



**EL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO COMO SERVICIO
PÚBLICO: PUNTOS DE ENCUENTRO Y DIVERGENCIA.**

JUAN SEBASTIÁN SOLARTE ALVAREZ.

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO
MEDELLÍN, 2016**

Dedicatoria

A mi familia, mis amigos y mi novia quienes son conscientes del esfuerzo con el que fue llevada a cabo esta monografía y de quienes siempre recibí apoyo incondicional y comprensión en todos los momentos.

Agradecimientos

A mi asesora Carolina Moreno Velásquez, por su continua colaboración, por sus aportes e inquietudes académicas y por sus pertinentes correcciones.

A todos los profesores que hacen parte del programa de la Maestría en Derecho de la Universidad EAFIT por sus valiosas enseñanzas y aportes académicos.

A mi novia Juliana Uribe, por su decidido apoyo y colaboración, indispensables para la culminación de esta monografía.

A quienes de manera desinteresada me han prestado alguna colaboración para el desarrollo de este trabajo.

Abstract

This paper pretends to analyze critically whether the prison system is truly a public service or if it corresponds to the exercise of public/administrative functions. To undertake this analysis, it will make an initial approach to the concepts and elements that compose the notions of public function, administrative function and public service. Then, it will determine what has been the evolution of each notion along the time emphasizing on their differences, particularities and relationships.

Likewise it will make a conceptualization about what is the Penitentiary and Prison System and which are the norms, institutions, services, objectives and practices that compose it. Finally, it will analyze if the functions, services and activities carried out in the Penitentiary and Prison System belong exclusively to the State or if it would be possible to set other models of provision inside Colombia's legal and constitutional regime.

Tabla de contenido

Lista de gráficos	6
Glosario de siglas.....	7
Introducción.....	8
1. El concepto de servicio público: evolución y transformación de las relaciones del estado con los administrados.....	13
1.1 Teorías del servicio público: noción clásica, crisis del concepto y redefinición contemporánea.....	15
1.1.1 Noción clásica del servicio público.....	15
<i>1.1.1.1 La crisis del laissez faire y el surgimiento de la noción de servicio público.....</i>	19
1.1.2 Crisis de la noción clásica del servicio público.....	24
<i>1.1.2.1 Surgimiento de nuevos paradigmas: la gestión pública.....</i>	28
1.1.3 Redefinición del concepto de servicio público.....	30
<i>1.1.3.1 El caso colombiano a partir de la Constitución Política de 1991.....</i>	34
1.1.4 Criterios identificadores para la construcción de un concepto de servicio público.....	41
<i>1.1.4.1 El servicio público es una actividad tendiente a satisfacer necesidades colectivas.....</i>	42
<i>1.1.4.2 El estado como garante en la prestación de servicios públicos.....</i>	42
<i>1.1.4.3 Los servicios públicos se encuentran sujetos a un régimen jurídico especial.....</i>	44
<i>1.1.4.4 Elementos adicionales y leyes de Rolland.....</i>	45

1.2	Los conceptos de función pública y función administrativa. Relaciones, diferencias y evolución.....	48
1.2.1	Concepto de función pública.	48
1.2.2	Concepto de función administrativa	50
1.2.3	Relación entre función pública y función administrativa.	50
1.2.4	Relaciones entre la función público-administrativa y el servicio público. Divergencias y evolución.....	51
2.	El sistema penitenciario y carcelario en Colombia.....	61
2.1	Definición del sistema penitenciario y carcelario. Principales antecedentes y estado actual.	62
2.2	Principios y fines del sistema penitenciario y carcelario colombiano.	68
2.2.1	Principios del sistema penitenciario y carcelario.....	69
2.2.2	Fines del sistema penitenciario y carcelario	71
2.3	Instituciones y servicios que integran el sistema penitenciario y carcelario: marco normativo y diseño institucional.....	74
2.3.1	Ministerio del interior y de justicia.....	76
2.3.2	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-.....	76
2.3.3	Unidad de servicios penitenciarios y carcelarios -USPEC-.....	95
2.3.4	Otras entidades y autoridades pertenecientes al SPC	99
2.3.4.1	<i>Ministerio de Salud y Protección Social.</i>	99
2.3.4.2	<i>Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-</i>	100
2.3.5	Otras entidades con incidencia en el SPC.	100
2.4	Conclusiones del sub-acápite.	101
2.5	Principales problemáticas de la prestación de servicios penitenciarios. El caso del estado de cosas inconstitucional.	103
3.	El sistema penitenciario y carcelario como servicio público	111

3.1	¿Los servicios penitenciarios constituyen un servicio público? Elementos para la construcción de una teoría.	112
3.1.1	Puntos de encuentro.	116
3.1.1.1	<i>¿El sistema penitenciario y carcelario es una actividad tendiente a la satisfacción de necesidades colectivas?</i>	117
3.1.1.2	<i>Papel del estado dentro del spc ¿garante o prestador?</i>	120
3.1.1.3	<i>Destinatarios de las actividades penitenciarias ¿usuarios o destinatarios de coacción estatal?</i>	122
3.1.1.4	<i>Régimen jurídico del SPC. ¿régimen especial o un simple régimen de derecho público?</i>	123
3.1.1.5	<i>Elementos adicionales comunes al SPC y al concepto de servicio público. ¿suficientes para establecer una correspondencia?</i>	127
3.1.2	Puntos de divergencia.	129
3.1.2.1	<i>El sistema penitenciario y carcelario no sólo es una actividad prestacional destinada a la satisfacción de necesidades generales sino que, principalmente, también corresponde al ejercicio de autoridad coactivamente impuesta.</i>	131
3.1.2.2	<i>El papel de la administración no es el de un mero asegurador y su presencia se justifica a partir del ejercicio de régimen autoritario. ...</i>	134
3.1.2.3	<i>El sistema penitenciario y carcelario no cuenta con usuarios, los internos son sujetos destinatarios del poder coercitivo del estado y no tienen libertad de opción.</i>	136
3.1.2.4	<i>El régimen jurídico del SPC corresponde a un régimen de derecho público gobernado por el ejercicio de prerrogativas públicas y coerción en la mayoría de sus ámbitos.</i>	138
3.1.2.5	<i>Que en el SPC se presenten los criterios de continuidad, generalidad y obligatoriedad no es suficiente para catalogarlo</i>	

	<i>como un servicio público, pues estas características también son predicables de la función pública.</i>	141
3.2	Relación entre las actividades, prácticas y servicios que hacen parte del sistema penitenciario con los conceptos de función pública y función administrativa.	145
3.2.1	Facultades reglamentarias.....	146
3.2.2	Facultades disciplinarias, sancionatorias y coercitivas.....	148
3.2.3	Régimen de estímulos y beneficios administrativos.....	149
3.2.4	Régimen de actos y contratos, control fiscal, control disciplinario y régimen de personal.	152
3.2.5	Elaboración de políticas públicas.	153
3.3	Perspectivas para la prestación de servicios penitenciarios. La cuestión de la participación del sector privado en el SPC.....	156
3.3.1	Modelos de participación del sector privado en el sistema penitenciario y carcelario.....	158
3.3.1.1	<i>Esquema de provisión total por parte del sector privado.</i>	159
3.3.1.2	<i>Esquema de provisión mixto entre el sector privado y la administración pública.</i>	162
3.3.2	Las asociaciones público-privadas como método de aprovisionamiento de servicios penitenciarios. El caso colombiano a partir de la expedición de la ley 1709 de 2014.	164
3.3.2.1	<i>Participación de particulares en el spc colombiano ¿ejercicio de función administrativa por particulares? Posición crítica.</i>	170
	Conclusiones.....	181
	Bibliografía.....	189

Lista de gráficos

Pag.

Gráfico 1. Composición del Sistema Penitenciario y Carcelario Colombiano.....75

Glosario de siglas

APP: Asociación público privada.

CCV: Cuerpo de Custodia y Vigilancia penitenciaria.

D.: Decreto.

FIC: Fondo de Infraestructura Carcelaria.

ICBF: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

INPEC: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

L.: Ley

SPC: Sistema Penitenciaria y Carcelario.

USPEC: Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios.

Introducción

Cuando se estudia el objeto legal del Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano se observa que, en principio, este se dirige a la ejecución material de las decisiones impuestas por las autoridades judiciales competentes que implican la privación de la libertad de un individuo, ya sea mediante medidas de aseguramiento, penas privativas de la libertad personal o medidas de seguridad, tal como lo define el artículo 14 de la Ley 65 de 1993. De igual modo, dicho sistema busca la correcta ejecución del tratamiento penitenciario cuya función es la resocialización del interno mediante el empleo de unas fases graduales que lo preparan para la vida en libertad, una vez cumpla con la pena.

No obstante, la experiencia muestra una realidad que dista mucho del objetivo buscado por los principios y fines que desde lo normativo orientan al sistema penitenciario, en tanto son bastante evidentes las continuas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos de las personas reclusas en establecimientos carcelarios derivadas del hacinamiento, la violencia y el acceso precario a los servicios básicos. Esta sistematicidad de las condiciones de violencia, desatención y olvido hacia la comunidad reclusa en prisiones ha sido definida por la Corte Constitucional en las sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2003 como un estado de cosas inconstitucional, es decir, una situación de vulneración general de derechos fundamentales con causas netamente estructurales.

La creciente congestión en la prestación del servicio es generada por el crecimiento desproporcionado de la población carcelaria por encima de la capacidad de respuesta de la Administración. Esto implica que en las distintas prisiones del territorio nacional no se cumplen los fines de la pena desde su definición legal, es decir, no se prepara a los internos para la resocialización ni se protegen sus derechos fundamentales.

Esta situación resulta contradictoria frente al marco normativo y teleológico que orienta la aplicación y ejecución de las penas, cuyos principios rectores no son observados ya sea por efectos directos de la política criminal o por aspectos económicos y físicos, (Posada Segura, 2009). Ante este panorama se abre la inquietud de si la prestación de servicios penitenciarios por parte del Estado ha entrado en crisis, si el estado de cosas inconstitucional es insuperable actualmente y si esto abre paso a la participación del sector privado en la prestación de tales actividades como un mecanismo conducente para el cumplimiento de los fines del Estado en lo que respecta a la actividad penitenciaria, tal como se ha sostenido en algunos proyectos legislativos y en propuestas de algunos sectores de opinión, que han propugnado por una mayor participación del sector privado en lo que se ha denominado la función penitenciaria.

Frente a tales cuestionamientos y propuestas, las primeras preguntas que surgen desde la óptica de la Administración Pública y la conformación orgánica del Estado son: ¿Qué carácter o naturaleza tienen las actividades y servicios que hacen parte del Sistema Penitenciario y Carcelario? y ¿De dónde surge la posibilidad de que los agentes privados puedan participar de estas actividades y servicios?

Para abordar tales inquietudes, la presente monografía analizará si en realidad el sistema penitenciario y carcelario constituye un servicio público o si este corresponde al ejercicio de función público/administrativa, pues ambas categorías se erigen como las principales manifestaciones de las actividades emprendidas por el Estado para la consecución de sus fines.

De igual modo, con el objeto de emprender el análisis descrito, resulta necesario definir los conceptos y los elementos que integran las nociones de función pública, función administrativa y servicio público, determinar cuál ha sido su evolución a lo largo del tiempo y establecer sus diferencias, particularidades y relaciones. De igual manera, es pertinente conceptualizar qué es el sistema penitenciario y carcelario e identificar las normas, instituciones, servicios, objetivos y prácticas que lo componen.

Conforme a los elementos conceptuales que resulten de este estudio, se podrá analizar entonces si las funciones, servicios y actividades que se desarrollan en el SPC son de aquellas que corresponden exclusivamente al Estado o si es posible, desde el esquema legal y constitucional colombiano, plantear otros modelos de provisión. Una vez asumida una posición respecto a tal posibilidad, se entrará a precisar cuáles serían las incidencias de asumir uno u otro modelo en lo que respecta al cumplimiento de los fines primordiales del servicio *—que en últimas también son fines del Estado—* entre los que se cuentan el aseguramiento de los fines de la pena, el tratamiento penitenciario y la garantía de protección de la población reclusa.

Aquí, la importancia de la monografía radica en analizar qué elementos se presentan dentro del sistema penitenciario y carcelario que lo identifiquen con las nociones de función pública, función administrativa y servicio público, pues de la naturaleza de tales actividades se

desprende el régimen jurídico al quedan sujetos y, por ende, los modelos de gestión y provisión que podrían llegar a presentarse. En efecto, las condiciones no serán las mismas cuando se esté ante una actividad que implique el ejercicio de función pública-administrativa a cuando se esté ante la presencia de un servicio público si lo pretendido es la participación de agentes privados en dicho sistema y una redefinición del papel que debería jugar el Estado dentro del mismo.

Es necesario resaltar que la relevancia de los objetivos planteados en esta monografía radica en la posibilidad de describir el actual funcionamiento del sistema penitenciario colombiano y marcar un contraste con los principios orientadores del mismo desde su concepción legal. Esto lleva a examinar si tales principios pueden ser protegidos en igual o mayor grado por los agentes privados en un escenario de libre mercado o de mercado regulado, o si por el contrario, al momento de delegar poder coercitivo, se genera un conflicto de legitimidad entre el Estado y tales agentes privados.

Con lo dicho hasta acá, cabe precisar que lo pretendido en este proyecto es realizar un aporte desde el derecho administrativo que permita evaluar al sistema penitenciario colombiano desde sus instituciones, régimen jurídico y actividades. De allí que se pueda realizar un estudio crítico sobre qué posición ocupa el SPC dentro de la Administración, cómo se catalogan tales actividades -*función pública, función administrativa o servicios públicos*- y si los principios que dice perseguir tal sistema desde su concepción legal pueden ser alcanzados por los agentes privados tal como se avizora en la tendencia legislativa o si, por el contrario, la delegación de tales actividades constituye un cambio de paradigma respecto a tales fines. Por último, no sobra advertir que esta monografía no busca realizar un estudio sobre las motivaciones y la eficacia de las penas privativas de la libertad o efectuar una defensa a ultranza de alguno de los esquemas de

prestación de servicios penitenciarios, temas sobre los que se reconocen sus deficiencias y se está al tanto de sus polémicas, pero cuyas causas escapan al objeto del proyecto.

1. El concepto de servicio público: evolución y transformación de las relaciones del estado con los administrados

Para el desarrollo de la problemática planteada en la presente investigación, resulta necesario identificar qué servicios y actividades ejecutadas en el sistema penitenciario y carcelario *-en adelante SPC-* corresponden al ejercicio de función pública-administrativa y qué podría corresponder o no a un servicio público, pues será a partir de allí donde se determinará cuál es el régimen o regímenes jurídicos a los que quedan sujetas tales actividades, así como los modelos de gestión de los que pueden valerse. Esto con el fin de establecer si es posible la participación de agentes privados en dicho sistema, y hasta qué punto y bajo qué condiciones, de acuerdo con la naturaleza del servicio o actividad, además de cuál sería el papel que debería jugar el Estado dentro de esta perspectiva.

Por lo anterior, se requiere realizar una adecuada conceptualización sobre lo que constituye función pública, función administrativa y servicio público, pues no toda actividad estatal constituye un servicio, ni todo servicio tiene la connotación de servicio público (Fernández Ruiz, 1997). Así mismo, la prestación de servicios públicos no necesariamente trae consigo el ejercicio de función pública, ni exige para todos los casos, la utilización de prerrogativas públicas.

Para emprender el análisis descrito, se deberá entonces definir qué conceptos y elementos integran las nociones de servicio público, función pública y función administrativa y cuál ha sido su evolución a lo largo del tiempo, estableciendo sus diferencias y particularidades, así como sus relaciones.

De tal modo, el presente capítulo iniciará con una descripción sobre el surgimiento y formación de la noción clásica de servicio público, pasando luego a las críticas que se realizaron sobre la misma y que luego derivaron en la denominada crisis del servicio público para, finalmente, discurrir sobre la reivindicación y redefinición del concepto a partir de los cambios económicos y políticos surgidos en las últimas décadas. De allí, se continuará analizando qué elementos permiten construir un concepto de servicio público, para hacer un acercamiento a su verdadera aplicación y funcionalidad.

Finalmente, se establecerá la forma en que se presenta la relación entre el concepto de servicio público con los de función pública y función administrativa, iniciando por la conceptualización de estos últimos, para luego introducir la tesis a la cual adscribe el presente estudio, esto es que la prestación de servicios públicos generalmente no representa el ejercicio de función público-administrativa, conforme a los conceptos expuestos.

1.1 Teorías del servicio público: noción clásica, crisis del concepto y redefinición contemporánea

1.1.1 Noción clásica del servicio público.

Al abordar la definición de la noción servicio público no sobra advertir que la doctrina no ha sido pacífica en este aspecto, por lo que se encuentran diferentes acepciones e interpretaciones dependiendo de la época e ideología de cada autor.

Se debe tener presente que este concepto tiene unas profundas connotaciones filosóficas, políticas y económicas en tanto representa una construcción social, histórica y principalmente jurídica que aborda las necesidades que afectan a la sociedad en su conjunto y, por ende, la calidad de vida de los individuos. Además, comprende la manera en que estas necesidades se deben satisfacer, hasta qué punto es necesaria la participación del Estado en este cometido y bajo qué mecanismos.

Es por ello que el servicio público es un concepto inacabado y en evolución constante (Sánchez Estrada, 2008), pues la respuesta a su significado y las actividades o prestaciones que componen esta noción pueden variar dependiendo del contexto geográfico, histórico y político. Por tanto, más que tratar de definir de manera categórica e inmutable el concepto de servicio público, se debe realizar un esfuerzo por indagar sobre su origen y sobre los elementos identificadores que ayudan a la construcción de una noción que, se insiste, no es definitiva, pero que al menos permite hacer un acercamiento a su verdadera aplicación y funcionalidad en los actuales tiempos.

El concepto de servicio público indudablemente es una noción que se ha desarrollado a la par de las transformaciones del derecho administrativo, donde se ha presentado como un elemento fundamental en la forma de entender las relaciones del Estado con los administrados. En efecto, lo que es conocido hoy como derecho administrativo surge a partir de ciertos postulados de la Revolución Francesa, donde para hacer frente al poder absolutista del Estado arbitrario o tiránico se postuló que en virtud del principio de legalidad, tanto el Estado como los particulares se encontraban sujetos a las normas que integran el ordenamiento jurídico (Rodríguez, 2011).

En consecuencia, a partir del siglo XIX, en Francia, se inicia la formación del derecho administrativo como otra rama del derecho cuyo fin era establecer una serie de principios especiales que rigieran la actividad estatal y que se distinguieran del derecho común que normalmente operaba para las actividades entre particulares (Rodríguez, 2011).

Esta tradicional concepción del derecho administrativo, como un conjunto de reglas jurídicas excepcionales al derecho común, cuyo objeto de regulación son los actos y relaciones de la Administración Pública, atendía a criterios orgánicos para definir su objeto, por lo que fijaba como destinatarios de su regulación a los “órganos, sujetos, funciones y finalidades de la administración pública y de sus relaciones con los asociados y la comunidad” (Santofimio Gamboa, 2003).

No obstante, este concepto de derecho administrativo no ha permanecido estático, y por el contrario, ha estado evolucionando a causa de dos dinámicas concurrentes: el Estado comenzó a incursionar en actividades que son propias de las relaciones entre particulares, tales como las

actividades industriales y comerciales; y los particulares se hicieron partícipes en actividades de la Administración Pública, incluso con el ejercicio de potestades administrativas en algunos casos. A raíz de ello, la mira de esta rama del derecho ya no apunta exclusivamente a las relaciones en las que el Estado hace parte, sino a aquellas relaciones donde se ejercen potestades públicas, ya sea por la Administración o por particulares (Atehortúa Ríos, 2006). Cuestión que será tratada más adelante.

En primer lugar, se observa que a partir del siglo XIX los estados europeos, especialmente Francia, comenzaron a ampliar sus fines más allá de sus tradicionales funciones de hacienda, defensa, administración de justicia y mantenimiento del orden público. Ya durante la denominada Revolución Industrial surgen entonces nuevas necesidades que van a la par del mismo progreso técnico, por lo que actividades como el transporte férreo y por carreteras, las redes de energía eléctrica, entre otras, se convierten en actividades básicas para la nueva infraestructura económica. Esto obligó la intervención estatal para que la Administración asumiera el dominio y la prestación de tales servicios “pues la inversión de los cuantiosos recursos requeridos escapa a la capacidad de los agentes privados” (Rozas Balbontín & Hantke-Domas, 2013). Ya fuera de manera directa o a través de la concesión administrativa.

A partir de este nuevo intervencionismo estatal en actividades que en principio no se consideraban públicas, pero que sí resultaban necesarias para el progreso de la comunidad, las políticas liberales que apartaban al Estado del quehacer económico comienzan a desvanecerse. Lo anterior se explica a partir de la declaración de tales actividades como un servicio público cuyo titular era el Estado, que además empiezan a ser prestadas por empresas estatales directamente, incluso superando el modelo de concesiones que ya se venía agotando por el mismo paso del

tiempo o por la incapacidad de los privados de asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas (Rozas Balbontín & Hantke-Domas, 2013).

Esta expansión de nuevas actividades estatales, que ya incluían algunas actividades técnicas e industriales, se reafirmó a partir de las crisis de principios del siglo XX, especialmente en el período posterior a la Primera Guerra Mundial y la reconstrucción europea a partir de la década del veinte. Tales situaciones requirieron la participación estatal en la producción, distribución y transporte de bienes y servicios que fueron declarados como servicios públicos de titularidad estatal (Dussán Hitscherich, 2005).

Estas transformaciones del Estado y del derecho administrativo a partir de los cambios económicos y sociales que iniciaron desde mediados del siglo XIX, encuentran una importante manifestación a través de la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos francés con el famoso fallo Blanco de 1873¹.

En esta decisión, además de la definición de competencias de la jurisdicción contenciosa administrativa en un asunto de responsabilidad por los daños ocasionados en el ejercicio de una actividad de servicio público, se fijaron unos presupuestos fundamentales del derecho administrativo como el reconocimiento de unas reglas propias independientes

¹ Los antecedentes fácticos del referido fallo corresponden a la acción indemnizatoria elevada por el padre de la niña Agnés Blanco, quien resultó herida por una vagoneta en la ciudad de Burdeos la cual era usada dentro de la prestación de un servicio público. El Tribunal Civil puso en conocimiento del Tribunal de Conflictos para que se decidiera la competencia para el trámite del caso, a lo cual se decidió que este debía ser conocido por los jueces administrativos aduciendo que la responsabilidad por los daños ocasionados en la prestación de un servicio público debían someterse a otro tipo de regulaciones por fuera de las determinadas por el Código Civil para las relaciones entre particulares (Matias Camargo, 2013, págs. 47-48).

del derecho privado y la necesidad de someter a la Administración Pública a este sistema normativo (Matias Camargo, 2013).

1.1.1.1 La crisis del laissez faire y el surgimiento de la noción de servicio público.

De igual forma, el cambio del objeto del derecho administrativo se complementa con un proceso que se da a partir de la crisis de los postulados del liberalismo económico basados en el *laissez faire*, propios del modelo del Estado gendarme. Los principales propósitos de este modelo eran el mantenimiento de la seguridad y de la soberanía, así como la prestación del servicio de justicia, sin buscar una intervención en la economía ni en la calidad de vida de la población, por lo que los diferentes agentes se sujetaban únicamente a las reglas del mercado (Dussán Hitscherich, 2005).

En efecto, para este momento histórico se empieza a hacer evidente el surgimiento de necesidades generales que no eran satisfechas por los servicios prestados por los particulares, aunado a que en muchas ocasiones se tornaba inconveniente la explotación de un servicio de interés general por parte de los empresarios privados, para quienes su principal interés era maximizar sus utilidades. De tal forma, se hizo necesaria la participación de la Administración en la construcción de las obras y en la prestación de los servicios cuyo objeto fuera la satisfacción de las necesidades generales diferentes a las de justicia y seguridad (Dussán Hitscherich, 2005).

Estas nuevas condiciones económicas junto a la continua evolución de las sociedades llevaron a que en los ciudadanos surgiera una particular necesidad de acción y de petición frente

a la Administración como sujeto orgánico, la cual buscaba que el antiguo concepto de función pública elevara su campo de responsabilidad hacia el interés general. Este interés se entiende como la suma de muchos intereses individuales dirigidos a la satisfacción de una misma necesidad que no puede ser suplida por la actividad de los particulares (Ariño Ortiz, 2003).

Surgió así la noción de servicio público, noción que encuadra el concepto moderno de Administración, el cual, tampoco deja de lado las manifestaciones del poder soberano que buscan el mantenimiento de la paz y el orden público.

En este sentido, el profesor León Duguit explica que:

Hoy día, por causas muy complejas y numerosas, a consecuencia sobre todo de los progresos de la instrucción, de las transformaciones económicas e industriales, no es solamente el servicio de guerra, de policía y de justicia lo que se pide a los Gobiernos, sino servicios muy numerosos y muy variados, de los cuales muchos tienen carácter industrial. Los autores alemanes los designan en conjunto con la expresión de cultura: los gobernantes deben realizar todas las actividades propias para desenvolver la cultura física, intelectual, moral del individuo y la prosperidad material de la nación. El interés de los gobernantes no se confunde ya con el de los gobernados. No le es contrario, pero sí muy distinto. Como consecuencia se deja sentir la necesidad de un sistema de Derecho público que dé fundamento, una sanción a esas obligaciones; y así aparece la impotencia del sistema imperialista. (Duguit, 1975, págs. 25-26).

De allí que incluso para teóricos defensores de la *puissance publique* como el profesor Maurice Hauriou, el derecho administrativo no se orienta al simple ejercicio del poder soberano sino que se fija como objetivo la gestión de servicios o el cumplimiento de una función predominantemente social. De tal modo, el servicio público se convierte en el fin que persigue la Administración y el ejercicio de potestades públicas se erige como un medio para la consecución de tal objetivo. Esto implica que el ejercicio de las potestades públicas se encuentre limitado por la idea de servicio, pero a su vez este ejercicio de potestades sea el elemento definitorio del derecho administrativo (Montaña Plata, 2005).

Se debe advertir que para Hauriou, el servicio público correspondía a un servicio técnico prestado al público de manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública con la participación de una organización pública (Fernández Ruiz, Derecho Administrativo, 1997). No obstante, tal como lo advirtió Duguit al referirse a las obras de Hauriou y Berthélemy, el objeto del derecho público dejó de concentrarse en el ejercicio del poder y de la soberanía, como si se tratara de un derecho subjetivo cuyo único titular es el Estado. Entonces, se ubicó en la función social que se deriva del ejercicio de tales prerrogativas, lo que, se considera, no es más que la obligación que se le impone a los gobernantes de asegurar sin interrupción el cumplimiento de cierta actividad de interés general que en el fondo corresponde a la noción de servicio público (Duguit, 1975).

De tales procesos surge una nueva idea de legitimación del poder político como expresión de soberanía del Estado, como es la prestación de servicios a los asociados, idea que entra en conflicto con la concepción de Estado como una manifestación del ejercicio de autoridad (Vidal Perdomo, 2000). La Administración Pública, dentro de los parámetros del interés general y el

servicio público, debía encaminarse entonces a la satisfacción de una necesidad común que implicaba la intervención estatal como titular del poder coercitivo, lo que llevó a que el Estado desarrollara actividades de tipo técnico para lograr tal cometido. Tal noción fue el origen del intervencionismo estatal cuyo fin era, en palabras de Giannini, conciliar conflictos sociales (Giannini, 1986), lo que en últimas le aseguraba a quienes detentaban el poder un mínimo de gobernabilidad.

Es acá donde comienza a surgir la noción clásica del servicio público propia de los doctrinantes de la Escuela de Burdeos. Estos entendieron que el servicio público corresponde a toda actividad a cargo del Estado cuya prestación, regulación y control deben ser asegurados por los gobernantes de manera regular y continua. Esta categoría, desde su concepción, según Duguit² resulta “*indispensable a la realización y al desarrollo de la interdependencia social*” y, a su vez, reemplaza a la soberanía como fundamento del derecho público (Fernández Ruiz, 1997).

Siguiendo con Duguit, el cumplimiento de tal obligación resulta imperativo para los gobernantes, independiente de cuál sea el origen de su poder, pues para este autor no es concebible que se imponga legítimamente la obediencia si no se prestan ciertos servicios a la sociedad. Lo anterior lleva a concluir que esta obligación es de orden jurídico, pues cada organización social termina creando una serie de instituciones para dar una sanción positiva a su incumplimiento (Duguit, 1975).

En esta corriente se encuentran igualmente las tesis de Gaston Jèze, para quien el servicio público constituye toda actividad gestionada por la Administración Pública –y, por tanto, la

² Citado por Fernández Ruiz (1997, pág. 95).

pieza angular del derecho administrativo- el cual, a su vez, es creado por el gobernante o el legislador (Fernández Ruiz, 1997) y cuya titularidad corresponde al Estado (Ariño Ortiz, 2003).

Como característica fundamental, Jèze señala que en los eventos donde existe un servicio público, la Administración o los agentes públicos pueden aplicar los procedimientos de derecho público, es decir, un régimen jurídico especial que está por fuera de la órbita del derecho privado. Lo anterior permite la continuidad en la prestación del servicio con el fin de satisfacer de forma expedita las necesidades de interés general (Jéze, 1928). Este régimen jurídico, afirma Jèze, resulta modificable en cualquier momento, cada vez que la satisfacción del interés general lo requiera.

A partir de los anteriores postulados, el Estado se presenta como la máxima expresión de organización social que tiene como objeto responder a unos intereses generales y finalidades de un grupo, que se desarrollan a partir de una organización jurídica y unas reglas concretas –al menos en la organización estatal democrática- las cuales a su vez se manifiestan de manera positiva a través de la Constitución o en el ejercicio del poder constituyente. El servicio público se presenta entonces como uno de los mecanismos de realización de las finalidades estatales tendientes a la satisfacción del interés general (Montaña Plata, 2005).

De estos conceptos iniciales se desprende una doble dimensión de la concepción de servicio público. Por un lado, se encuentra la dimensión subjetiva que hace hincapié en el sujeto responsable, pues su punto central es identificar a los servicios públicos como aquellas actividades de servicios de las cuales la Administración Pública tiene la responsabilidad sin que correspondan al ejercicio de autoridad. Por otro lado, en la dimensión objetiva lo importante es el

contenido material de la actividad prestacional, de tal forma que el servicio público se identifica con el ejercicio de actividades por parte de la Administración, que no necesariamente corresponden a una prestación directa, que no constituyen ejercicio de autoridad y que persiguen la satisfacción del interés general (Montaña Plata, 2005).

1.1.2 Crisis de la noción clásica del servicio público.

La noción clásica del servicio público a la cual se hizo mención fue objeto de numerosas críticas, pues resultaba evidente que la amplitud del concepto no permitía tener una definición estable y rigurosa sobre qué actividades podían ser consideradas como tales. Además, el concepto fue desbordado por la misma dinámica social y económica que surgió a partir de la participación de la Administración y de los particulares en actividades que se consideraban fuera de su ámbito (Rodríguez, 2011).

A partir del período posterior a la finalización de la segunda guerra mundial, ante el necesario aumento del endeudamiento por parte de los estados europeos, se hizo inevitable una mayor intervención del Estado en la economía. Por ende, la actividad de la Administración Pública se replanteó y orientó hacia otras actividades que hasta el momento eran propias del sector privado, pero que para dicho momento se consideraron estratégicas (Dussán Hitscherich, 2005).

De allí nace un sector considerado de servicios públicos que obedecían a criterios netamente económicos, por lo que su actividad se asemejaba más a la desarrollada por los particulares. Esto, a su vez, trajo como consecuencia que para la regulación de este tipo de servicios se diera aplicación a normas del derecho común, tal como se puso de presente en el

fallo Bac d'Eloka de 1921³ (Islas Colín, 2008) y que el Estado se dedicara igualmente a la producción de bienes y servicios, indiferente a que en dichas actividades estuviera presente el elemento del interés general.

Fue así que surgieron nuevos modos de gestión de los servicios públicos diferentes a la prestación directa por parte de la Administración o del sistema de concesión, lo que terminó dando lugar al nacimiento de los servicios públicos industriales y comerciales, así como a la aparición definitiva del particular prestador de servicios públicos (Montaña Plata, 2005). En tales procesos, se reveló cómo el concepto de servicio público se expandió hacia otro tipo de actividades que fueron incluidas dentro de este concepto, independiente de quien fuera el prestador, por tanto la noción perdió claridad respecto al régimen jurídico que se le debía aplicar.

En efecto, una de las principales crisis de la noción de servicio público, advertida aún en pleno auge de los postulados de la Escuela de Burdeos, fue el divorcio relativo que se presentó entre las dimensiones objetiva y subjetiva del concepto, toda vez que muchas actividades consideradas como servicios públicos comenzaron a ser prestadas por el sector privado; y, por su parte, el Estado comenzó a participar en actividades que eran propias de los particulares, entre ellas las actividades industriales y comerciales (Rodríguez, 2011) de las cuales no se podría predicar que estuvieran persiguiendo la satisfacción de una necesidad de interés general.

³ En esta ocasión el Tribunal de Conflictos francés definió el concepto de servicios públicos industriales y comerciales en un caso donde se presentó el hundimiento de un transbordador llamado Bac d'Eloka, el cual era explotado directamente por la colonia de Costa de Marfil, donde el propietario de uno de los vehículos transbordados reclamó los daños y perjuicios que se le ocasionaron. Allí se definió que la competencia para conocer del caso era de la jurisdicción ordinaria puesto que el servicio que prestaba el Estado se daba en condiciones similares a las de los empresarios comunes (Romero Pérez, 1999, pág. 85).

Tal como lo sostuvo el profesor Manuel María Díez, la crisis del servicio público se manifestó en dos de los tres elementos de la teoría clásica, pues dicho autor consideró que el elemento de satisfacer necesidades de interés general no estuvo en crisis (Fernández Ruiz, 1997). El primero, se presenta por cuenta del cambio de paradigma sobre la persona en quien se encomienda la prestación del servicio público. El segundo, se presenta sobre el régimen jurídico aplicable, pues muchas de las nuevas actividades que se consideraron como servicio público se continuaron rigiendo por el derecho común.

No obstante, para dicho autor estos problemas solo adquieren relevancia para la doctrina francesa, por cuanto en dicho país, la noción de servicio público cumple una función definitoria sobre las competencias de la jurisdicción contenciosa administrativa y la jurisdicción ordinaria, cuestión que no es extensiva a la doctrina jurídica de otros países. De igual manera, sostiene que el elemento de la aplicación de un régimen exorbitante de derecho público no hace parte de la definición del servicio público y en lo que respecta al prestador del servicio, advierte que la crisis se resuelve con la admisión de que los servicios públicos puedan ser prestados por la Administración pública de manera directa o indirecta.

En este contexto, la actividad pública se dirigió a otras tareas que eran propias del sector privado donde el Estado participa como un agente más dentro del mercado, lo que desdibuja la noción tradicional de servicio público, aunado a la debilitación del elemento orgánico al permitir la gestión de servicios por particulares sin acudir a la figura de la concesión. Por consiguiente, el interés general quedó como elemento definitorio del servicio público, aun cuando resultaba ser el elemento más maleable y débil, por ser eminentemente subjetivo (Dussán Hitscherich, 2005).

Este último aspecto es remarcado por el profesor Agustín Gordillo (Gordillo, 2013), para quien la crisis del servicio público sí se presenta en los tres elementos clásicos, pues en lo que respecta a la persona que presta el servicio, señala que esta no sólo corresponde a la Administración o sus concesionarios, sino que el servicio ya es prestado por otras entidades cuya actividad queda sometida a un régimen exorbitante del derecho común. En cuanto al fin del servicio público, afirma que este es un elemento contingente y que no sirve para caracterizarlo en un plano teórico estable pues carece de rigor dogmático; además que ya se acepta que hay servicios públicos que no buscan satisfacer ninguna necesidad pública, sino que sólo corresponden a actividades de utilidad pública.

Finalmente, en lo relativo al régimen de derecho público que lo regula, manifiesta que no todas las actividades realizadas por el Estado con fines de satisfacer una necesidad pública, se rigen por el derecho público; así mismo, que hay actividades no administrativas que buscan satisfacer necesidades públicas y están sometidas a un régimen exorbitante; y por último, que hay actividades que no son realizadas por la Administración ni buscan la satisfacción de necesidades y que se rigen por el derecho público (Gordillo, 2013). De estos elementos de crisis, el profesor Gordillo concluye que está demostrado que el hecho de que una actividad sea prestada por la Administración directa o indirectamente con el objetivo de satisfacer una necesidad colectiva, no justifica la aplicación de un régimen jurídico exorbitante al derecho privado.

Estas consideraciones lo llevan a sostener que la noción de servicio público debe ser suprimida pues esta no se acomoda dentro del derecho positivo, lo que lleva a las confusiones propias de un concepto que no es dado por el orden jurídico sino por la doctrina, e implica que sea un concepto inexacto e inútil. Inexacto, porque si se llama servicio público a una actividad sin

que el legislador haya dispuesto un régimen de derecho público para esta, su calificación como tal se trataría sólo de una opinión sin soporte legal. Por el contrario, si esta actividad ya se encuentra regulada por el derecho público, la calificación resultaría inútil por lo redundante y confusa (Gordillo, 2013).

1.1.2.1 Surgimiento de nuevos paradigmas: la gestión pública.

Posteriormente, a los argumentos de crisis institucional y conceptual ya mencionados, se agregaron otras causas externas que se materializaron con la incompatibilidad de entender el servicio público desde su óptica de procura social con determinadas ideologías político-económicas (Sánchez Estrada, 2008). Propuestas como las planteadas por las políticas neoliberales llevaron a considerar que para la satisfacción de necesidades de interés general es mejor tener un Estado mínimo, lo cual se logra a través de la concesión o privatización de tales servicios y la eliminación de su intervención en la economía, todo ello bajo el postulado de que la gestión pública no es la adecuada para asegurar tales servicios (Vidal Perdomo, 2000).

En efecto, la gestión pública, como se entendió en sus orígenes, correspondía a la participación del Estado como un órgano robusto, activo e interventor que a través de la prestación de servicios y provisión de bienes públicos pretendía enmendar las fallas del mercado originadas en las desigualdades de renta y en la ausencia de capacidad financiera de los agentes privados para la prestación de los servicios requeridos por la comunidad (García Sánchez, 2007).

No obstante, ante las nuevas demandas de los asociados y la ineficacia en la ejecución de muchas actividades económicas de la Administración por cuenta de la burocracia, los conflictos políticos y de los problemas de distribución de bienes públicos, se dio paso a una nueva gestión pública que desplazó al Estado como prestador de servicios y lo mantuvo sólo en aquellas áreas donde no existía un prestador privado. En otros casos, se le otorgó al Estado un papel de competidor o colaborador, dependiendo de las mismas necesidades públicas (García Sánchez, 2007).

Esta nueva concepción de la gestión pública acoge el paradigma de que debe ser el sector privado quien preste los servicios públicos para que los costos se trasladen a los agentes privados con capacidad administrativa y suficiencia económica que quieran participar en la prestación del mismo y que puedan asegurar el interés general protegido (Linares, 2000). Vale aclarar que las experiencias privatizadoras de empresas o actividades públicas no siempre han sido satisfactorias, tal como sucede con la privatización de los servicios de acueducto y alcantarillado en algunos países de Latinoamérica (Castro, 2007), la privatización del sector de hidrocarburos y de transporte aéreo en Bolivia (Barrios Suvelza, 2007), entre otros sonados casos.

Igualmente, desde el neoliberalismo económico también se sostiene que el amplio margen regulatorio que ejerce el Estado sobre muchas actividades de prestación que son realizadas por el sector privado de manera más idónea, constituye una limitación a las libertades individuales y de empresa, lo que termina desfigurando la noción de servicio público (Sánchez Estrada, 2008)

Algunos autores, ante estos nuevos escenarios económicos y políticos en los cuales se propende por la liberalización de muchas actividades que se encuentran en cabeza del Estado y

donde se pretende acabar con la imagen de un Estado omnipresente y omnipotente, han sostenido que la incapacidad del Estado es notoria y que los servicios que presta son de baja calidad. Por esto concluyen que la noción de servicio público ha cumplido su ciclo en el derecho público, así en determinado momento histórico haya sido un instrumento de progreso y socialización (Ariño Ortiz, 2003).

En esta línea, Ariño Ortiz (2003) reconoce que la noción de servicio público y su desarrollo por parte de los Estados en vías de industrialización ayudó a la transformación de las sociedades rurales, sin educación, salud, transporte e infraestructura en unas sociedades más igualitarias, con mejor acceso a los servicios básicos y más instruidas y civilizadas. No obstante, dicho autor advierte que los hechos son indicativos de que el Estado se hace cada vez más grande; que los servicios que aún presta son de una calidad mínima y que su ineficiencia económica se hace evidente. Entonces, según el autor, el concepto de privatización es clave, entendiendo este no como la venta de entidades públicas, sino como la devolución de actividades a la iniciativa social, lo cual, en su sentir, exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica.

1.1.3 Redefinición del concepto de servicio público.

No obstante lo dicho en el sub-acápito que antecede, para efectos de este trabajo, se considera que a pesar de las innegables crisis que ha sufrido la noción clásica de servicio público, aunado a que el actual panorama de la política y de la economía no da lugar a un Estado prestador de todos los servicios que tengan un interés social, esto no lleva a la conclusión de que el

concepto de servicio público deba desaparecer del mundo jurídico. Por el contrario, tales situaciones dan pie a una nueva evolución del concepto, lo cual conduce a su redefinición.

En efecto, el servicio público como noción y como actividad continúa siendo un importante instrumento para conseguir los fines del Estado y para generar bienestar social a partir de elementos de solidaridad, sin perder de vista que las relaciones del Estado con los administrados se han transformado. Además, la iniciativa del sector privado es ahora un elemento esencial para el desarrollo de la comunidad, por lo que, antes de acabar con el concepto, lo que conviene redefinir son los nuevos roles que llevan cada uno de los participantes de esta relación.

Por una parte, si se piensa que la crisis del servicio público deriva de la dificultad que representa la determinación de su núcleo esencial, entendido como el objeto del concepto mismo, puesto que en ocasiones se ha ubicado en el sujeto prestador, otras veces en la forma en que se presta el servicio e incluso en el régimen jurídico del que se vale; lo primero que conviene es abandonar la concepción de tales categorías como un concepto cerrado.

Esto lleva a la necesidad de realizar una nueva categorización del concepto de servicio público, en especial en lo que respecta al elemento del interés general, al cual se le acusa de ser el más débil y dogmático por su variabilidad en cada tiempo y en cada contexto político y económico. Tal como lo advirtió Vedel, si no se califica bien este elemento, desde la música hasta la panadería podrían ser servicios públicos (Vidal Perdomo, 2000).

Al respecto, también Atehortúa Ríos, (2006) considera que si se acepta que el servicio público corresponde a aquel que es suministrado por un proveedor *—cualquiera que sea—* a

usuarios para la solución de necesidades colectivas que tocan con la calidad de vida del individuo, tendría que admitirse que este concepto no es abstracto ni universal, sino que simplemente evoluciona por las dinámicas sociales de cada momento histórico. Esto quiere decir que el elemento de la satisfacción de un interés general, por su naturaleza, no tiene un contenido objetivo, pues este finalmente depende de los avances tecnológicos y científicos de cada sociedad (Montaña Plata, 2005) y de cómo determinada actividad se vuelve indispensable para la calidad de vida de las personas.

De allí que el concepto de servicio público no venga dado de manera específica o concreta por el legislador, pues tal como lo sostiene Marienhoff, el servicio público más que un concepto jurídico es un hecho o realidad social. Por tanto, que una actividad corresponda o no a esta categoría, dependerá siempre de la esencialidad de la actividad que se pretenda satisfacer (Fernández Ruiz, 1997).

También se presenta como otro elemento de crisis el hecho de que gracias a la introducción de las reformas liberales de las últimas décadas -por las cuales se han privatizado empresas estatales prestadoras de servicios públicos y se han liberalizado muchas de estas actividades- los grandes monopolios estatales prestadores de servicios públicos ahora compiten en igualdad de condiciones con los prestadores privados. Esta competencia se ha presentado bajo un régimen de derecho privado en muchas ocasiones, lo que ha llevado a que la actividad de prestación de servicios públicos se asemeje a las actividades industriales y comerciales, a la vez que restringe unas pocas actividades de satisfacción de necesidades básicas al régimen exorbitante del derecho privado.

No obstante, de este panorama tampoco se concluye que se deba eliminar el concepto de servicio público y por ende su contenido político y subjetivo, como lo es la noción de interés general. Es innegable que siempre existe una razón que antecede a la organización de la prestación del servicio así se le dé a esta el carácter de actividad económica y es la existencia de una necesidad colectiva que se debe satisfacer, ya sea a través de la regulación o de la prestación cuando sea del caso, por lo que la verificación de esta necesidad general sigue soportando este elemento político (Dussán Hitscherich, 2005).

Aunque se reconoce lo negativo que puede llegar a ser un crecimiento sin límite del Estado para terminar realizando todo tipo de actividades, mercantiles y de servicios, resulta igualmente negativo regresar a los postulados del Estado gendarme, del *dejar hacer dejar pasar*, y así renunciar a todo tipo de intervención en la economía, así como de su papel de garante en la gestión de servicios públicos (Fernández Ruiz, 2010).

Como se acaba de entrever, el carácter político del concepto de servicio público justifica a su vez la intervención del Estado en la economía como un medio para lograr sus fines (Montaña Plata, 2005). De tal manera, estas actividades no quedan únicamente al arbitrio del libre mercado, sino que permite asegurar unas condiciones de eficiencia, oportunidad y universalidad en beneficio de la comunidad. Aunque esto pueda representar para algunos casos que determinada actividad quede sujeta a un régimen jurídico de derecho público e incluso que pueda reservarse el Estado la prestación de ciertas actividades.

De igual forma, este carácter político de la noción de servicio público, el cual se traduce en la obligación del Estado de dar cumplimiento a sus fines en lo que respecta a la satisfacción

del interés general y la protección de derechos fundamentales, debe integrarse a la dimensión económica que recae sobre tales actividades, por lo que resulta un deber del Estado proteger la garantía de la iniciativa económica de los particulares, la libre entrada en la prestación de tales actividades así como la promoción de la competencia. Lo anterior significa que existe una necesaria ruptura del criterio subjetivo u orgánico del concepto de servicio público, pues se debe permitir que muchos sujetos puedan ser prestadores del servicio, independiente de su naturaleza pública o privada. Esto lleva a que dicha actividad sea fuertemente regulada, es decir, a que haya una mayor intervención por parte del Estado con el fin de que se cumplan los objetivos de interés general (Martín Rebollo, 2008).

1.1.3.1 El caso colombiano a partir de la Constitución Política de 1991.

Con base en los argumentos expuestos, se considera que no resulta confiable ni acertado acoger algunos de los postulados neoliberales que buscan eliminar la regulación del Estado para la prestación y gestión de ciertas actividades, entre ellas las de servicio público, para acudir a prácticas autorregulatorias gobernadas por las reglas del mercado⁴. No es aceptable por cuanto en muchas latitudes, incluyendo Colombia, la pobreza y el acceso precario a los servicios básicos siguen siendo la regla general, sin que dicho sistema económico hubiera podido mejorar tal situación. Es por esto que, tal como lo manifiesta el profesor Fernández Ruiz, es el momento del

⁴ Vale la pena aclarar que no todas las propuestas que se clasifican como neoliberales propugnan por la autorregulación, pues hay quienes defienden la presencia del Estado desde las actividades de regulación, vigilancia y control, así como en el área de protección de derechos fundamentales, pues se afirma que el funcionamiento de mercados libres y competitivos no necesariamente garantiza el respeto de los derechos fundamentales, por lo que la intervención del Estado se encuentra plenamente justificada como corrector de las fallas del mercado (Lamprea Montealegre, 2006).

“regreso del Estado social de derecho y la reivindicación del servicio público” (Fernández Ruiz, 2010).

En esta misma línea se adscribe la Corte Constitucional colombiana para quien, según lo señalado en la sentencia C-150 de 2003⁵, el papel asignado a la regulación en el modelo actual de prestación de servicios públicos es el de ser un mecanismo que permita conseguir los fines sociales del Estado Social de Derecho, sin ir en desmedro del modelo de libertad económica y empresarial, lo cual implica la corrección de las fallas del mercado. Al respecto, señala la Corte:

Los órganos de regulación han de ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines que justifican su existencia en un mercado inscrito dentro de un Estado social y democrático de derecho. Estos fines se pueden agrupar en dos clases, a pesar de su variedad y especificidad. La primera clase comprende los fines sociales que el mercado por sí mismo no alcanzará, según las prioridades de orden político definidas por el legislador y de conformidad con el rango temporal que éste se ha trazado para alcanzarlos. La segunda clase abarca los fines económicos atinentes a procurar que el mercado funcione adecuadamente en beneficio de todos, no de quienes dentro de él ocupan una posición especial de poder, en razón a su predominio económico o tecnológico o en razón a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas tanto en el órgano legislativo como en los órganos administrativos clásicos.

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 25 de febrero de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. (Sentencia Número C-150), págs. 109 y 110.

La regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado...

Conforme a lo dicho, ha de entenderse que aunque el papel del Estado ya no corresponde al de ser el prestador principal –o *único*- de servicios públicos, continúa siendo el garante de que estos se sigan prestando de manera universal a todos los ciudadanos. Lo anterior refuerza entonces sus actividades de regulación, control y vigilancia respecto a los prestadores (Atehortúa Ríos, 2006), independiente de su naturaleza, y siempre con el objetivo de conseguir los fines sociales del Estado, lo cual no excluye que su prestación pueda generar ganancias o provechos económicos.

En el caso colombiano, a partir de la adopción del modelo de Estado social de derecho a través de Constitución Política de 1991, se ha buscado la armonización de la protección a la libertad económica privada con la necesidad de dar cumplimiento a los fines del Estado –*donde los servicios públicos constituyen un medio más*-, concediendo al servicio público una dimensión económica que antes de la Carta Política no se presentaba. En efecto, el artículo 365 Superior⁶ indica en su tenor literal:

ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

⁶ El cual se encuentra ubicado en el Capítulo V “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos” del Título XII “Del régimen económico y de la hacienda pública”, lo cual ya resulta bastante dicente.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Como puede observarse de la norma superior, para el régimen constitucional colombiano los servicios públicos hacen parte del quehacer ineludible de los fines sociales del Estado, al que se le impone además un papel de garante y una obligación de universalidad, eficiencia y continuidad. Esta posición de garante viene aparejada con lo dispuesto en la parte inicial del segundo inciso, es decir con la posibilidad de que los servicios públicos sean prestados por el Estado directa o indirectamente, por las comunidades organizadas o por los particulares, eso sí, bajo su regulación, vigilancia y control. Sobre este punto ha manifestado la Corte Constitucional:

De igual manera, en lo concerniente a los servicios públicos, la intervención económica adquiere una finalidad específica, consistente en asegurar la satisfacción de necesidades básicas que se logra con su prestación, y tiene un soporte constitucional expreso en el artículo 334 de la Carta. Pero, *“adicionalmente, en tal materia el Estado dispone de especiales competencias de regulación, control y vigilancia, pues tal prestación se considera inherente a la*

*finalidad social del Estado, por lo cual es deber de las autoridades asegurar que ella sea eficiente y cobije a todos los habitantes del territorio nacional”.*⁷ Así, por cuanto los servicios públicos son una actividad económica que compromete la satisfacción de las necesidades básicas de la población, y por ello mismo la eficacia de ciertos derechos fundamentales, “**la intervención del Estado en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control**”⁸.⁹

La entrada de los particulares como un actor principal en la prestación de servicios públicos lleva a la consideración del reconocimiento de la dimensión económica de esta actividad, además que reafirma el ocaso del criterio subjetivo para reconocer una actividad como servicio público. Ahora, la importancia económica de los servicios públicos viene dada por el interés de generar ganancias por parte de los particulares a partir de la explotación que se haga de dicha actividad; por lo que, desde una visión constitucional, el Estado debe proteger la iniciativa económica del particular que desee intervenir en la prestación de servicios públicos dentro del marco del derecho a la libertad económica privada, en concordancia con el artículo 333 Superior (Montaña Plata, 2003), el cual dispone:

ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

⁷ Sentencia C- 615 de 2002.

⁸ Sentencia C- 615 de 2002.

⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 16 de marzo de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. (Sentencia Número C-186), pág. 36.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

En este marco, se observa cómo la Constitución Política busca atenuar los monopolios estatales en la prestación de servicios públicos a través de la promoción de la libre competencia, de la restricción de barreras y de la protección a la iniciativa económica privada, lo cual apunta al elemento de eficiencia contenido en el artículo 365. Como se ve, no se consagra una “no intervención” del Estado en la economía, por el contrario se busca establecer una actividad regulatoria en las actividades económicas privadas, las cuales de por sí ya vienen limitadas por el elemento del bien común. Además, conforme al artículo 334 *id.*, el Estado es el director general de la economía, por lo que no se puede hablar bajo ningún modo de una libertad absoluta.

De igual forma, a pesar de las garantías a la actividad económica en la prestación de servicios públicos, se debe priorizar el cumplimiento de los fines y deberes del Estado en materia social, donde se encuentran nuevamente los elementos de interés general, calidad de vida de los habitantes, saneamiento ambiental, acceso a servicios básicos, entre otros, tal como lo dispone el

artículo 366 de la Constitución Política. Es por esto que el prestador de servicios públicos que se encuentra en competencia no puede pasar por alto los deberes que le asisten en tanto dicha actividad es de interés general y público, mientras que el Estado debe participar directamente en las actividades de regulación, vigilancia y control (Palacio Jaramillo, 2000).

Por regulación se entiende aquella herramienta de la que se sirve el Estado para intervenir en la economía, de manera que se puedan corregir las fallas del mercado –como sucede con los monopolios-, mejorar la eficiencia y generar igualdad en el marco de la libre competencia (Rubio Escobar, 2005); así como para proteger a los usuarios y promover el servicio universal (Atehortúa Ríos, 2006). Por su parte, tal como lo señala la Corte Constitucional, *“(i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control, (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones.”*¹⁰

Con lo visto hasta acá, puede concluirse que la antigua noción de servicio público ha sufrido una redefinición que lo ajusta a las dinámicas sociales y económicas actuales y lo convierte en una importante herramienta en la consecución de los fines sociales del Estado. De tal forma, esta noción sigue abarcando a las actividades de tipo prestacional que son consideradas de interés general, que pueden ser prestadas por la Administración Pública o por los particulares, que se encuentran sujetas a un régimen jurídico especial -donde para las actividades

¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 18 de julio de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (Sentencia Número C-570), págs. 34 y 35.

prestacionales remite al derecho privado en tanto constituye una actividad económica que se encuentra bajo competencia-, y cuya regulación, vigilancia y control se encuentran en cabeza del Estado –actividades reguladas por el derecho administrativo en tanto constituyen una típica función pública-.

1.1.4 Criterios identificadores para la construcción de un concepto de servicio público.

Una vez estudiadas las principales implicaciones de la noción de servicio público y los elementos que integran la redefinición del concepto, se encuentra allí tres elementos generales, que aunque en sí mismos tampoco se encuentran exentos de polémica, se considera que son elementos que perviven en esta categoría jurídica en la actualidad, aunque estos a su vez, también han tenido su propia evolución.

El primero es que se trata de una actividad tendiente a satisfacer necesidades colectivas y no sólo la necesidad de uno o varios individuos; el segundo es que el Estado participa de alguna manera en dicha actividad, ya sea como prestador directo cuando la Ley lo determine o las condiciones de mercado así lo obliguen, ya sea como un competidor más o a través de las actividades de regulación, vigilancia y control; y el tercer elemento es que dicha actividad se encuentre sujeta a un régimen jurídico especial, en el entendido que a pesar de que las actividades de prestación se rigen por regla general por el derecho privado, también se presenta que en algunas ocasiones algunas actividades asociadas a la prestación se encuentran investidas de prerrogativas del derecho público (Rodríguez, 2011), régimen que también resulta aplicable para las actividades de regulación, vigilancia y control.

1.1.4.1 El servicio público es una actividad tendiente a satisfacer necesidades colectivas.

Sobre el inicial elemento, esto es, que el servicio público es una actividad tendiente a satisfacer necesidades colectivas, se desprenden varias consideraciones acerca de su naturaleza. En primer lugar, al tratarse de una actividad por la cual un tercero presta un determinado servicio a otras personas, se infiere que su contenido es prestacional, es decir, quienes se benefician con el servicio no están en la posibilidad de proveérselo por sí mismas –al menos de manera continua y eficiente-.

Por otra parte, que la necesidad que se pretende satisfacer con el servicio sea colectiva o pública, le da por su parte una dimensión de esencial, ya sea por la importancia que tenga para la sociedad o por tener una incidencia en la calidad de vida de sus miembros (Atehortúa Ríos, 2006). Así mismo, por ser una actividad dirigida al público que busca satisfacer sus necesidades esenciales, su objetivo no está encaminado exclusivamente a obtener una contraprestación económica por ello, aunque esta sea necesaria en la gran mayoría de las veces bajo el modelo neoliberal (Ariño Ortiz, 2003).

1.1.4.2 El estado como garante en la prestación de servicios públicos.

Lo anterior lleva al segundo elemento, pues ante la importancia social de la prestación, le corresponde a la Administración Pública en un primer momento garantizar la prestación del servicio, ya sea de forma directa -cuando la Ley o las condiciones del mercado así lo obliguen, lo

cual corresponde a un criterio excepcional-, indirecta o a través de particulares, siempre bajo su regulación, control y vigilancia. Lo dicho significa que los servicios públicos no necesariamente deben ser prestados directamente por la Administración ni que estos se encuentren en un régimen de monopolio público.

Por el contrario, resulta común y necesario en algunos casos, que los servicios públicos sean suministrados concurrentemente, tanto por la Administración a través de sus empresas e instituciones, como por los particulares, muchas veces en régimen de competencia (Atehortúa Ríos, 2006). Esto resulta apenas lógico a partir del proceso de liberalización de muchos servicios que inicialmente fueron prestados por el Estado, pues tales actividades tienen una naturaleza económica debido a su rentabilidad -mientras que en otros tal rentabilidad no se presenta- o debido a que la Administración no cuenta con la capacidad de cubrir la totalidad de las actividades de interés social que pueden ser considerados servicios públicos.

Tal situación, como ya se advirtió, hace parte de la evolución de la definición del objeto de los servicios públicos, pues este ya no radica en quien los presta sino en la preponderancia que dicho servicio tenga para la sociedad y para su calidad de vida, lo cual no se traduce en la renuncia de la Administración Pública a cumplir sus deberes y alcanzar sus fines sociales sino que atiende a un modo más amplio y económicamente liberal de gestionarlos (Dussán Hitscherich, 2005).

No obstante, se advierte que el hecho de que algunas actividades de servicio público tengan una dimensión económica no las pone en pie de igualdad con las actividades industriales y comerciales, pues los servicios públicos hacen parte de la razón de ser del Estado, toda vez que a

través de ellos se concretan sus deberes sociales. Es por ello que la Administración no se desliga de tales servicios, ya sea que los preste directamente o ejerciendo las actividades de regulación, a través de la expedición de la normatividad que sistematiza y reglamenta todo lo referido a la prestación del servicio e interviniendo como directo de la economía estatal; y a través de las actividades de vigilancia y control (Montaña Plata, 2005).

1.1.4.3 Los servicios públicos se encuentran sujetos a un régimen jurídico especial.

Por último, se encuentra el tercer elemento que se refiere a que los servicios públicos se encuentran sujetos a un régimen jurídico especial, lo cual significaba, en el marco la noción clásica, que este era un régimen exorbitante al derecho privado determinado por el Legislador (Fernández Ruiz, 1997) –*cuestión propia del Estado interventor*-, que buscaba garantizar la prestación del servicio de manera continua y eficiente y proteger a los destinatarios del mismo. No obstante, como ya se ha puesto de presente, en la actualidad esto no resulta exacto pues, por regla general, las actividades de prestación de servicios públicos se encuentran sujetas a un régimen de derecho privado –*propio de las actividades económicas que se encuentran en régimen de competencia*-, mientras que el régimen de derecho público se encuentra circunscrito a aquellas actividades asociadas a la prestación que impliquen el ejercicio de prerrogativas públicas, así como a las actividades de regulación, vigilancia y control, que se consideran como función pública y específicamente, como manifestación del concepto de función administrativa.

Sobre este criterio, inicialmente se postuló que el régimen jurídico especial aplicable a los servicios públicos no era otro que el derecho público. Por razones obvias cuando la Administración Pública era el prestador directo; así como por razones de orden y seguridad

cuando los particulares participaban de este (Linares, 2000). No obstante, a partir de la denominada crisis de la noción de servicio público, se ha señalado que esta posición unificadora no se manifestaba en términos reales, pues dependiendo de la clase de servicio del que se trate y de la actividad que se estuviera desarrollando, se podría dar la aplicación del derecho común o del derecho público-administrativo, lo cual en palabras de Riverò se refiere a que la actividad sometida al derecho público es la que se relaciona únicamente con la búsqueda del objetivo perseguido (Rodríguez, 2011). Esta cuestión, por su parte, tiene una amplia incidencia en el régimen de los actos, contratos, personal y bienes aplicable al sujeto que haga las veces de prestador de servicios públicos.

Los elementos recién aludidos, a pesar de que surgen de la noción tradicional de servicio público, deben ser considerados aún, adaptándolos a la evolución que ha tenido el concepto. Es decir, observando cuál es el fin que el servicio cumple; que el servicio puede ser prestado tanto por la Administración como por particulares en la mayoría de los casos; que no todas las actividades de la Administración corresponden a servicios públicos y que el régimen jurídico especial es exorbitante al derecho común sólo en las actividades que llevan consigo el ejercicio de potestades públicas y no en las actividades eminentemente prestacionales.

1.1.4.4 Elementos adicionales y leyes de Rolland.

A los anteriores elementos es posible agregar lo que se ha denominado por la doctrina como las cargas inherentes a la prestación de servicios públicos, advirtiendo que, por no ser criterios legales, estos no resultan de aplicación estricta para todos los casos (Rodríguez, 2011). En primer lugar, encontramos los criterios definidos como las *Leyes de Rolland*, introducidas por

dicho autor, para quien los elementos comunes a todos los servicios públicos son la continuidad, la adaptabilidad y la igualdad (Montaña Plata, 2005). Así mismo, con algunas variaciones entre autores se han introducido también como caracteres esenciales del servicio público, los de generalidad, regularidad y obligatoriedad (Fernández Ruiz, 1997).

Respecto al criterio de continuidad, se tiene que este es considerado como un elemento esencial del servicio público (Ariño Ortiz, 2003), el cual significa que el servicio debe estar en funcionamiento ininterrumpidamente con el fin de satisfacer el interés general de que se trate (Rodríguez, 2011). Sin embargo, se entiende que esta característica de ininterrupción no es absoluta, pues la oferta constante y la posibilidad de acceder al servicio, se encuentran limitadas por las condiciones que impone el Legislador para algunos casos o por situaciones ajenas a su normal prestación (Fernández Ruiz, 1997).

Por su parte, está el criterio de adaptabilidad por el cual se afirma que los servicios públicos deben adaptarse a los cambios que exija el interés general, por lo que podría modificar su regulación o prestación, haciendo prevalecer siempre el deber de satisfacer una necesidad colectiva. De otro lado, el criterio de igualdad, que se encuentra ligado a su vez al de generalidad, se refiere a que todas las personas que se encuentren en una situación igual frente al servicio deben recibir un trato uniforme (Rodríguez, 2011).

Por generalidad se entiende que el servicio debe ser prestado para que todas las personas lo puedan disfrutar, sin perjuicio de que se puedan generar algunas distinciones dependiendo de los requisitos o facilidades fijadas por el Legislador para su disfrute, o si se trata de usuarios potenciales o reales (Linares, 2000). A su vez, la regularidad atiende a la plenitud en la prestación

del servicio público, de manera que esta no se da de manera arbitraria, sino que se da siempre en las condiciones que sean fijadas por la Ley (Fernández Ruiz, Derecho Administrativo, 1997).

Finalmente, el criterio de obligatoriedad refiere al deber de la Administración de asegurar la prestación continua de los servicios públicos y de hacerlo de manera correcta (Rodríguez, 2011) a la vez que el prestador, sea la Administración o los particulares, se encuentra obligado a proporcionar el servicio mientras subsista la necesidad general y las condiciones que obligan a prestar el servicio (Fernández Ruiz, 1997).

Los anteriores criterios, a pesar de ser discutibles como toda categoría axiológica y de no tener un origen legal, resultan útiles para realizar una construcción, al menos teórica, de los elementos que son distinguibles en la prestación de servicios públicos. Por tanto, aunque en principio tales criterios no resultan exigibles para definir una actividad como de servicio público, en la medida que tales elementos vayan siendo integrados por la Constitución, la ley y la jurisprudencia *-tal como ya sucede con algunos de ellos-*, se convertirán en criterios positivos de categorización, lo cual releva la necesidad de que el legislador considere expresamente a cierta actividad como servicio público. Esta consideración resulta fundamental para el desarrollo del próximo capítulo que está dedicado al análisis del Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano, donde las actividades que allí se realizan, en algunas ocasiones se han considerado como servicios públicos, sin que haya una manifestación unívoca del legislador al respecto.

1.2 Los conceptos de función pública y función administrativa. Relaciones, diferencias y evolución

En el acápite que precede, ha quedado claro que no todas las actividades de la Administración corresponden a servicios, ni todos los servicios o actividades de carácter prestacional pueden ser considerados servicios públicos, pues para ello se deben presentar los criterios que son de la esencia del concepto, recién señalados. Así mismo, la prestación de servicios públicos no necesariamente trae consigo el ejercicio de funciones que son de la esencia del Estado como la hacienda, la protección de fronteras, la seguridad, entre otros; ni requiere para todos los casos la utilización de prerrogativas públicas, como se verá.

Por lo anterior, se requiere entonces una conceptualización de las nociones de función pública y función administrativa que permita diferenciarlas del concepto de servicio público, y que además permita visualizar cuál es la relación entre tales conceptos, pues en muchas ocasiones se usan indistintamente y sin mucha claridad teórica. Lo primero a considerar es que estos conceptos pertenecen a categorías jurídicas distintas, aunque guardan una especial relación unos con otros, de género a especie, como pasa a verse.

1.2.1 Concepto de función pública.

Respecto al concepto de función pública, se observa que esta corresponde al ejercicio de potestades públicas o de poderes excepcionales que jurídicamente se le reconocen al Estado. Sin embargo, en virtud de algunas atribuciones, cuando la misma Constitución o la Ley lo disponen,

también puede ser ejercida por particulares -por ejemplo los curadores y los notarios- o hasta en la misma prestación de servicios públicos (Atehortúa Ríos, 2006).

La Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2003 indicó sobre la función pública que la misma corresponde al conjunto de funciones que cumple el Estado con el objetivo de alcanzar sus fines, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades públicas. No obstante, el mismo Tribunal Constitucional advirtió en dicha providencia:

Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3).¹¹

De lo anterior, se tiene que la posición adoptada por la jurisprudencia constitucional concibe a la función pública como la actividad realizada por el Estado en su conjunto para la realización de sus fines, pero reconoce que en casos excepcionales, determinados por la ley y la Constitución, los particulares pueden desempeñarla.

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 28 de enero de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. (Sentencia Número C-037), pág. 50.

1.2.2 Concepto de función administrativa.

Por su parte, el ejercicio de función administrativa corresponde a la misma actividad de gobierno por parte del Estado, es decir, el ejercicio de potestades administrativas que no se relacionan con la actividad legislativa ni con la judicial *-aunque en algunos casos en tales actividades hay ejercicio de autoridad, tal como sucede con la expedición de ciertos actos administrativos-*, la cual sólo será realizada por particulares en virtud de los casos descentralización administrativa y por mandato legal, en representación del estado.

La función administrativa corresponde a un género dentro de la función pública, donde la Administración desarrolla actividades dirigidas a satisfacer los intereses públicos, que de no pueden ser desarrollados por las funciones tipo legislativo o judicial, lo cual trae consigo el ejercicio de prerrogativas públicas, tales como la expedición de actos administrativos (Montaña Plata, 2005).

1.2.3 Relación entre función pública y función administrativa.

Como puede apreciarse, en estas definiciones de función pública y de función administrativa subyace una primera relación, que para efectos metodológicos resulta clave en este sub-acápite, y es que la función administrativa resulta una especie dentro del género de la función pública. Cuando se ejerce función administrativa se está realizando a su vez función pública en una de sus modalidades, como sería el ejercicio de potestades administrativas unilaterales o la manifestación de la voluntad a través de actos que conllevan el ejercicio de autoridad, susceptibles de ser impuestos a sus destinatarios como un medio de alcanzar los fines estatales.

No obstante, esta relación no se presenta a la inversa, pues no toda manifestación de función pública acarrea la presencia de la función administrativa, en el entendido que no todas las actividades que el Estado despliega para cumplir sus fines llevan el ejercicio de autoridad o su manifestación a través de actos de gobierno, tal como sucede con las funciones legislativas o jurisdiccionales. Acá vale la pena hacer la salvedad de que para determinados asuntos, aún dentro de estos ámbitos, se presenta la facultad de expedir actos administrativos sin que esto signifique ejercicio de potestades o funciones administrativas –v.g. *los actos de administración de personal-*

1.2.4 Relaciones entre la función público-administrativa y el servicio público.

Divergencias y evolución.

Ahora, en lo que respecta a la relación del concepto de función pública/administrativa con la noción de servicio público, tal como se dijo al inicio, la prestación de servicios públicos no se hace extensiva como elemento definitorio a todas las actividades de la Administración, cuyo fin sea satisfacer una necesidad pública. En efecto, a partir de la crisis de la noción clásica del servicio público, se hicieron insostenibles las posturas asumidas por teóricos como Jezè, para quien toda actividad de la Administración Pública correspondía a un servicio público y; por el contrario, se ha presentado un necesario deslinde entre este concepto y la noción de función pública.

Tal como lo advierte Ariño Ortiz, la función pública/administrativa presenta como una característica, en la mayoría de los casos, el ejercicio de régimen autoritario, el cual se manifiesta a través de actos jurídicos, mientras que el servicio público corresponde a una actividad social, que no requiere el ejercicio de poder soberano y que se ejerce a través de prestaciones de tipo

técnico. Lo anterior no significa que la Administración no tenga privilegios o que no pueda ejercer potestades *–las cuales siguen conservando en unos aspectos precisos–*, sino que las actividades de servicio público no se le podrán imponer coactivamente al administrado sino que se les ofrece, es decir que jurídicamente¹² el usuario siempre tiene la opción de hacer uso o no de determinado servicio. (Ariño Ortiz, 2003).

Para Ariño (2003), la gran diferencia que se presenta entre la función pública/administrativa y el servicio público es que esta última no se le puede imponer al particular sino que se le ofrece, es decir, no es una actividad coactivamente impuesta. Adscribiendo a esta posición, en el presente trabajo se considera que el llamado deslinde entre el servicio público y la función pública es visible específicamente en la prestación del servicio, pues habrá otras actividades, ligadas al servicio público pero que no corresponden a la prestación, donde sí podría haber ejercicio de función pública/administrativa. Esto sucede por ejemplo con las actividades de regulación, vigilancia y control *–que se encuentran en cabeza de autoridades de la rama ejecutiva–*, o cuando se ejerce un acto de autoridad o cuando se pone al usuario en relación de subordinación (Atehortúa Ríos, 2006).

No obstante, es necesario señalar que en algunos doctrinantes, la idea de separación entre la noción de servicio público y la función pública/administrativa no es unánime, incluso, en ocasiones se asume un criterio teleológico para definir este asunto. Por ejemplo, para el profesor Suárez Tamayo la función estatal no siempre es equivalente al ejercicio de potestades, por tanto considera que se debe comprender que la función pública/administrativa tiene como objetivo

¹² Ariño Ortiz refiere jurídicamente un usuario tiene derecho de opción sobre el uso de algún servicio público pero acepta que en algunos casos fácticamente podría presentarse no es libre de acudir o no a algún servicio v.g. el suministro de agua.

conseguir los fines del Estado, cuestión ésta que resulta coincidente con el objetivo de prestar servicios públicos (Suarez Tamayo, 2010).

En similar sentido, el profesor Montaña Plata defiende el criterio teleológico de las nociones de función administrativa y de servicio público, en el entendido que no en todas las ocasiones la función administrativa se manifiesta mediante el ejercicio de potestades, en tanto que para el desarrollo de los fines e intereses públicos no siempre son necesarias las manifestaciones de poder. De tal forma, indica Montaña que dado que los servicios públicos corresponden a uno de los medios para conseguir los fines estatales, estos corresponden entonces a aquellas actividades de función administrativa que sólo en algunas ocasiones requieren el ejercicio de potestades, tal como sucede con la expedición de actos administrativos. Refiere el citado autor:

Anotábamos antes que recientemente algunos servicios públicos han alcanzado una vocación económica, realidad ésta contundente en el caso colombiano, con ocasión de la liberalización de los servicios públicos, como regla general, introducida por el texto político de 1991. En esta realidad, sin embargo, no se desnaturaliza el contenido o dimensión pública de los servicios públicos, y se pueden considerar, en consecuencia, encuadrados en el concepto de función administrativa. La vocación económica de los servicios públicos, en nuestro entender, no desnaturaliza la función administrativa que se está cumpliendo cuando ellos son prestados.¹³ (Montaña Plata, 2005, pág. 214).

¹³ Continúa Montaña Plata: “Así mismo, tampoco puede importar, en virtud de la dirección material y teleológica que hemos atribuido a los conceptos de servicio público y función administrativa, si éstos son prestados por instancias públicas y/o privadas.

Por su parte, desde la orilla contraria, el profesor Hugo Palacios Mejía sostiene que sólo las actividades que son atribuidas al Estado exclusivamente por la Ley o la Constitución pueden ser consideradas función pública/administrativa, cosa que no sucede con los servicios públicos, en tanto es la misma Carta Política la que permite que estos sean prestados por entidades públicas y particulares, donde los últimos no se encuentran sometidos a la búsqueda de los fines estatales sino que buscan un beneficio propio. Al respecto, indica el citado autor¹⁴:

Esa prestación será actividad estatal, o función administrativa, cuando la Constitución o la ley la encomienden o reserven a las autoridades. Pero lo más que hace el artículo 365 es habilitar a las autoridades para ello, en los mismos términos que a los particulares. De modo que el particular que presta servicios públicos que no han sido objeto de *publicatio praevia*, por su cuenta y riesgo, no lo hace por descentralización, delegación y desconcentración de funciones y no cumple función administrativa (Palacios Mejía, 1999, págs. 29-30).

Ahora bien, en el caso colombiano la Constitución Política de 1991 parece no ofrecer dudas en que la prestación de servicios públicos generalmente no constituye ejercicio de función pública/administrativa, posición a la cual adscribo totalmente, por lo que me aparto del criterio teleológico defendido por un sector de la doctrina.

En ambos casos estaríamos en presencia de una actividad que se identifica con funciones administrativas y que, consecuentemente, puede obtener un tratamiento, por parte del régimen jurídico-administrativo, de justificar la procedencia de potestades públicas y, de manera específica, la posibilidad de producción de actos administrativos". (Montaña Plata, 2005, pág. 214)

¹⁴ Citado en COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 17 de febrero de 2005. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. (Número Interno 27673), pág. 11.

En efecto, tal como se deduce de la redacción del artículo 365 Superior, la prestación de servicios públicos no es una actividad que el constituyente haya reservado para el Estado, pues como ya se ha dicho, estos pueden ser prestados por entidades públicas, por los particulares, mixtas o por las comunidades organizadas. Así mismo, dado que los servicios públicos son asumidos como actividades de prestación -independiente de quien sea su prestador-, estos no se asimilan con el ejercicio de potestades públicas, es decir, con el ejercicio de poder soberano.

No obstante, no se deja de lado que en la prestación de servicios públicos hay actividades conexas –diferentes a la prestación- que son manifestaciones del ejercicio de potestades administrativas¹⁵ y que, por tanto, constituyen función administrativa, siempre y cuando estas funciones le sean asignadas por el Legislador.

La escisión entre servicio público y función administrativa al parecer también fue asumida por el Legislador, tal como se observa en la Ley 489 de 1998, al definir los principios que rigen la función administrativa sólo haciéndolos extensivos a la prestación de servicios públicos cuando existiera compatibilidad entre la naturaleza y régimen de los mismos. Es decir, el Legislador le da un tratamiento diferenciado a estas nociones, y sólo en algunos casos acepta que el ejercicio de ambos puede ser compatible¹⁶. Señala el artículo 3° de la norma aludida:

ARTICULO 3o. PRINCIPIOS DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA.

La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales,

¹⁵ Como sucede con las actividades de regulación, vigilancia y control las cuales son asignadas constitucionalmente al Presidente de la República (C.N. Arts. 189-22 y 370).

¹⁶ Esto lleva a que sea el mismo Legislador quien defina los casos en que la prestación de servicios públicos conlleva el ejercicio de función administrativa, de conformidad con la competencia concedida por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991, donde se indica que corresponde al Congreso de la República “[e]xpeditar las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”.

en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

-Subrayas propias-

PARAGRAFO. Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

En igual sentido, el artículo 2° de la Ley 1437 de 2011 –*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*- al definir el ámbito de aplicación del procedimiento administrativo allí regulado –*referente a la producción de actos administrativos y al ejercicio del derecho de petición*-, acoge que este es aplicable “*para todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado*” y para los particulares en específicos casos, sólo en el entendido que estos cumplen función administrativa. Este criterio se ve reforzado a su vez con el artículo 104 *id.*, cuando al definir el ámbito de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa sólo incluye los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo donde esté envuelta una entidad pública o los

particulares que ejerzan función administrativa, siendo que para el caso concreto de los servicios públicos igualmente incluye los contratos donde los prestadores incluyen cláusulas exorbitantes, es decir, circunscribe su competencia sólo a aquellos casos en los que se está en ejercicio de potestades públicas.

La Corte Constitucional en la afamada sentencia C-037 de 2003, ya aludida, defiende esta postura, dejando sentado que la posición del Estado frente a los servicios públicos ya no es la de un prestador exclusivo sino la de un asegurador. De tal modo, que para lograr dicho fin, el Estado debe desarrollar las actividades de regulación *-intervención en la economía-*, vigilancia y control, las cuales ejerce directa y exclusivamente, siendo allí donde reside parte del ejercicio de la función pública/administrativa. De igual modo, esto aplica a las actividades que requieren el ejercicio de potestades administrativas, tales como la expedición de actos administrativos y el ejercicio de coerción, actividades estas que en el caso de los particulares que prestan servicios públicos sólo podrán ejercerlas cuando la Ley los habilite. Indica el Tribunal Constitucional:

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina¹⁷ y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público¹⁸.

¹⁷ Ver en particular Gaspar Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico, Fundación de Estudios de Regulación, Editorial Comares, segunda edición, Granada, 2001, Págs. 487-614; Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, segunda edición, C.E. Ramon Areces, Madrid, 2000, Págs. 299-340; Juan Carlos Cassagne Derecho Administrativo, quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, Págs. 416-444.

¹⁸ Sobre la noción de servicio público y su evolución reciente en el derecho francés en el que tuvo origen ver Pierre Espulgas, Le service public, 2e édition, Dalloz, Paris, 2002. Ver igualmente Jacques Chevallier, Le service public, Que sais-je, PUF, 3^e édition, Paris 1994 y Jean Paul Valette « Le service public à la française », Ellipses., Paris, 2000.

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, -que en sí mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas-, mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica *per se* dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).¹⁹

En esta misma línea, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en auto del 15 de agosto de 2007, acepta el giro que sufrió la concepción del servicio público a partir del modelo económico adoptado en la Constitución de 1991, sosteniendo que esta actividad ha dejado de ser asociada con el ejercicio de función pública, por lo que se ha relegado al Estado en el papel de asegurador, a través de la intervención económica en un escenario de libre mercado y acceso. Afirmó el máximo Tribunal Contencioso Administrativo:

La Carta de 1991, al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica, introdujo un cambio sustancial: el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la ‘función pública’ y optó por un ‘nuevo servicio público’ basado en el modelo competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía²⁰.

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 28 de enero de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. (Sentencia Número C-037), pág. 51 y 52.

²⁰ Cfr. “*Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios*”, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss y CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 037 de 2003.

De ahí que los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo “*neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final*”²¹.²²

De este pequeño, pero dicente recorrido doctrinal, legal y jurisprudencial, se concluye que desde el mismo modelo de Estado económico fijado en la Constitución Política de 1991, se optó por un proyecto político neoliberal. En este se propende por la separación de las nociones de servicio público y función pública/administrativa, asignando la prestación a las entidades públicas, a los particulares y a las comunidades organizadas en un escenario de libre mercado. Por su parte, la regulación, vigilancia y control al mismo Estado, se presentan como un ejercicio de función administrativa, lo que constituye una clara redefinición de los roles del Estado y de los agentes privados en consideración a la noción tradicional de los servicios públicos.

Esto nos lleva a asumir como posición la preponderancia eminentemente económica que la Carta Política le asigna a los servicios públicos, por lo que las funciones del Estado se dirigen primordialmente a su aseguramiento –*principios de continuidad y universalidad*– a través de la

²¹ "Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?" en Revista Contexto, Revista de Derecho y Economía, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2004, Edición especial No. 18.

²² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA. Auto del 15 de agosto de 2007. Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. (Radicación Número: 88001-23-31-000-2005-00004-01), pág. 24 y 27.

intervención en la economía, la vigilancia y el control, las cuales, en últimas buscan la promoción de la competencia y la protección del libre mercado.

Pese a lo dicho, se advierte que no se puede dejar de lado que, principalmente, la prestación de servicios públicos continúa siendo un medio para lograr los fines sociales del Estado, los cuales se encuentran ligados al mejoramiento de las condiciones de vida de los individuos *–sin que esto condicione el régimen jurídico aplicable–*. Es decir, la protección del interés general sigue siendo la justificación de la existencia del servicio público como actividad y como concepto, por lo que, independiente del prestador y del régimen jurídico al que se encuentre sometido, mientras el objetivo sea la satisfacción de necesidades generales que las personas individualmente no se pueden proveer, se puede hablar de servicios públicos, y es esto lo que justifica la intervención del Estado en tales actividades, específicamente en las actividades de regulación, control y vigilancia, y que se pueda afirmar que, al menos desde una concepción legal y constitucional, los servicios públicos no son una actividad libre dentro del mercado.

A partir de esta conceptualización, en el siguiente capítulo se abordará a fondo el estudio del Sistema Penitenciario y Carcelario, en específico su marco normativo y regulatorio, las instituciones que lo componen, las principales funciones que cumple y servicios que presta. Este estudio será clave para emprender el análisis de la relación que se presenta entre los conceptos de servicio público y función pública/administrativa y el SPC, en lo que será el desarrollo del objetivo principal del presente trabajo.

2. El sistema penitenciario y carcelario en Colombia

Con el fin de establecer qué actividades y servicios se prestan dentro del sistema penitenciario y carcelario (SPC), de modo que sea posible determinar su naturaleza, así como su correspondencia o divergencia con los conceptos de servicio público y función pública-administrativa que se acaban de estudiar, en el presente capítulo se pretende hacer un estudio sobre los elementos constitutivos del mismo, así como de cuáles son sus objetivos, principios y fines, de acuerdo a la normatividad constitucional y legal vigente que le resultan aplicables.

De tal modo, se analizará qué instituciones hacen parte del SPC, cuál es el marco normativo por el cual se regula y qué servicios son prestados por cada una de las instituciones y dependencias que lo conforman, detallando sus funciones y competencias. De igual forma, se realizará una descripción somera, con fines de contextualización, de las principales crisis por las que atraviesa el sistema penitenciario y carcelario en nuestro país, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 y de las declaratorias de “Estado de Cosas Inconstitucional” realizadas por la Corte Constitucional.

Conforme al análisis propuesto, se pretende entonces realizar un acercamiento a la aplicación de los conceptos de servicio público y función pública en el Sistema Penitenciario y Carcelario. El desarrollo de lo anterior permitirá llegar a la conclusión inicial de que el ejercicio de función administrativa en este se presenta continuamente y de manera preponderante.

2.1 Definición del sistema penitenciario y carcelario. Principales antecedentes y estado actual

Para empezar a hablar de un Sistema Penitenciario y Carcelario (SPC), lo primero que conviene observar es el objeto sobre el cual se ubican sus actividades y funciones, el cual corresponde principalmente a la noción de la pena. Al respecto, tenemos que la sanción penal corresponde a una pérdida o limitación de un derecho personal o de un bien jurídico, la cual se impone por el Estado a través de sus autoridades jurisdiccionales, como una consecuencia legítima y necesaria de la violación a una norma penal, a través del procedimiento definido legislativamente para ello (Mesa Velásquez, 1962).

Así mismo, sobre la pena se distinguen tres momentos que definen sus fases de aplicación. En un primer momento la pena se presenta como una amenaza legal, es decir, como un medio de prevención general de la criminalidad a través de la coacción psicológica del castigo por el cometimiento de determinada acción prohibida por el Legislador. En un segundo momento, la pena entendida de manera abstracta es aplicada de manera concreta por la autoridad jurisdiccional sobre el individuo infractor de conformidad con las normas sustanciales y procedimentales que regulan la sanción penal. Por último, está un tercer momento que se presenta con posterioridad a la sentencia condenatoria, el cual corresponde a la ejecución de la pena impuesta, es decir, la aplicación material de la sanción penal (Mesa Velásquez, 1962).

De manera general, se observa que la sanción principal que se presenta en gran parte de los sistemas de justicia penal del mundo *-incluido el colombiano-* es la privación de la libertad.

En este punto es donde se ubica el campo de acción del SPC, es decir sobre el control y administración de la pena, específicamente la privativa de la libertad, lo cual para llevarse a cabo requiere la participación de la Administración mediante el despliegue de intensas actividades que buscan el cumplimiento de los fines y objetivos de la pena. No obstante, no se debe perder de vista que la actividad administrativa en la fase de ejecución de la pena cumple una función instrumental y subordinada respecto al poder jurisdiccional, en tanto la administración penitenciaria no es parte del proceso penal (Rivera Beiras, 2009)

Se tiene entonces que el sistema penitenciario y carcelario es un instrumento del derecho que engloba un conjunto de normas, instituciones y prácticas que regulan la aplicación material del castigo penal, derivado de una decisión proveniente de una autoridad jurisdiccional legitimada para disponer la aplicación de una pena a un determinado sujeto y que se encarga de administrar y controlar las situaciones posteriores al confinamiento, como el cumplimiento de los fines de la pena en sus dimensiones preventiva, retributiva y de protección, así como la aplicación al interno del tratamiento penitenciario con fines de resocialización²³. La función conferida al sistema corresponde entonces a la necesidad general de ejecutar materialmente las decisiones impuestas por las autoridades judiciales competentes que impliquen la privación de la libertad de un individuo, ya sea mediante medidas de aseguramiento, penas privativas de la libertad personal o medidas de seguridad²⁴.

Dicho servicio busca la correcta ejecución del tratamiento penitenciario, cuya función es la resocialización del interno mediante el empleo de unas fases graduales que lo preparen para la

²³ Artículo 9° de la Ley 65 de 1993.

²⁴ Artículo 14 de la Ley 65 de 1993.

vida en libertad, una vez cumpla con la pena, las cuales se verifican a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia²⁵. De igual manera, la aplicación material de la pena busca cumplir los mismos fines de la pena privativa de la libertad, como son la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (Instituto Rosarista de Acción Social "Rafael Arenas Ángel" –SERES–, 2011).

El sistema penitenciario y carcelario inicialmente se introduce entonces dentro de los servicios que hacen parte de la función pública de administración de justicia y de la función de policía en lo que respecta a la prestación de seguridad. Estos servicios, para el caso colombiano, son proporcionados directamente por el Estado a través de una serie de instituciones públicas, tal como lo define la Ley 65 de 1993 “Código Penitenciario y Carcelario”²⁶.

La administración de la sanción penal en Colombia, desde los inicios de la República, se ha dado a través de instituciones públicas, centralizadas la mayoría de las veces y dependientes de los órganos de la rama ejecutiva creados para tal efecto. A pesar de que los fines de la pena han sufrido profundas variaciones a través de las épocas, donde se ha pasado de los simples objetivos de justicia retributiva hasta los llamados ideales de resocialización, muchos de los males que han aquejado a los establecimientos penitenciarios desde su creación continúan

²⁵ Artículo 143 Ley 65 de 1993.

²⁶ Artículo 15 de la Ley 65 DE 1993. SISTEMA NACIONAL PENITENCIARIO. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1709 de 2014. > El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho; el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec), como, adscritos al Ministerio de Justicia y del Derecho con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; por todos los centros de reclusión que funcionan en el país; por la Escuela Penitenciaria Nacional; por el Ministerio de Salud y Protección Social; por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y por las demás entidades públicas que ejerzan funciones relacionadas con el sistema.

vigentes a pesar de las variaciones normativas y de las reformas institucionales, donde la principal característica ha sido la concentración de la administración del castigo penal a través de entidades del sector público.

Es así como a nivel nacional la institución de la cárcel y de la privación de la libertad como pena cuenta con antecedentes remotos, tanto desde la época de la Colonia como en los inicios del período republicano. Como ejemplo de ello se encuentra la denominada *Recopilación de Indias* de 1680 –donde se reguló la custodia y guardia de presuntos delincuentes procesados– (Posada Segura, 2009); el Decreto del 14 de marzo de 1828, por medio del cual se reguló la ubicación de los centros de reclusión, los recursos para su mantenimiento, el trabajo penitenciario y la separación de los prisioneros entre hombres y mujeres, además, se definió que tales centros se encontrarían bajo la dirección de los jefes de policía y la vigilancia de los gobernadores (Instituto Rosarista de Acción Social "Rafael Arenas Ángel" –SERES–, 2011); y la Ley del 30 de mayo de 1935, adicionada luego por la Ley del 30 de mayo de 1936 sobre Presidios Urbanos que tenía como objeto de regulación los centros de reclusión donde se encontraban ubicadas las personas procesadas o condenadas penalmente bajo las regulaciones de Indias (Posada Segura, 2009).

Ya definida la independencia de la nación, en 1838, bajo la presidencia de José Ignacio de Márquez Barreto, se introdujo la Ley de establecimientos de castigo, paralelamente con el primer Código Penal, en el cual se crearon cuatro tipos de establecimiento de castigo –*trabajos forzados, presidios, casas de reclusión y lugares de prisión*–, así como varios tipos de sanciones para los castigados con trabajos forzados, presidiarios y reclusos (Posada Segura, 2009, pág. 238). Luego, como primer antecedente legislativo de principios del siglo XX se encuentra la Ley 35 de 1914,

por medio de la cual se creó la Dirección General de Prisiones como una entidad reguladora de la función penitenciaria y se nacionalizaron las casas de presidio. Allí se trataron los temas relativos a la vigilancia y control de las cárceles, así como de la guardia y protección del interno. (Instituto Rosarista de Acción Social "Rafael Arenas Ángel" –SERES–, 2011). En este mismo período se promulgó el Decreto 1992 del 13 de diciembre de 1915 donde se desarrollaron aspectos relativos a la administración de los centros de reclusión (Posada Segura, 2009).

Para 1962, en el gobierno del presidente Guillermo León Valencia, se presentó una reforma al Ministerio de Justicia, donde la División de Prisiones fue elevada nuevamente al nivel de Dirección General de Prisiones, encargándose de dicha entidad al coronel de la Policía Nacional Bernardo Echeverri Ossa, quien se considera como el modernizador del derecho penitenciario colombiano (Instituto Rosarista de Acción Social "Rafael Arenas Ángel" –SERES–, 2011). Es así que bajo la influencia y participación del director Echeverri Ossa, se profirió el Decreto Legislativo 1817 del 17 de julio de 1964, norma que constituye el primer antecedente de normativización del tratamiento penitenciario como un fin de la pena, así como la formación y profesionalización de los funcionarios y guardianes de las prisiones.

Esta norma, en principio, reformó y adicionó el Decreto 1405 de 1934 *-por medio del cual se reorganizó la Dirección General de Prisiones-*, introduciendo los nuevos lineamientos fijados por la Organización de las Naciones Unidas mediante las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955, dispuso la separación de los internos en hombres, mujeres, menores, adultos, detenidos y condenados; además creó el Cuerpo de Custodia y Vigilancia penitenciaria, a cuyos miembros se les comenzó a profesionalizar a través de la Escuela Penitenciaria Nacional, creada en el Decreto 1522 de 1966 (Posada Segura, 2009). No obstante, de acuerdo a las

facultades extraordinarias otorgadas por el Legislador, lo que se desarrolló en dicha norma fue un nuevo estatuto penitenciario (Posada Segura, 2009).

A pesar de los avances que suponían algunas de las reformas del Decreto 1817 de 1964 en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la profesionalización del personal penitenciario, la población carcelaria iba en un aumento proyectado, lo cual denotaba la aplicación sin proporción de penas privativas de la libertad y medidas de aseguramiento para procesados en establecimientos carcelarios. Así mismo, la clasificación de los internos en la realidad no reflejaba lo ordenado por las normas penitenciarias y al interior de las cárceles se comienzan a presentar los mismos problemas de orden público que sucedían a las afueras de las mismas, tales como guerras de poder, mafias y corrupción, aunado a la constante violación de derechos fundamentales y las inadecuadas instalaciones en que se presta el encarcelamiento (Instituto Rosarista de Acción Social "Rafael Arenas Ángel" –SERES–, 2011). Este escenario alejaba entonces el ideal de resocialización que se pretendía lograr con la introducción del tratamiento penitenciario.

Bajo este panorama y una vez entró en vigencia la Constitución Política de 1991, en el año 1992 se da la creación del Instituto Penitenciario y Carcelario, a través del Decreto 2160, el cual fusionó el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y la Dirección General de Prisiones. De dicha entidad se hablará de manera especial más adelante en el apartado correspondiente

Finalmente, el actual modelo del SPC es el regulado en la Ley 65 de 1993, actual Código Penitenciario y Carcelario, normatividad cuyo propósito era la implementación de una nueva política penitenciaria que recogiera los principios de orden constitucional de legalidad, respeto a

la dignidad humana, acceso a garantías constitucionales y protección de los derechos fundamentales en el marco de un proceso de resocialización del interno a través de la aplicación de fases progresivas (Federación Iberoamericana de Ombudsman, 2007). La Ley 65 de 1993 fue profundamente reformada por la Ley 1709 de 2014, norma que se inserta dentro de una política criminal y penitenciaria que busca corregir los problemas de hacinamiento carcelario y de violación a los derechos fundamentales de los internos, a través de la flexibilización de algunas sanciones penales y de las medidas de aseguramiento, así como estableciendo nuevas garantías para los reclusos en materia de tratamiento penitenciario, acceso a servicios básicos y protección de sus derechos (Ministerio de Justicia y del Derecho - Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, 2014).

2.2 Principios y fines del sistema penitenciario y carcelario colombiano

Desde el plano constitucional y legal, existen principios, fines y objetivos que orientan las actividades desplegadas por las entidades que hacen parte del Servicio Penitenciario y Carcelario, es decir que cada una de las funciones legalmente asignadas a estas instituciones deben asegurar su cumplimiento por la relevancia de los bienes jurídicos en juego como es el desarrollo del tratamiento penitenciario y de los fines de la pena, que finalmente es la base justificadora de la sanción penal para el modelo acogido positivamente en el modelo colombiano.

2.2.1 Principios del sistema penitenciario y carcelario.

De acuerdo a la estructura normativa presentada en la Ley 65 de 1993, junto con sus posteriores modificaciones, el SPC busca desarrollar algunos principios superiores y derechos fundamentales de los individuos en el ámbito de la prisión, que fueron fijados en la Constitución Política de 1991 y que por ello se definen como principios rectores del sistema, estos son: la legalidad, la igualdad y el respeto a la dignidad humana²⁷.

Sobre el principio de legalidad, el artículo 2° de la Ley 65 de 1993 reafirma en su redacción original el derecho a la libertad, consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política, cuando indica que toda persona es libre, por lo que nadie puede ser privada de su libertad por prisión, arresto o detención, a menos que medie una orden de autoridad judicial competente, con cumplimiento de las formalidades legales y por los motivos dispuestos por la Ley (Téllez Aguilera, 1996). La anterior disposición fue complementada por el artículo 1° de la Ley 1709 de 2014, el cual señala que a nadie se le puede someter a una pena, medida de seguridad o régimen de ejecución que no esté fijado en la legislación vigente y estableció el carácter excepcional de la detención preventiva para las personas que se encuentran en las fases de investigación y juzgamiento (Ministerio de Justicia y del Derecho - Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, 2014).

En lo relativo al principio de igualdad, el artículo 3° *id.*, el cual guarda una estrecha concordancia con el artículo 13 Superior, fija una prohibición de toda forma de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión y opinión política o

²⁷ Artículos 2° a 12 de la Ley 65 de 1993

filosófica. No obstante, se hace la salvedad de que en determinadas situaciones es posible establecer distinciones razonables por motivos de seguridad, resocialización y para el cumplimiento de las sentencias y las políticas carcelarias. Esta premisa se hace explícita con el artículo 3° con la posterior adición de la Ley 1709, que demanda que las medidas penitenciarias deben adoptar un enfoque diferencial, es decir que el tratamiento penitenciario debe considerar las condiciones de cada persona y de allí plantear su respectivo proceso de resocialización (Ministerio de Justicia y del Derecho - Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, 2014).

El artículo 5° de la norma en mención establece el principio de respeto a la dignidad humana, el cual debe prevalecer en todos los establecimientos de reclusión como una garantía de respeto a las garantías constitucionales y a los derechos humanos *–aun en los casos de carencia de recursos–*, por lo que se prohíbe todas las formas de violencia contra el interno, así como las penas de muerte, destierro, prisión perpetua y confiscación (art. 6). De igual forma, la Ley 1709 reitera que las restricciones propias de la privación de la libertad encuentran su límite en los criterios de necesidad y proporcionalidad respecto a los objetivos de tal medida, pues se debe entender que cualquier atropello contra la dignidad humana se convierte en la principal restricción para la aplicación del tratamiento penitenciario y para la preparación del individuo para la vida en libertad.

2.2.2 Fines del sistema penitenciario y carcelario.

Por su parte, en lo que respecta a los fines del SPC, se observa que estos guardan correspondencia con lo que se ha definido como los *(i)* fines de la pena, de las *(ii)* medidas de seguridad, del *(iii)* tratamiento penitenciario y de la *(iv)* detención preventiva.

Sobre los *(i)* fines de la pena, es decir, la que se aplica a los individuos condenados, el artículo 9° de la Ley 65 de 1993 le confiere dos funciones, la primera de protección y prevención, y la segunda la de resocialización del condenado, la cual constituye su fin primordial. De allí se infiere que los fines de la pena en el SPC se ocupan de tres elementos básicos: (a) La prevención en su dimensión general²⁸ y especial²⁹; (b) La represión que se manifiesta mediante lo que se denomina retribución justa que se da a través de la reacción del sistema jurídico a la infracción penal cometida; y (c) La resocialización, que busca la reinserción del individuo infractor en la sociedad, fin que se ejecuta a través de la aplicación del tratamiento penitenciario, el cual será tratado en un aparte siguiente.

Sobre los fines de las *(ii)* medidas de seguridad³⁰, el mismo artículo 9° de la Ley 65 establece que esta busca la curación, tutela y rehabilitación. Lo anterior encuentra fundamento en que las medidas de seguridad sólo aplican para los inimputables penales. Por tanto, con la función de curación se busca la sanación de la persona hasta la recuperación del juicio cuando esto es posible; con la tutela se pretende la protección de la sociedad de los potenciales daños que

²⁸ Es decir, la que busca disuadir a todos los miembros de la sociedad para que no se cometan delitos.

²⁹ Por la cual se busca disuadir al individuo infractor para que no reincida en la comisión de delitos en el futuro.

³⁰ Art. 4 L. 65/93: ...”Son medidas de seguridad las aplicables a los inimputables conforme al Código Penal.”

pueda cometer el individuo, y con la rehabilitación se busca la readaptación del individuo al medio social a través de una vida productiva y estable³¹.

Llegado al punto que se refiere a los fines del *(iii)* tratamiento penitenciario, vale la pena precisar que este es uno de los máximos objetivos del SPC, en cuanto es el servicio que precisamente desarrolla la función de la pena que, en últimas, es la justificación misma del SPC. El artículo 10, en armonía con el artículo 142 de la Ley 65 de 1993, dispone que con el tratamiento penitenciario se busca la resocialización del infractor penal, inicialmente mediante el estudio científico del condenado a través de un examen de su personalidad y luego bajo la realización de actividades orientadas a la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, a las cuales se accede a través del llamado sistema progresivo (art. 12 L. 65/93), concebido como un plan metodológico de fases que determina la intensidad del referido tratamiento (Uribe Barrera, 2012).

El denominado sistema progresivo del tratamiento penitenciario se encuentra compuesto por cinco fases, a saber: *(a)* observación, diagnóstico y clasificación del interno; *(b)* alta seguridad que comprende el período cerrado; *(c)* mediana seguridad que comprende el período semiabierto; *(d)* mínima seguridad o período abierto y *(d)* de confianza, la cual coincide con la libertad condicional. Igualmente, la promoción de una fase a otra se encuentra a cargo del denominado Comité de Evaluación y Tratamiento (art. 145 L. 65/93). Ahora bien, para tratadistas como Posada Segura, las cinco fases del tratamiento penitenciario sólo están consagradas normativamente puesto que en la realidad de los establecimientos sólo se presentan dos períodos.

³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 6 de mayo de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número C-176).

El primero, que va desde que inicia la reclusión hasta el momento en que el interno pueda solicitar la libertad provisional; y el segundo, que va desde el momento en que es procedente la solicitud de dicho mecanismo hasta el cumplimiento de la condena (Posada Segura, 2009).

Finalmente, retornando a lo que son los fines del SPC, encontramos en último lugar que éste también debe buscar la consecución de los *(iv)* fines de la detención preventiva, medida ésta que es de aplicación exclusiva para imputados penales -no condenados-, pues esta pretende su comparecencia durante el curso del proceso penal, la conservación de la prueba, la protección de la comunidad y de las víctimas y la efectividad de la pena a imponer al final del proceso. Tales medidas podrán ser decretadas siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: *(a) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; (b) que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o (c) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia* (art. 308 L.906/04).

Vale la pena resaltar que el uso amplio y excesivo de las medidas de aseguramiento constituye uno de los factores de crecimiento de la población carcelaria, cuestión que ha contribuido enormemente al empeoramiento de las condiciones de vida de los reclusos, tal como se ha establecido en las sentencias por medio de las cuales la Corte Constitucional ha declarado el estado de cosas inconstitucional en el ámbito carcelario (Sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013).

El sometimiento a fines y principios legales y constitucionales del SPC ha justificado a través de varias épocas que los servicios penitenciarios siempre hayan sido prestados por

entidades de naturaleza pública, pues estos presentan una mezcla de servicios sociales, de seguridad y justicia cuyo tradicional garante ha sido el Estado *-sin dejar de lado la influencia decisiva de la misma política criminal estatal-*, en cuanto se les ha tratado como típicas funciones públicas. No obstante, como se verá a continuación, la precariedad en la prestación de servicios penitenciarios por parte de las autoridades públicas ha llevado al incumplimiento sistemático de la mayoría de tales principios y fines por lo que resulta relevante realizar un replanteamiento del mismo sistema como se ha contemplado hasta ahora, es decir, analizar hasta qué punto el esquema actual garantiza los principios y fines expuestos y qué nuevos modelos son compatibles con ellos.

2.3 Instituciones y servicios que integran el sistema penitenciario y carcelario: marco normativo y diseño institucional

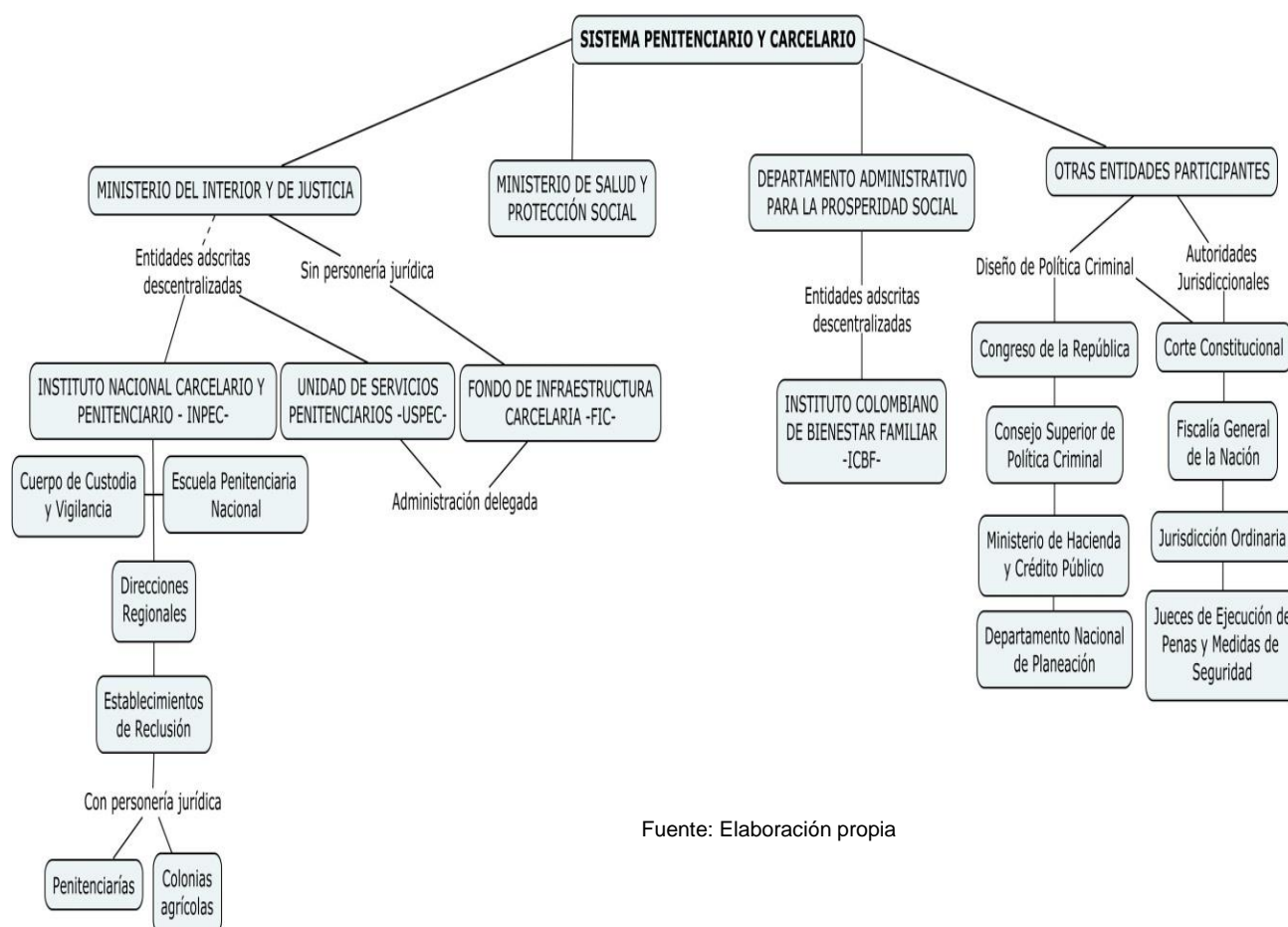
Como ya se expuso, en el momento en que la autoridad jurisdiccional competente dispone la privación de la libertad de un individuo, ya sea por la aplicación de una medida de aseguramiento o de una pena derivada de una condena penal, se pone en movimiento el andamiaje que configura el SPC a través de las instituciones que lo conforman, las cuales cumplen unas determinadas funciones en lo que atañe a las situaciones derivadas del confinamiento, así como en la aplicación misma del tratamiento penitenciario.

De conformidad con el artículo 15 de la Ley 65 de 1993, junto con la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 1709 de 2014, el SPC se compone totalmente de instituciones públicas, todas pertenecientes a la rama ejecutiva, entre las que se encuentran: el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, la Unidad de Servicios Penitenciarios -

USPEC-, ambos adscritos al Ministerio de Justicia y del Derecho, todos los centros de reclusión que funcionan en el país, la Escuela Penitenciaria Nacional, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, así como las demás entidades públicas que ejerzan funciones relacionadas con el sistema. Tales participantes serán tratados a continuación.

GRÁFICO 1

- Composición del Sistema Penitenciario y Carcelario Colombiano.



Fuente: Elaboración propia

2.3.1. Ministerio del interior y de justicia.

En primer lugar, como articulador y cabeza del SPC, se encuentra el Ministerio de Justicia y del Derecho, que en principio, se ocupaba de la administración de los juzgados y las penitenciarías del país, tal como se detalló en el sub-acápito que precede. No obstante, con la promulgación de la Constitución Política de 1991 y las posteriores transformaciones legislativas ocasionadas por la nueva Carta, esta cartera asumió el papel de planificador de políticas públicas criminales, penitenciarias y jurídicas, por lo que las funciones de administración y ejecución penitenciaria pasaron a sus entidades adscritas, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- y la Unidad de Servicios Penitenciarios -USPEC-.

2.3.2 Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-.

La entidad más importante dentro del sistema es el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- creado por el Decreto 2160 de 1992³² por el Presidente de la República en ejercicio de las competencias conferidas por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política, a partir de la fusión de la Dirección General de Prisiones con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. La naturaleza jurídica del INPEC corresponde a un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, con personería jurídica propia, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

³² A pesar que esta norma fue subrogada en gran medida por el Decreto 1890 de 1999, los artículos 1° y 2°, por medio de los cuales se dio creación a la entidad y se definió su naturaleza, continúan vigentes.

De esta primera definición legal del INPEC se deduce que dicha entidad, al tener la calidad de organismo adscrito de un Ministerio, tiene una alta relación de dependencia frente a la administración central. Además, al tratarse de un establecimiento público, conforme lo dispone el artículo 70 de la Ley 489 de 1998, principalmente se encarga de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos, bajo el sometimiento a un régimen de derecho público –*en materia de actos administrativos, contratos, control fiscal, control disciplinario, relaciones laborales, entre otros*-. En este punto, el hecho de que a los establecimientos públicos se les asigne el cumplimiento de funciones administrativas, implica el traslado de actividades y potestades de la Administración central a una nueva entidad especializada para tales efectos, lo que significa que hace parte de la llamada descentralización por servicios (Rodríguez, 2011).

Conforme se dispone en el artículo 14 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 3° del Decreto 2636 de 2004, corresponde al INPEC como representante del Gobierno Nacional la ejecución de las penas privativas de la libertad impuestas a través de sentencias penales condenatorias, el control de las medidas de aseguramiento, del mecanismo de seguridad electrónica, así como la ejecución del trabajo social no remunerado. Respecto a la función de ejecución de las penas privativas de la libertad, debe tenerse en cuenta que, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-394 del 7 de septiembre de 1995, “*la ejecución de que trata, no es la ejecución de penas, potestad jurisdiccional en cabeza de los jueces de penas, sino de una ejecución de carácter administrativo, a nivel interno, compatible con la función natural del gobierno...*”³³. Es decir, que dicha facultad está orientada más hacia las situaciones derivadas de la pena que se dan al interior del establecimiento penitenciario, tal como sucede con la aplicación del tratamiento penitenciario, régimen interno, régimen disciplinario, entre otros.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-394 del 7 de septiembre de 1995. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa

De acuerdo al esquema planteado en el Decreto 2160 de 1992, con la creación del INPEC se buscó un esquema de descentralización administrativa para el funcionamiento del sistema penitenciario a través de la organización de las Direcciones Territoriales, así como un esquema de desconcentración de funciones donde el nivel central fija las políticas penitenciarias sin ocuparse de las actividades de orden operativo (Acosta Muñoz, 2007).

Por su parte, en lo que respecta a las funciones del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, estas han sufrido una transformación desde su formulación inicial en el artículo 4° del Decreto 2160 de 1992. Esto se debió a la escisión de funciones relacionadas con el diseño, adquisición de terrenos, construcción, reconstrucción, refacción, ampliación y equipamiento de la infraestructura carcelaria, lo cual se produjo inicialmente con la creación del Fondo de Infraestructura Carcelaria -FIC- a través del Decreto 1890 de 1999, así como con la creación de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- por medio del Decreto 4150 de 2011, donde se escindieron las funciones relacionadas con la prestación de servicios carcelarios, suministro de bienes, infraestructura y apoyo logístico y administrativo.

Es así que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2° del Decreto 4151 de 2011, el INPEC tiene a su cargo un número amplio de funciones de características misionales, de apoyo, administrativas y de servicios. Al respecto, la principal función de esta entidad, en lo atinente a su misión, corresponde a la ejecución de la política penitenciaria y carcelaria a través del ejercicio de autoridad administrativa, de la que también es partícipe en su fase de formulación; así mismo, le corresponde el diseño, implementación y seguimiento de los planes, programas y proyectos para el cumplimiento de su misión institucional, actividades que realiza generalmente por medio de actos administrativos.

Por su parte, entre las funciones administrativas del INPEC se encuentran las siguientes:

- Crear, suprimir y fusionar establecimientos de reclusión de acuerdo a las necesidades de la política penitenciaria y carcelaria.
- Autorizar a la Fuerza Pública para ejercer la vigilancia interna en los establecimientos de reclusión cuando excepcionalmente lo exija el mismo orden público.
- Implementar el Sistema de Carrera Penitenciaria y Carcelaria, así como el diseño y ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos de inducción, formación, capacitación, actualización y especialización de los miembros de la entidad.

Entre las funciones de apoyo, es decir aquellas funciones secundarias que sustentan a las funciones primarias, están las de:

- Gestionar y coordinar con las autoridades competentes las medidas para el tratamiento de los inimputables privados de la libertad.
- Gestionar las estrategias para la asistencia pospenitenciaria en colaboración con otras entidades.
- Coordinación de las actividades con las demás entidades que ejerzan funciones relacionadas con la gestión penitenciaria y carcelaria.
- Impulsar y realizar investigaciones y estudios sobre la ejecución de la política y el funcionamiento del sistema penitenciario y carcelario.
- Asesorar a las entidades territoriales en materia de gestión penitenciaria y carcelaria.
- Coadyuvar en la elaboración de proyectos de ley y normas en lo relativo a los objetivos, misión y función de la entidad.

- Gestionar alianzas para la consecución de recursos de cooperación nacional o internacional.
- Implementar estrategias de atención y participación del ciudadano.

Luego están las actividades de servicios desarrolladas por el Instituto, entre las cuales están:

- Custodiar y vigilar a las personas privadas de la libertad al interior de los establecimientos de reclusión para garantizar su integridad, seguridad y el cumplimiento de las medidas privativas de la libertad.
- Vigilar a las personas privadas de la libertad fuera de los establecimientos de reclusión para garantizar el cumplimiento de las medidas impuestas por autoridad judicial.
- Garantizar el control sobre la ubicación y traslado de la población privada de la libertad.
- Prestar los servicios de atención integral, rehabilitación y tratamiento penitenciario a la población privada de la libertad.
- Desarrollar y consolidar el Sistema Nacional de Información Penitenciaria y Carcelaria.
- Determinar las necesidades en materia de infraestructura, bienes y servicios requeridos para luego ser solicitados a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios.

Las anteriores funciones generales del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, a su vez, se encuentran repartidas a través de las funciones específicas que son asignadas a cada una de las dependencias que hacen parte de la estructura de la entidad, la cual se encuentra conformada actualmente en el nivel superior por el Consejo Directivo, instancia esta que se ocupa principalmente de formular las políticas generales del INPEC y sus planes estratégicos, así como lo relacionado con el control y funcionamiento de la entidad (Instituto Rosarista de Acción Social

"Rafael Arenas Ángel" –SERES–, 2011), como lo es la verificación de la ejecución de la política penitenciaria, la evaluación de resultados institucionales, la determinación del número de direcciones regionales, la adopción del estatuto interno de la entidad, entre otras.

En un segundo nivel, pero con una línea de mando directa sobre las demás dependencias, se encuentra la Dirección General encabezada por el Director General³⁴, quien cumple con funciones referidas a la organización y misión propia de la institución en materia de derechos de los internos (art. 8 D. 4150/11), además de funciones administrativas propias de la entidad y de la vida penitenciaria³⁵.

Por último, en el tercer nivel organizacional se encuentran cinco direcciones adicionales, todas dependientes de la Dirección General. Ésta son la Dirección de Custodia y Vigilancia, la Dirección de Atención y Tratamiento, la Dirección Escuela de Formación, la Dirección de

³⁴ La Dirección General, a su vez, se compone de seis oficinas asesoras, estas son, la Oficina Asesora de Planeación –encargada de la elaboración de los planes estratégicos, operativos y de desarrollo administrativo- (art. 9 D. 4151/11), la Oficina Asesora Jurídica –encargada del asesoramiento y formulación de directrices jurídicas- (art. 10 D. 4151/11), la Oficina Asesora de Comunicaciones –gestión de comunicaciones y de imagen institucional- (art. 11 D. 4151/11), la Oficina de Sistemas de Información –administración de los sistemas de información del Instituto- (art. 12 D. 4151/11), la Oficina de Control Interno – ejecución de procesos de auditoría y desarrollo del sistema de gestión de la calidad- (art. 13 D. 4151/11) y la Oficina de Control Interno Disciplinario –aplicación y trámite del régimen disciplinario- (art. 14 D. 4151/11).

³⁵ Entre tales funciones se encuentra la de determinar la seguridad interna y externa de los centros de reclusión; ejercer la facultad nominadora; asignar los centros de reclusión para condenados e investigados que se les haya privado de la libertad; expedir el reglamento general de la institución y aprobar los reglamentos internos de los establecimientos de reclusión y expedir los actos administrativos requeridos para determinar las actividades que se asimilan a estudios para la redención de pena, para reglamentar los procedimientos de otorgamiento de beneficios administrativos, para adoptar los servicios pospenitenciarios y para fijar los criterios de traslado de internos.

Gestión Corporativa³⁶ y las Direcciones Regionales –según lo indicado en el artículo 7° del Decreto 4151 de 2011-.

En este punto, resulta necesario para el presente trabajo ocuparse de cuáles son las actividades misionales realizadas al interior del INPEC por parte de las direcciones mencionadas, específicamente las que están ligadas al tratamiento penitenciario y vigilancia, así como de los servicios de salud, educación y trabajo, pues se requiere establecer las formas en las que actualmente son prestados. De allí, se analizará en el próximo capítulo cuales son las perspectivas que se podrían presentar para su futura prestación, ya sea mediante exclusividad pública o con la participación de particulares.

En primer lugar, para las actividades relacionadas con el tratamiento penitenciario y la atención en salud, educación y trabajo, el INPEC cuenta con la Dirección de Atención y Tratamiento. Esta cumple con las funciones de planificación, evaluación, seguimiento y ejecución de los programas de atención básica de los internos, específicamente en las áreas de salud, atención psicosocial del interno y sus familiares, asistencia espiritual y religiosa y formación laboral y educativa (art. 18 D. 4151/11).

Como se observa, esta Dirección cumple un importante papel dentro del SPC, puesto que de las actividades y servicios que legalmente tiene asignadas depende en gran medida el cumplimiento de los fines del sistema, en lo que respecta al aseguramiento de los derechos

³⁶ La Dirección de Gestión Corporativa, la cual se ocupa principalmente de las actividades administrativas, contables y financieras, así como las de contratación, de selección de personal, así como de los distintos procesos laborales que se llevan a cabo en la institución (art. 26 D. 4151/11). Dicha dirección se divide a su vez en las subdirecciones de talento humano y gestión contractual (arts. 27 y 28 D. 4151/11).

fundamentales de los internos y al cumplimiento del tratamiento penitenciario. Además, gran parte de los problemas que sufren los internos de los establecimientos penitenciarios vienen dados por la insuficiente prestación de tales servicios. Esta dependencia está dividida en cuatro Subdirecciones, cada una encargada de los servicios de: (a) salud, (b) atención psicosocial, (c) educación y (d) desarrollo de actividades productivas.

- **Salud.**

A la (a) Subdirección de Atención en Salud le corresponde la implementación de los programas de salud pública y de los programas de prevención al interior de los establecimientos de reclusión; igualmente es el garante de que los internos se encuentren vinculados al Sistema General de Seguridad Social en salud y que los servicios que requieran por patologías por fuera del Plan Obligatorio de Salud se encuentren cubiertos. Así mismo, debe garantizar la calidad de los alimentos suministrados y en general, mantener un ambiente sano dentro de los establecimientos de reclusión (art. 19 D. 4151/11).

Bajo la redacción original de la Ley 65 de 1993, los servicios de salud de los internos venían siendo cubiertos a través de un sistema interno de sanidad que debía velar por la atención que estos requirieran, además de realizar los respectivos exámenes de ingreso y egreso. Dicho sistema venía conformado por médicos, psicólogos, odontólogos, psiquiatras, terapeutas, enfermeros y auxiliares de enfermería y los servicios podían ser prestados por personal de planta o mediante contratos con entidades públicas o privadas, además se consideraba que tales actividades no hacían parte de los propósitos misionales del INPEC, pues la prestación de servicios de salud no estaba entre sus funciones (INPEC, 2012).

Este fue el esquema de prestación de servicios de salud adoptado por INPEC, el cual, ante las dificultades de cubrimiento y calidad, fue contratado únicamente con la empresa privada a partir del año 2005 (Federación Iberoamericana de Ombudsman, 2007). Luego, con la expedición de la Ley 1122 de 2007, por medio de la cual se reformó el Sistema de Seguridad Social en salud, en el literal m) del artículo 14, se dispuso que toda la población reclusa del país debía ser afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Lo anterior, llevó a que el Gobierno Nacional expidiera el Decreto 1141 de 2009 y posteriormente el Decreto 2777 de 2010, en donde se estableció que dicha afiliación debía ser en el régimen subsidiado de salud con las Empresas Promotoras de Salud de naturaleza pública del orden nacional.

El mandato de los citados Decretos obligó a que la afiliación al sistema de salud de los internos fuera obligatoriamente con la EPS CAPRECOM, por ser la única entidad promotora de salud de régimen subsidiado, de naturaleza pública y del orden nacional, para lo cual el INPEC suscribió varios contratos y prórrogas de los mismos con aquella entidad. Igualmente, el INPEC suscribió una póliza de seguros con la empresa Seguros Aurora S.A., la cual cubría el riesgo económico de las atenciones requeridas por los internos que se encontraran por fuera del Plan Obligatorio de Salud, que no fueran atendidos por la EPS CAPRECOM (INPEC, 2012).

Actualmente, con la reforma al Código Penitenciario y Carcelario, introducido por la Ley 1709 de 2014, especialmente en los artículos 65 a 70, la prestación de servicios de salud en el SPC viene dado bajo la garantía de acceso a todos los servicios de salud requeridos por los internos sin restricción alguna –*en las fases de prevención, diagnóstico y tratamiento*-, sin discriminación por su condición jurídica y sin necesidad de resolución judicial que ordene el

tratamiento médico. Así mismo, se ordenó a la Unidad de Servicios Penitenciarios adecuar en los centros de reclusión unidades de atención primaria y atención inicial de urgencias.

Para tal fin, se ordenó igualmente al Ministerio de Salud y Protección Social y a la USPEC diseñar un modelo de salud especial, diferenciado y con perspectiva de género para la atención en salud de la población reclusa con cargo al presupuesto general de la Nación. Así mismo, para el aseguramiento financiero de tales servicios se ordenó la creación del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos deben ser administrados por una entidad fiduciaria estatal. El fin de dicho fondo es la contratación de la prestación de los servicios de salud de las personas privadas de la libertad, de acuerdo al modelo de atención que sea diseñado por el Gobierno Nacional³⁷.

- **Atención Psicosocial.**

Por su parte, la (b) Subdirección de Atención Psicosocial se encarga de realizar los programas de mejoramiento de la calidad de vida de la población carcelaria en sus dimensiones cognitivas, afectivas y sociales; diseñar, implementar y evaluar los programas de atención e intervención psicológica penitenciaria; promover las actividades recreativas, deportivas y culturales en los establecimientos, entre otras actividades destinadas al mejoramiento del aspecto psicosocial de los internos. Lo anterior se lleva a cabo ya sea por parte de la misma institución o

³⁷ Dicho Fondo fue diseñado y reglamentado mediante el Decreto 2245 del 24 de noviembre de 2015, el que, a su vez, adicionó al Decreto 1069 del 26 de mayo del mismo año.

con la participación de entidades externas tanto públicas como privadas de todos los niveles que deben ceñirse a las pautas fijadas por la Subdirección (art. 20 D. 4151/11).

- **Educación.**

La (c) Subdirección de Educación se ocupa de la planeación, implementación y seguimiento de la prestación del servicio educativo prestado a la población privada de la libertad, lo cual conlleva a que participe en la elaboración de las políticas técnicas y pedagógicas para implementar el modelo educativo institucional, así como de la educación para la rehabilitación social (art. 21 D. 4151/11).

Conforme lo establece el artículo 94 de la Ley 65 de 1993, la educación -junto con el trabajo- constituye una de las bases fundamentales de la resocialización, motivo por el cual el estatuto penitenciario obliga a que en cada establecimiento haya centros educativos de educación permanente, cuyos programas deben ir desde la alfabetización hasta la instrucción superior. Para llevar a cabo tales actividades, se propugna por la celebración de convenios con instituciones educativas oficiales de educación superior para la implementación de centros educativos abiertos y a distancia, todo en el marco de la educación para la rehabilitación social establecida en el artículo 68 de la Ley 115 de 1994 o Ley General de Educación, la cual está dirigida a los grupos poblacionales cuyo comportamiento individual o social exige un proceso educativo integral.

Para el interno las actividades de estudio y de enseñanza, así como las actividades literarias, deportivas, artísticas y las realizadas en los comités de internos, le permiten redimir

parte de su pena en tiempo (art. 99 L.65/93), por lo que el correcto funcionamiento de este servicio es una oportunidad para la rehabilitación social del individuo.

- **Trabajo.**

La restante subdirección adscrita a la Dirección de Atención y Tratamiento, es la de *(d)* Desarrollo de Actividades Productivas que, por su parte, se ocupa del diseño, implementación, control y ejecución de programas para el desarrollo de competencias para la productividad y la generación de ingresos, así como de toda actividad laboral y productiva desarrollada por los internos. De igual manera, esta subdirección se encarga de diseñar las estrategias de comercialización de los bienes y servicios desarrollados por la población condenada (art. 22 D.4151/11).

Tal como sucede con la educación, el trabajo es la otra base bajo la cual se fundamenta el ideal de resocialización. En principio, la Ley 65 de 1993 establecía que el trabajo era sólo una obligación del interno (art. 79); no obstante, a partir de la reforma de la Ley 1709 de 2014 se denominó al trabajo como un derecho y una obligación social del interno; así mismo, se le presentó como un medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización (art. 55), de tal manera se le asignó al INPEC y a su dirección general la obligación de establecer qué labores son propicias para desarrollar en el ámbito penitenciario, siendo estas las únicas válidas para la redención de pena, por lo que se debe garantizar la posibilidad de que los internos puedan acceder al desarrollo de tales actividades –ya sea directamente o por celebración de contratos o convenios-, que sus labores puedan ser desarrolladas de manera eficiente y que sean

equitativamente retribuidas, eso sí, teniendo en cuenta la prohibición de manejo de dinero por parte de los internos dentro de los establecimientos penitenciarios.

Vale la pena resaltar que como estrategia de comercialización de los bienes y servicios producidos por la población penitenciaria dentro de las actividades de trabajo penitenciario, los artículos 90 a 92 de la Ley 65 de 1993 autorizaron al Gobierno Nacional para la creación de la sociedad de economía mixta “Renacimiento”, la cual fue puesta en funcionamiento en el año 1995³⁸; no obstante dicha sociedad fue rápidamente liquidada en el año 2003, según el Acta No. 21 de 2003 de la Asamblea General de la misma³⁹.

- **Custodia y Vigilancia.**

Continuando con los servicios prestados al interior del INPEC por las dependencias de la Dirección General, se encuentra la Dirección de Custodia y Vigilancia⁴⁰. Esta dirección cumple una de las funciones más importantes para el SPC, como lo es el mantenimiento de la custodia y vigilancia de los internos, así como la propia seguridad de los establecimientos. Por ello, en esta dependencia se concentran las funciones administrativas de diseñar, controlar, evaluar y ejecutar los proyectos y programas en materia de seguridad de las penitenciarías y protección de la población carcelaria (art. 15 D.4151/11).

³⁸ Información tomada de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-489191>. Visitada el 10 de septiembre de 2015.

³⁹ Información tomada de: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/33009.pdf>. Visitada el 10 de septiembre de 2015.

⁴⁰ Esta a su vez se encuentra dividida en las Subdirecciones de Cuerpo de Custodia y de Seguridad y Vigilancia (arts. 16 y 17 D. 4151/11).

Dentro de esta Dirección se ubica un organismo de alta trascendencia dentro de la vida penitenciaria por su contacto diario y directo con el interno, el cual se manifiesta en un aspecto crucial como lo es la vigilancia del penal y la protección física del recluso, este es el Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

Conforme al artículo 117 del Decreto 407 de 1994, el Cuerpo de Custodia y Vigilancia es un cuerpo armado de carácter civil y permanente, al servicio del INPEC, integrado por personal uniformado, jerarquizado y que cuenta con un régimen de carrera y de disciplina especiales. Su principal función, según lo establecido en el artículo 31 de la Ley 65 de 1993, es la vigilancia interna de los centros de reclusión. Por su parte, el artículo 113 del Decreto 407 instituye que la labor ejercida por esta dependencia constituye un servicio público esencial a cargo del Estado – *aunque esta definición normativa no se ajusta estrictamente a la noción de servicio público estudiada en el capítulo anterior-* y su misión es el mantenimiento del orden, la seguridad, la disciplina y de los programas de resocialización.

La estructura de la planta del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se asemeja a las jerarquías castrenses, en donde se dividen por categorías de oficiales, suboficiales, dragoneantes y en alumnos y auxiliares. A su vez, cada categoría se conforma por varios grados –*tal como sucede generalmente en los cuerpos armados oficiales-* (art. 127 D. 407/94). De igual manera, la actividad realizada por este organismo se considera una profesión, por lo que, además de cumplir los requisitos de ley para el ingreso, el aspirante a guardia deberá ingresar a la Escuela Penitenciaria Nacional en calidad de alumno, donde al terminar el curso correspondiente podrá ser nombrado como dragoneante (art. 122 D. 407/94). Los ascensos dentro

del Cuerpo de Custodia y Vigilancia se dan por tiempos de servicio, más cursos específicos en la Escuela Penitenciaria (arts. 135 a 137 D. 407/94).

Ahora, el rol que juega el Cuerpo de Custodia y Vigilancia (CCV) en la vida diaria del interno tiene una incidencia directa en el proceso de resocialización; de tal manera, las funciones que tiene legalmente asignadas, que se encuentran en los artículos 44 de la Ley 65 de 1993 y 118 del Decreto 407 de 1994, no se limitan únicamente a las labores de seguridad y protección, sino que integran otras actividades que se relacionan con la función de resocialización. De tal forma, el CCV fundamentalmente se dedica a mantener la seguridad, vigilancia y disciplina de los establecimientos, dar cumplimiento a las órdenes y requerimientos de las autoridades del INPEC y de las autoridades judiciales, custodiar a los internos en todos sus traslados y cuando estos realicen labores por fuera del establecimiento y; en general, servir como auxiliar en las labores de trabajo, educación y resocialización del interno, donde igualmente deberá cooperar rindiendo los respectivos informes sobre la realización de tales actividades.

Vale la pena resaltar que en la redacción original de la Ley 65 de 1993, el Cuerpo de Custodia y Vigilancia también contaba con funciones de Policía Judicial al interior de los establecimientos, además que podían aplicar directamente medidas coercitivas como el aislamiento del interno. No obstante, con la expedición de la Ley 1709 de 2014 tales facultades le fueron retiradas.

- **Escuela Penitenciaria Nacional**

En estrecha relación con el régimen de carrera penitenciaria y con la profesionalización del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, se encuentran las funciones asignadas a la Dirección Escuela de Formación⁴¹, las cuales, de conformidad con el artículo 23 del Decreto 4151 de 2011, están orientadas al diseño de las políticas educativas y a la ejecución de programas académicos para la formación, capacitación y entrenamiento para el personal de atención y tratamiento y para los funcionarios del CCV. Igualmente, dicha Dirección se encarga de promover el desarrollo de investigaciones y estudios el objeto misional del INPEC.

Se debe tener en cuenta que las funciones de esta Dirección se encuentran concentradas en la Escuela Penitenciaria Nacional “Enrique Low Murtra”, creada por el Decreto 1522 de 1966 y que, de acuerdo a la pretensión de profesionalización de la carrera penitenciaria, se encarga de proporcionar los cursos de ingreso, formación, capacitación, entrenamiento, reentrenamiento, actualización y ascenso del personal adscrito al INPEC, además del adelantamiento de investigaciones de estudios penitenciarios.

- **Direcciones Regionales**

Por último, entre las dependencias de la Dirección General se encuentran las Direcciones Regionales, creadas por el Decreto 2160 de 1992 como subdivisiones de la estructura interna del

⁴¹ La Dirección Escuela de Formación cuenta a su vez con las Subdirecciones de Secretaría Académica y Académica (arts. 24 y 25 D. 4151/11), donde la primera se ocupa de labores logísticas de la Dirección y la segunda se concentra únicamente en el componente educativo, tales como el desarrollo de programas, metodologías pedagógicas e investigaciones.

INPEC, cuyo objetivo es la desconcentración administrativa de competencias y funciones que se daba desde el nivel central (Baracaldo Mendez, 2013), de manera que la toma de decisiones en ciertos aspectos de trascendencia local se presentaran de manera más ágil. Esta forma de desconcentración se permite para los establecimientos públicos nacionales, gracias a lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 78 de la Ley 489 de 1998, eso sí, siempre y cuando las funciones desconcentradas no se encuentren asignadas a otra entidad del orden territorial. En la actualidad, el INPEC cuenta con seis direcciones regionales: Central, Occidente, Norte, Oriente, Viejo Caldas y Noroeste (Instituto Rosarista de Acción Social "Rafael Arenas Ángel" –SERES–, 2011).

Las funciones que cumplen las direcciones regionales conforme se establece en el artículo 29 del Decreto 4151 de 2011, van dirigidas a:

- Controlar el funcionamiento de los establecimientos de reclusión conforme a las Directrices del Nivel General.
- Coordinar la implementación de los programas de atención integral y tratamiento, custodia y vigilancia en los establecimientos a su cargo;
- Informar sobre los traslados de personal recluso en cumplimiento de órdenes judiciales.
- Atender las peticiones y consultas que sean de su competencia, entre otras funciones de carácter interno.

- **Establecimientos de Reclusión.**

Por su parte, las Direcciones Regionales tienen a cargo los establecimientos de reclusión del orden nacional, los cuales son creados, fusionados y/o suprimidos por el INPEC; así mismo,

esta entidad en coordinación la Unidad de Servicios Penitenciarios puede determinar la ubicación de los mismos (art. 16 L.65/93). Los establecimientos de reclusión están clasificados de la siguiente forma: (1) Cárceles de detención preventiva; (2) Penitenciarías *-destinados a la reclusión de condenados-*; (3) Casas para la detención y cumplimiento de pena por conductas punibles culposas *-específicamente por accidentes de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio-*; (4) Centros de arraigo transitorio *-destinados a la atención de personas a las cuales se les ha proferido detención preventiva y no cuentan con un domicilio definido o arraigo familiar o social-*; (5) Establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio; (6) Cárceles y penitenciarías de alta seguridad *-para personas que ofrezcan especiales riesgos de seguridad-*; (7) Cárceles y penitenciarías para mujeres; (8) Cárceles y penitenciarías para miembros de la Fuerza Pública; (9) Colonias *-establecimientos para purgar pena para condenados de extracción campesina-* y los demás centros de reclusión que lleguen a ser creados (arts. 20 a 28 L.65/93).

Vale la pena reseñar igualmente que, según el artículo 165 del Código Penitenciario y Carcelario, tanto las penitenciarías como las colonias agrícolas tienen la categoría de unidades administrativas especiales con personería jurídica, pero que dependen para todos los efectos de la Dirección General del INPEC, es decir, que tanto las penitenciarías como las colonias agrícolas pertenecen al sector descentralizado conforme lo dispone el artículo 82 de la Ley 489 de 1998, pero que como consecuencia de lo determinado en su norma de creación, son adscritas a la misma administración central del INPEC.

Por su parte, los establecimientos de reclusión tienen funciones directas en la ejecución de las medidas de custodia y vigilancia, de los programas de atención integral, rehabilitación y

tratamiento penitenciario y de la pena de prisión. Igualmente, debe realizar las actividades tendientes a la conservación del orden y la disciplina, cumplir con los protocolos de ingreso y salida de internos, así como la comunicación de las novedades a la Dirección Regional correspondiente (art. 30 D. 4151/11).

En cada uno de los establecimientos de reclusión debe funcionar un Consejo de Evaluación y Tratamiento, el cual se ocupa de definir y clasificar a los internos que requieren el tratamiento progresivo penitenciario (art. 145 L. 65/93) y participar en su ejecución (art. 9° Res. 7302/05). De igual forma, debe contar con un Consejo de Disciplina (art. 118 L. 65/93), que se encarga de la imposición de sanciones para las faltas catalogadas como graves, de manera concurrente con el director del centro de reclusión, quien impone las sanciones para las faltas leves (art. 133 L. 65/93) a la vez que debe conceptuar obligatoriamente en los casos de otorgamiento de estímulos.

A grandes rasgos, la anterior es la estructura organizacional actual del Instituto Nacional y Penitenciario -INPEC- y sus principales actividades y servicios, institución que es la protagonista principal del SPC y donde descansa gran parte de su misión y objeto. No obstante, como se adelantó líneas arriba, algunas funciones relacionadas con la prestación de servicios carcelarios y suministro de bienes fueron escindidas para ser transferidas a una nueva entidad especializada en la gestión y operación de tales actividades. Fue así que mediante el Decreto 4150 de 2011 se creó por parte del Gobierno Nacional la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC-.

2.3.3. Unidad de servicios penitenciarios y carcelarios -USPEC-.

La USPEC es una unidad administrativa especial con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho y cuyo objeto corresponde a la gestión y operación del suministro de bienes y la prestación de servicios, infraestructura y apoyo logístico y administrativo requerido para el funcionamiento de los servicios penitenciarios y carcelarios a cargo del INPEC (arts. 2 y 4 D. 4150/11).

De acuerdo a su naturaleza jurídica, la USPEC es una entidad descentralizada que guarda una relación de control con el poder central bajo el denominado poder de tutela, debido al fenómeno de la adscripción. De igual manera, la Ley 489 de 1998 no fija una forma de organización ni funciones especiales para este tipo de entidades, por lo que la norma de creación deberá determinar tales aspectos para cada una de ellas (Rodríguez, 2011).

La USPEC se posiciona entonces como una entidad técnica de apoyo para la prestación de servicios carcelarios y penitenciarios. Es por ello que, a diferencia del INPEC, esta no se ocupa de la ejecución de las penas o medidas privativas de la libertad o de la aplicación del tratamiento penitenciario, sino que responde a las necesidades de infraestructura, recursos físicos, servicios y gestiones contractuales que sean requeridas para el cumplimiento del objeto del INPEC.

De tal manera, según lo señalado por el artículo 5° del Decreto 4150 de 2011, la funciones de la USPEC son:

- Desarrollar e implementar los planes, programas y proyectos logísticos y administrativos para la prestación de los servicios requeridos por el INPEC.
- Adelantar las gestiones para la adquisición y suministro de los recursos físicos, técnicos y tecnológicos necesarios para la gestión penitenciaria y carcelaria.
- De manera concurrente con el INPEC, definir los lineamientos que en materia de infraestructura se requieran.
- Coadyuvar en la definición de políticas en materia de infraestructura.
- Administrar los fondos y sistemas de manejo de cuentas que le sean asignadas; entre otras.

Así mismo, para el cumplimiento de su objeto, la USPEC debe promover y celebrar contratos de asociaciones público-privadas, de concesión o de cualquier otro tipo, cuyo objeto sea la construcción, rehabilitación, mantenimiento, operación y prestación de servicios asociados a la infraestructura carcelaria y penitenciaria, además de realizar, ya sea de manera directa o contratado con terceros, las funciones de supervisión, interventoría, auditoría y seguimiento a la ejecución de los mismos (art. 5 num. 7 y 8 D. 4150/11).

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios se encuentra dividida a su vez en varias direcciones con funciones diferenciadas, similar a la estructura del INPEC, las cuales, según lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 4150 de 2011, se conforman por un nivel superior que corresponde al Consejo Directivo. Este se ocupa de formular la política general de la entidad, junto con sus estrategias de operación; hacer seguimiento a los resultados de gestión institucional; impartir instrucciones a la Dirección General para el manejo de fondos y sistemas

de manejo de cuentas; aprobar el proyecto de presupuesto anual y sus modificaciones y adoptar los estatutos internos (art. 9 D. 4150/11).

En el siguiente nivel está la Dirección General de la cual dependen el resto de las direcciones de la entidad⁴², que se encuentra compuesta a su vez por las Direcciones de Infraestructura⁴³, Logística⁴⁴, Gestión Contractual⁴⁵ y Administrativa y Financiera⁴⁶. A este despacho, además de las funciones de diseño y formulación de políticas institucionales y planes de gestión, le corresponde (art. 12 D. 4150/11):

⁴² A su vez, la Dirección General se encuentra compuesta por las Oficinas denominadas Asesora de Planeación y Desarrollo - encargada de la formulación, ejecución y evaluación de políticas institucionales en materia de presupuesto, desarrollo e infraestructura, entre otros-, Asesora Jurídica -encargada del apoyo jurídico, fijación de directrices para la implementación de disposiciones normativas y ejercer la representación judicial-, Control Interno -diseño e implementación del Sistema de Control Interno y evaluación de la atención al ciudadano- y Tecnología -diseño e implementación de políticas para el uso y aprovechamiento de la tecnología, la información y las telecomunicaciones- (arts. 13 a 16 D. 4150/11).

⁴³ Esta se compone de las Subdirecciones de Construcción y Conservación y de Seguimiento a la Infraestructura (arts. 18 y 19 D. 4150/11) y sus funciones comprenden la asistencia a la Dirección General en la definición de las políticas y estrategias en materia de infraestructura; la elaboración del Plan maestro de reposición, rehabilitación y mantenimiento de infraestructura; así como la formulación, ejecución y seguimiento de los planes, programas y proyectos de inversión en dicha materia, lo cual comprende la adquisición de predios y la elaboración de estudios técnicos (art. 17 D. 4150/11).

⁴⁴ Compuesta por las Subdirecciones de Suministro de Servicios y de Suministro de Bienes (arts. 21 y 22 D. 4150/11) y cumple como función principal consolidar el plan anual de compras; dirigir la elaboración previa de los estudios de conveniencia y oportunidad para atender los requerimiento de bienes y servicios para la gestión penitenciaria y carcelaria; así como ejecutar los planes de provisión de los mismos (art. 20 D. 4150/11).

⁴⁵ Esta Dirección se ocupa de adelantar los trámites y procedimientos relacionados con la gestión contractual de la entidad en lo que respecta a la elaboración de actos administrativos y contratos, estudio y aprobación de pólizas, alimentación de los sistemas de información y seguimiento a la función de vigilancia contractual (art. 23 D. 4150/11).

⁴⁶ Esta se encuentra conformada por las Subdirecciones Administrativa, Financiera y de atención a los Establecimientos de Reclusión (arts. 25 a 27 D. 4150/11) y se ocupa de los asuntos relacionados con las políticas, objetivos, estrategias, dirección y ejecución de los servicios administrativos y el presupuesto de la entidad (art. 24 D. 4150/11).

- Dirigir la ejecución de proyectos de adquisición, suministro y sostenimiento de los recursos físicos, técnicos, tecnológicos y de infraestructura requeridos para la prestación de servicios penitenciarios y carcelarios.
- Ejercer la representación legal de la entidad y celebrar los convenios interadministrativos o de asociación entre entidades públicas para el cumplimiento de la misión de la entidad.

Igualmente, el Director General podrá administrar el Fondo de Infraestructura Penitenciaria -FIC- y hacer las veces de ordenador del gasto, por delegación del Ministro de Justicia. El citado fondo fue creado mediante el Decreto 1890 de 1999 como una dependencia interna del Ministerio de Justicia y del Derecho, con autonomía administrativa y financiera, cuyas funciones están relacionadas con el diseño, adquisición de terrenos, construcción, reconstrucción, refacción, ampliación y equipamiento de la infraestructura del sistema penitenciario y carcelario del orden nacional, junto con la administración del fondo-cuenta para la financiación y adquisición de infraestructura carcelaria.

Las anteriores son las dos principales entidades que participan del Sistema Penitenciario y Carcelario, que como se acaba de ver, abarcan una gran cantidad de funciones y servicios en lo que respecta a la ejecución de la pena, la aplicación del tratamiento penitenciario y la prestación de servicios penitenciarios y carcelarios. No obstante, existen otras entidades participantes en algunos otros aspectos del sistema, los cuales se enunciarán a continuación.

2.3.4 Otras entidades y autoridades pertenecientes al SPC.

2.3.4.1 Ministerio de Salud y Protección Social.

Uno de los organismos de la administración nacional central involucradas en el SPC es el Ministerio de Salud y Protección Social, el cual cumple funciones de formulación de políticas públicas en materia de salud, salud pública, riesgos profesionales y control de riesgos, así como la vigilancia de las mismas. Éstas actividades se hacen extensivas al ámbito penitenciario, pues este también hace parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a la par de la prestación de tales servicios que en la actualidad se da a través del sistema general de aseguramiento en salud en el régimen subsidiado. Por otra parte, con anterioridad a la vigencia de la Ley 1709 de 2014, esta cartera tenía a cargo los establecimientos de rehabilitación y pabellones psiquiátricos⁴⁷ por mandato del artículo 24 de la Ley 65 de 1993 (Federación Iberoamericana de Ombudsmen, 2007). No obstante, luego de la reforma de 2014, la custodia y vigilancia de tales establecimientos quedaron a cargo del INPEC y su construcción a cargo de la USPEC; a la vez que los servicios requeridos por esta clase de internos deben ser atendidos por los especialistas en salud mental del mismo establecimiento de reclusión (art. 16 L. 1709/14).

⁴⁷ Los cuales se denominan actualmente “Establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente”.

2.3.4.2 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-.

Igualmente, el artículo 15 de la Ley 65 de 1993 señaló como otra de las entidades participantes del SPC al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-⁴⁸, el cual, en coordinación con el USPEC, debe establecer las condiciones de atención a los hijos menores de tres años de las mujeres reclusas que convivan con ellas en el establecimiento de reclusión, además de ejercer su custodia (arts. 26 y 153 L. 65/93).

2.3.5 Otras entidades con incidencia en el SPC.

A modo enunciativo, es necesario mencionar que en el funcionamiento del SPC también se encuentran algunas entidades y estamentos que aunque no participan directamente en la ejecución de las actividades administrativas propias de su objeto, sí participan en otras fases que inciden en esta. Es así como del diseño de la política criminal participan el Consejo Superior de Política Criminal (art. 167 L.65/93), el Congreso de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y en algunas ocasiones, como máximo juez de tutela, la misma Corte Constitucional (Instituto Rosarista de Acción Social "Rafael Arenas Ángel" –SERES–, 2011). En lo que respecta a la protección de los derechos de los internos y a la vigilancia de la conducta de quienes prestan los servicios penitenciarios y carcelarios participan la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación.

⁴⁸ Según el artículo 50 de la Ley 75 de 1968, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- es un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, el cual se encuentra adscrito actualmente al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, según lo dispone el Decreto 4156 de 2011. El ICBF es el ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (art. 14 D. 936/13), sistema que a su vez corresponde a “el conjunto de agentes, instancias de coordinación y articulación y de relaciones existentes entre estos para dar cumplimiento a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y el fortalecimiento familiar” (art. 2 D. 936/13).

Por último, están las autoridades jurisdiccionales que intervienen antes, durante y después de que el interno ponga en funcionamiento al SPC, es decir, desde el momento en que inicia la investigación y acusación penal, de las cuales se encarga la Fiscalía General de la Nación, pasando por el proceso penal y juzgamiento llevado a cabo por los Jueces Ordinarios de la especialidad penal, hasta el momento en que se condena al individuo por parte de la autoridad jurisdiccional competente e inicia la fase de ejecución de la pena, momento en el cual interviene privativamente el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

2.4 Conclusiones del sub-acápito

Conforme a lo visto en este acápite, se encuentra que el diseño institucional del Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano se conforma de una serie de instituciones públicas ligadas al poder central, ya sea por pertenecer a este nivel o por el mismo fenómeno de la adscripción que se presenta con las carteras ministeriales a las que pertenecen. Pero lo que resulta más relevante es que tales entidades concentran tanto funciones como servicios, que son prestados en el SPC, generalmente bajo esquemas de prestación directa, y en la mayoría de las ocasiones estas funciones se realizan bajo el ejercicio de prerrogativas públicas, es decir, bajo una relación de autoridad entre los internos y las entidades públicas penitenciarias, incluso en aquellas actividades de contenidos prestacionales, lo que efectivamente tiene correspondencia con el ejercicio de función administrativa. Esto lleva a cuestionar si dentro de las actividades realizadas en el SPC se proveen verdaderos servicios públicos partiendo del hecho de que la relación entre los reclusos y las autoridades penitenciarias no se cimienta en una elección sino en una

imposición, lo que resulta ajeno al concepto de servicio público pues este, tal como lo señala el profesor Ariño Ortiz (2003), no es una actividad coactivamente impuesta sino ofertada al usuario.

Lo anterior no impide que la Administración se reserve las actividades tendientes a garantizar el continuo y eficiente funcionamiento del SPC, así como su diseño; pero pueda entregar la operación de otras actividades. Por ejemplo, el artículo 90 de la Ley 1709 de 2014 por el cual se modificó el artículo 163 del Ley 65 de 1993, habilitó a las asociaciones público-privadas para realizar la construcción, mantenimiento y conservación de los establecimientos de reclusión así como la prestación de otros servicios con excepción de la guardia y vigilancia, y aquellas actividades relacionadas con la resocialización.

Hasta acá se ha pretendido realizar un bosquejo de las principales funciones realizadas en el Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano haciendo un especial énfasis en la naturaleza de las entidades participantes para de esta forma llegar a posteriores conclusiones sobre el tipo de funciones que realizan. Todo con el objetivo de resolver la dicotomía entre las nociones de servicio público y función pública-administrativa respecto al SPC, propuesta en este trabajo.

Ahora, tal como se ha establecido a lo largo de este apartado, la historia y actualidad del SPC institucionalmente ha correspondido a un sistema completamente público, pero que en muchas épocas ha dado dolorosas señales de una deficiente prestación de los servicios que lo componen, con una incidencia nefasta en la calidad de vida y en el proceso de resocialización de los internos. Esto lleva a analizar cuáles son las problemáticas que se han presentado en Colombia en la prestación de servicios penitenciarios y a cuestionar hasta qué punto el sistema

público legalmente planteado ha sido uno de los factores que ha determinado la precariedad institucional del ámbito penitenciario.

2.5 Principales problemáticas de la prestación de servicios penitenciarios. El caso del estado de cosas inconstitucional

Una vez estudiado el diseño institucional, y los fines y principios que gobiernan al SPC, resulta ineludible observar que existe una realidad ilustrativa de una continua y sistemática violación de los derechos humanos de las personas reclusas en establecimientos carcelarios, donde son latentes las condiciones de hacinamiento, violencia y acceso precario a los servicios básicos, lo cual pone a esta población en un estado de vulnerabilidad que se agrava a cada momento (Ariza, 2011).

Entre los problemas básicos que se mencionan, el del hacinamiento merece especial atención, pues incluso, las tasas de encarcelamiento son superiores a la cantidad de delitos reportados por instituciones como la Policía Nacional –*las cuales a su vez también tienen un comportamiento de alza en las estadísticas*- (Iturralde, 2011). La alta densidad de población carcelaria impide al interno tener intimidad, descansar con comodidad, invertir el tiempo libre en actividades educativas, recreativas o lúdicas que permitan cumplir el objetivo de la resocialización, o mantener una buena condición higiénica y sanitaria. Todo esto trae consigo una afectación a la salud física y mental de los reclusos. (Posada Segura, 2009). El anterior estado de

cosas resulta violatoria de Constitución Política y en especial de las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁴⁹.

La visible congestión en la prestación del servicio generada por el crecimiento desproporcionado de la población carcelaria por encima de la misma capacidad de respuesta del Estado, condujo a que en las distintas prisiones del territorio nacional se dejaran de cumplir los fines de la pena desde su definición legal, que son: la resocialización y la protección de los derechos fundamentales de los internos⁵⁰, ya sea por efectos directos de la política criminal o por aspectos económicos y físicos (Posada Segura, 2009).

Esta sistematicidad de las condiciones de violencia, desatención y olvido hacia la comunidad reclusa en prisiones fue definida por la Corte Constitucional en la sentencia T-153 de 1998⁵¹, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, como un estado de cosas inconstitucional; es decir, una situación de vulneración general, masiva y prolongada de derechos fundamentales con causas netamente estructurales, que exigen la acción mancomunada de todas las instituciones intervinientes en el sistema.

⁴⁹ Entre ellas las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en sus Resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, o el del “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988.

⁵⁰ ARTÍCULO 9º DE LA LEY 65 DE 1993. FUNCIONES Y FINALIDAD DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 28 de abril de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (Sentencia Número T-153)

Entre los problemas relatados por los tutelantes se encontraban la ausencia de celdas suficientes con los espacios requeridos para cada interno y el uso de los pasillos como espacio de habitación. Esto condujo a una afectación constante de la salud física y mental de los internos, a bajas condiciones de salubridad, al aumento de las situaciones de violencia y delincuencia, a la pérdida de privacidad, a una precariedad de acceso a servicios básicos, a la imposibilidad de brindarles a todos los reclusos los medios requeridos para la aplicación del tratamiento penitenciario y finalmente, a la imposibilidad de separar a los internos por categorías – *sindicados, condenados, internos especiales*-.

En esa ocasión la Corte Constitucional determinó como causas del hacinamiento carcelario el endurecimiento de las sanciones penales; el incremento de la detención preventiva; el incumplimiento de términos por parte de las autoridades judiciales; la deficiente e insuficiente infraestructura carcelaria; así como ciertas condiciones sociales y económicas que se reflejan en el incremento de la criminalidad.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Constitucional señaló que las condiciones de la mayoría de los establecimientos de reclusión del país vulneran el derecho fundamental a la dignidad de los internos, a la vez que amenazan otros derechos como la vida, la integridad personal, la salud, el trabajo, la alimentación, la educación, la familia, entre otros; igualmente concluyó que estos centros no cumplen con la función resocializadora que les asigna la ley. En dicha providencia se consideró que la situación general de vulneración de derechos fundamentales tenía una causa de naturaleza estructural; es decir, que se originaba en varias autoridades además de la accionada, por lo que su solución debería incluirlas a todas ellas.

Sin embargo, las órdenes emitidas por la Corte Constitucional en esta oportunidad se concentraron únicamente en la construcción y refacción de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, nacionales y territoriales, así como la separación de los internos por categorías. La Defensoría del Pueblo al evaluar el panorama del hacinamiento carcelario en el año 2003, indicó respecto al cumplimiento de la sentencia T-153 de 1998 que en materia de infraestructura carcelaria los resultados fueron positivos en tanto se puso en funcionamiento el “Plan de construcciones y refacciones carcelarias”, con lo cual se crearon nuevos cupos y se redujo el hacinamiento de forma notoria (Defensoría del Pueblo, 2003). Así mismo, el Gobierno Nacional aseguró los recursos requeridos para la adopción del plan en cumplimiento del documento CONPES 3086 de 2000 (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). Pese a ello, la misma Defensoría advirtió que la reducción del hacinamiento no se debía únicamente a la creación de nuevos cupos, sino que paralelamente fue favorecida por un tránsito legislativo penal -en su momento, las Leyes 599 y 600 de 2000- y concretamente por la aplicación del llamado principio de favorabilidad penal, cuyos éxitos se tornaron efímeros ante los niveles de reincidencia criminal, el endurecimiento del castigo penal y el uso frecuente de la detención preventiva (Defensoría del Pueblo, 2003)⁵².

Con la continuación de las condiciones extremas de vulneración de los derechos fundamentales de la población reclusa, la Corte Constitucional en el año 2013 declaró nuevamente el estado de cosas inconstitucional en todo el sistema penitenciario y carcelario. En

⁵² Estas situaciones se continuaron presentando con la expedición del Código de Procedimiento Penal actual -Ley 906 de 2004- y de la Ley 1142 de 2007, el cual incrementó el quantum de las penas, por lo que a partir de tales legislaciones el hacinamiento carcelario siguió aumentando (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012), hasta llegar nuevamente en el año 2009 a un porcentaje de hacinamiento de alrededor del 40%, que es el porcentaje que dio lugar a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional (Uprimny Yepes & Guzmán, 2011).

efecto, mediante la sentencia T-388 del 28 de junio de 2013⁵³ -*apenas publicada en el mes de abril de 2015* (Reed Hurtado, 2015)-, con ponencia de la Magistrada Maria Victoria Calle Correa, el Tribunal Constitucional afirmó que las autoridades accionadas evidentemente continuaban violando los derechos fundamentales de la población reclusa al someterlos a condiciones indignas, derivadas del hacinamiento y de las pésimas condiciones de internamiento.

Luego, afirma la Corte que el estado de cosas inconstitucional detectado en el año 1998 no tiene las mismas causas del que se declararía en dicha providencia, pues en la sentencia T-153 de 1998 el origen de la protección constitucional fue producto del abandono gubernamental a los establecimientos carcelarios, cuestión que ahora no se presentaba, pues a juicio de la Alta Corte, existían grandes esfuerzos e inversiones estatales que procuraron por el mejoramiento de las condiciones de tales lugares, lo cual se reflejó en la reducción en algunos momentos de las tasas de hacinamiento. No obstante, el Alto Tribunal reconoció que las autoridades involucradas en el SPC no cumplen con su deber de garante de los derechos de los internos que no son objeto de limitación.

De igual manera, concluye la Corte que el hacinamiento no es el único problema que aqueja al SPC, sino que una de las causas principales que inciden en dicho estado de cosas es la misma política criminal, proclive a la expansión y endurecimiento de los tipos penales y sus sanciones, además de la dificultad impuesta para sustituir y extinguir las penas, por lo que califica a la actual política criminal del Estado como desconocedora de los mínimos constitucionales de dignidad por cuanto no procura el goce efectivo de derechos fundamentales.

⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 28 de junio de 2013. Magistrada Ponente: Maria Victoria Calle Correa. (Sentencia Número T-388)

Por último la Corte Constitucional profirió una serie de órdenes complejas orientadas a la superación del estado de cosas inconstitucional y a la intervención de la política criminal estatal. Entre ellas ordenó al Gobierno Nacional en compañía del Consejo Superior de Política Criminal realizar una reforma de la política criminal estatal, orientada a la limitación de la libertad como medida de *ultima ratio* y que acoja los parámetros dados por la sentencia en materia de dignidad humana, goce efectivo de derechos, aplicación de los programas de resocialización y mejoramiento de las condiciones generales de los internos.

Así mismo, ordenó la aplicación de las reglas de equilibrio decreciente y equilibrio para los establecimientos carcelarios, de manera que estos rebajen su población y se mantengan solamente en su capacidad real, además señaló que se debe acudir a la regla de cierre para los establecimientos carcelarios donde existan violaciones graves de la dignidad humana de los internos y no sea posible su recuperación.

En general, a pesar que la Corte Constitucional intentó desligar esta nueva declaración de estado de cosas inconstitucional de las condiciones que llevaron a su inicial declaratoria, se considera que, sustancialmente y en lo que respecta a las condiciones de vida de los internos, las causas son las mismas. Por lo anterior no consideró que se esté ante un nuevo estado de cosas sino ante una continuación y consolidación de lo que ya se había diagnosticado en la década de los noventa y ante la insuficiencia de las órdenes emitidas en la sentencia T-153 de 1998, pues a pesar de que el problema de la escasa y precaria infraestructura carcelaria resultaba evidente, emitir órdenes únicamente en este sentido, a la larga resultó insuficiente.

En este panorama se abre la inquietud de si la prestación de servicios penitenciarios por parte del Estado se encuentra en crisis, si el estado de cosas inconstitucional es insuperable para un sistema puramente público y si tal situación puede abrir la posibilidad de entrada de nuevos agentes al sistema, en específico del sector privado, tal como lo sugiere la actual tendencia legislativa. Lo anterior, si se tiene en cuenta que, tal como se ha estudiado a lo largo del capítulo, los fines y principios del SPC se han incumplido seguidamente durante distintas épocas y las instituciones participantes del sistema a lo largo de la historia han mostrado señales de debilidad continua, lo que se refleja en la precariedad de la provisión del mismo servicio o función.

Ahora, tal como se deduce de lo estudiado a lo largo del capítulo, de acuerdo al marco normativo, al diseño institucional y a las competencias que legalmente recaen sobre las autoridades que conforman el SPC, en gran medida tanto lo que se ha caracterizado como funciones y servicios, en realidad se desarrollan bajo el empleo de prerrogativas públicas y por entidades pertenecientes a la rama ejecutiva, lo que lleva a considerar que en dicho sistema se presenta generalmente el ejercicio de función administrativa. De tal manera, al plantearse la posibilidad de que las actividades llevadas a cabo en el SPC puedan ser prestadas bajo otros esquemas donde haya participación de particulares, se hace necesario dilucidar el tipo de actividad que estos podrían asumir y bajo qué modalidad.

Esta cuestión será abordada en el siguiente capítulo, donde se analizará a profundidad si en realidad el sistema penitenciario y carcelario constituye un servicio público o si este corresponde al ejercicio de función público/administrativa. De igual manera, se analizará si las funciones, servicios y actividades que se desarrollan en el SPC corresponden exclusivamente al Estado o si, por el contrario, desde el esquema constitucional y legal actual se pueden plantear

otros modelos de provisión. Para lo anterior se indagará sobre la naturaleza de las actividades y servicios prestados en el SPC, así como las hipotéticas perspectivas de prestación.

3. El sistema penitenciario y carcelario como servicio público

En los primeros capítulos se han estudiado los conceptos de servicio público y función pública-administrativa junto con sus relaciones y evoluciones a través de las épocas y en especial, para el caso colombiano, cómo se han dado estos procesos a la luz de la Constitución Política de 1991. De igual manera, se han desarrollado a modo extenso qué actividades y funciones cumple el Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano, haciendo énfasis en su diseño institucional, su marco normativo y en las principales problemáticas que aquejan el sector, según lo determinado en las declaratorias de estado de cosas inconstitucional proferidas por la Corte Constitucional.

En el presente capítulo, en primer lugar, se analizará críticamente si, de acuerdo con los conceptos estudiados, los servicios penitenciarios y carcelarios corresponden a un servicio público o no y, por otra parte, si las actividades de prestación de los mismos deben permanecer en cabeza del Estado o si este sólo debería conservar las actividades de vigilancia, control y supervisión. Para responder ambas preguntas, se establecerá un diálogo entre las instituciones, normas y prácticas que hacen parte de dicho sistema y los conceptos de función pública, función administrativa y servicio público, indagando sobre la naturaleza de los servicios allí prestados.

Este punto resultará fundamental para resolver la problemática planteada, puesto que al identificar qué servicios y actividades desarrolladas en el SPC son ejercicio de función pública-administrativa y cuáles eventualmente entrarían en la categoría de servicio público, se podrá determinar cuál es el régimen o regímenes jurídicos a los que quedan sujetos tales actividades y

servicios. Al respecto, se advierte de entrada que la tesis propuesta se orienta a clasificar las actividades públicas realizadas en el ámbito penitenciario como una manifestación del ejercicio de potestades y de función administrativa, tal como se venía esbozando desde el capítulo que precede.

Así mismo, se identificarán los modelos de gestión de los que pueden valerse tales actividades, ya sea en esquemas puramente públicos, en esquemas privados, o en esquemas mixtos. Luego se discurrirá sobre si es posible y aconsejable la participación de agentes privados en dicho sistema, hasta qué punto y bajo qué condiciones de acuerdo con la naturaleza del servicio o actividad. Finalmente, se analizará cuáles serían los roles que deben jugar el Estado y los agentes privados dentro de tales esquemas, teniendo en cuenta las motivaciones económicas que naturalmente incentivan a estos últimos.

3.1 ¿Los servicios penitenciarios constituyen un servicio público? Elementos para la construcción de una teoría

En el presente eje de estudio se expondrán los puntos de acercamiento y divergencia entre los elementos que confluyen en la prestación de servicios penitenciarios y carcelarios, y los conceptos de función pública, función administrativa y servicio público. Es decir, se analizará si de las actividades de prestación, vigilancia, control, supervisión y aseguramiento de los servicios que conforman dicho sistema, se podría afirmar o no que son un servicio público.

Para llegar a una respuesta, conviene entonces retomar de manera sintética algunas de las principales conclusiones a las que se arribó en los primeros capítulos al estudiar el concepto de servicio público –*junto con sus relaciones con las nociones de función pública y función administrativa*- y la composición institucional y funcional del Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano.

Tal como se expuso desde el primer capítulo, la noción de servicio público es un concepto dinámico y en constante evolución, cuya concepción ha dependido en gran medida de las situaciones políticas y económicas imperantes en cada época. No obstante, existen algunos elementos que se han reconocido como generales –*aunque no exentos de controversia*- y que han pervivido durante las diferentes evoluciones de la categoría jurídica. Estos serán los empleados para efectos del presente estudio.

Se advirtió como primer elemento que los servicios públicos son actividades de tipo prestacional tendientes a la satisfacción de necesidades colectivas y no sólo las de uno o varios individuos. Su segundo elemento distintivo es la participación del Estado dentro de dicha actividad como prestador directo o a través de las actividades de regulación, vigilancia y control.

La prestación directa, que era propia de la noción clásica, se mantiene vigente hoy en día en los casos en que la Ley lo manda o habilita, lo que puede darse en régimen de monopolio o como un competidor más en el mercado según las necesidades que se pretendan satisfacer y las condiciones que imponga el mercado; pero en la actualidad, son la regulación, vigilancia y control las formas principales de participación estatal en los servicios públicos. Por último, el tercer elemento distintivo de estos servicios es que se encuentran sujetos a un régimen jurídico

especial, en donde aplica por regla general el derecho privado para las actividades de prestación y en donde se requiere el ejercicio de prerrogativas públicas que se rigen por el derecho público, entre ellas, las aludidas actividades de regulación, vigilancia y control.

En esta misma línea, es posible introducir algunos elementos generales en la prestación de servicios públicos que se encuentran ligados a los que se acaban de mencionar, entre ellos, los que menciona Louis Rolland en sus famosas reglas, como lo son la adaptabilidad, que obliga a que el régimen jurídico del servicio público se adapte a la evolución del interés general; la continuidad, que exige que el servicio público sea prestado regularmente y sin interrupciones; y la igualdad, que hace referencia a la neutralidad y libre acceso al servicio público (Marcou & Moderne, 2009), no obstante que tales criterios no son unívocos y que existen variaciones y discrepancias entre autores.

En lo que se refiere a las relaciones entre las nociones de servicio público, función pública y función administrativa, se explicó en el primer capítulo que desde el modelo constitucional adoptado en 1991 en Colombia, junto con el desarrollo legislativo y jurisprudencial posterior, la prestación de servicios públicos no corresponde al ejercicio de funciones público-administrativas (Molano López, 2005). Esta aseveración se fundamenta en que el Estado ha dejado de cumplir el papel de prestador exclusivo convirtiéndose principalmente en un asegurador, no obstante que en algunas actividades conexas al servicio, diferentes a la prestación, puede presentarse el ejercicio de potestades públicas, siempre y cuando el Legislador así lo haya dispuesto. Lo anterior se observa con las actividades de regulación, vigilancia y control, así como con la expedición de actos administrativos y el ejercicio de coerción en general.

Por su parte, en lo que concierne a la composición del Sistema Penitenciario y Carcelario, se estableció que este está conformado por un conjunto de normas, instituciones y prácticas encargadas de la regulación y aplicación material del castigo penal impuesto por las autoridades jurisdiccionales competentes, especialmente en lo que atañe al confinamiento, al cumplimiento de los fines de la pena⁵⁴, a la aplicación del tratamiento penitenciario y a la protección de los derechos fundamentales de los internos que no se encuentren restringidos, tales como la atención en salud, psicosocial, religiosa, entre otras.

En lo que refiere a la ejecución del tratamiento penitenciario, que constituye una de las funciones principales del sistema, se señaló que mediante este se busca la resocialización del interno a través de unas fases graduales preparatorias para la posterior vida en libertad. Y que este objetivo se logra a través de actividades educativas, laborales, culturales, recreativas, deportivas y familiares.

De igual manera, se indicó que el diseño institucional del SPC se compone por una red de entidades públicas, cuyas principales instituciones, es decir aquellas en las que se concentra la mayor parte de actividades y funciones, pertenecen a la rama ejecutiva, ya sea que estén ligadas al nivel central por pertenecer a este (v.g. el Ministerio de Justicia y del Derecho) o bajo la figura de la adscripción para las entidades descentralizadas (tal como sucede con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- y la Unidad de Servicios Penitenciarios -USPEC- que son adscritas al Ministerio de Justicia y del Derecho). Ahora, en este esquema es visible que la prestación de servicios penitenciarios se presenta de manera directa en la mayoría de los casos y

⁵⁴ Es decir, los fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

haciendo uso de prerrogativas públicas de autoridad, incluso en las denominadas actividades prestacionales.

Teniendo en cuenta tales premisas, a continuación se analizará qué posibles elementos de la noción de servicio público encuadran en lo que hemos denominado servicios penitenciarios y si de allí es posible realizar una equivalencia entre ambos.

3.1.1 Puntos de encuentro.

Dada la importancia social que conlleva el trabajo realizado por las autoridades penitenciarias, en ocasiones no se ha dudado en categorizarlo como un servicio público tal como las escuelas y hospitales (Coyle, Seguridad penitenciaria y derechos humanos, 2009), abogando incluso para que los altos funcionarios gubernamentales así lo prediquen⁵⁵, de modo que la comunidad en general conozca sobre la situación y objetivos que persiguen las prisiones (Coyle, La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos, 2009). Ahora, partiendo de la idea de que el Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano se encuentra organizado como

⁵⁵ En este sentido resultan dicientes las palabras del ex Director General del INPEC, B.G. Saúl Torres Mojica quien en un acto interno de graduación manifestó: *“La libertad del individuo, es uno de sus derechos más preciados. Tal como sabemos en algunas situaciones, tras errar el camino, las autoridades judiciales pueden decidir que es necesario privar a alguien de su libertad, de su derecho por un tiempo determinado. El Estado tiene entonces el deber de proteger a la sociedad contra los delitos, a la vez que debe promover el bienestar de todos los ciudadanos, y en esta compleja situación, el INPEC presta un importante servicio público. El trabajo en prisiones es eso: un servicio público en el que el personal penitenciario, en representación de la sociedad, juega un papel crucial en el respeto de la dignidad de cada recluso”*. Tomado de “PALABRAS DEL DIRECTOR GENERAL DEL INPEC BG SAÚL TORRES MOJICA, CON MOTIVO DE LA GRADUACIÓN DE LA SEGUNDA PROMOCIÓN DE TECNÓLOGOS REGIONAL ORIENTE-INPEC” del 20 de marzo de 2014, discurso publicado en la página web del INPEC. Consultado el 11 de febrero de 2016.

http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_CONTENTIDO/COMUNICADOS_PRENSA/Tab1/Discurso%20STM%20Graduaci%F3n%20BMangav20mar14.pdf

un servicio público, el inicial punto de análisis serán los elementos que convergen en la prestación de servicios penitenciarios y por qué este ha llegado a ser considerado como servicio público, advirtiendo de antemano que dicha equivalencia se da a partir de una equivocada conceptualización, la cual se hará visible a través de una serie de cuestionamientos que se dejarán abiertos con el fin de desarrollarlos en el siguiente sub-acápite, en donde se desvirtuará esta premisa.

3.1.1.1 ¿El sistema penitenciario y carcelario es una actividad tendiente a la satisfacción de necesidades colectivas?.

En primer lugar, para considerar que los servicios penitenciarios y carcelarios se enmarcan dentro de la noción de servicio público, habría que realizar una inicial distinción entre las categorías de acciones que allí se llevan a cabo. Conforme se vio en el segundo capítulo, en el SPC existen unas actividades a las que se podría denominar como “de régimen penitenciario”, es decir, aquellas que incluyen la aplicación del castigo y la ejecución de la pena y en donde se ubican las actividades de vigilancia, custodia, seguridad, disciplina, incentivos e incluso la imposición de sanciones.

Otro grupo de actividades está conformado por las relativas al tratamiento penitenciario. Con estas se busca la resocialización del interno tomando en cuenta sus condiciones personales, para lo cual se aplica un sistema progresivo en donde este deberá cumplir actividades orientadas al trabajo, a la educación, a la disciplina, entre otras. La Administración penitenciaria debe

asegurar que a cada interno se le presten tales servicios, de manera que pueda ser reintegrado a la sociedad una vez cumpla su pena.

Finalmente, están las actividades netamente prestacionales que son las que surgen por la relación de especial sujeción que existe entre el interno y la Administración penitenciaria, esto es, por la inclusión intrínseca del reo en el quehacer administrativo, de manera que el individuo queda sujeto a un régimen jurídico particular que interviene directamente en el tratamiento de su libertad y de sus derechos fundamentales, creando una relación de completa dependencia del interno para con el Estado (Ramírez, 2009). En estas actividades, la Administración penitenciaria se convierte en un garante y prestador de los servicios básicos que están ligados con los derechos fundamentales del sujeto que se encuentra privado de la libertad, quien por esta misma situación no podrá acceder a ellos por sí mismo. Entre estos servicios se encuentran entonces los de saneamiento básico, higiene, alimentación, salud, descanso, entretenimiento, es decir, todas aquellas actividades que aseguran la vida digna del recluso.

Justamente, en las dos últimas categorías de actividades *-tratamiento penitenciario y prestaciones para el interno-* es donde se ha sostenido que el SPC se comporta como un servicio público y que se encuentra organizado como tal. En este sentido, el Consejo de Estado, en un pronunciamiento en sede tutela, llegó a sostener que “[S]i bien la Ley 65 de 1993 no contiene una disposición explícita que califique el tratamiento penitenciario como una actividad de servicio público, es claro que su ordenación de manera implícita sí lo hace, de allí que sea válido calificar esta actividad como una de servicio público”⁵⁶.

⁵⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN CUARTA. Sentencia del 21 de agosto de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. (Radicación Número: 25000-23-41-000-2014-00791-01), pág.17.

La anterior consideración lleva entonces a que las actividades que hacen parte del denominado régimen penitenciario, de entrada, sean excluidas de la posibilidad de ser consideradas un servicio público pues estas no incluyen prestaciones que deban ser prestadas a los internos como destinatarios del servicio sino que se encuentran orientadas a hacer efectiva la sanción penal del confinamiento y a mantener el orden, la disciplina y la seguridad. Sin embargo, vale la pena aclarar que, por ejemplo, las actividades del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria son las únicas dentro del SPC consideradas por el ordenamiento legal colombiano como un servicio público esencial *-tal como lo señala el artículo 113 del Decreto 407 de 1994-*. Pese a ello, se considera que la referida calificación de “servicio público esencial”, atiende más a la necesidad de que las actividades orientadas a garantizar el orden, la seguridad y la disciplina se realicen de manera continua y sin interrupción más que a una actividad prestacional propiamente dicha.

Conforme a lo visto, se tiene entonces que las actividades relacionadas con el tratamiento penitenciario, junto con los servicios que la Administración Penitenciaria le debe a los internos en su condición de personas con derecho a disfrutar de una vida digna a pesar de la limitación a su derecho fundamental a la libertad, tendrían que ser consideradas como actividades prestacionales de interés colectivo, es decir, se les tendría que reconocer una dimensión de esencial y con alta incidencia en la vida de la comunidad. A esto habría que agregar un presunto interés social en que las penas impuestas por las autoridades jurisdiccionales se ejecuten materialmente, por lo que el Estado actuaría tanto como proveedor de servicios esenciales para los internos como en su rol de garante de valores públicos para la sociedad (Arriagada, 2013). Dicha idea lleva a considerar entonces que tanto para la sociedad en general, como para el Estado y los internos en particular, el principio del respeto por la dignidad humana y el fin de la resocialización en el ámbito penal

tendrían una importante incidencia en su calidad de vida y en la satisfacción de sus necesidades esenciales, cuestión que en la realidad no se refleja ordinariamente en tanto, por lo general, la preocupación ciudadana y política se ubica más en la aplicación del castigo que en la rehabilitación del reo (Dammert & Zuñiga, 2008).

Ahora, habría que cuestionar si individualmente consideradas las actividades y servicios que denominamos como “de prestación” y las relacionadas con el tratamiento penitenciario en realidad satisfacen necesidades públicas sin consideración a las denominadas actividades “de régimen penitenciario” o si en realidad todas ellas hacen parte de la ejecución material de la pena y simplemente desarrollan sus distintos fines *-prevención, represión y resocialización-* de forma unificada. Lo anterior trae por su parte un segundo cuestionamiento, esto es, ¿nos encontramos frente actividades inherentes al ser del Estado? o si, por el contrario, tal como lo nombra el profesor Ariño Ortiz (2003) ¿estamos realmente frente a actividades de mera utilidad?

3.1.1.2 Papel del estado dentro del SPC ¿garante o prestador?.

El siguiente elemento a estudiar es cuál es la participación de la Administración en el servicio, lo que bajo el actual marco normativo y diseño institucional tiene como respuesta que el Estado interviene en el SPC como un prestador exclusivo del servicio y como articulador del sistema, por cuanto este es proporcionado en su totalidad por instituciones de naturaleza pública del nivel ejecutivo, del orden nacional *-con excepción de las cárceles municipales-* y organizadas bajo un esquema de descentralización por servicios. Apenas, a partir de la reciente modificación del artículo 163 de la Ley 65 de 1993 por parte del artículo 90 de la Ley 1709 de 2014, se abrió la

posibilidad de que asociaciones público-privadas puedan realizar la construcción, mantenimiento y conservación de establecimientos penitenciarios, entre otras actividades, sin embargo, las actividades de guardia y vigilancia, así como las de resocialización, los sigue conservando la Administración Penitenciaria.

Bajo la premisa de que las actividades propias del SPC corresponden a un servicio público, habría que entender que su prestación se da en un esquema de exclusividad regalística⁵⁷, donde la Administración no sólo es el titular de la función o actividad sino que se reserva la prestación del servicio, es decir, hace ejercicio de la titularidad declarada *-publicatio en sentido estricto-* (Ariño Ortiz, 2003, pág. 536). Por esta vía se hace visible cómo los artículos 14 y 15 de la Ley 65 de 1993 asignan la ejecución de la pena privativa de la libertad al Gobierno Nacional *-específicamente a través del INPEC-* y solo contemplan entidades públicas en la composición del sistema.

De allí se observa que la organización del SPC como servicio público termina mostrando a la Administración como el único responsable de su correcta ejecución, pero no como un simple asegurador o como un ente regulador sino como un prestador exclusivo. Esto lleva a cuestionar si los servicios penitenciarios y carcelarios son entonces un servicio público que se presta en régimen de monopolio y cuyo único y natural prestador es el Estado o si, como servicio público, puede y debe permitir la participación de agentes privados bajo el otorgamiento de concesiones o impulsando habilitaciones legales y siempre ejerciendo una intensa actividad reguladora. Es decir ¿se podría otorgar libertad de entrada en materia de servicios penitenciarios? o ¿se requiere una

⁵⁷ Es decir, la manifestación de titularidad única por parte de la Administración sobre la actividad o función de la que se trate (Ariño Ortiz, 2003).

separación de actividades entre las que deben ser monopolio estatal y entre las que se pueden delegar a agentes privados por tratarse de servicios que ofrece el mercado?

3.1.1.3 Destinatarios de las actividades penitenciarias ¿usuarios o destinatarios de coacción estatal?.

En lo que refiere a los destinatarios del servicio se dice que el Sistema Penitenciario y Carcelario sirve directamente a dos tipos de usuarios (Rey Barbosa, 2004). Por un lado se encuentran los internos de las cárceles y penitenciarías, quienes por razón de la limitación a la libertad derivada de la decisión judicial en ejecución se encuentran en una relación intensa, de especial sujeción respecto a las autoridades penitenciarias en donde no podrá optar por otro proveedor de servicios *—por cuanto no existe ni tampoco se le ofrece—* o de sustituir su vinculación porque su relación viene dada por la coerción (Arriagada, 2013).

De ello se deriva que la relación entre los internos y la Administración viene dada por la Ley y no por la voluntad de las partes, por lo que para la institucionalidad surge una serie de obligaciones frente a los primeros, traducida en la prestación de servicios esenciales para su vida digna, pues debido a la restricción de la libertad no estarán en capacidad de proveérselos por sí mismo, como ya se dijo. De igual modo, el interno no está en capacidad de elegir ni quien es el ejecutor del castigo penal, ni quien será su proveedor de servicios básicos *—esenciales para tener una vida digna en situaciones de confinamiento—* y de los servicios que hacen parte del tratamiento penitenciario.

Según lo dicho, el segundo tipo de usuario estaría representado por las autoridades jurisdiccionales competentes para proferir las órdenes privativas de la libertad a los individuos que han violado la ley penal y que han sido condenados bajo el procedimiento definido por el legislador. De acuerdo con el diseño del sistema penal, únicamente a las instituciones que hacen parte del SPC *-específicamente al INPEC-* les es dado ejecutar tanto las penas como las medidas de seguridad (Rey Barbosa, 2004), lo que conlleva a que estas mismas autoridades sean quienes lleven a cabo ciertas actividades accesorias a la pena principal, esto es, la aplicación del tratamiento penitenciario y de lo que hemos denominado actividades de régimen *–orden, disciplina, seguridad, custodia, etc-*.

Ahora, el solo hecho de afirmar que el SPC cuenta con “usuarios” como sucede en los demás servicios públicos resulta bastante polémico. Al respecto, cabe preguntarse si un individuo que recibe unas prestaciones como consecuencia de la coerción estatal y que no cuenta con ninguna otra opción es en realidad un usuario. Por otra parte, habrá de cuestionarse si es posible considerar que uno de los destinatarios finales del presunto servicio público sea la misma Administración, quien a través del servicio aludido buscaría cumplir fines propios del Estado en materia de justicia y seguridad, cuestión que, en palabras de Ariño Ortiz (2003), resultaría contrario a la finalidad de utilidad general del público como nota definitoria del servicio público.

3.1.1.4 Régimen jurídico del SPC. ¿régimen especial o un simple régimen de derecho público?.

En lo que se refiere al régimen jurídico al que se someten las distintas actividades del SPC, se observa que evidentemente este se desenvuelve bajo un régimen jurídico especial pero

regulado completamente bajo normas de derecho público. Esto se da en primer lugar por la misma naturaleza jurídica de las entidades que participan del sistema, entre ellas el Ministerio de Justicia y del Derecho que, como parte del Gobierno Central, es el articulador del sistema, continuando con sus entidades adscritas, en las que se cuenta el INPEC, a quien normativamente se le define como un establecimiento público por lo que, de acuerdo al artículo 70 de la Ley 489 de 1998, sus funciones corresponden al ejercicio de función administrativa y a la prestación de servicios públicos. De igual modo, en lo que concierne al ejercicio de privilegios y prerrogativas, como establecimiento público el INPEC actúa en las mismas condiciones que la nación; en materia de actos, se tiene que expide actos administrativos cuando actúa en ejercicio de funciones administrativas y en materia de contratos, se rige por el estatuto de contratación estatal -*arts. 80 y 81 L. 489/98*-.

Por su parte, la USPEC es una unidad administrativa especial con personería jurídica que, conforme a las funciones y actividades que le fueron conferidas legalmente -*provisión de bienes y servicios para el INPEC*-, se sujeta al mismo régimen jurídico de los establecimientos públicos al no existir otra disposición especial en el Decreto 4150 de 2011 -*norma de creación de la entidad*-, lo anterior de conformidad con el artículo 82 de la Ley 489 de 1998. Aunado a ello, de acuerdo con la naturaleza de las funciones que cumple la entidad, se observa que parte de estas se llevan a cabo con la expedición de actos administrativos, con el ejercicio prerrogativas públicas como la expropiación -*art. 36 L. 1709/14*- y que el ejercicio de la actividad contractual se rige por la Ley 80 de 1993 -*por ser una unidad administrativa especial*-. En estas mismas condiciones, las penitenciarías y las colonias agrícolas al tener la naturaleza de unidades administrativas especiales con personería jurídica en materia de ejercicio de prerrogativas

públicas, expedición de actos administrativos y en cuanto a la actividad contractual, se comportan de la misma manera que los establecimientos públicos.

Por otra parte, en lo que atañe al régimen jurídico que se presenta en las relaciones entre las autoridades penitenciarias y los principales destinatarios del servicio, es decir, los sujetos privados de la libertad, se argumenta que este corresponde a un régimen de derecho público en el que el interno depende directamente de las decisiones de la Administración penitenciaria del lugar donde esté recluso, dado que se encuentra bajo una relación de subordinación derivada de la ya mencionada relación de especial sujeción (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011). Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional colombiana ha identificado algunos elementos que se presentan en la relación entre los internos de los establecimientos penitenciarios y la Administración, los cuales sintetizó la Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2013⁵⁸ de la siguiente manera:

- Que las relaciones de especial sujeción implican una subordinación del recluso frente al Estado originada en la obligación que tiene el recluso de cumplir la pena o medida de aseguramiento que le fue impuesta por la autoridad jurisdiccional competente. Esto también se explica como producto de la inserción del individuo infractor de las normas penales en la organización de la Administración penitenciaria.

- Que dicha subordinación se define por el sometimiento del recluso a un régimen jurídico especial que conlleva controles disciplinarios para el interno, controles administrativos

⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 28 de junio de 2013. Magistrada Ponente: Maria Victoria Calle Correa. (Sentencia Número T-388), págs. 169 a 171.

especiales *-como sucede con el régimen de visitas o en la promoción de fases en el tratamiento penitenciario-* y la posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, en ocasiones fundamentales, distinguiendo entre derechos de goce pleno *-vida, dignidad, debido proceso, habeas corpus-*, derechos suspendidos *-libertad, libre circulación, derechos políticos-* y derechos limitados *-intimidad, comunicación, trabajo, estudio-*.

- Que la implementación del régimen disciplinario especial y la limitación de derechos fundamentales debe estar autorizada por la Constitución Política y la Ley.
- Que el ejercicio de las potestades derivadas de la aplicación del régimen disciplinario y de la limitación de algunos derechos del interno tiene como objeto garantizar el goce de los demás derechos fundamentales que no tiene limitados a través de medidas que garanticen la disciplina, seguridad y salubridad, así como alcanzar los fines de la pena, específicamente la resocialización.
- Que a partir de la relación de subordinación, para el interno surgen unos derechos especiales que imponen a la Administración el deber correlativo de garantizar, entre otros derechos, recibir un trato digno, alimentación adecuada, vestuario, implementos de aseo, agua potable, un lugar de habitación, condiciones de salubridad, asistencia médica y condiciones para descansar en las noches, es decir, todo aquello que asegura unas condiciones materiales de existencia.
- Que la obligación del Estado de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos se debe dar de manera especial y activa pues el recluso no está en capacidad

de proporcionarse autónomamente unas condiciones mínimas de existencia digna ni tiene la posibilidad de elegir alguna otra opción de vida.

Una vez escudriñado el régimen jurídico que soporta las relaciones y actividades del SPC habría que cuestionar si es posible sostener que un régimen compuesto únicamente de normas de derecho público y que para el cumplimiento de sus principales funciones hace uso de la coerción y de prerrogativas públicas, en realidad corresponde al régimen jurídico especial que se pregona del servicio público. En este punto, se considera que de sostenerse tal tesis se estaría entonces más cerca conceptualmente de la noción clásica y orgánica de servicio público, pero muy distante de su actual concepción donde generalmente las actividades de prestación de servicios públicos se regulan a través de un régimen de derecho privado, mientras que el régimen de derecho público se aplica para las actividades asociadas a la prestación que impliquen el ejercicio de prerrogativas públicas, así como a las actividades de regulación, vigilancia y control.

***3.1.1.5 Elementos adicionales comunes al SPC y al concepto de servicio público.
¿suficientes para establecer una correspondencia?***

Por lo demás, se puede aseverar que, en teoría, las funciones y servicios llevados a cabo en el SPC se dan de manera continua, general y obligatoria. Respecto a la continuidad, se encuentra que por naturaleza dicho servicio se debe prestar de manera ininterrumpida pues de otro modo se pondrían en peligro la vida e integridad de la comunidad reclusa *-en cuanto el Estado no puede desligarse de su papel de garante en la relación de especial sujeción que tiene con el interno-* y de la sociedad en general. No se puede olvidar que tales actividades sirven a las

funciones de administración de justicia y de policía, por lo que también juegan un importante papel en materia de seguridad.

En lo que refiere al tratamiento penitenciario, este se debe prestar de manera continua de modo que el interno atraviese todas las fases que lo integran hasta conseguir su reinserción a la sociedad en libertad (López Merelo, 2011). Lo anterior se refuerza con la consideración de que los funcionarios de la Administración Penitenciaria ejercen prerrogativas y autoridad en nombre del Estado y que incluso, en el caso del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del INPEC, se ha categorizado como un servicio público esencial, según el artículo 113 del Decreto 407 de 1994, que no es susceptible de interrupción, tal como lo ha reconocido la Organización Internacional del Trabajo cuando sostuvo que los funcionarios de las prisiones y guardias penitenciarios ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado y que su suspensión pone en peligro la vida, la salud y la seguridad de los presos y la población en general (Organización Internacional del Trabajo, 2005).

Así mismo, sobre al criterio de generalidad, se tiene que el Sistema Penitenciario y Carcelario al funcionar de manera continua, institucionalmente debe estar en capacidad de prestar las funciones y servicios que legalmente tienen encomendados para la totalidad de sus destinatarios, es decir, teóricamente todos los receptores del servicio o “usuarios”, en especial los internos, deben recibir los servicios prestados sin ninguna restricción. No obstante, a pesar de operar el principio de no exclusión, no se presenta el de no rivalidad, dado que ante la presencia de más internos que requieren de servicios, la posibilidad de prestarlos adecuadamente se minimiza por la misma incapacidad institucional (Rey Barbosa, 2004).

Finalmente, los servicios y funciones del SPC se prestan de manera obligatoria por cuanto, como ya se explicó, la Administración es la titular de la misma, en tanto sus obligaciones trascienden a las de ser un garante teniendo en cuenta que hace las veces de prestador exclusivo, por lo que la continuidad en la prestación del servicio es de su entera responsabilidad.

Ahora bien, para el caso concreto habría que cuestionar si los criterios de continuidad, generalidad y obligatoriedad son suficientes para catalogar una actividad como de servicio público o si estos se predicen más de las funciones públicas a las cuales sirve el SPC. De igual modo, cabe preguntarse si autónomamente tales criterios son identificadores del concepto de servicio público, ya que, de acuerdo con lo estudiado, estos no resultan determinantes para establecer tal categoría.

Como se acaba de observar, a pesar de que las funciones del Sistema Penitenciario y Carcelario presentan algunas características que podrían acercarlas al ejercicio de servicios públicos, lo cierto es que tal conceptualización no se acomoda a lo que entendemos como su actual noción y, por el contrario, se encuentran elementos que generan serios cuestionamientos acerca de la naturaleza del SPC como servicio. Estos cuestionamientos se desarrollarán entonces, de manera extensa, a continuación.

3.1.2 Puntos de divergencia.

De lo estudiado en el capítulo que antecede, se destaca que el esfuerzo argumentativo utilizado para sostener que el Sistema Penitenciario y Carcelario como un servicio público resulta

inocuo ante los vacíos teóricos y prácticos que surgen. Esto lleva a una primera conclusión, el uso del término “servicio público” para referirse a las actividades que se desarrollan en este sector de la Administración parte de un error conceptual derivado de un uso discursivo sin rigor jurídico.

En efecto, resulta visible que es la Administración quien se arroga como función propia la prestación de actividades penitenciarias de todo tipo, la mayoría de las veces, bajo el uso de prerrogativas públicas e imponiendo poder coercitivo sobre el destinatario final del servicio que es el mismo interno. Por su parte, las prestaciones que la Administración Penitenciaria le debe al interno, obedecen a la relación de especial sujeción que los une, las que se realizan en cumplimiento de los mismos fines de la pena, y no como consecuencia de una elección voluntaria.

El anterior planteamiento crea de entrada una distancia con la actual noción de servicio público, que es la de una actividad de tipo prestacional, considerada de interés general, que puede ser prestada por la Administración Pública o por los particulares *—generalmente bajo régimen de competencia y por excepción como monopolio estatal cuando las condiciones del mercado lo justifique—*, que se encuentra sujetas a un régimen jurídico especial *-donde para las actividades prestacionales remite al derecho privado en tanto constituye una actividad económica que se encuentra bajo competencia-*, y cuya regulación, vigilancia y control se encuentran en cabeza del Estado *-actividades reguladas por el derecho administrativo en tanto constituyen una típica función pública-*.

3.1.2.1 El sistema penitenciario y carcelario no sólo es una actividad prestacional destinada a la satisfacción de necesidades generales sino que, principalmente, también corresponde al ejercicio de autoridad coactivamente impuesta.

Retomando las inquietudes que se han dejado abiertas líneas arriba, se mencionó en una primera oportunidad si resultaba válida la distinción entre las actividades prestacionales propiamente dichas, las destinadas al tratamiento penitenciario y las denominadas de régimen penitenciario y si las dos primeras podrían cumplir con el objetivo de satisfacer necesidades públicas prescindiendo de recurrir a estas últimas.

Frente a tal cuestionamiento se considera que tal división no tiene asidero puesto que, de acuerdo con los artículos 3, 5 y 9 de la Ley 65 de 1993, es decir, desde un plano legal, tales actividades lo que buscan es dar cumplimiento a los principios y fines del SPC en lo que refiere al respeto a la dignidad humana, la aplicación de la prevención general y especial, la represión penal o retribución justa y la resocialización del individuo infractor de la norma penal.

De este modo, la necesidad pública de trascendencia social que busca satisfacer el SPC no se agota en las meras actividades prestacionales que la Administración Penitenciaria le debe al interno ni en las actividades destinadas a la aplicación del tratamiento penitenciario con fines de resocialización, sino que también abarca acciones donde resulta evidente el uso de prerrogativas públicas y de coerción inherentes al castigo penal impuesto que no se pueden desligar del quehacer penitenciario, ya que la retribución justa constituye uno de los fines del sistema.

Conforme a lo dicho, si se consideran las funciones y actividades del SPC como una unidad, no resulta posible reducirlo a una actividad prestacional so pena de restarle importancia como necesidad pública, la cual radica en gran medida en la confianza que deben brindar las instituciones en que las decisiones proferidas por las autoridades judiciales sobre los individuos infractores sean acatadas y cumplidas en los términos que lo determina la ley, en que se brinde seguridad a la sociedad al confinar temporalmente a quienes lesionen bienes jurídicos que el Legislador previamente ha definido como prevalentes o esenciales y en que el infractor va a recibir una retribución justa por el delito cometido.

Esto trae aparejado el segundo cuestionamiento planteado, esto es, si las actividades desplegadas pueden ser consideradas como de mera utilidad, tal como se predica de las de naturaleza industrial y comercial, o si se está frente a una actividad de las denominadas inherentes al ser del Estado. Como se ha venido argumentando, la función penitenciaria trasciende a las actividades prestacionales que allí se presentan puesto que esta engloba el ejercicio de funciones de enorme importancia como las que se derivan de la aplicación y ejecución de decisiones judiciales penales y que como tal, conllevan la provisión de castigo por parte de la sociedad, lo que viene de la mano del ejercicio de las funciones públicas de seguridad, administración de justicia y policía. Es decir, el Sistema Penitenciario y Carcelario no constituye una actividad económica de utilidad ni se reduce a lo meramente prestacional.

Además, es menester indagar si la función penitenciaria hace parte de las actividades que se entienden como inherentes al Estado mismo, es decir, aquellas que de manera tradicional justifican su existencia histórica como lo son la hacienda, la seguridad y mantenimiento del orden público, la protección de fronteras, la administración de justicia, la defensa de la soberanía, entre

otras. Frente a este punto cabe precisar que, tal como se advertía en el primer capítulo, las actividades que se presentan como razón de ser del Estado buscan antes que nada preservar su existencia para luego justificarla, pues en el ámbito del Estado sometido al Derecho, el Estado es una garantía para los administrados de que su integridad, bienes y derechos serán protegidos, ya que en el evento de estos sean trasgredidos, podrá recibir una reparación o retribución justa y el trasgresor será castigado, como una manifestación de que todos los individuos son iguales ante la Ley (Khongkruephan, 2013).

Ahora, teniendo en cuenta que las actividades penitenciarias, además de las prestacionales y de resocialización ya citadas, se ocupan principalmente del control y administración de la pena, en cuanto se encargan de administrar y controlar las situaciones posteriores al confinamiento y del cumplimiento de los fines de la pena en sus dimensiones preventiva, retributiva y de protección, se puede concluir que se encuentran unidas de manera inescindible a funciones tales como la de administración de justicia y la de seguridad y policía, eso sí, a través del ejercicio de régimen autoritario, es decir, por medio de la coacción y de la fuerza (del Rosal Blasco, 1990), que se despliega en el marco de actividades eminentemente administrativas y bajo monopolio estatal.

Esto nos lleva a considerar que el uso de autoridad en el ámbito penitenciario responde a actividades inherentes al fin del Estado *-comoquiera que implica el ejercicio de poder soberano a través de actos jurídicos* (Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico, 2003)- que resultan útiles al desarrollo de las funciones de justicia y seguridad. De allí se concluye que si bien estas actividades son esenciales para la Administración, de igual modo se encuentran lejanas

del concepto de servicio público entendido como una actividad prestacional, de utilidad y que busca el bienestar social, puesto que son ejercicio puro de poder estatal.

3.1.2.2 El papel de la administración no es el de un mero asegurador y su presencia se justifica a partir del ejercicio de régimen autoritario.

El segundo cuestionamiento planteado respecto a la supuesta correspondencia entre el concepto de servicio público y el SPC fue sobre el papel de la Administración en la prestación de servicio penitenciarios, específicamente si esta se hace parte en calidad de garante o en una faceta de prestador exclusivo y, de ser así, si esto resulta aceptable.

Frente a esto, se tiene que la respuesta inicial a tal pregunta debe ser negativa por cuanto parte de una premisa que ya se está en capacidad de calificar como falsa, esto es, que las actividades prestadas en el SPC no constituyen servicio público. En efecto, como se ha venido advirtiendo, el hecho de que dentro de dicho sistema se den algunas actividades de prestación frente al interno, no transforma su naturaleza, la cual corresponde a la de una función pública perteneciente a aquellas que son inherentes al ser del Estado y que, en gran parte, se desarrolla a través del ejercicio de autoridad, sin que esto excluya la ejecución de actividades prestacionales. Se debe considerar que para el cumplimiento de los fines del estado, en este caso los fines de la pena y del tratamiento penitenciario, no basta únicamente con la expedición de normas y el ejercicio de coerción sino que resulta necesaria la provisión de prestaciones (Montaña Plata, 2005).

De lo dicho, no se puede afirmar entonces que la Administración esté prestando algún servicio en régimen de monopolio dado que en realidad se tratan de actividades que son funcionales a la administración de justicia *-ejercicio del ius puniendi-* y a la función de policía *-seguridad y mantenimiento del orden público-* y que al ser de su esencia, la titularidad de las mismas viene dada por el mismo texto constitucional y su mantenimiento es de su entero cargo y responsabilidad puesto que las mismas se consideran indelegables (Fernández Ruiz, 2000).

Una consecuencia natural de lo dicho es la conclusión de que no existe libertad de entrada para el ejercicio de función pública, contrario a lo que sucede con los servicios públicos según lo permite la misma Constitución Política, pues en todo caso, los particulares que llegaren a ejercer función pública sólo lo harán en los casos en que taxativamente la Constitución y la Ley lo permitan, a través de un título habilitante.

Ahora, a pesar de que la división de las actividades y funciones realizadas al interior del SPC entre prestacionales y de régimen de autoridad no sirve para calificar a unas como servicio público respecto de las otras, al menos permite determinar cuáles pueden ser prestadas por particulares sin que esto llegue a implicar la delegación de potestades públicas irrenunciables como las que se encuentran vinculadas al uso de la fuerza (Ariño Ortiz & de la Cuétara Martínez, 2008). En efecto, servicios como la alimentación, higiene, salud, servicios sociales, alojamiento e incluso la construcción, mantenimiento y administración de los establecimientos penitenciarios pueden ser llevadas a cabo por el sector privado a través de contratos de concesión, suministro, prestación de servicios o a través de asociaciones público-privadas según como se requiera y lo habilite la ley, tal como lo demuestra la experiencia nacional e internacional (Arriagada Gajewski, 2012),

Además, tal como lo muestra el caso norteamericano, incluso se ha permitido la asunción de potestades públicas y ejercicio de autoridad por parte de prestadores de servicios penitenciarios bajo algunas modalidades contractuales desde la década de los ochenta (Rey Barbosa, 2004), lo que responde al fenómeno de “despublificación” de ciertas actividades y funciones tradicionalmente reservadas al Estado (Khongkruephan, 2013), tema que se abordará más de adelante de manera amplia. No obstante ello, se insiste en que la titularidad de la función le corresponde a la Administración en tanto se trata del ejercicio de potestades públicas. El resto de actividades de las que se derivan prestaciones o acciones que no requieran el ejercicio de autoridad podrán ser asumidas por los particulares a través del título habilitante que la Ley disponga, llámese contrato, convenio, etc., siempre que sean ofrecidas por el mercado y sean de utilidad para quien los preste.

3.1.2.3 El sistema penitenciario y carcelario no cuenta con usuarios, los internos son sujetos destinatarios del poder coercitivo del estado y no tienen libertad de opción.

Previamente se expuso la perspectiva teórica de la posibilidad de analizar el funcionamiento del SPC desde la lógica prestación-usuario propia de aquellas actividades que se acomodan dentro del concepto de servicio público, en las que resulta fácil distinguir la relación entre el sujeto prestador y el usuario destinatario del servicio, como por ejemplo sucede con los servicios públicos domiciliarios. Si bien esta lógica ha sido introducida al ámbito de los servicios penitenciarios, su uso resulta forzado al punto que desnaturaliza la relación de liberalidad que tienen los usuarios de los demás servicios públicos al imponer tal etiqueta a quien no está en capacidad de elegir qué servicios requiere y quién será su prestador.

En efecto, la categoría de usuario hace referencia a los individuos que por decisión propia acuden a un prestador con el objeto de satisfacer una necesidad esencial, que no está en capacidad de proveerse por sí mismo y que incide directamente en su calidad de vida y en el desarrollo económico y social de la comunidad (Atehortúa Ríos, 2006). Esta relación claramente no encaja con la que sostiene el interno con la autoridad penitenciaria, puesto que, tal como se ha sostenido, esta es una relación de subordinación donde no existe voluntad libre por parte del reo ni menos una relación de igualdad frente a la Administración, pues en todo momento dicha relación viene dada por la Ley y no por la autonomía de la voluntad (Ariño Ortiz & de la Cuétara Martínez, 2008).

No se olvide que la cotidianeidad entre el interno y las autoridades penitenciarias viene dada por una relación de especial sujeción, como ya se explicó, por lo que las prestaciones otorgadas por la Administración se encuadran en los servicios básicos que requiere el reo para llevar una vida digna, los cuales no puede proveerse por sí mismo pero tampoco puede elegir o sustituir al proveedor dado el especial tratamiento de su libertad (Arriagada, 2013) y, a su vez, la Administración no recibirá ninguna contraprestación a cambio. Lo anterior desdice completamente que el interno sea un usuario de servicios prestacionales, por el contrario, ante su limitada voluntad únicamente se le puede considerar como un sujeto atado a un régimen jurídico especial, donde se encuentra en una relación de dependencia con la autoridad penitenciaria, de quien además es destinatario de su poder de coerción.

De igual modo, tampoco cabe considerar que las autoridades que hacen parte de la rama judicial sean, a su vez, usuarios de los servicios penitenciarios. Cabe precisar que el objeto de los servicios públicos es ofrecer una prestación con cierta calidad de esencialidad o que influye

directamente en la vida de los individuos y en el desarrollo de la comunidad, es decir, que es prestación dirigida al público (Atehortúa Ríos, 2006), lo que genera un derecho abstracto en el usuario de exigirlo. Esta relación no surge cuando la Administración está prestando un servicio o proveyéndose un bien a sí misma (Ariño Ortiz, 2003), pues se estaría suprimiendo el elemento “público” de la noción de servicio.

3.1.2.4 El régimen jurídico del SPC corresponde a un régimen de derecho público gobernado por el ejercicio de prerrogativas públicas y coerción en la mayoría de sus ámbitos.

Como se detalló previamente, los órganos que conforman el SPC, tanto en su régimen de actos y contratos como en su relación con los internos, requieren del ejercicio de prerrogativas públicas e incluso, en la mayoría de ocasiones, del ejercicio mismo de coerción. Es tal vez esta característica la que vuelve problemática la equiparación del régimen jurídico especial que gobierna en los servicios en general con el que rige para esta actividad en particular.

En efecto, es cierto que tras la crisis de la noción clásica de servicio público, la unificación de todas las actividades que se incluían en esta categoría en torno a un régimen jurídico común de derecho público se diluyó en un régimen mixto (Rodríguez, 2011) donde resulta preponderante la aplicación del derecho privado para las actividades de prestación y la remisión al derecho administrativo cuando se requiere el uso de prerrogativas. Situación esta que no aplica al Sistema Penitenciario y Carcelario donde la generalidad es el uso del derecho administrativo por la constante necesidad de apelar a prerrogativas públicas como la vía legal

para cumplir con sus cometidos, razón por la que este sistema se acerca más al concepto de función administrativa que a la actual noción de servicio público.

Lo anterior afirmación encuentra sustento si se analiza la naturaleza jurídica de las entidades que integran el sistema *-establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, ministerios, departamentos administrativos, entre otros-* todas públicas, donde por mandato legal se encargan de atender funciones administrativas, como lo dispone, por ejemplo, la Ley 489 de 1998. Igual sucede si se mira la relación de especial sujeción de los reclusos frente a las autoridades penitenciarias, que los mantiene inmersos en una relación de subordinación amparada en normas de derecho público que regulan el ejercicio de coerción *-controles disciplinarios, administrativos y sancionatorios-*, de la cual se deriva un deber para la Administración de garantizar activamente las prestaciones que materializan los derechos fundamentales del reo que no han sido suspendidos o limitados, en tanto este no cuenta con los medios para satisfacerlos de forma autónoma.

Por la anterior razón, se insiste en que en el SPC no se presentan las condiciones de libre concurrencia de proveedores *-de toda naturaleza-* ni de usuarios que de acuerdo a sus necesidades acuden voluntariamente a un determinado proveedor que justifique la aplicación del régimen jurídico mixto al que se hizo alusión. Por el contrario, ante la evidencia de que las entidades pertenecientes al sistema penitenciario ejercen función administrativa no queda más que concluir que el régimen jurídico al cual se adhiere es exclusivamente público, lo que incluye el régimen de actos y contratos, además del uso de la fuerza legítima.

De igual modo, teniendo en cuenta que de acuerdo a la modificación introducida por la Ley 1709 de 2014 al artículo 163 de la Ley 65 de 1993, la construcción, mantenimiento y conservación de los centros de reclusión, además de la prestación de otros servicios adicionales - *con excepción de la guardia y vigilancia junto con las actividades orientadas a la resocialización*- puede ser realizada por asociaciones público-privadas o mediante contratos de concesión. Surge así la posibilidad de ingreso de un agente en calidad de proveedor de servicios penitenciarios, al cual se le definirá el régimen jurídico y de responsabilidad al que se someterá dependiendo de la actividad o función que le sea entregada.

Lo expuesto significa que el régimen jurídico aplicable en los casos de participación de agentes privados en el SPC dependerá del caso de la actividad que realice, ya sea que el aprovisionamiento de ciertos servicios penitenciarios se logre acudiendo únicamente al derecho común o que, por la naturaleza de la actividad delegada, resulte necesario que los particulares gocen también de la facultad de ejercer prerrogativas públicas -*dándose un caso más de particulares que ejercen funciones administrativas*-. En este último caso deberá ser la misma Ley la que debe definir en qué caso y bajo qué condiciones se puede dar la participación del sector privado, pues de lo contrario se presentaría un oscurecimiento de los límites entre lo público y lo privado en el ámbito penitenciario (Arriagada, 2013) que podría llegar a desnaturalizar los propios objetivos y fines perseguidos por el sistema.

3.1.2.5 Que en el SPC se presenten los criterios de continuidad, generalidad y obligatoriedad no es suficiente para catalogarlo como un servicio público, pues estas características también son predicables de la función pública.

Como se explicó en los numerales que anteceden, en el Sistema Penitenciario y Carcelario se distinguen varios criterios que están relacionados con su operación permanente y general, por lo que, a su vez, se ha asignado tal responsabilidad en cabeza de la Administración para que esta asegure su prestación de forma continua. A los criterios que se hizo referencia fueron los de continuidad, generalidad y obligatoriedad.

Por continuidad se indicó que el sistema como tal debe operar de manera ininterrumpida con el fin de salvaguardar las condiciones de vida digna del interno, su seguridad y la de la sociedad misma y, para garantizar la continuidad y culminación del tratamiento penitenciario. Por generalidad se hizo alusión a la obligación que recae sobre la Administración penitenciaria de estar en capacidad de atender en condiciones de igualdad a todos los receptores del servicio, es decir garantizando la capacidad de recibir a los individuos infractores de las normas penales en unas condiciones dignas de reclusión y de dar aplicación al tratamiento penitenciario. Finalmente, se mencionó el criterio de obligatoriedad por el contenido obligacional que tanto la Constitución Política como la Ley le asigna a la Administración para garantizar y prestar la mayoría de funciones y actividades que recaen en el SPC, en especial aquellas relacionadas con el disfrute de los derechos fundamentales de los reos que no están suspendidos o limitados, con el ejercicio de la fuerza y la coerción, con la aplicación del tratamiento penitenciario y, en general, con aquellas que requieren el ejercicio de prerrogativas públicas.

Ahora, tal como se afirmó en el primer capítulo, a pesar de que estas características son reconocibles en la prestación de servicios públicos, no son suficientes para categorizar alguna actividad, función o servicio como tal. En efecto, lo primero a considerar es que se está ante unas categorías abiertas que se pueden predicar tanto de un servicio público, así como de otro tipo de actividades de diversa índole, más aún cuando se trata de funciones públicas como ocurre con el Sistema Penitenciario y Carcelario. Es decir, no se puede predicar que la presencia de alguno de estos criterios pueda identificar a una actividad o función como un servicio público.

En segundo lugar, se debe considerar que estas características no han sido ligadas a la categoría jurídica de servicio público ni por la Constitución ni por la Ley, por lo que su aplicación y/o garantía no resulta rigurosa (Rodríguez, 2011), de tal modo que en principio sólo serán exigibles cuando el Legislador o la jurisprudencia lo dispongan (Montaña Plata, 2005) y en la medida que estos se adopten como principios generales. De tal modo, al tratarse entonces de una categoría axiológica sin origen legal, se concluye que la presencia de tales criterios no son definitorios del servicio público y sólo resultan exigibles cuando la Ley o la jurisprudencia lo dispongan para cada caso en concreto.

De lo visto hasta acá, surge una conclusión que resulta ineludible en este punto y es la comprobación en términos teóricos que el Sistema Penitenciario y Carcelario no corresponde a un servicio público. En efecto, tal como se acaba de mostrar, el SPC no cumple con las esenciales características que la doctrina y la jurisprudencia le han endilgado a esta categoría jurídica.

Se ha demostrado entonces que en el SPC se llevan a cabo actividades tanto de índole prestacional como otras que conllevan el uso de prerrogativas públicas, en especial el ejercicio de

la coerción y el uso de la fuerza legítima, siendo estas últimas las que aportan una nota definitoria del mismo servicio, como es la ejecución del *ius puniendi* en cabeza del Estado. En este mismo sentido, la presencia preponderante de entidades públicas en la composición del sistema viene dado por la necesidad de ejercer potestades públicas –*de allí la naturaleza jurídica de algunas de estas entidades*–, utilitarias a la administración de justicia y a la misma función de seguridad, sin que la provisión de prestaciones en favor de los internos lleve a cambiar la naturaleza del sistema en un servicio. Por el contrario, tales prestaciones resultan necesarias para el cumplimiento de sus objetivos y fines que, en últimas, también constituyen actividades inherentes al ser del Estado.

También se ha mostrado lo evidente que resulta que en el Sistema Penitenciario no se presenta el ejercicio de autonomía de la voluntad por parte de los internos como destinatarios de las actividades o funciones penitenciarias, sino que estos se encuentran inmersos dentro de un régimen de derecho público, marcado por el obedecimiento y disciplina frente a las normas y a las autoridades penitenciarias, por lo que no puede considerarse que estos sean unos usuarios de un servicio ante la ausencia de posibilidad de elección de hacer uso o no del sistema o de otro proveedor. Esto trae aparejado una conclusión más y es que el régimen jurídico a que se somete el SPC definitivamente corresponde a un régimen de derecho público donde prima el ejercicio de prerrogativas públicas esencialmente, algo que alejan aún más la posibilidad de entender este sistema como un servicio público.

De tal modo, resulta ostensible que el SPC no es una actividad prestacional destinada a la satisfacción de necesidades colectivas; que la participación del Estado en dicho sistema se da por la necesidad del ejercicio de la potestad de autoridad que requiere llevar a cabo una actividad inherente al ser del Estado y no como un prestador más o para llevar a cabo actividades de

regulación, vigilancia y control y que, finalmente, el régimen jurídico aplicable es un régimen de derecho público al que debe recurrir para el ejercicio de potestad administrativa, así como en materia de actos y contratos. Es decir, no se cumple con ninguno de los elementos que se pueden definir como diferenciales del servicio público.

De llegarse a considerar que el SPC es un servicio público, se estaría entonces ante un retroceso hacia la noción clásica del concepto donde, al atenderse principalmente a un criterio orgánico, se consideraba que cualquier actividad o servicio prestado por la Administración constituía un servicio público, sin consideración a si se trataba de una de las actividades inherentes a la existencia del Estado o si eran simples actividades industriales y comerciales. Se reitera que esta concepción del servicio público ya ha sido descartada en la redefinición actual de esta categoría y por el mismo modelo adoptado desde la misma Constitución Política de 1991, donde está definido qué clase de actividades son los servicios públicos y cuál es el papel del Estado allí, como ya se ha expuesto a lo largo de este estudio.

Ahora, ya que se ha descartado que el SPC sea un servicio público y que, tal como se ha mostrado, por su naturaleza y prácticas tiene una correspondencia con las denominadas funciones públicas, es necesario entonces emprender el estudio de la relación entre las actividades, prácticas y servicios que hacen parte del Sistema Penitenciario con los conceptos de función pública y función administrativa, lo que se verá a continuación.

3.2 Relación entre las actividades, prácticas y servicios que hacen parte del sistema penitenciario con los conceptos de función pública y función administrativa

Como se ha venido estudiando, el funcionamiento del Sistema Penitenciario y Carcelario propicia toda una serie de interacciones entre actividades, prestaciones, normas, instituciones y prácticas de las que hace uso el Estado con el objetivo de cumplir algunos de sus fines, estos son, la ejecución material de las decisiones proferidas por las autoridades judiciales en materia penal y, a su vez, lo que se ha definido como los fines de la pena y del tratamiento penitenciario. Esto se puede definir como el simple ejercicio de poder estatal a través de varios órganos y entidades pertenecientes a una de las ramas del poder público, en este caso la rama ejecutiva, para el cumplimiento de un fin de la Administración, es decir, el ejercicio de una función pública que, de acuerdo con la Constitución y la ley, está asignada a entidades que componen el sector público y, en casos excepciones y taxativos, a los particulares bajo las condiciones que sean definidas previamente.

En el caso que nos ocupa, la ejecución material de la pena a través de las entidades públicas que componen el SPC se define como una actividad eminentemente administrativa, pero utilitaria para el poder jurisdiccional, que se encarga de las situaciones posteriores al confinamiento. en lo que refiere a la aplicación del régimen interno, régimen disciplinario, tratamiento penitenciario, entre otros. Lo dicho quiere decir entonces que el SPC cumple una función de gobierno que sirve de instrumento para la ejecución de decisiones judiciales, pero sin tener el alcance de decidir sobre la libertad definitiva de las personas⁵⁹ ni de modificar las

⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 30 de abril de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. (Sentencia Número C-312), pág. 8

condiciones de la ejecución de la sanción penal⁶⁰. Esto se traduce en que dicho sistema no cumple funciones jurisdiccionales sino que su campo de acción es la función administrativa llevada a cabo por las autoridades que la integran, quienes hacen ejercicio de autoridad y de prerrogativas públicas por mandato de la ley y con el objeto de alcanzar los fines estatales y los intereses públicos, lo que, en el caso penitenciario, también conlleva el ejercicio de algunas actividades prestacionales. A continuación se discurrirá entonces sobre las actividades ejecutadas por las autoridades integrantes del SPC que se consideran como el ejercicio de función administrativa.

3.2.1 Facultades reglamentarias.

En este punto, dentro de las actividades llevadas a cabo en el SPC que se reconocen como función administrativa se encuentra, en primer lugar, la facultad reglamentaria que recae en algunas autoridades penitenciarias. Al respecto, conforme lo dispone el artículo 52 de la Ley 65 de 1993, corresponde al INPEC a través de su Dirección General *-art.14-8 del D. 4151/11-* expedir el reglamento general al cual se deben sujetar los reglamentos internos de todos los establecimientos de reclusión. Dicho reglamento general debe contener *“las normas aplicables en materia de clasificación de internos por categorías, consejos de disciplina, comités de internos, juntas para distribución y adjudicación de patios y celdas, visitas, ‘la orden del día’ y de servicios, locales destinados a los reclusos, higiene personal, vestuario, camas, elementos de dotación de celdas, alimentación, ejercicios físicos, servicios de salud, disciplina y sanciones, medios de coerción, contacto con el mundo exterior, trabajo, educación y recreación de los reclusos”*, así como las directrices y orientaciones generales sobre seguridad y el manual de

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 26 de octubre de 2005. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. (Sentencia Número T-1093), pág. 12

funciones aplicable a los centros de reclusión. En la actualidad el reglamento general del INPEC se adoptó mediante el Acuerdo No. 0011 del 31 de octubre de 1995.

De igual modo, el artículo 53 de la Ley 65 de 1993 concede a los directores de los establecimientos penitenciarios la facultad de expedir sus respectivos reglamentos de régimen interno, que a su vez deben ser aprobados por la Dirección General del INPEC, instancia que debe de adoptar las directrices dictadas en el reglamento general adaptadas a la categoría y condiciones del centro de reclusión de que se trate, además de contener los planes de defensa, seguridad y emergencia. De manera concordante, también recae sobre la Dirección General del INPEC y sobre los directores de los establecimientos penitenciarios fijar los parámetros del régimen de comunicaciones, visitas de los internos y contacto con el mundo exterior –*arts. 110 a 115A L.65/93 y arts. 20 a 37 del Acuerdo 0011 de 1995-*.

Tal como se observa, esta función reglamentaria, general y especial, trata sobre elementos esenciales de la vida del interno: desde su trato cotidiano con las autoridades penitenciarias, pasando por el régimen disciplinario y de coerción, hasta la provisión de prestaciones y servicios básicos. De allí que se considere que la potestad legal de dictar los reglamentos que regulan todos los ámbitos y relaciones que se dan dentro del ámbito penitenciario, que cobija tanto a los internos y establecimientos penitenciarios y que se pueden imponer coercitivamente a sus destinatarios, constituye el ejercicio de función administrativa en estado puro pues este se lleva a cabo a través de las facultades concedidas por el régimen autoritario fijado por la misma Ley.

3.2.2 Facultades disciplinarias, sancionatorias y coercitivas.

Aparejadas con la facultad reglamentaria que se acaba de exponer como un medio para obligar el cumplimiento de los reglamentos, castigar las faltas cometidas y hacer ejercicio de la fuerza de manera legítima, las autoridades penitenciarias cuentan con facultades disciplinarias, sancionatorias y coercitivas aplicables a los internos que tienen a su cargo. Sobre el régimen disciplinario, se tiene que el artículo 116 de la Ley 65 de 1993 *-modificado por el artículo 76 de la Ley 1709 de 2014-* dispone que el INPEC, previo concepto favorable del Ministerio de Justicia y del Derecho, debe expedir el reglamento disciplinario al cual se sujetan los internos en los centros de reclusión.

En principio, las faltas disciplinarias vienen dadas por el mismo Código Penitenciario y Carcelario en su artículo 121, en aplicación del principio de legalidad, donde se clasifican entre leves y graves. No obstante, el procedimiento e instrucción del proceso disciplinario se lleva a cabo por el director del establecimiento penitenciario correspondiente o, de existir, por el subdirector que tuviere tales funciones—*art. 134 L. 65/93-*. Luego, la decisión sobre si existió falta disciplinaria o no, junto con imposición de la correlativa sanción, corresponde al director del establecimiento para las faltas tipificadas como leves y al Consejo de Disciplina para las faltas graves. Este Consejo de Disciplina, por su parte, se encuentra integrado por el director del establecimiento, el asesor jurídico, el jefe de talleres, el jefe de la sección educativa, el psicólogo, el trabajador social, el comandante de vigilancia, el médico, el personero municipal o su delegado y un representante de la población reclusa con voz pero sin voto —*art. 75 Acuerdo 0011 de 1995-*.

En lo que refiere al régimen sancionatorio, se tiene que las sanciones se encuentran igualmente tipificadas en la Ley 65 de 1993, donde se establecen tanto para las faltas leves como para las faltas graves, las cuales van desde la amonestación, la privación temporal de participación en actividades recreativas, la suspensión temporal de visitas, la suspensión o pérdida de estímulos y la pérdida temporal del derecho de redención de la pena –*art. 123-*. La ejecución de tales sanciones corresponde al director del establecimiento penitenciario y al Consejo de Disciplina, quienes también son competentes para revocarlas, disminuirlas o suspenderlas de manera discrecional –*arts. 136 y 137-*.

Ahora, en los casos donde exista peligro de fuga, de violencia entre los internos, de causación de daños de los internos a sí mismos o a otras personas y bienes o cuando se han agotado todas las vías para superar la resistencia de los reos al cumplimiento de las órdenes dictadas por el personal penitenciario, el director del centro de reclusión puede acudir a las denominadas medidas *in continenti* –*art. 125 L. 65/93-*. Es decir, a las medidas de coerción a las que pueden acudir las autoridades penitenciarias sin llevar a cabo un procedimiento previo, dada la situación de urgencia, y que conllevan la imposición de aislamientos, uso de la fuerza física personal y el uso de armas –*arts. 54 y 45 Acuerdo 0011 de 1995-*, todo esto sujeto a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad.

3.2.3 Régimen de estímulos y beneficios administrativos.

Al igual que el régimen disciplinario y sancionatorio, las autoridades penitenciarias cuentan con la prerrogativa de otorgar estímulos a los internos por facultad legal expresa.

Conforme al artículo 129 de la Ley 65 de 1993, los estímulos son formas de persuasión o motivación que se otorgan a los internos para exaltar conductas ejemplares o para reconocer los servicios meritorios por ellos prestados. El otorgamiento de estímulos le compete al director de cada centro de reclusión, mediante disposición escrita y previo concepto favorable del Consejo de Disciplina -*art. 117 L.65/93-*, para lo que deberán tener en cuenta los antecedentes del individuo, su personalidad, los motivos de su conducta, la naturaleza de ella, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su comportamiento y la proporcionalidad entre el estímulo y el acto reconocido.

Los estímulos se clasifican en varios tipos, entre ellos felicitaciones privadas o públicas, reconocimientos pecuniarios, permisos para visitas extraordinarias, recomendaciones especiales para obtener beneficios legales -*art. 132 L.65/93-* y concesión de traslados, previa autorización del Consejo de Disciplina -*art. 75 L.65/93-*.

En lo que concierne a los beneficios administrativos es menester destacar que estos son prerrogativas concedidas a los internos por las autoridades penitenciarias como parte de la ejecución del tratamiento penitenciario y sujeto a normas de índole legal y reglamentaria. El interno puede acceder a tales beneficios según la fase del tratamiento penitenciario en que se encuentre como resultado de las promociones que en su favor realice el Consejo de Evaluación y Tratamiento⁶¹.

⁶¹ El Consejo de Evaluación y Tratamiento se encuentra conformado por un grupo interdisciplinario integrado por abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapeutas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia -*art. 145 L.65/93-*.

Los beneficios administrativos aludidos son de diferente naturaleza, yendo desde los permisos hasta de setenta y dos horas, la libertad y franquicia preparatorias, hasta el trabajo extramuros y en penitenciaria abierta –*art. 146 L.65/93*-. Cada uno de ellos es otorgado por autoridades administrativas distintas, atiende a unas fases del tratamiento penitenciario diferentes y exige unos requisitos disimiles. Es así que, bajo el cumplimiento de los requisitos legales, la Dirección del INPEC puede conceder a los internos que se encuentren en la fase de mediana seguridad permisos de salida sin vigilancia de hasta 72 horas –*art. 147 L.65/93*-. De igual modo, las Direcciones Regionales del INPEC podrá concederle a los internos que están en la fase de mínima seguridad permiso de salida del establecimiento penitenciario hasta por 15 días, sin superar los 60 días al año y permisos de salida para los fines de semana.

Por su parte, el Consejo de Disciplina de los establecimientos penitenciarios tiene la facultad de conceder a los internos que se encuentran en la fase de confianza el beneficio de libertad preparatoria -*mediante resolución motivada y posterior aprobación del Director del INPEC*-, por medio del cual se le permite la salida del establecimiento penitenciario durante el día para la realización de actividades laborales o de estudio con la obligación de regresar al mismo en las noches y los fines de semana -*art. 148 L.65/93*-, así como al beneficio de franquicia preparatoria -*igualmente mediante resolución y aprobación de la respectivo Dirección Regional*-, el cual es similar al beneficio anterior sólo que el condenado tendrá que reportarse periódicamente a la dirección del establecimiento - *art. 149 L.65/93*-. Finalmente, cuando media una situación de enfermedad o muerte de un familiar del interno, el Director del establecimiento de reclusión puede conceder permisos de salida excepcionales por el término de 24 horas más el término de la distancia, bajo ciertos condicionamientos legales –*art. 139 L. 65/93*-.

3.2.4 Régimen de actos y contratos, control fiscal, control disciplinario y régimen de personal.

Como ya se expuso, dada la naturaleza de las autoridades que hacen parte del SPC, donde el INPEC es un establecimiento público y la USPEC, junto con las penitenciarías y las colonias agrícolas, son unidades administrativas especiales con personería jurídica, les corresponde el ejercicio de función administrativa, lo que implica el sometimiento a un régimen de derecho público administrativo en materia de expedición de actos administrativos y actividad contractual. De tal modo, los actos unilaterales que expidan tales entidades se consideran actos administrativos, los que tendrán por objeto dar cumplimiento a sus misiones y funciones, tal como lo dispone la Ley 489 de 1998. Esta misma ley prevé que estas entidades se someten al Estatuto de Contratación Pública en materia contractual, aunado a ello, la misma Ley 80 de 1993 incluye dentro de las entidades destinatarias del estatuto a los establecimientos públicos y a las unidades administrativas especiales.

De igual modo, el hecho de que las entidades del SPC correspondan a entidades públicas en su totalidad implica que sus funcionarios son servidores públicos y como tales son sujetos de control disciplinario de conformidad con lo previsto por el Código Disciplinario Único. En igual sentido estas entidades son objeto de control fiscal y sus funcionarios están sujetos al régimen de responsabilidad fiscal de conformidad con la Ley 42 de 1993. Por otra parte, en lo atinente al régimen de personal aplicable a los funcionarios vinculados a las autoridades penitenciarias, se tiene que de acuerdo al Decreto 407 de 1994, en el caso del INPEC y de las penitenciarías, sus

servidores son empleados públicos de régimen especial, que pueden ser de carrera o de libre nombramiento y remoción⁶².

3.2.5 Elaboración de políticas públicas.

Por último, se debe agregar que dentro las funciones administrativas que realizan algunas de las autoridades que integran el SPC también se encuentra la formulación, adopción y ejecución de políticas públicas en materia penitenciaria. Al respecto, se tiene que el Ministerio de Justicia y el Derecho en su condición de articulador del sistema es el principal responsable de las políticas públicas en asuntos penitenciarios y carcelarios en lo que refiere al diseño, seguimiento y evaluación de las políticas en materia criminal, carcelaria y penitenciaria y prevención del delito –*Decreto 2897 de 2011*-. A su vez, el INPEC coadyuva en la formulación y ejecución de la política criminal, penitenciaria y carcelaria según lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 4151 de 2011. En igual sentido, el Ministro de Justicia y del Derecho, el Director General del INPEC, el Director General de la USPEC y el Director General del ICBF hacen parte de forma permanente del Consejo Superior de Política Criminal, organismo colegiado asesor del Gobierno Nacional en la implementación de la política criminal del Estado -*art. 167 L. 65/93*-.

⁶² De libre nombramiento y remoción el Director General, el Secretario General, los Subdirectores, los Jefes de Oficina, los Asesores, los Directores Regionales, los Jefes de División, los Directores y Subdirectores de Establecimientos Carcelarios y los demás empleos de Jefe de Unidad que tengan una jerarquía superior a Jefe de Sección y los de tiempo parcial; y de carrera los demás empleos. Dentro de este último grupo existen dos categorías: el personal administrativo y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, este último sujeto a un régimen de carrera especial que se distingue por sus modos de ingreso, capacitación, promoción y responsabilidad.

Por su parte, en el caso de la USPEC, según se determina en el artículo 30 del Decreto 4150 de 2011, a sus empleados se les aplica el régimen general de carrera administrativa, de clasificación y de administración de personal contenido en la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública.

Por su parte, la USPEC, en coordinación con el Ministerio de Justicia y el Derecho y el INPEC, se encarga de definir las políticas en materia de infraestructura carcelaria –*art. 5 D. 4150/11-*, además que debe fijar las políticas en materia de provisión alimentaria –*art. 68 L. 65/93-* y diseñar, junto con el Ministerio de Salud y Protección Social, el modelo de atención en salud especial, integral, diferenciado y con perspectiva de género para la población privada de la libertad –*art. 105 L. 65/93-*.

Este cúmulo de actividades donde algunas son el puro ejercicio de prerrogativas públicas y donde otras se dan como consecuencia de ello –*v.g. el control fiscal por la administración de recursos públicos y el control disciplinario como garantía del buen ejercicio de la función pública-* son suficientes para sostener, como conclusión, que el esquema de relaciones que se presentan en el Sistema Penitenciario y Carcelario viene dado por el ejercicio de función administrativa. En efecto, resulta evidente la aplicación del poder coercitivo del Estado frente a los internos de los establecimientos de reclusión, en los diferentes ámbitos que se suscitan por la ejecución de la pena y sin que medie la voluntad del reo en la determinaciones adoptadas por las autoridades penitenciarias, además de las facultades para expedir reglamentos y proferir actos administrativos, aunado a la obligación de sujetarse al Estatuto de Contratación Pública, siendo estos mecanismos que el Legislador ha dispuesto para el cumplimiento de su objeto, que para el caso concreto es ejecutar materialmente la pena, la resocialización del condenado y la protección de sus derechos fundamentales.

Ahora, una de las consecuencias fundamentales de que las actividades llevadas a cabo dentro del SPC sean consideradas como función administrativa es que estas se encuentran sujetas al principio de legalidad, lo que conlleva a la predeterminación de la conducta administrativa a

través de normas jurídicas (Gordillo, Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general, 2013). Lo anterior incluye una asignación legal de la competencia de los órganos administrativos para actuar, de la forma y el procedimiento que se debe cumplir para la emanación de actos de contenido jurídico, de la especificación del objeto de la actuación administrativa -*separación funcional*-, la sujeción a un régimen de responsabilidad especial y en general la sujeción a los principios que gobiernan la función administrativa según el artículo 209 de la Constitución Política⁶³.

Téngase en cuenta que en virtud del principio de vinculación positiva a derecho, las entidades públicas y sus funcionarios sólo pueden realizar aquello que les está permitido, en el ámbito de la competencia asignada y con ejercicio de las potestades específicas que se le han conferido. Por excepción y cuando la misma ley lo habilita, la Administración también puede realizar de manera discrecional en el marco del cumplimiento de los fines del Estado, en lo que se ha llamado el principio de vinculación estratégica (Molano López, 2005).

Estas características derivadas del principio de legalidad dentro de la función administrativa son fácilmente identificables en el SPC donde en el amplio marco normativo que lo regula se distingue qué entidades hacen parte del sistema, cuál es su ámbito de acción y qué funciones específicas están habilitadas para realizar cada una. Entre ellas están la funciones administrativas, de uso de la fuerza legítima y reglamentarias, hasta de tutela de los derechos

⁶³ ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

fundamentales de los internos y provisión de prestaciones fundamentales para que estos puedan llevar una vida digna, todas estas actividades bajo habilitación legal previa.

Empero, tal como se ha mostrado, desde el plano político y especialmente legislativo, se avizora que en la ejecución de actividades y funciones en el plano penitenciario se están abriendo espacios para la participación de nuevos agentes de naturaleza privada, lo que constituiría un nuevo caso de ejercicio de función administrativa por parte de particulares pero que, a su vez, generan una serie de inquietudes acerca del modo, forma y actividades en las que se podría dar válidamente su participación. Estas cuestiones serán abordadas a continuación con el objetivo de dejar sentada una posición frente a este fenómeno.

3.3 Perspectivas para la prestación de servicios penitenciarios. La cuestión de la participación del sector privado en el SPC

Como se concluyó en el capítulo anterior, el sistema penitenciario colombiano desde hace décadas atraviesa una serie de problemáticas de hondo calado que se traduce en una sistemática violación de los derechos fundamentales de los internos de los establecimientos penitenciarios del país como resultado del hacinamiento creciente y el difícil acceso a servicios básicos, lo que ha llevado que el ideal resocializador de la pena de prisión sea cada vez más lejano de sostener (Iturralde, 2011). Este panorama ha sido abordado a través de varios pronunciamientos judiciales en donde destacamos las dos providencias a través de las cuales la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en todas las penitenciarías del país, las sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013, en las cuales se dieron varias órdenes en lo que refiere a la infraestructura

penitenciaria, así como medidas para solventar el varias veces diagnosticado hacinamiento penitenciario, entre otras, como ya se estudió.

Sobre el específico caso de la infraestructura penitenciaria y la ampliación de cupos para el confinamiento y atención de la población reclusa se ha generado una amplia preocupación que ha llevado a plantear al Gobierno Nacional la necesidad de la incursión de agentes privados al Sistema Penitenciario y Carcelario, a la vez que ha instado a los entes territoriales para que cumplan con sus funciones en materia de reclusión. Al respecto, mediante el Documento CONPES 3828 del 19 de mayo de 2015 se estableció que tales agentes corresponden a actores estratégicos en el desarrollo de una política penitenciaria integral:

El desarrollo de una política penitenciaria integral requiere de la participación de actores estratégicos. En primera medida, las entidades territoriales están llamadas a responder por las obligaciones que la ley establece, es decir, atender la población sindicada. Por otra parte, 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 esta política.

Una adecuada articulación entre las entidades del orden nacional y territorial, así como la activa participación de la empresa privada, ayuda a garantizar la efectividad en el desarrollo de una política que se basa fundamentalmente en la sinergia de las acciones a la cabeza de cada uno de los actores estratégicos involucrados. Es así que el éxito del presente documento CONPES descansa en gran medida en que dicha articulación se pueda llevar a cabo. (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2015)

El desarrollo de esta nueva política penitenciaria, abierta a la entrada del sector privado como un nuevo actor participante, lleva a la necesidad de cuestionar bajo qué modelos se puede dar tal participación y cómo sería la relación con el ejercicio de la función administrativa que cumple el SPC. De tal modo, se emprenderá el estudio de los esquemas de SPC con participación del sector privado y, en sentir del autor, qué actividades podrían ser delegadas a tales actores y cuáles deben continuar como responsabilidad de la Administración en el caso colombiano.

3.3.1 Modelos de participación del sector privado en el sistema penitenciario y carcelario.

De acuerdo con la experiencia desarrollada en otros países, donde se han adoptado esquemas de participación del sector privado en sus sistemas penitenciarios, es posible distinguir algunos modelos recurrentes en los que se ha desarrollado dicho fenómeno. De tal modo, se observan modelos donde el operador privado únicamente construye una prisión para luego alquilarla al Estado, otros donde el operador privado construye una prisión y a su vez la administra o modelos donde el particular únicamente administra el centro penitenciario sin participar en su construcción (Fundación Paz Ciudadana y Banco Interamericano de Desarrollo, 2013).

Respecto a estas categorías de actividad privada en el sistema penitenciario es posible entonces identificar dos modos de participación del sector privado. El primero cuando el privado asume la totalidad de las funciones y actividades inherentes a la ejecución de la pena y el segundo en las que existe una participación híbrida o mixta entre la Administración y el particular, donde se admite una mayor o menor participación de este último, según lo requerido.

3.3.1.1 *Esquema de provisión total por parte del sector privado.*

El modelo de participación total del sector privado en el SPC responde a aquel donde se entregan íntegramente las actividades inherentes al sistema, entre ellas la construcción, operación, administración y gestión del establecimiento. Bajo esta categoría se encuentran las dos formas más comunes de provisión de estos servicios: primero, la que se conoce como DCM (*Design, Construction and Management*) que refiere a cuando el agente o agentes privados se encargan de diseñar, construir y administrar el centro penitenciario. La segunda, la que hace referencia la modelo DCMF (*Design, Construction, Management and Finance*) donde además de estas actividades, el Estado también delega el financiamiento del proyecto al sector privado, por lo que este, en últimas, arrienda el establecimiento al mismo Estado (Fundación Paz Ciudadana y Banco Interamericano de Desarrollo, 2013).

En estos esquemas de privatización total, el particular queda encargado entonces del mantenimiento del establecimiento, tanto en sus bienes muebles como inmuebles, de la prestación del servicio de seguridad, alimentación, salud, alojamiento, aseo, resocialización y suministro de bienes básicos (Arriagada Gajewski, 2012) –*modelo adoptado por varios estados en los Estados Unidos*-. Por su parte, la Administración, cuando se trata de este tipo de esquemas, se ha reservado en algunos casos las actividades relacionadas con los derechos humanos de los internos, entre las que se cuentan la imposición de sanciones, la clasificación del interno en las fases de tratamiento penitenciario –*tal como sucede en el Reino Unido o Australia, por citar casos significativos*- y, en algunos otros casos, la Administración no se desliga de las labores de vigilancia y control (Fundación Paz Ciudadana y Banco Interamericano de Desarrollo, 2013). Es

decir, el ejercicio de función administrativa por parte de las autoridades públicas se ve reducida únicamente a algunas pocas actividades *-cuando existe una reserva en la titularidad de estas-* mientras que las demás se ejecutan por los particulares.

Como variables de estos esquemas de participación de privados, se encuentran dos modalidades según el tipo de contratación utilizado entre los privados y el Estado, estos son la modalidad de adquisición y la de desarrollo de establecimientos penitenciarios. En el primero se presenta una transferencia de dominio de un centro penitenciario de propiedad estatal a un agente privado, quien se encargará de su total operación y podrá contratar con el Estado el alojamiento de los reclusos por la suma que se pacte, lo que significaría el desprendimiento por parte de la Administración de una función que le resulta onerosa o que no está en capacidad de seguir solventando pero que, de todas maneras, debe seguir garantizándola (Rey Barbosa, 2004).

La segunda variable es la que se ha denominado desarrollo en la que el agente privado asume las actividades de financiación, diseño, construcción y operación de establecimientos penitenciarios, por iniciativa propia, para luego ofertar a la Administración su capacidad de alojar internos. Allí, la Administración tendrá que estar en capacidad de suministrar reclusos de manera permanente y de cumplir con el valor pactado de manera total, ya sea por pagos periódicos o por cada cupo penitenciario usado, en virtud de un contrato previo. Existen incluso algunos casos donde el particular se adelanta a la existencia y suscripción de un contrato estatal y procede a la construcción y diseño de centros de reclusión especulativos que serán ofertados al Estado, a mayor costo, en momentos de emergencia o por desbordamiento de la población reclusa, anticipándose incluso a las predicciones de la política pública, bajo esquemas de contratación de emergencia (Rey Barbosa, 2004).

Tales modelos de privatización total son comunes en Estados Unidos donde desde principios de la década de 1980 comenzaron a proliferar empresas privadas especializadas en la prestación de servicios penitenciarios, que podían ser incluso las propietarias de la penitenciaría y que fueron patrocinadas por el gobierno federal y algunos estados como una solución para los problemas de eficiencia y eficacia generados en las actividades penitenciarias, las que ya tenían una rebaja en su calidad por el incipiente hacinamiento carcelario que se venía presentando (del Rosal Blasco, 1990). De igual manera, se tiene que dicho país cuenta con la más alta participación del sector privado en el sistema penitenciario, incluso por encima de las de dominio público. Sin embargo, el crecimiento de la capacidad de alojamiento de internos ha ido aparejada del crecimiento de la población carcelaria y muchos de los problemas que traían las cárceles públicas se han replicado en las privadas (Rey Barbosa, 2004).

Otra característica presente en el sistema penitenciario estadounidense es que el fenómeno de privatización de penitenciarías se orienta hacia la *despublificación* de la función pública (Khongkruephan, 2013). Por *despublificación* se entiende la supresión de la titularidad pública de algunas funciones o servicios dejándolos en el ámbito del mercado, la competencia, la libertad de empresa y de las libertades económicas. En virtud de este fenómeno el servicio o función queda bajo una regulación alternativa (Martínez López-Muñiz, 1999), tal como sucede en el ámbito penitenciario estadounidense con la exigencia de algunos estados para que los operadores privados se ciñan a los estándares establecidos por asociaciones no gubernamentales como la American Correctional Association (ACA) o a las formas contractuales propuestas por la American Bar Association (ABA) (Rey Barbosa, 2004).

3.3.1.2 Esquema de provisión mixto entre el sector privado y la administración pública.

Por esquemas de provisión mixtos o híbridos se entienden todos aquellos donde se presenta la participación pública y privada en diferentes grados. Allí, se observa como el Estado ha delegado algunas de las funciones que forman parte del SPC pero, a su vez, se reserva para sí mismo la ejecución de otras tantas, que van mucho más allá de la mera función de vigilancia y control que ejerce en algunos de los esquemas de provisión privada total y que abarcan desde la conservación del derecho de dominio sobre los establecimientos penitenciarios y carcelarios, hasta el mantenimiento de funcionarios públicos en las labores de dirección de estos centros y de garantía de la seguridad, vigilancia y guardia en su interior, según el caso.

El primer supuesto sobre el que se puede hacer mención, donde se da la participación del sector privado sin que se comprometa en la administración, operación o construcción de los establecimientos penitenciarios, es en aquellos donde la autoridad penitenciaria únicamente contrata con operadores externos, usualmente bajo esquemas contractuales de prestación de servicios, la provisión de algunos servicios o programas, entre ellos cuestiones como la alimentación, alojamiento, asistencia sicosocial, educación, salud, recreación, entre otras (Fundación Paz Ciudadana y Banco Interamericano de Desarrollo, 2013). Esta modalidad es la más común entre los sistemas penitenciarios de administración y operación totalmente pública - *v.g. el sistema colombiano*-, pues allí sólo se transfieren las actividades que corresponden a las prestaciones que se le deben al interno, pero que no implican el ejercicio de función administrativa.

En igual sentido, hay modelos que exigen que los agentes privados se hagan cargo del diseño y la construcción de establecimientos penitenciarios, los que posteriormente pasan a ser usados y operados por la Administración durante un período acordado, bajo el pago de una canon predeterminado y donde, al final del contrato, el Estado puede ejercer la opción de compra sobre el establecimiento, en lo que constituye un contrato de leasing penitenciario (Rey Barbosa, 2004).

Finalmente, se encuentran modelos donde la provisión de servicios penitenciarios incluye otras actividades que comprometen en mayor grado la participación del sector privado, lo que incluye en muchas ocasiones el diseño, la construcción y/o la operación misma de los establecimientos penitenciarios, además de la prestación de los servicios básicos mencionados bajo esquemas de concesión. En algunos casos, la Administración se reserva las actividades de seguridad, vigilancia y guardia o las asociadas a la resocialización *-como en el caso francés-*, lo que depende en gran medida de lo que permita la legislación interna de cada país y lo que requiera cada sistema penitenciario (Fundación Paz Ciudadana y Banco Interamericano de Desarrollo, 2013).

Ahora, sobre la eficacia de los modelos semiprivados donde la Administración Pública se guarda la titularidad de algunas actividades del sistema penitenciario, estos no han dado muestras de que en realidad sean menos onerosos que los sistemas públicos. Tampoco se ha probado que en la práctica las condiciones de confinamiento sean sustancialmente mejores o que el uso de la prisión se haya reducido con el tiempo (Nathan, 2009)

3.3.2 Las asociaciones público-privadas como método de aprovisionamiento de servicios penitenciarios. El caso colombiano a partir de la expedición de la ley 1709 de 2014.

Un caso particular en la provisión de servicios y actividades penitenciarias por parte de particulares y que reviste especial auge en la actualidad, es el que se deriva de la contratación por asociaciones público-privadas (APP). Este tipo de contratación alude a un sistema de inversión en el que el Estado se compromete a asegurar una rentabilidad económica para algunos proyectos de interés general, ya sean de iniciativa pública o privada, y por su parte, el actor privado se compromete a la financiación y provisión de bienes públicos y servicios afines, bajo un esquema de riesgos compartidos (Mancipe González, 2012), para lo cual el particular recibe pagos diferidos en el tiempo, ya sea del cobro a los usuarios del servicio o, por pagos realizados directamente por el Estado o en una combinación de ambas modalidades (Hall, 2014).

En el caso colombiano, el marco normativo de las APP viene dado por la Ley 1508 de 2012 en donde se les define como un instrumento de vinculación de capital privado, materializado en un contrato entre una entidad estatal y una persona de derecho privado para el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o para su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento. Esto necesariamente debe involucrar la operación y mantenimiento de la infraestructura contratada, que implica distribución de riesgos y pacto de mecanismos de pago derivados de la explotación del bien y aportes estatales cuando el proyecto lo requiera. De igual modo, dicha norma distingue entre las modalidades de APP de iniciativa pública y de iniciativa privada, para lo cual fija los distintos tipos de procedimientos para la

selección del tipo de proyecto y el tipo de financiación requerido *–sea que demanden la inyección de recursos públicos o no–*.

En materia penitenciaria se ha planteado por parte de los impulsores de tales proyectos que adoptar el modelo de APP trae como supuestos beneficios la posibilidad de construir establecimientos penitenciarios a mayor velocidad y de reducir los costos totales que debe asumir el Estado en ello, es decir, la expansión de la infraestructura carcelaria junto con la reducción del gasto fiscal (Arriagada, 2013). Colombia no ha sido ajena a dicho fenómeno, siendo así que con la expedición de la Ley 1709 de 2014 se modificó lo concerniente al sistema de concesión para la construcción, mantenimiento y conservación de los centros de reclusión que promulgaba el artículo 163 de la Ley 65 de 1993 en su redacción original, para adoptar como modalidad exclusiva la de esquemas de APP. De tal modo, el artículo 163 aludido quedó de la siguiente manera:

ARTÍCULO 163. CONTRATO MEDIANTE EL ESQUEMA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADO. <Artículo modificado por el artículo 90 de la Ley 1709 de 2014.> La construcción, mantenimiento y conservación de los centros de reclusión y la prestación de otros servicios a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) o de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) podrá desarrollarse mediante el esquema de asociación público privado.

PARÁGRAFO. Quedarán excluidos de la administración de este tipo de establecimientos la guardia y vigilancia que en todo caso estará a cargo del Instituto

Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y aquellas actividades relacionadas con la resocialización de las personas privadas de la libertad.

Sobre esta norma vale la pena advertir que en el proyecto normativo presentado por el Gobierno Nacional no se excluía ningún tipo de actividad y/o servicio del objeto del contrato mediante APP's, además se incluían expresamente las actividades relacionadas con la administración de los centros de reclusión⁶⁴. Este modelo fue ampliamente defendido por el Ejecutivo ante el Congreso de la República, donde resulta dicente la intervención de la entonces Ministra de Justicia y del Derecho, Ruth Stella Correa Palacio, el día 30 de abril de 2013 ante la Cámara de Representantes, quien sostuvo que el objetivo de tal norma era el desarrollo de asociaciones público privadas de manera amplia, tanto en lo que refiere a la provisión de servicios y prestaciones como en la administración misma del centro de reclusión, con excepción del servicio de vigilancia, para lo que se aprovecharía el amplio margen concedido por la Ley 1508 de 2012 en lo que refiere al objeto de este tipo de contratos. Se lee en tal intervención:

Igualmente quiero hablar del tan mentado tema de la privatización del Sistema Penitenciario y Carcelario, quiero señalarles que hoy mismo todos los servicios de los que pudiéramos llamar hotelería, están a cargo de particulares, con particulares se contrata la alimentación, con particulares a partir de un decreto de diciembre del año 2012, se contrata la salud, qué es lo que se pretende, simplemente en ejecución de la Ley 1508 que no tiene ninguna restricción, pues establecer el sistema de asociación público privada para la administración y operación de los centros de reclusión, asociación público privada -sic-, que creo que se ha dado una

⁶⁴ Al respecto, ver Gaceta del Congreso No. 117 del 21 de marzo de 2013. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C.

mala lectura a la norma, no consagra la vigilancia, hoy mismo nosotros estamos adelantando un proyecto con la Corporación Andina de Fomento, para la construcción de seis mega-cárceles y ese modelo de contrato y la estructuración de ese proyecto parte del supuesto de que el operador privado se encargará del mantenimiento, se encargará del suministro de los elementos de hotelería, pero claramente se señala que no se va a encargar de la vigilancia.⁶⁵

Con todo, la redacción original de la norma en mención fue objeto de una férrea oposición en el Congreso de la República, tanto en el Senado como en la Cámara⁶⁶, en lo que refiere a la concesión de las actividades de vigilancia y guardia penitenciaria, los servicios de resocialización y la administración de los centros de reclusión. Lo anterior llevó a que en las respectivas sesiones del Senado se excluyeran las actividades de vigilancia y guardia penitenciaria⁶⁷ y que en la etapa de conciliación, entre el texto aprobado por la Cámara de Representantes y el Senado de la República, se eliminara la administración de los centros de reclusión del objeto de los contratos por esquemas de APP⁶⁸.

Ahora, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, al expedir el Documento CONPES No. 3828 del 19 de mayo de 2015, por medio del cual se fijaron los lineamientos a seguir en materia de políticas públicas penitenciarias y carcelarias, señaló la necesidad de recurrir a la contratación bajo esquemas de APP de iniciativa pública para el diseño, construcción,

⁶⁵ Gaceta del Congreso No. 526 del 25 de julio de 2013. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C.

⁶⁶ Ver Gacetas del Congreso Nos. 527 del 25 de julio de 2013, 683 del 5 de septiembre de 2013, 722 del 16 de septiembre de 2013, 751 del 20 de septiembre de 2013, 894 del 5 de noviembre de 2013 y 902 del 8 de noviembre de 2013. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C.

⁶⁷ Ver Gaceta del Congreso Nos. 941 del 20 de noviembre de 2013. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C.

⁶⁸ Ver Gaceta del Congreso Nos. 1016 del 10 de diciembre de 2013. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C.

operación, mantenimiento y equipamiento de la infraestructura penitenciaria, así como de los servicios conexos a tales actividades. Además, en este documento se propone como mecanismo para hacer financieramente atractivos este tipo de proyectos para el sector privado, que este también opere algunos de los centros de reclusión existentes como forma de apalancamiento financiero. Dice el citado documento:

La Ley de APP permite dos tipos de iniciativas, la proveniente del sector público y la del sector privado. En el caso de infraestructura carcelaria, la iniciativa pública es la opción más viable por el cual estos proyectos se pueden desarrollar ya que este tipo de infraestructura social carece de tarifas o rentas que lleven al proyecto a ser totalmente o en su mayoría autofinanciable con ingresos propios⁶⁹. Es importante recalcar que en los países donde se han desarrollado este tipo de proyectos, la estructuración ha provenido del sector público.

(...)

En el ámbito penitenciario y carcelario, el Gobierno nacional ha planteado la necesidad de recurrir a desarrollos bajo el esquema de APP, a través de la estructuración de proyectos específicos de infraestructura carcelaria y penitenciaria que puedan ser diseñados, construidos, dotados, operados, o mantenidos por particulares, generando ahorros significativos para el erario y un empleo más eficiente de los recursos estatales. El modelo por implementar para el diseño, la construcción, la operación y el mantenimiento de los nuevos ERON sería realizado bajo el esquema de contratos tipo “Diseño, Construcción, Operación, Mantenimiento

⁶⁹ La Ley 1508 de 2012 y sus decretos viabilizan iniciativas privadas siempre y cuando los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. Tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras, dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto.

y Transferencia” (DBOT⁷⁰), lo que implicaría 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.

En ese orden de ideas, es necesario considerar alternativas en la estructuración del proyecto para que, a pesar de las bajas tasas de rentabilidad, resulte financieramente viable para los operadores privados. Dentro del abanico de posibilidades se contemplan 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.

Es así que la modelación del proyecto de APP de iniciativa pública, permitiría estructurar en una sola propuesta diferentes tipos de servicios en diferentes establecimientos de reclusión. 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.

(...)

Así mismo, se considera al sector privado como socio estratégico en el desarrollo y financiación de proyectos, y que su participación a través de esquemas

⁷⁰ DBOT por sus siglas en inglés.

de APP es una alternativa viable y eficiente de solución a los requerimientos de establecimientos, tanto para la provisión y manejo de los cupos de infraestructura, como para la infraestructura tecnológica y el equipamiento asociado. (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2015)

De acuerdo con lo visto, resulta un hecho innegable la entrada del sector privado en el Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano para la ejecución de proyectos que trascienden la provisión de servicios prestacionales, frente a los cuales se ha admitido que sean prestados por intermedio de terceros, para actualmente ocupar un espacio estratégico en la construcción, diseño y operación de los centros de reclusión, incluyendo los servicios conexos a tales actividades, tanto en las infraestructuras a construir como en las ya existentes, según el sentir del Gobierno Nacional. En este punto es que cabe cuestionar cuál es el papel que debe asumir la Administración bajo tales esquemas de acuerdo al margen legislativo que se ha abierto con la normatividad estudiada, si se está ante una transferencia de función administrativa a particulares por vía contractual o ante una manifestación más de la descentralización por colaboración y si en materia penitenciaria y carcelaria tales modelos se compadecen de los objetivos y fines que persigue el SPC.

3.3.2.1 Participación de particulares en el SPC colombiano ¿ejercicio de función administrativa por particulares? Posición crítica.

Sobre la participación del sector privado en el Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano, específicamente bajo el modelo de asociaciones público privadas, lo primero que conviene dejar planteado es que la actual redacción del artículo 163 del Código Penitenciario y

Carcelario es la de una norma abierta que incurre en vaguedades a la hora de definir las actividades, funciones y servicios que eventualmente pueden ser ejecutados por las APP. En efecto, resulta ostensible que el Legislador colombiano al intentar restringir la competencia de tales asociaciones en el marco contractual aplicable para el sector penitenciario –*intención a la que el autor adscribe*-, se limitó a sustraer la palabra “administración” del texto legal cuando en su parte inicial se enlistan las actividades que hacen parte del objeto contractual y solo se excluyeron expresamente las actividades de vigilancia y guardia penitenciaria junto con las derivadas con la resocialización de los internos.

Se afirma que la redacción de la norma resulta vaga pues no define de manera precisa las actividades que se delegan a las APP, en tanto dispuso de manera abierta que tales asociaciones pueden desarrollar la construcción, mantenimiento y conservación de los centros de reclusión y la prestación de otros servicios. Sin embargo, nada se dice acerca de la operación de tales establecimientos, siendo esta una de las actividades que contempla el Documento CONPES No. 3828 del 19 de mayo de 2015, sobre políticas penitenciarias y carcelarias, como parte del esquema de APP's. Además, el artículo 3° de la Ley 1508 de 2012, norma general sobre el régimen jurídico de las APP's, señala que la operación es una de las actividades propias de este tipo de contratos. Dice la aludida norma:

ARTÍCULO 3°. ÁMBITO DE APLICACIÓN. La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado 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. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos. -Subrayas propias-

(...)

Este punto es de particular atención, pues de no definirse claramente qué actividades se incluyen dentro de la operación de los centros de reclusión y qué servicios asociados son los que puede prestar el sector privado en virtud de tales contratos, se podría considerar que se está ante la posibilidad de que los particulares puedan ejercer función administrativa en el ámbito penitenciario por delegación contractual. Esto implicaría que dicho ejercicio de función administrativa se daría sin contar con habilitación legal y, a su vez, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998 en lo que refiere al ejercicio de funciones administrativas por particulares, es decir, mediante la expedición de un acto administrativo y un convenio donde se especifiquen las funciones a adjudicar, las condiciones para su ejercicio, la duración de la adjudicación, entre otras condiciones⁷¹.

Ahora, si se mira la participación del sector privado como en el sistema penitenciario y carcelario como una forma más de descentralización por colaboración, se debe considerar entonces si tal fenómeno implica o no el ejercicio de función administrativa. A pesar que el legislador consagra la posibilidad de la transferencia de funciones administrativas a los

⁷¹ Según el artículo 110 de la Ley 489 de 1998, los particulares podrán ejercer función administrativa siempre que medie un acto administrativo y un convenio, siempre que la autoridad o entidad delegante de la función continúe con la regulación, control, vigilancia y orientación de la misma. De manera concordante, el artículo 111 *id.* establece la necesidad de que se expida un acto administrativo autorizado por el Presidente de la República o por quien este delegue donde conste que funciones específicas se encomiendan al particular, las condiciones de su ejercicio, la duración del encargo, las calidades que debe reunir el particular, entre otras. Así mismo, sobre el convenio se indica que para su celebración debe preceder un pliego de términos y una convocatoria pública en los términos de la Ley 80 de 1993 y su plazo de ejecución es de 5 años.

particulares mediante actos administrativos y contratos *-lo que se da cuando la ley ha definido estrictamente la competencia de funciones específicas a determinadas autoridades con capacidad de transferirlas-*, tal como lo dispone la mentada Ley 489 de 1998, por mandato constitucional de los artículos 123 y 210 de la Carta, es a la misma rama legislativa a quien le corresponde establecer las condiciones y el régimen en que los privados pueden quedar investidos de tales facultades.

Esto lleva a que el ejercicio de función administrativa por particulares, así sea en el marco de la descentralización por colaboración e independiente de su origen *-legal, contractual o por acto administrativo-*, encuentra unos claros límites, primero en la Constitución Política y luego en lo que determine la ley. Es así que, en todo caso, el legislador debe determinar las funciones específicas, los deberes, las responsabilidades y los controles que recaen en el particular quien, por su parte, debe cumplir con unas determinadas calidades y garantizar los principios constitucionales que rigen la función pública. Luego, tal transferencia de función administrativa nunca debe vaciar de contenido las competencias legales que ya les han sido asignadas a las diferentes autoridades administrativas, es decir, el particular no puede sustituir completamente a la Administración, tampoco puede asumir tales funciones de una forma definitiva *-cuando estas ya están constitucional o legalmente asignadas a alguna otra entidad-* y siempre la autoridad administrativa otorgante tendrá la regulación, control, vigilancia y orientación de la actividad (Molano López, 2005).

Contrario a esto, las normas en mención del Código Penitenciario y Carcelario y de la Ley 1508 de 2012, de manera expresa sólo se excluyen del objeto de los contratos por esquema de asociación público privada en el ámbito penitenciario, las actividades de vigilancia y guardia,

junto con las derivadas de la resocialización de los internos. No obstante, como se estableció en el presente capítulo, son varias las manifestaciones del ejercicio de función administrativa que realizan las autoridades penitenciarias que no se limitan a tales actividades, como lo son las facultades reglamentarias, disciplinarias, sancionatorias y coercitivas, así como la facultad de concesión de estímulos y beneficios administrativos. Es decir, actividades que se encuentran profundamente ligadas a la función de ejecución de la pena y con la protección de los derechos fundamentales de los reclusos, cuya aplicación corresponde, en gran medida, a cada uno de los órganos de dirección de las penitenciarías.

No se olvide que mediante el esquema de APP's, en principio, la titularidad de las infraestructuras está en cabeza de los particulares inversores, siendo que la obra en sí pasará al dominio público una vez terminado el contrato *-art. 31 L.1508/12-*. Lo anterior se suma a la operación de la infraestructura y la prestación de servicios conexos, lo que finalmente constituiría un desplazamiento del Estado en las actividades administrativas de ejecución de la pena, en tanto no se delimite cuáles son las actividades que se incluyen en el objeto contractual. Queda en el aire entonces la posibilidad real de que en los centros penitenciarios construidos, mantenidos y operados por sujetos privados bajo esquemas de APP's, estos tendrían facultades propias de las direcciones de las penitenciarías *-donde cada director es el jefe de gobierno interno a quien los empleados y los reclusos le deben respeto y obediencia según lo determina el artículos 36 de la Ley 65 de 1993-*, junto con el manejo de recursos públicos, la prestación de servicios esenciales, entre otros. Todo lo anterior, con las implicaciones que esto trae para el interno en aspectos de su vida cotidiana y para la justa aspiración de mejorar sus condiciones de reclusión.

De correlato, se tiene que bajo el actual esquema no resulta claro cuál es el papel de la Administración, es decir, si en las penitenciarías construidas y/o operadas por APP's su papel se reduce a las funciones fiscalizadoras de vigilancia y control, además de las ya citadas actividades de vigilancia, guardia penitenciaria y servicios asociados a la resocialización o si, adicional a estas, continuaría ejerciendo las típicas actividades que por competencia legal tiene asignadas en el SPC. Al respecto, la posición que sostiene este trabajo es que la Administración no debe delegar en el sector privado las actividades que se han catalogado como función administrativa y que están ligadas a la ejecución material de la pena, puesto que el ejercicio de prerrogativas públicas que ello implica está condicionado al logro de los fines y objetivos del Estado, los que en materia penitenciaria coinciden con los fines de la pena en sus dimensiones preventiva, retributiva y de protección, así como la aplicación al interno del tratamiento penitenciario con fines de resocialización.

Agregado a ello, es necesario afirmar que tales actividades hacen parte del *ius puniendi*, es decir, de la facultad sancionadora del Estado que, como tal, es una función irrenunciable e inherente al ser del Estado que, por esencia, no es delegable ni privatizable (Ariño Ortiz & de la Cuétara Martínez, 2008). Por el contrario, si se considera que el objetivo perseguido por tales formas contractuales es la ampliación de la infraestructura penitencia y la prestación en mejores condiciones de servicios afines a menores costos para el Estado *-sin ahondar en las razones políticas e ideológicas-*, el campo de acción de los particulares debe centrarse entonces en aquellas actividades que les pueden generar utilidades económicas y que aseguren su legal derecho a la retribución *-art. 5 L. 1508/12-*, como sucede con las mentadas actividades de diseño, construcción, mantenimiento y equipamiento de centros de reclusión, así como en algunas actividades de tipo prestacional.

Es en tales actividades donde el sector privado puede aportar su capital y experiencia, además de las labores de reintegración social en materia laboral y educativa donde el sector privado puede jugar un papel de gran importancia. Por el contrario, esto no se predica de las actividades que hacen parte del régimen penitenciario para la ejecución material de la pena y que son función administrativa, donde los principios que priman son los que rigen para la función pública *-de los que no se duda sobre su origen constitucional y fuerza vinculante-* y no la lógica económica de mercado que guía a los agentes privados en sus relaciones comerciales. En este punto, si la participación del sector privado en las actividades penitenciarias se da en el contexto de la descentralización por colaboración, se debe considerar que esta no se presenta únicamente para las funciones administrativas, a pesar que la Ley 489 de 1998 sólo haga referencia a aquellas, sino que dicho fenómeno abarca también la prestación de servicios por parte de particulares tal como lo ha entendido la Corte Constitucional⁷², lo que en materia penitenciaria podría ser una oportunidad para traer conocimientos y gestión para ciertas actividades, sin que esto implique el ejercicio de función administrativa.

⁷² Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) expresó: *“Ya esta Corporación había afirmado que la posibilidad de ejercicio de funciones públicas por parte de los particulares encontraba sustento en esta perspectiva de democracia participativa que inspira nuestra Carta. En ese sentido expresó: “Al respecto debe puntualizarse que el acrecentamiento de las tareas que el estado moderno debe asumir, y en particular de aquellas que el poder ejecutivo desempeña, condujo al afianzamiento progresivo de una tendencia, que tuvo sus manifestaciones iniciales en el derecho público francés, y que justamente estriba en autorizar el ejercicio de funciones administrativas a particulares más allá del marco de la concesión, pues, rebasando ese ámbito limitado y tradicional, se buscó el concurso de sectores no estatales mediante modalidades novedosas de acción que en algunos eventos pretenden la integración de personas particulares en las estructuras administrativas, y en otros, favorecen la existencia de entidades pertenecientes al sector privado a las que el Estado les asigna determinadas funciones públicas, con el objeto de satisfacer, por ese medio, intereses de carácter general.” // Y en el mismo sentido señaló también: “La ejecución de algunas funciones propias del estado a través de la contratación o con la participación directa de los particulares, resulta de cierto modo una tendencia que se descubre a lo largo de la Constitución, y que obedece al interés del constituyente de “desoficializar” en buena parte la actividad pública apoyándose en la participación privada como una forma de acercamiento y colaboración mutua con finalidades productivas de diferente índole entre los sectores público y privado. Dentro de ese designio constitucional se inscriben, por ejemplo, la autorización de la Carta para la “ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social” (art. 48), la “prestación de los servicios de salud” (art. 49), la de llevar a cabo el “ejercicio de la vigilancia fiscal”, la prestación de los servicios públicos” (art. 365).”*

De tal modo, se considera que si la opción elegida por el Legislador colombiano para hacer frente al problema de déficit de cupos penitenciarios es la construcción y operación de nuevos centros de reclusión por agentes privados mediante los esquemas de asociación público privados, el papel de la Administración debe ser de un férreo, minucioso e inequívoco control y vigilancia desde la etapa precontractual y contractual. Para el efecto, deberán fijarse altos estándares de calidad para el desarrollo de procesos y consecución de resultados que aseguren el cumplimiento de los fines públicos y el respeto por los derechos fundamentales de los internos, además de la necesaria inclusión de criterios reales que permitan la rescisión de tales contratos en caso de incumplimientos sin que conlleve traumatismos mayores (Sanz Delgado, 2007).

Lo dicho cobra más fuerza aún si se tiene en cuenta que no es un hecho que tales modelos penitenciarios con participación del sector privado en realidad reporten un ahorro significativo de recursos para los Estados, *como es el caso de Estados Unidos, Francia, Chile y Brasil*; ni que los procesos de resocialización llevados a cabo en centros de reclusión privados tengan mayor éxito, *v.g. Estados Unidos*; ni que las condiciones de reclusión de los internos tengan mejoras sustanciales, tal como lo muestran algunos estudios independientes adelantados al respecto (Nathan, 2009).

Aunado a ello, se reitera que la Administración penitenciaria no se debe desligar de las actividades que conllevan el ejercicio de función administrativa y que se encuentran orientadas hacia la ejecución material de la pena, tal como tímidamente se indicó en el texto legal estudiado respecto a las actividades de vigilancia, guardia penitenciaria y resocialización. Igualmente, se considera que entre tales exclusiones se deben contemplar todas aquellas actividades que toquen

con la dirección de los centros de reclusión, así como el manejo de las facultades reglamentarias⁷³, disciplinarias, sancionatorias, coercitivas y de concesión de estímulos y beneficios administrativos, pues en ellas radica en gran medida el cumplimiento de los fines del Estado en materia penitenciaria, que en últimas deben seguir criterios humanistas dirigidos al interno y no a concepciones tecnocráticas (Nathan, 2009).

No cabe duda que otro entendimiento generaría, de modo peligroso, unos difusos límites entre las competencias y responsabilidades que deben asumir las autoridades públicas y los agentes privados, aunado a la dificultad para establecer el régimen jurídico al que se debería someter cada uno de dichos actores (Arriagada, 2013). Así las cosas, de no fijarse límites, controles y procedimientos específicos de orden legal *-en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 123 y 210 de la Constitución Política-* posteriormente se podría mutar hacia la *despublificación* de la actividad penitenciaria ante el vaciamiento de contenido de la competencia de la autoridad otorgante⁷⁴.

A modo de colofón, se debe poner de presente que la política estatal penitenciaria y carcelaria no debe orientarse únicamente a la ampliación de cupos penitenciarios y a la

⁷³ Sobre el ejercicio de la facultada reglamentaria o regulatoria por parte de los particulares titulares de función administrativa, el profesor Mario Roberto Molano López sostiene: “*Si la regulación tiene por objeto la capacidad de obligar la adecuación de conductas de otros sujetos, en una estructura potestativa y consecuentemente de afectación genérica de los implicados, tal actividad es una actividad principal solamente predicable del Estado como organización. La capacidad regulatoria solamente es predicable de los órganos que pertenecen a la estructura del Estado, porque se trata de una actividad ordenadora de la conducta de los particulares que en modo alguno puede ser transferida a éstos así sea por vía de selección objetiva. Los particulares en ejercicio de funciones públicas lo pueden ser sólo de aquellas funciones aplicativas de derecho a casos concretos, no a situaciones de contenido general regulatorio.* (Molano López, 2005)

⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 3 de noviembre de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. (Sentencia Número C-866), pág. 20

construcción de nuevos centros de reclusión pues, en últimas, esto sólo beneficiará a los agentes encargados de realizar tales actividades. Téngase en cuenta que el sector privado sí tiene incentivos económicos para que tal política se mantenga, ya que de esta manera, indefectiblemente los centros de reclusión permanecerán llenos y es allí donde reside el negocio.

Aunque no se puede negar que en materia de servicios públicos, junto con algunas otras actividades de índole prestacional y administrativa, el Estado ha adoptado un modelo neoliberal de provisión de los mismos a través de la libre prestación por parte de particulares bajo un ámbito regulado, se entiende que en materia penitenciaria y carcelaria la racionalidad privada debe estar condicionada, limitada y controlada. Además, en todo caso, la política penitenciaria no puede estar atada a los intereses de los particulares y mucho menos buscar como un criterio único de solución a los profundos y estructurales problemas de los centros de reclusión del país la construcción de nuevas prisiones y la ampliación de los cupos existentes, pues, se insiste, estos nunca serán suficientes. De este modo, se hacen propias las palabras del actual Ministro de Justicia y del Derecho, Yesid Reyes Alvarado, quien en reciente discurso señaló que “[S]i la solución para el hacinamiento es sólo construir cárceles siempre vamos a estar retrasados”⁷⁵.

En el recorrido que se ha hecho en el presente capítulo, se han logrado desarrollar los presupuestos que permiten negar la premisa de que el Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano sea un servicio público, al menos desde lo que se entiende como su actual noción. Por el contrario, con base en el diseño institucional y las competencias asignadas constitucional y

⁷⁵ Discurso proclamado por el Ministro de Justicia y del Derecho Yesid Reyes Alvarado ante los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín el día 1° de abril de 2016. Publicado en la página web del Ministerio de Justicia y del Derecho. Consultado el 15 de abril de 2016. Recuperado de: <http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/2280/%E2%80%9C%26%20Si-la-soluci%C3%B3n-para-el-hacinamiento-es-s%C3%B3lo-construir-c%C3%A1rceles-siempre-vamos-a-estar-retrasados%E2%80%9D-Ministro-de-Justicia.aspx>

legalmente a las autoridades públicas que componen dicho sistema, se ha demostrado que en realidad estas cumplen con una función público/administrativa, bajo el ejercicio de prerrogativas públicas, utilitaria respecto a las autoridades jurisdiccionales y cuyo objeto es el cumplimiento de los fines estatales y los intereses públicos. Esto, en el ámbito penitenciario responde a la consecución de los fines de la pena en sus dimensiones preventiva, retributiva y de protección, junto con la aplicación al interno del tratamiento penitenciario con fines de resocialización, fines que de contera incluyen la provisión de servicios prestacionales que en modo alguno desnaturalizan el origen de tal función.

Así mismo, bajo el supuesto de que las actividades llevadas a cabo en el SPC constituyen función administrativa, se exploró, como refuerzo de lo dicho, en cuáles de ellas se dan el ejercicio de prerrogativas públicas y de coerción estatal y qué otras se dan como consecuencia de ello –*control disciplinario, control fiscal, entre otros*-. Por último, se estudiaron cuáles son las perspectivas de prestación de servicios y actividades penitenciarias con inclusión del sector privado, en consideración a su naturaleza de función administrativa y a la luz de las experiencias más significativas en el ámbito comparado, para concluir con un análisis crítico del modelo de contratación por asociación público privada (APP) para el desarrollo de proyectos de infraestructura penitenciaria propuesto legalmente, de donde se concluye que de no condicionar, limitar y controlar tales contratos, se estará ante una transferencia de función administrativa hacia los particulares contratantes, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos la Ley 489 de 1998, sin contar con habilitación legal y vaciando de contenido las competencias de la autoridades otorgantes.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha pretendido dar respuesta a unas inquietudes iniciales sobre el origen y la naturaleza de las variadas actividades que se desarrollan en el denominado Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano, dada la actualidad del debate que se presenta sobre las reformas que se deben ejecutar en el ámbito penitenciario y sobre la presencia del sector privado dentro del mismo. Dentro de estas preguntas resultaba de máxima importancia determinar si dicho sistema en su funcionamiento se comportaba como un servicio público o si en este lo preponderante era el ejercicio de función público/administrativa.

Lo anterior llevó a la búsqueda de una adecuada conceptualización de las nociones de servicio público, función pública y función administrativa con el fin de determinar cuál es el régimen o regímenes jurídicos a los que quedan sujetos tales actividades y servicios. De igual modo, se procuró realizar un estudio extenso sobre el diseño institucional y el marco normativo que presenta el SPC, estudio que resultaría útil para el posterior análisis sobre la correspondencia de las nociones antedichas con las instituciones, actividades y prácticas desarrolladas en dicho sistema.

De tal modo, se ha podido concluir en el presente trabajo que, en primer lugar, el servicio público ha sido un concepto de evolución constante, que en sus inicios fue visto como una actividad estatal encaminada a la satisfacción de una necesidad común cuya prestación, regulación y control debían ser asegurados por los gobernantes de manera regular y continua y

con sujeción a un régimen de derecho público-administrativo. No obstante, en la actualidad se ha entendido que los servicios públicos son actividades de tipo prestacional, que se dirigen a la satisfacción de intereses colectivos pero que tocan con la calidad de vida del individuo, que pueden ser provistas por particulares o excepcionalmente por la misma Administración cuando la Ley lo mande o habilite, ya sea en régimen de competencia o en monopolio cuando la naturaleza del servicio o las condiciones del mercado lo aconsejen. No obstante, la participación del Estado en las actividades de servicio público se da de manera preponderante en las actividades de regulación, vigilancia y control, es decir, como un garante, pero no en las de prestación.

En igual sentido, los servicios públicos están sujetos a un régimen jurídico especial por el que generalmente se da aplicación al derecho privado en las actividades de prestación y se acude al derecho público para aquellas actividades que precisan el ejercicio de prerrogativas públicas como para las mentadas funciones de regulación, vigilancia y control. De lo anterior surge como consecuencia la premisa de que las actividades de prestación de servicios públicos no corresponden al ejercicio de función administrativa.

En efecto, es ostensible como el Estado se ha apartado del rol de prestador exclusivo de servicios para pasar al de garante o asegurador, a pesar que en actividades ligadas al servicio, diferentes a las de prestación, puede existir el ejercicio de prerrogativas públicas, siempre que exista un mandato legal, lo que se da en las actividades de regulación, vigilancia y control, expedición de actos administrativos y el ejercicio de coerción. Esta fue la fórmula adoptada en el ámbito colombiano por la Constitución Política de 1991, en donde se propendió por la separación de las nociones de servicio público y función administrativa, asignando la prestación de los primero a las entidades públicas, a los particulares y a las comunidades organizadas en un

escenario de libre mercado y, por su parte, se asignó la regulación, vigilancia y control a la misma Administración como manifestación del ejercicio de función pública/administrativa.

En segundo lugar, se concluyó que el Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano está integrado por un conjunto de normas, instituciones y prácticas cuyo objeto es la aplicación material del castigo ordenado por las autoridades jurisdiccionales competentes en materia penal, especialmente en lo que refiere a la privación de la libertad. Dicho sistema se encarga de la aplicación del tratamiento penitenciario con fines de resocialización, cumplimiento de los fines de la pena y protección de los derechos fundamentales de los internos que no sean objeto de restricción.

El diseño institucional del sistema se conforma por una serie de entidades públicas que en su mayoría pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, ligadas al nivel central ya sea por pertenecer a este o por ser entidades adscritas en el caso de las descentralizadas, las que ejecutan las actividades propias del sistema de manera directa. Para el cumplimiento de sus fines, tales entidades, en la mayoría de las ocasiones, se valen del ejercicio de prerrogativas públicas, es decir, ejecutan sus actividades bajo un esquema caracterizado por las relaciones de autoridad imperantes entre los internos y las autoridades públicas penitenciarias, incluso para aquellas actividades catalogadas como prestacionales, lo que tiene correspondencia con el ejercicio de función administrativa y que, de correlato, resulta contrario a los elementos que se denominaron como identificadores del servicio público.

De esto se concluye que el SPC no sólo es una actividad prestacional destinada a la satisfacción de necesidades generales sino que, de manera principal, corresponde al ejercicio de

autoridad coactivamente impuesta. Además, la participación del Estado en dicho sistema se da por la necesidad de desplegar las potestades que requiere la ejecución de una actividad inherente al ser del Estado como lo es la materialización del *ius puniendi* y no como un prestador más o para llevar a cabo únicamente actividades de regulación, vigilancia y control.

En este mismo sentido, está establecido que el régimen jurídico aplicable al SPC es un típico régimen de derecho público por medio del cual se ejecutan potestades administrativas, que son ejercicio pleno de prerrogativas públicas, tales como las que hacen parte de las competencias de la dirección de los centros de reclusión, la facultad de expedir actos administrativos, así como el manejo de facultades reglamentarias, disciplinarias, sancionatorias, coercitivas y de concesión de estímulos y beneficios administrativos. Finalmente, en lo que refiere a las prestaciones que se le proveen al interno, se tiene que estas surgen de la relación de especial sujeción que une a este con las autoridades penitenciarias y no como consecuencia de una elección voluntaria de su parte.

En tercer lugar, se ha demostrado cómo la participación del sector privado en el Sistema Penitenciario y Carcelario colombiano es una posibilidad real y en ejecución. Al respecto, se estudió como esta fórmula ha sido defendida por varios estamentos del Gobierno Nacional como una de las soluciones a las problemáticas presentadas en dicho ámbito *-al punto de considerarlo como un actor estratégico-*, las que se caracterizan por un hacinamiento creciente, un acceso precario a los servicios básicos y por la vulneración general, masiva y prolongada de los derechos fundamentales de los internos con causas netamente estructurales. Así lo entendió la Corte Constitucional al declarar el estado de cosas inconstitucional en todas las penitenciarías del país a través de las sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013.

Como punto de partida para el estudio de dicha postura gubernamental, se identificaron dos modos de participación del sector privado en el sistema penitenciario a la luz de la experiencia comparada. En el primero, cuando el particular asume la totalidad de las funciones y actividades inherentes a la ejecución de la pena, incluyendo las actividades esenciales a la función pública como sucede en el caso norteamericano. El segundo en las que existe una participación híbrida o mixta entre la Administración y el particular, donde se admite una mayor o menor participación de este último, según lo requerido, pero donde el Estado conserva en muchas ocasiones el ejercicio de las actividades que requieren el uso de prerrogativas como la fuerza o el desarrollo de los programas de resocialización, como sucede por ejemplo en el sistema francés.

Para el caso colombiano, la entrada de agentes privados al SPC fue contemplada en las recientes reformas al Código Penitenciario y Carcelario, en donde se permitió que la construcción, mantenimiento y conservación de los centros de reclusión y la prestación de otros servicios afines o conexos puedan ser contratados mediante esquemas de asociación público-privada (APP), con exclusión de las actividades de vigilancia, guardia penitenciaria y resocialización. Por medio de tales contratos, el Estado se compromete a asegurar una rentabilidad económica para algunos proyectos de interés general, ya sea por la iniciativa pública o privada, mientras que el particular se compromete a la financiación y provisión de bienes públicos y servicios afines, bajo un esquema de riesgos compartidos. Como método de pago o apalancamiento financiero, el particular recibe pagos diferidos en el tiempo, ya sea del cobro a los usuarios del servicio o, por pagos realizados directamente por el Estado o en una combinación de ambas modalidades.

Por su parte, sobre la norma que consagró la posibilidad de que tales asociaciones puedan desarrollar la construcción, mantenimiento y conservación de los centros de reclusión y la prestación de otros servicios, se concluyó que esta resulta vaga e imprecisa pues no define claramente las actividades que se delegan a las APP. Al respecto, se tiene que esta no hace mención entre sus exclusiones a la operación de los establecimientos penitenciarios, siendo que la norma general sobre el régimen jurídico de las APP's, advierte que esta actividad es inherente a este tipo de contratos.

Existe en consecuencia la posibilidad de que los particulares puedan ejercer función administrativa en el ámbito penitenciario por delegación contractual pero sin habilitación legal y sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998 para tales delegaciones, de no definirse claramente qué actividades se incluyen dentro de la operación de los centros de reclusión y qué servicios asociados son los que puede prestar el sector privado en virtud de tales contratos. Lo anterior constituye el primer paso para el desplazamiento del Estado en las actividades administrativas de ejecución de la pena, pues queda en el aire la posibilidad real de que en los centros penitenciarios construidos, mantenidos y operados por sujetos privados bajo esquemas de APP's, estos tengan facultades propias de las direcciones de las penitenciarías. Es decir, se arrogarían actividades que hacen parte del *ius puniendi* o de la facultad sancionadora del Estado, la que se considera como una función irrenunciable e inherente al ser del Estado que, por esencia, no es delegable ni privatizable.

Es así que el presente trabajo aboga por que la Administración penitenciaria no se desligue de las actividades que requieren el ejercicio de potestades administrativas y que se encuentran ligadas a la ejecución material de la pena. Para esto, el Estado debe conservar todas

aquellas actividades relacionadas con la dirección de los centros de reclusión, junto con las facultades reglamentarias, disciplinarias, sancionatorias, coercitivas y de concesión de estímulos y beneficios administrativos, pues son estas las que garantizan en gran medida el cumplimiento de los fines del Estado en materia penitenciaria y para las que la Ley le ha otorgado competencia. De correlato, se acepta que los particulares puedan ocuparse de aquellas actividades donde se podrían generar utilidades económicas a través de la retribución, como lo son las actividades de diseño, construcción, mantenimiento y equipamiento de centros de reclusión, así como en algunas actividades de tipo prestacional.

Por contera, se concluye que de no delimitarse claramente cuál es el papel de la Administración pública en las prisiones concesionadas mediante APP y cuáles son las actividades que pueden llevar a cabo los particulares participantes, se terminarán generando unos límites difusos para la asignación de competencias y responsabilidades, en desmedro de los derechos de los internos. Al respecto, es necesario advertir que la ausencia de límites, controles y procedimientos específicos de orden legal en el marco normativo del SPC para el desarrollo de este tipo de contratos donde se delegan, de manera imprecisa, en el sector privado muchas de sus actividades esenciales, llevará a la *despublificación* de la misma función como consecuencia del vaciamiento de contenido de la competencia de la autoridad otorgante.

Como epílogo, es preciso señalar que la contribución fundamental de este trabajo radica en el enfoque conceptual que se ha dado, desde el derecho administrativo, al sistema penitenciario y carcelario. Enfoque que se ha hecho visible a través de la búsqueda de su adecuada ubicación en el mapa institucional de la Administración pública colombiana y de los

fines del Estado que cumple según las competencias constitucionales y legales que tiene asignadas.

Lo anterior ha permitido categorizar la naturaleza de las actividades, servicios y funciones llevadas a cabo por cada una de las entidades que integran el SPC, teniendo en cuenta el objeto que persiguen y si para alcanzarlo se requiere o no el ejercicio de función administrativa. De tal manera, esta monografía aporta una herramienta de análisis que será útil a la hora de abordar los desafíos institucionales que vienen aparejados a los problemáticos escenarios que presenta un sector tan complejo como el penitenciario. En este punto, es de reconocida actualidad la discusión sobre qué otros modos de provisión de servicios y actividades podrían emplearse en este ámbito; también es de conocimiento público que la centralidad de ese debate recae específicamente en aquellos modos que involucran la participación del sector privado. Por esta razón, en la monografía se presentó un punto de vista sustentado en argumentos doctrinales, constitucionales y normativos, sobre qué actividades de las que se ejercen en el sistema se consideran indelegables por ser de la misma esencia del Estado y en que otras se puede dar la participación de particulares, sin que esto implique una renuncia a los objetivos y fines que plante el SPC.

Bibliografía

LIBROS

Acosta Muñoz, D. (2007). *Trato y Tratamiento Penitenciario: Construcción de un modelo de tratamiento penitenciario basado en la valoración humana de las personas privadas de la libertad*. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás de Aquino. Recuperado de <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estudios%20Penitenciarios/1.1.pdf>

Ariño Ortiz, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Atehortúa Ríos, C. A. (2006). *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. Washington D.C.: Inter-American Commission on Human Rights. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

- Coyle, A. (2009). *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos* (Segunda ed.). Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios - King's College London. Recuperado de http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/spanish_handbook.pdf
- Dammert, L., & Zuñiga, L. (2008). *La cárcel: Problemas y desafíos para las Américas*. Santiago de Chile, Chile: FLACSO. Recuperado de http://www.flacso.cl/flacso/documentos/rss_2008_4.pdf
- Duguit, L. (1975). *Las Transformaciones del Derecho: Público y Privado*. Buenos Aires: Heliasta.
- Dussán Hitscherich, J. (2005). *El Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Federación Iberoamericana de Ombudsman. (2007). *V Informe FIO sobre Derechos Humanos: Sistema Penitenciario*. Madrid: Trama. Recuperado de www.corteidh.or.cr/tablas/24643.pdf
- Fernández Ruiz, J. (1997). *Derecho Administrativo*. México D.F.: McGraw-Hill Interamericana editores, S.A. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1920>

Fundación Paz Ciudadana & Banco Interamericano de Desarrollo. (2013). *Evaluación del sistema concesionado versus el sistema tradicional en la reducción de la reincidencia delictual.*

Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-07-02_Evaluaci%C3%83%C2%B3n-del-sistema-concesionado-versus-el-sistema-tradicional-en-la-reducci%C3%83%C2%B3n-de-la-reincidencia-delictual.pdf

Giannini, M. S. (1986). *El poder público. Estados y administraciones públicas.* Madrid: Civitas S.A.:

Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas - Tomo 8.* Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general (Vol. I).* Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Hall, D. (2014). *¿Por qué las asociaciones público-privadas (APP) no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública.* Universidad de Greenwich. Londres: Public Services International Research Unit. Recuperado de http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/rapport_sp_56pages_a4_lr.pdf

INPEC. (2012). *De entre muros para la sociedad 2011*. Bogotá: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Recuperado de <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/121902-Entre%20murosPARALASOCIEDAD2011.pdf>

Instituto Rosarista de Acción Social "Rafael Arenas Ángel" –SERES–. (2011). *Desarrollo del sistema penitenciario y carcelario colombiano entre 1995 y 2010, en el marco de las políticas de Estado a partir de las sentencias de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad del Rosario. Recuperado de http://www.urosario.edu.co/Accion-Social/documentos/Desarrollo_del_sistema_penitenciario.pdf

Jéze, G. (1928). *Los Principios Generales del Derecho Administrativo* (Segunda ed.). Madrid: Reus S.A. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=443>

Linares, J. F. (2000). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea.

Marcou, G., & Moderne, F. (2009). *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional: Comparaciones y comentarios*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Mesa Velásquez, L. E. (1962). *Lecciones de Derecho Penal*. Medellín: Universidad de Antioquia.

- Ministerio de Justicia y del Derecho - Dirección de Política Criminal y Penitenciaria. (2014). *Lineamientos para el fortalecimiento de la Política Penitenciaria en Colombia*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho. Recuperado de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/sala%20de%20prensa/documentos/Lineamientos%20sistema%20penitenciario%20%20Consulta%20WEB.pdf>
- Molano López, M. R. (2005). *Transformación de la Función Administrativa (Evolución de la Administración Pública)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Montaña Plata, A. (2005). *El Concepto del Servicio Público en el Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Palacios Mejía, H. (1999). *El derecho de los servicios públicos*. Bogotá: Derecho Vigente.
- Posada Segura, J. D. (2009). *El sistema penitenciario: Estudio sobre normas y derechos relacionados con la privación de la libertad*. Bogotá: Comlibros.
- Rivera Beiras, I. (2009). *La cuestión carcelaria: Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria* (Segunda ed., Vol. I). Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Rodríguez, L. (2011). *Derecho Administrativo General y Colombiano* (17 ed.). Bogotá: Editorial Temis.

Rozas Balbontín, P., & Hantke-Domas, M. (2013). *Gestión Pública y Servicios Públicos: Notas sobre el concepto tradicional de servicio público*. (C. E. -CEPAL-, Ed.) Santiago de Chile: Naciones Unidas. Recuperado de http://repositorio.cepal.org/bitstream/11362/6366/1/LCL3648_es.pdf

Santofimio Gamboa, J. O. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Suarez Tamayo, D. (2010). *Huida o Vigencia del Derecho Administrativo: El Caso de los Servicios Públicos Domiciliarios: Transformaciones-Tendencias del Derecho Administrativo*. Medellín: Universidad de Antioquia.

CAPÍTULOS DE LIBRO

Ariza, L. J. (2011). Reformando el Infierno: Los Tribunales y la Transformación del Campo Penitenciario en América Latina. En L. J. Ariza, & M. Iturralde, *Los Muros de la Infamia: Prisiones en Colombia y en América Latina* (págs. 18-109). Bogotá: Ediciones Uniandes.

Coyle, A. (2009). Seguridad penitenciaria y derechos humanos. En E. Carranza, *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas* (págs. 143-152). México D.F.: Siglo XXI Editores, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Instituto Raoul Wallenberg de Derechos Humanos y Derecho Humanitario.

Islas Colín, A. (2008). El servicio público en el derecho francés. En D. Cienfuegos Salgado, & L. G. Rodríguez Lozano, *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica* (págs. 277-292). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/14.pdf>

Iturralde, M. (2011). Prisiones y Castigo en Colombia: La Construcción de un Orden Social Excluyente. En L. J. Ariza, & M. Iturralde, *Los Muros de la Infamia: Prisiones en Colombia y en América Latina* (págs. 110-195). Bogotá: Ediciones Uniandes.

Martín Rebollo, L. (2008). Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras. En D. Cienfuegos Salgado, & L. G. Rodríguez Lozano, *Actualidad de los Servicios Públicos en Iberoamérica* (págs. 355-381). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/17.pdf>

Nathan, S. (2009). Privatización de la prisión: acontecimientos y temas internacionales y sus implicaciones para América Latina. En E. Carranza, *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas* (págs. 280-314). México D.F.: Siglo XXI Editores, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Instituto Raoul Wallenberg de Derechos Humanos y Derecho Humanitario.

Rubio Escobar, J. (2005). La libre competencia y el principio de acceso universal en los servicios públicos. En M. A. Velilla, *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado* (págs. 91-96). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda.

Sánchez Estrada, E. (2008). Percepción Actual del Servicio Público. En D. Cienfuegos Salgado, & L. G. Rodríguez Lozano, *Actualidad de los Servicios Públicos en Iberoamérica* (págs. 629-643). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/28.pdf>

ARTÍCULOS

Ariño Ortiz, G., & de la Cuétara Martínez, J. M. (2008). "La convicción de que la empresa pública no es la solución se irá extendiendo" Entrevista a Gaspar Ortiz y Juan Miguel de la Cuétera Martínez. *THEMIS*(56), 335-339. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9219/9632>

Arriagada Gajewski, I. (Diciembre de 2012). De cárceles y concesiones: Privatización carcelaria y penalidad neoliberal. (F. d.-U. Chile, Ed.) *Revista de Derecho*, XXV(2), 9-31.

Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art01.pdf>

Arriagada, I. (Julio de 2013). Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio.

Política Criminal, VIII(15), 210-248. doi: 10.4067/S0718-33992013000100006

Baracaldo Mendez, M. S. (Mayo-Octubre de 2013). El sistema penitenciario y carcelario en

Colombia: El concepto de alta seguridad en la justicia especializada. *Policía y Seguridad*

Pública, I, 27-62. Doi: 10.5377/rpsp.v3i1.1330

Barrios Suvelza, F. X. (Enero-Febrero de 2007). ¿Cómo moderar el péndulo boliviano? De las

privatizaciones a la recuperación del Estado. *Nueva Sociedad*, 144-157. Recuperado de

http://nuso.org/media/articles/downloads/3411_1.pdf

Castro, J. E. (Enero-Febrero de 2007). La privatización de los servicios de agua y saneamiento en

América Latina. *Nueva Sociedad*, 93-112. Recuperado de

http://nuso.org/media/articles/downloads/3408_1.pdf

del Rosal Blasco, B. (1990). Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción

sobre la ejecución penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*(2), 557-580.

Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46371.pdf>

Fernández Ruiz, J. (Septiembre-Diciembre de 2000). Apuntes para una teoría jurídica de las actividades del Estado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(99), 1013-1054.

Recuperado de

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/2/cnt/cnt2.pdf>

Fernández Ruiz, J. (2010). Disertación sobre el servicio público. *Foro: Revista de Derecho*(13),

5-21. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2891/1/03->

[Fern%C3%A1ndez.pdf](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2891/1/03-Fern%C3%A1ndez.pdf)

García Sánchez, I. M. (2007). La nueva gestión pública: evolución y tendencias. *Presupuesto y*

Gasto Público(47), 37-64. Recuperado de

http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/47_GarciaSanchez.pdf

Mancipe González, J. (2012). Artículo de maestría: La gestión de lo público por los particulares

en el Estado contemporáneo: el caso de las alianzas público-privadas (APP). *Estudios*

Socio-Jurídicos. 7-41. Recuperado de

<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=1398b779-6f1a-4eef-9fba-188a087652c0%40sessionmgr4001&vid=7&hid=4103>

Martínez López-Muñiz, J. L. (1999). Nuevo Sistema Conceptual. *Anuario de la Facultad de*

Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid(3), 133-152. Recuperado de

<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/3/PostScript%20anuario08%20p133.pdf>

- Matias Camargo, S. R. (Enero-Junio de 2013). La teoría del servicio público y las telecomunicaciones. *Dialogo de Saberes*(38), 43-62. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4696237.pdf>
- Montaña Plata, A. (Enero de 2003). Alcances de la libertad económica privada en el régimen de servicios públicos introducidos por la Constitución Política de 1991. *Derecho del Estado*(14), 197-210. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/viewFile/818/775>
- Palacio Jaramillo, M. T. (Junio de 2000). Resurgimiento o crisis de la noción de servicio público. *Revista de Derecho Público*(11), 26-37. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub217.pdf
- Ramírez, M. L. (Enero-Junio de 2009). Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. *Vniversitas*(118), 273-291. Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/download/14524/11712>
- Rey Barbosa, J. F. (15 de Junio de 2004). Privatización de centros de reclusión en Colombia. *Archivos de Economía*, 1-148. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Econmicos/258.pdf>

Sanz Delgado, E. (Noviembre de 2007). Las prisiones privadas. Una solución insatisfactoria al problema penitenciario. *El Rapto de Europa*, 31-35. Recuperado de <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/1210/Las%20prisiones%20privadas%20%282007%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Téllez Aguilera, A. (1996). Derecho Penitenciario Colombiano: Una aproximación desde la experiencia española. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLIX(II), 591-624. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/224088.pdf>

Uribe Barrera, J. P. (Julio-Diciembre de 2012). Rebaja de pena por vía de redención: ¿derecho o beneficio? Comentario a la sentencia 35.767 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del seis (06) de junio de dos mil doce (2012), M.P. José Leónidas Bustos Martínez. *Nuevo Foro Penal*, 8(79), 153-172. Recuperado de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/1913/1923>

Vidal Perdomo, J. (Septiembre de 2000). Mito y realidad del servicio público. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2(2), 50-67. Recuperado de <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/download/183/144>

TESIS

Khongkruephan, A. (2013). *Aspecto jurídico de la Privatización de Empresas Públicas: Un estudio comparativo del modelo español con el tailandés* (tesis de doctorado).

Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, España. Recuperado de http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/17690/Anan_Khongkruephan_tesis.pdf?sequence=1

López Merelo, M. (2011). *Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social*

(tesis de doctorado). Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares, España. Recuperado de <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/14401/TESIS%20LOPEZ%20MELERO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

PRENSA

Reed Hurtado, M. (4 de Mayo de 2015). ¿Palabras Urgentes? *El Colombiano*. Recuperado de <http://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/palabras-urgentes-BN1843344>

DOCUMENTOS OFICIALES

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (19 de Mayo de 2015). *Documento CONPES*

3828. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/Pol%C3%ADtica%20penitenciaria%20y%20carcelaria.pdf>

Defensoría del Pueblo. (2003). *Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia*. Bogotá. Recuperado de <http://www.defensoria.gov.co/attachment/76/An%C3%A1lisis%20sobre%20el%20actual%20hacinamiento%20carcelario%20y%20penitenciario%20en%20Colombia.pdf>

Organización Internacional del Trabajo. (2005). *Informe del Comité de Libertad Sindical No. 336*. Caso Número 2383 (Reino Unido), Organización Internacional del Trabajo, Ginebra. Recuperado de <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb292/pdf/gb-8.pdf>

NORMAS LOCALES

Constitucionales

Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991.

Leyes

Colombia, Congreso de la República. Ley 65 de 1993, "Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario". Diario Oficial No. 40.999 de 1993, 20 de Agosto.

Colombia, Congreso de la República. Ley 115 de 1994, "Por la cual se expide la Ley General de Educación". Diario Oficial No. 41.214 de 1994 28 de febrero.

Colombia, Congreso de la República. Ley 489 de 1998, “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 43.464 de 1998, 30 de diciembre.

Colombia, Congreso de la República. Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”. Diario Oficial No. 44097 de 2000, 24 de julio.

Colombia, Congreso de la República. Ley 600 de 2000, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Diario Oficial No. 44097 de 2000, 24 de julio.

Colombia, Congreso de la República. Ley 906 de 2004, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". Diario Oficial No. 45.658 de 2004, 1 de septiembre.

Colombia, Congreso de la República. Ley 1122 de 2007, “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 46506 de 2007, 9 de enero.

Colombia, Congreso de la República. Ley 1142 de 2007, “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”. Diario Oficial No. 46673 de 2007, 28 de junio.

Colombia, Congreso de la República. Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Diario Oficial No. 47.956 de 2011, 18 de enero.

Colombia, Congreso de la República. 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”. Diario Oficial No. 49039 de 2014, 20 de enero.

Decretos

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 1405 de julio 7 de 1934, “sobre régimen carcelario y penitenciario”.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 1817 de 1964, “Por el cual se reforma y adiciona el Decreto-ley 1405 de 1934 (Código Carcelario), y se dictan otras disposiciones”.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 1522 de 1966, “por el cual se adopta el estatuto orgánico de la Escuela Penitenciaria Nacional”.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 2160 de 1992, “Por el cual se fusiona la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia”. Diario Oficial No. 40.703 de 31 de diciembre de 1992

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 407 de 1994, "Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario". Diario Oficial No. 41.233 de 21 de febrero de 1994.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 1890 de 1999, "Por el cual se reorganiza el Ministerio de Justicia y del Derecho y se dictan otras disposiciones sobre la materia relacionadas con las entidades que integran el Sector Administrativo de Justicia". Diario Oficial No 43.723, del 29 de septiembre de 1999.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 2636 de 2004, "Por el cual se desarrolla el Acto Legislativo número 03 de 2002". Diario Oficial No. 45.645 del 19 de agosto de 2004.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 1141 de 2009, "Por el cual se reglamenta la afiliación de la población reclusa al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial 47.309 del 1º abril de 2009.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 2777 de 2010, "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1141 de 2009". Diario Oficial No. 47.790 del 3 de agosto de 2010.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 4150 de 2011, "Por el cual se crea la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - SPC, se determina su objeto y estructura". Diario Oficial No. 48242 del 3 de noviembre de 2011.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 4151 de 2011, “Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 48.242 del 3 de noviembre de 2011.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 4156 de 2011, “Por el cual se determina la adscripción del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 48.242 del 3 de noviembre de 2011.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 936 de 2013, “Por el cual se reorganiza el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reglamenta el inciso primero del artículo 205 de la Ley 1098 de 2006 y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 48.786 del 10 de mayo de 2013.

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 1069 de 2015, “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho”. Diario Oficial No. 49.523 del 26 de mayo de 2015

Colombia, Presidencia de la República. Decreto 2245 de 2015, “Por el cual se adiciona un capítulo al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, en lo relacionado con la prestación de los servicios de salud a las personas privadas de la libertad bajo la custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec)”. Diario Oficial No. 49.706 del 24 de noviembre de 2015.

Reglamentos

Colombia, Consejo Directivo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Acuerdo No. 0011 del 31 de octubre de 1995, “Por el cual se expide el Reglamento General al cual se sujetarán los reglamentos internos de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios”.

Sentencias

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 17 de febrero de 2005. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. (Número Interno 27673).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA. Auto del 15 de agosto de 2007. Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. (Radicación Número: 88001-23-31-000-2005-00004-01).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN CUARTA. Sentencia del 21 de agosto de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. (Radicación Número: 25000-23-41-000-2014-00791-01).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 6 de mayo de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número C-176).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 7 de septiembre de 1995. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. (Sentencia Número C-394).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 28 de abril de 1998. Magistrado

Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (Sentencia Número T-153).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 28 de enero de 2003. Magistrado

Ponente: Álvaro Tafur Galvis. (Sentencia Número C-037).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 25 de febrero de 2003. Magistrado

Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. (Sentencia Número C-150).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 16 de marzo de 2011. Magistrado

Ponente: Humberto Sierra Porto. (Sentencia Número C-186).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 18 de julio de 2012. Magistrado

Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (Sentencia Número C-570).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 28 de junio de 2013. Magistrada

Ponente: María Victoria Calle Correa. (Sentencia Número T-388).