch, J. L., Laffont, J. J., & Straub, S. (2008). Renegotiation of concession contracts in Latin America. *International Journal of Industrial Organization*, 26(2), 421-442. doi: 10.1016/j.ijindorg.2007.05.003

Hart, O. (2003). Incomplete contracts and public ownership: remarks and application to public-private partnerships. *The Economic Journal*, 113(486), C69-C76. doi: 10.1111/1468- 0297.00119

Hart, O., Shleifer, A., & Vishny, R. W. (1997). The proper scope of government: theory and an application to prisons. *Quarterly Journal of Economics*, 112(4), 1127-1161. doi: 10.1162/003355300555448

Kim, Y.S. (2011). *Public and Private Partnerships in Korea*. Seúl, Korea del Sur. Instituto desarrollo korea del sur Recuperado de [https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/ppt\\_presentations/2011/TOS\\_PP\\_P3/5.3\\_Yong-Seong\\_Kim.pdf](https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/ppt_presentations/2011/TOS_PP_P3/5.3_Yong-Seong_Kim.pdf)

Makadok, R., & Coff, R. (2009). Both market and hierarchy: an incentive-systems theory of hybrid governance forms. *The Academy of Management Review*, 34(2), 297-319. doi: 10.5465/AMR.2009.36982628.

Mancipe, J. (2015). *La gestión de lo público por los particulares en el Estado contemporáneo: análisis de las alianzas público privadas (APP) en Colombia*. Bogotá D.C. Universidad del Rosario.

Ménard, C. (2004). The economics of hybrid organizations. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 160(3), 345-376. doi: 10.1628/0932456041960605

Monaro, S. (Octubre, 2011). Project Bonds The New Frontier for Project Finance in Brazil. HSBC. Recuperado de <https://www.marinemoney.com/sites/all/themes/marinemoney/forums/RIO11/presentations/Project%20Bonds%20-Sergio%20Monaro%204-30.pdf>

- Muñoz Machado, S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Observaciones: La Formación de las Instituciones Públicas y su Sometimiento al derecho.* (1ª ed.). España: Iustel
- Nijhof, M. & Ruiken, K. (2013). Procurement of PPP in the Netherlands. EPEC *Private Sector Forum Brussels*. Recuperado de [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/events/2013/2013-04-18-ec-epec/documents/presentation\\_m.\\_nijhof\\_k.\\_ruiken\\_netherlands\\_psf\\_18\\_april\\_2013\\_brussels.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/events/2013/2013-04-18-ec-epec/documents/presentation_m._nijhof_k._ruiken_netherlands_psf_18_april_2013_brussels.pdf)
- Núñez, A. (2005). *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Bogotá D.C: Legis Editores.
- Peña Nossa, L. (2006) *De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales, negocios del empresario*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Rangel Guilherme, Th (2007). Innovación en Asociaciones Público Privadas (PPPs): una aplicación al caso español. España: Universidad de Salamanca. *Documento de Trabajo, 10*, 1-35
- Roberts, J. (2010). Designing incentives in organizations. *Journal of Institutional Economics*, 6(1), 125-132. doi: 10.1017/S1744137409990221
- Rodríguez, M. (2010). *Estrategias y buenas prácticas para reducir el hacinamiento en las Instituciones Penitenciarias.* (on línea). Recuperado [http://www.unafei.or.jp/english/pdf/congress\\_2010/25maria\\_noel\\_rodriguez.pdf](http://www.unafei.or.jp/english/pdf/congress_2010/25maria_noel_rodriguez.pdf)

Rodríguez, W. (2014). Análisis sobre la cuestión de la universalización de los derechos humanos: el caso de los derechos de la mujer en Arabia Saudita. Bogotá D.C. Pontificia Universidad Javeriana.

Sandoval Huertas, E. (1998). *Penología, partes general y especial*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Urueta Rojas, J.M (2010). El contrato de concesión de obras públicas. (vol. 1 2ª ed). .

Vander Zanden. (1986). *Manual de Psicología Social* .España: Paidós.

World Bank Group. (Jan, 2010). *Draft Standard Concession Agreement for Build-Transfer-Operate (BTO) Projects - Road Projects*. South Korea\_ Standard Concession Agreement BTO Projects\_Roads\_En.pdf. Recuperado de <http://ppp.worldbank.org/ppp/library/draft-standard-concession-agreement-build-transfer-operate-bto-projects-road-projects>

## **Normatividad**

### **Colombia.**

Decreto 1082 de 2015 (26, mayo). "por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional" Bogotá D.C. Presidencia de La República de Colombia. *Diario Oficial* 49.523 del 26 de mayo de 2015

Ley 1508 de 2012(Enero, 10). Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C .: Congreso de Colombia, *Diario oficial* 48.308 del 10 de enero de 2012.

## **Perú**

Resolución Suprema del Perú N° 076-2013-EF publicada el 20.12.13, Recuperado de <http://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaProyecto.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=7736>

## **Jurisprudencia**

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia T153/98. Establecimiento Carcelario-Condiciones de hacinamiento. Referencia: Expedientes acumulados T-137.001 y 143.950. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional de Colombia. (22, enero, 2004). Sentencia T-025/04. Agencia oficiosa en tutela-asociaciones de desplazados/agencia oficiosa en tutela-Condiciones para que las asociaciones de desplazados interpongan la acción, Referencia: Expediente T-653010 y acumulados. Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. (10, febrero, 2009). Sentencia C- 068/09. Unidad Normativa en Demanda de Inconstitucionalidad-Integración y procedencia. Referencia: Expediente D-7345- Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. (28, junio, 2013). Sentencia T-388/13. Estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario. Referencia: Expedientes T-3526653, T-3535828, T-3554145, T-3645480, T-3647294, T-3755661, T-3759881, T-3759882, T-3805761. Magistrado. Ponente: María Victoria Calle Correa.

## **Gacetas Congreso:**

823 de 2011. - 932 de 2011