



**SISTEMA PENITENCIARIO Y
CARCELARIO Y LOS RETOS PARA LAS
CIUDADES CAPITALES**

Análisis sobre el alcance de la responsabilidad
de las entidades territoriales

EQUIPO EJECUTIVO

Luz María Zapata Zapata
Directora Ejecutiva Asocapitales

Luis Emilio Rueda López
Secretario General Asocapitales

SEGURIDAD Y CONVIVENCIA CIUDADANA

Isaac de León Beltrán Pacheco
Director Área Seguridad y Convivencia Ciudadana

Gabriela Baquero Ordoñez
Profesional de Apoyo Asocapitales

COMUNICACIONES

Lina María Chaparro Mosquera
Asesora de Comunicaciones Asocapitales

David Stiven Colmenares Cifuentes
Diseñador Gráfico

AUTORES/ EQUIPO TÉCNICO

Hernán A. Ramírez Rodríguez
Consultor en Política Criminal, Penitenciaria y Carcelaria de Asocapitales

Diego Mauricio Olarte Rincón
Consultor en Política Criminal, Penitenciaria y Carcelaria

Introducción

El alcance de la responsabilidad de las entidades territoriales en el Sistema Penitenciario y Carcelario es un tema que ha sido objeto de discusión durante las últimas dos décadas. En la actualidad, con el estado de cosas inconstitucional que se vive en los establecimientos de reclusión del país y las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para hacerle frente a la pandemia mundial producida por el COVID-19, el rol que deben asumir las entidades territoriales con la población reclusa ha sido producto de nuevos debates y tensiones.

En este escenario, diversas autoridades del orden nacional han señalado que las entidades territoriales son responsables de la custodia y vigilancia de las personas privadas de la libertad, en particular de aquellas detenidas preventivamente debido a un proceso penal adelantado por un delito; y abogan por un rol activo de las autoridades locales para asumir la custodia y vigilancia de esta población.

Frente a esta situación, el presente documento hace una revisión detallada del alcance jurídico de las normas que vinculan a las entidades territoriales con el Sistema Penitenciario y Carcelario, con el fin de advertir que, en la actualidad, las administraciones locales no tienen compromisos pendientes con la población reclusa y en particular, que no son responsables de las personas detenidas preventivamente en razón de un proceso penal.

1. Alcance de la responsabilidad de las entidades territoriales frente al Sistema Penitenciario y Carcelario

En el presente acápite se realiza una revisión de las disposiciones legales que hacen alusión a la participación de las entidades territoriales en el Sistema Penitenciario y Carcelario, así como de las sentencias de constitucionalidad que se han proferido frente a estas normas, permitiendo advertir que la responsabilidad que tienen los municipios y departamentos es la de construir cárceles para personas detenidas preventivamente o condenadas en el marco de un proceso contravencional, y por orden de una autoridad policiva.

Con el objeto de demostrar que el alcance dado por el legislador en el artículo 17 de la Ley 65 de 1993 es atribuir a las entidades territoriales la obligación de crear cárceles destinadas a la reclusión de personas privadas de la libertad, en el marco de un proceso contravencional y por orden de una autoridad policiva, es pertinente hacer alusión al proyecto de ley que condujo a la aprobación del Código Penitenciario

y Carcelario, en cuya motivación se hacía una alusión expresa en ese sentido:

“Los establecimientos penales de la nación presentan el fenómeno de la promiscuidad y el hacinamiento. En épocas anteriores esto era dantesco pero ahora con las vigentes normas penales y procedimentales (sic), la población carcelaria ha disminuido notablemente. De todas maneras en ciudades como Medellín, Cali y Cartagena, ante la ausencia de cárceles municipales los contraventores son enviados a los establecimientos nacionales.

Esto da origen al hacinamiento y de manera muy particular a la violación de las reglas mínimas que establecen la separación entre condenados, sindicados y contraventores.

La razón es que la pena de arresto tiene la exclusiva función de ser retributiva y a lo más, correctiva. Como nuestras cárceles crean estigmas sociales, mandar a una persona a un centro de reclusión es

imprimirle una marca denigrante y sobre todo, es involucrarlo en un ambiente dañino y peligroso.

Sin embargo, en ausencia de cárceles municipales y departamentales la Nación ofrece a estos entes, alojar a sus contraventores en las cárceles nacionales con el requisito de firmar un contrato, en el cual se fijan las obligaciones que hagan menos onerosa la carga del Estado. En efecto, los municipios y departamentos deben pagar entre otras cosas, la alimentación de los arrestados, la dotación de los elementos y recursos necesarios para ellos y un sobresueldo a los funcionarios de la cárcel, por la razón justa, de que a ellos, se les recargan con exceso las funciones.

Desde luego lo ideal es que municipios y departamentos tengan sus propias cárceles.

Como hay municipios muy cercanos unos y otros, con el fin de rebajar los costos de construcción y funcionamiento de las cárceles, se autoriza la ‘fusión carcelaria’ bajo un establecimiento conjunto” (Gaceta del Congreso. Año 1 No132, 29 de octubre de 1992, página 5) (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De igual manera, los argumentos presentados por el Ministerio de Justicia en el marco de la Sentencia C-471 de 1995 de la Corte Constitucional, en la que se revisó la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 65 de 1993, concurren en señalar que la norma en cita hace referencia a una obligación frente a contraventores por orden de autoridad policiva:

*“Aduce que el manejo y recuperación del sistema penitenciario del país es un propósito nacional, con lo que, de acuerdo con la descentralización prevista en la Carta Política ‘los diferentes niveles de gobierno deben jugar un papel fundamental en su desarrollo en la medida en que la ley se los ordene’. **Y concluye manifestando que la transferencia de funciones tiene lugar respecto de cárceles para personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad por orden de autoridad policiva; lo cual encuentra plena justificación dentro del nuevo esquema del***

sistema carcelario que ‘busca evitar que se le de el mismo tratamiento penitenciario a los sindicados o condenados en procesos contravencionales y a los procesados y condenados por delitos’ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

La honorable Corte Constitucional en la sentencia C-471 de 1995, también analizó el diseño institucional que la Ley 65 de 1993 adoptó frente al Sistema Penitenciario y Carcelario, anotando frente al particular:

“[L]a ley conserva en cabeza del Gobierno Nacional, por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC”, la ejecución de las sentencias penales y la detención precautelativa, la evaluación de las medidas de seguridad y la reglamentación y control de las penas accesorias, dejando solamente a los departamentos y municipios, así como a las áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, la creación, fusión o supresión de cárceles para aquellas personas detenidas precautelativamente y condenadas por contravenciones” (Negrillas y subrayado fuera de texto).

La H. Corte Constitucional, en la Sentencia C-536 de 1995, nuevamente se pronunció frente a la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 65 de 1993, revisando si se ajustaba a la Constitución que una autoridad policiva pudiera imponer en el marco de una contravención medidas o penas privativas de la libertad, concluyendo al respecto:

*“(…) las disposiciones acusadas prácticamente se limitan a transcribir lo dispuesto en el artículo Transitorio 28 superior. En ese orden de ideas y con base en las consideraciones expuestas en el citado pronunciamiento, esta Corporación declarará su exequibilidad, pero advirtiendo **que ellas mantendrán su vigencia constitucional y jurídica sólo hasta el momento en que el Congreso profera la ley que establezca la competencia de las autoridades judiciales a la que se ha hecho referencia**”* (Negrilla fuera de texto).

Estos extractos destacados con relación al análisis para la expedición y revisión del artículo 17 de la Ley 65 de 1993, permiten concluir que la intención del legislador corresponde a asignar una responsabilidad a las entidades territoriales únicamente frente a personas detenidas preventivamente y condenadas en virtud de un proceso contravencional adelantado por una autoridad policiva. Situación que solo sería admisible a la luz de la Constitución hasta que el legislador atribuyera la competencia de los hechos punibles sancionables con pena de arresto que eran de conocimiento de las autoridades de policía a los jueces.

Por su parte, el artículo 76.6 de la Ley 715 de 2001 estableció que los municipios, en coordinación con el INPEC, podrán apoyar la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas **por contravenciones que impliquen privación de la libertad**. Es decir, esta norma creó una figura de cooperación entre el Gobierno Nacional y las entidades territoriales para la construcción de cárceles haciendo nuevamente alusión de que estos son lugares destinados a las personas privadas de la libertad en razón de una contravención.

Además, la Ley 1709 de 2014 en el párrafo 2 de su artículo 10 dispuso que *“las cárceles departamentales y municipales serán destinadas a las personas detenidas preventivamente”*, norma que ya no distinguía entre procesos penales adelantados en atención de un delito o de una contravención. Sin embargo, tal disposición fue derogada por el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015.

Posterior a la derogatoria expresa del artículo 10 de la Ley 1709 de 2014, el legislador en el año 2019 se pronunció nuevamente frente a las cárceles de las entidades territoriales, indicando que son lugares destinados para personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, Plan Nacional de Desarrollo, establece al tenor del artículo 133 la estrategia de

cárceles del orden nacional, creando en el párrafo 3 un fondo de las entidades territoriales para atender infraestructura carcelaria **“para personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad”** (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Por otra parte, la Ley 65 de 1993 contiene disposiciones en las que se brindan otras opciones, aparte de tener las entidades territoriales establecimientos de reclusión propios, con el objeto de recluir a los contraventores detenidos preventivamente o condenado por un proceso adelantado por una autoridad policiva. Es así como el artículo 18 contempla que *“los municipios podrán convenir la creación, organización, administración y sostenimiento conjunto de los establecimientos de reclusión”*. Por su parte, el inciso final del artículo 21 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 1709 de 2014 establece la posibilidad de que las entidades territoriales, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura puedan realizar las gestiones pertinentes para la construcción conjunta de ciudadelas judiciales con un centro de detención preventiva anexos a sus instalaciones. Finalmente, el artículo 19 de la Ley 65 de 1993 contempla que para los casos en los cuales los municipios o departamentos no cuentan con sus propias cárceles para contraventores por órdenes de autoridad policiva, podrán contratar con el INPEC el recibo de sus presos.

Como se observa claramente, a partir de un análisis interpretativo de la intención del legislador con relación al artículo 17 de la Ley 65 de 1993, al tiempo de que las demás normas vinculan a las entidades territoriales en el Sistema Penitenciario y Carcelario, se contempla que tal relación solo ha sido concebida para lo relativo a contravenciones de policía que implicaran privación de la libertad, bien sea a través de la custodia de detenidos preventivamente por contravenciones, o de los que ya hubiesen sido condenados.

2. Sospecha de inconstitucionalidad del artículo 17 de la Ley 65 de 1993

La responsabilidad de las entidades territoriales se erige a partir del artículo 17 de la Ley 65 de 1993, en el que se establece la obligación de “la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles **para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva**” (Negrilla y subrayado fuera de texto). Sin embargo, tener un lugar para recluir a una persona por orden de una autoridad policiva en el marco de un proceso contravencional resultó únicamente admisible a la luz de la Constitución Política hasta el año 1995.

Al respecto, el artículo 28 de la Constitución Política establece que *“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”*. Por lo que toda orden para la privación de la libertad tiene reserva judicial.

Sin embargo, la creación y administración de lugares destinados a la reclusión de una persona por orden de una autoridad policiva resultaba constitucionalmente admisible a la luz del artículo transitorio 28 de la constitución política de Colombia en el que se establecía que: *“Mientras se expide la ley que atribuya a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas continuarán conociendo de los mismos”*.

Sobre el particular, la Ley 23 de 1991 se refería a contravenciones de policía, en términos similares a los referidos en el artículo 17 del Código Penitenciario cuando hace referencia a la responsabilidad de las entidades territoriales, disposiciones que permitían que la Policía, a través de procedimientos administrativos, pudiera imponer medidas privativas de

la libertad como arrestos. Como quiera que estas funciones fueron proscritas a las autoridades administrativas por el artículo 28 de la Constitución Política, en su momento su constitucionalidad se encontró amparada en el artículo transitorio 28 de la norma superior, artículo que justificó que las autoridades policiales pudieran seguir procesando contravenciones, mientras una nueva legislación pasaba esas funciones a las autoridades judiciales. De este modo, la transferencia de dichas funciones en cabeza de las autoridades de policía a los jueces se surtió con la Ley 228 de 1995, como lo advirtió la honorable Corte Constitucional en la sentencia C-364 de 1996.

A partir de ese momento, esto es, de 1995, con la transferencia del conocimiento de las contravenciones de las autoridades de policía a los jueces, se generó la condición para que perdiera vigencia el artículo transitorio 28 de la Constitución, y, por ende, quedó con plena vigencia el artículo 28 de la Constitución Política que reviste con reserva judicial la privación de la libertad.

Es pertinente señalar que las contravenciones contenidas en la Ley 228 de 1995, fueron posteriormente derogadas con la expedición de las Leyes 599 de 2000 (Código Penal) y 600 de 2000 (en su momento, el Código de Procedimiento Penal), convirtiendo las conductas consideradas como contravenciones en delitos. En tal sentido, no existe en este momento dentro del ordenamiento jurídico un catálogo de conductas punibles contravencionales con sanciones privativas de la libertad.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisando una vez más el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, se advierte que esta norma se refiere a un supuesto de hecho del ordenamiento jurídico colombiano, *“contravenciones que impliquen privación de la libertad por orden de autoridad policiva”*, que resultaría en la actualidad contrario a la Constitución Política a la luz del artículo 28 de la Constitución Política.

3. Indefiniciones normativas frente a la responsabilidad e implementación de la responsabilidad de las entidades territoriales frente al Sistema Penitenciario

Como se dijo en la introducción, algunas autoridades del orden nacional insisten en que una interpretación del artículo 17 de la Ley 65 de 1993 permite sostener que las entidades territoriales son responsables del sostenimiento de la población detenida preventivamente en sentido amplio, esto es, la derivada de la presunta comisión de delitos y de contravenciones penales. Aun cuando en el presente texto queda ampliamente documentado y analizado porqué esta interpretación resultaría equivocada, es pertinente señalar que en caso de existir contravenciones con medidas privativas de la libertad de conocimiento de una autoridad de Policía, o en el caso hipotético de que las entidades territoriales debieran asumir la administración y sostenimiento de las personas detenidas preventivamente, el actual diseño normativo tiene una serie de indefiniciones que impiden la adecuada implementación de una obligación en ese sentido. Las mismas se enlistan a continuación.

a. Indefinición de las obligaciones entre las alcaldías y las gobernaciones

El artículo 17 de la Ley 65 de 1993, al señalar el responsable de la creación de las cárceles, señala que esto les corresponde a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá. Sin embargo, ni la norma en cita, ni ninguna otra norma, permiten definir qué obligaciones le corresponden al municipio y qué obligaciones al departamento, o en subsidio, cuándo debe asumir la responsabilidad el uno o el otro.

b. Indefinición para definir qué personas privadas de la libertad le corresponden a cada municipio

El Código Penitenciario y Carcelario y el Código de Procedimiento Penal tienen artículos que hacen referencia a la puesta a disposición de una persona

privada de la libertad al Sistema Penitenciario y Carcelario. Al respecto, el artículo 304 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 58 de la Ley 1453 de 2011, señala que *“el funcionario judicial a cuyas órdenes se encuentre lo entregará inmediatamente en custodia al INPEC o a la autoridad del establecimiento de reclusión que corresponda, para efectuar el ingreso y registro al Sistema Penitenciario y Carcelario”*.

En ese sentido, el artículo 72 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 51 de la Ley 1709 de 2014, establece que *“El Juez de Conocimiento o el Juez de Control de Garantías, según el caso, señalará el centro de reclusión o establecimiento de rehabilitación donde deban ser reclusas las personas en detención preventiva. En el caso de personas condenadas, la autoridad judicial la pondrá a disposición del Director del Inpec, en el establecimiento más cercano, quien determinará el centro de reclusión en el cual deberá darse cumplimiento de la pena”*.

Los dos artículos en cita fijan el procedimiento para que el juez deje a la persona a disposición del Sistema Penitenciario y Carcelario, pero no establecen criterio alguno para definir cuál es la alcaldía llamada a asumir la responsabilidad de la administración o pago al INPEC por la custodia y vigilancia de una persona privada de la libertad. Así las cosas, no existe criterio legal alguno que permita determinar cuáles son las personas privadas de la libertad frente a las que un municipio deba asumir la responsabilidad asumiendo su custodia en cárcel propia o contratando con el INPEC para su recepción.

c. Indefiniciones para la adecuada celebración de los convenios de integración

El artículo 19 de la Ley 65 de 1993 establece la posibilidad de que las entidades territoriales sus-

criban convenios con el INPEC cuando no tengan cárcel propia para que administre esa institución a las personas privadas de la libertad de competencia del municipio, para lo que se establece en la Ley el pago de los siguientes servicios y remuneraciones: a) Fijación de sobresueldos a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión; b) Dotación de los elementos y recursos necesarios para los internos incorporados a las cárceles nacionales; c) Provisión de alimentación en una cuantía no menor de la señalada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para sus internos; y, d) Reparación, adaptación y mantenimiento de los edificios y de sus servicios, si son de propiedad de los departamentos o municipios.

Lo primero que se advierte frente a la norma en cita es que, como se señaló antes, al no existir criterio legal alguno que permita saber cuáles son las responsabilidades de las alcaldías, cuáles la de las gobernaciones y tampoco por qué personas privadas de la libertad debe responder; es indeterminable establecer si el convenio lo debe firmar la alcaldía o la gobernación, así como por qué personas debe suscribir el contrato con el INPEC.

Por otra parte, la norma contempla que la entidad territorial deberá suscribir este convenio con el INPEC incluyendo el pago de temas relacionados con alimentación y mantenimiento de la infraestructura penitenciaria y carcelaria. Sin embargo, de conformidad al Decreto 4150 de 2011, dichos asuntos son de

la competencia de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC–, entidad que no participa del convenio de conformidad a la Ley.

Finalmente, el pago referente a los sobresueldos y al mantenimiento de los inmuebles a que refiere la norma no plantea criterios legales para el cálculo de su valor.

d. Indefinición de fuentes de financiación

Indefinición de fuentes de financiación autónomas y específicas para el cumplimiento de las obligaciones para con la población detenida preventivamente a cargo de cada entidad territorial, en los términos establecidos en el artículo 356 de la Constitución Política.

e. Indefinición de los principios de concurrencia y subsidiariedad

En el artículo 288 de la Constitución Política se establece que, en concordancia con el artículo 356 de la supra norma, las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de concurrencia y subsidiariedad, entre otros. Sin embargo, del entramado normativo no se evidencian disposiciones que permitan señalar que exista desarrollo alguno de los principios de concurrencia y subsidiariedad.

4. Conclusiones

En este documento se plantearon los argumentos que permiten exponer ante cualquier entidad territorial por qué no tiene obligaciones pendientes para con la población privada de la libertad procesada en razón de un delito. Aun cuando se asume, de manera extendida, que las entidades territoriales son responsables por la población detenida preventivamente (sin otra distinción), el análisis hermenéutico aplicado a las normas que derivan esa posible interpretación da como resultado que las entidades territoriales solo serían responsables por el sostenimiento de los detenidos preventivamente o condenados que, en ambos supuestos, estén privados de la libertad por orden de autoridad policiva.

Además, tras decantar el alcance específico de tales normas, se concluye que éste resultaría contrario a la Constitución Política, como quiera que la privación de la libertad tiene estricta reserva legal, derivada del artículo 28 de la Constitución.

Con todo, y en gracia de la discusión, este documento revisó un escenario hipotético en donde las entidades territoriales serían responsables del sostenimiento de los detenidos preventivamente en sentido amplio (por delitos y contravenciones). Haciendo ese ejercicio, se plantearon varias inquietudes que advierten indefiniciones normativas para que las entidades territoriales, incluso en tal supuesto, pudieran dar cumplimiento a tal obligación.




Referencias

- » ...Congreso de la República (1991). Ley 23 de 1991
- » ...Congreso de la República (1992). Gaceta del Congreso. Año 1 No132.
- » ...Congreso de la República (1993). Código Penitenciario y Carcelario
- » ...Congreso de la República (1995). Ley 228
- » ...Congreso de la República (2000). Ley 599
- » ... Congreso de la República (2000). Ley 600
- » ...Congreso de la República (2001). Ley 715
- » ... Congreso de la República (2004). Ley 906
- » ...Congreso de la República (2011). Ley 1453
- » ...Congreso de la República (2014). Ley 1709
- » ...Congreso de la República (2019). Ley 1955
- » ...Constitución Política de Colombia (1991).
- » ...Corte Constitucional (1995). Sentencia C- 471
- » ...Corte Constitucional (1995). Sentencia C- 536
- » ...Corte Constitucional (1996). Sentencia C- 364
- » ...Ministerio de Justicia y del Derecho (2011). Decreto 4150



www.asocapitales.co

 @Asocapitales  Asocapitales  @_asocapitales  Asocapitales

 info@asocapitales.co  (57+1) 555 75 41  Carrera 9 No 80 - 45
Torre Escalar 1, Of. 901
Bogotá