



**LA VIABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS PARA EL
TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN COLOMBIA**

MONOGRAFÍA DE GRADO

ESTUDIANTES:

MARIANA BEDOYA CRUZ

MANUELA VÁSQUEZ NARANJO

DIRECTOR

ANDRÉS FELIPE DUQUE PEDROZA

DOCTOR EN DERECHO

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARCIAL PARA
OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO.**

PREGRADO EN DERECHO

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

MEDELLÍN

2020

Declaración de originalidad

Fecha: 20 de octubre de 2020

MARIANA BEDOYA CRUZ Y MANUELA VÁSQUEZ NARANJO. Declaramos que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquier otra universidad.

Declaramos, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

Mariana Bedoya C.

Firma del estudiante.

Manuela Vásquez N.

Firma del estudiante.

La viabilidad de las asociaciones público-privadas para el tratamiento penitenciario en Colombia.

The feasibility of public-private partnerships for prison treatment in Colombia.

Resumen

La determinación de la viabilidad en la aplicación de la figura de las asociaciones público-privadas como posible solución a la problemática carcelaria en Colombia, requiere un análisis de las condiciones de posibilidad del país, contrastando los beneficios que generaría con los costos que, necesariamente, también supondría. Desde esta perspectiva, este trabajo parte de reconocer las grandes falencias estructurales del sistema penitenciario colombiano, falencias que, por lo menos desde 1998 se han aumentado. (Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015).

Bajo esta premisa, este trabajo estudia las consideraciones positivas y negativas que en otros ordenamientos han implicado las concesiones carcelarias a particulares; para luego, desde la realidad colombiana, determinar sus posibles y legítimos ámbitos de aplicación.

Palabras clave

Cárceles, sistema penal, recursos públicos, público-privadas.

Abstract

Determining the viability of public-private partnerships as a possible solution to the prison problem in Colombia requires an analysis not only of the real conditions of possibility in the country, but also, to contrast whether in its application the benefits are greater than the costs that, eventually, would entail. From this perspective, this work starts from recognizing the great structural flaws of the Colombian prison system, flaws that, at least since 1998, have increased.

Under this premise, this work studies the positive and negative considerations that prison concessions to individuals have implied in other legislations, in order, from the Colombian reality, to determine their possible and legitimate areas of application.

Keywords

Prisons, penal system, public resources, public-private.

Introducción

El presente trabajo de investigación quiere responder a la pregunta por las condiciones de posibilidad de una institución directamente vinculada al tratamiento penitenciario: ¿Son posibles y eficaces las asociaciones publico privadas para solucionar el problema penitenciario y carcelario en Colombia?

La justificación del problema de investigación se enmarca en la constante afectación de derechos fundamentales en las cárceles del país, lo que se debe, en gran medida, a la carencia de recursos para administrar y ejecutar los procesos de custodia, prevención y resocialización que deben orientar la intervención carcelaria.

Según las sentencias de la Corte Constitucional, T-153/1998, T-388/2013 y la T-762/2015, dentro de las cárceles de Colombia se presentan diversos problemas, todos de una gravedad considerable porque no solo afectan la salud y la sanidad

de los internos, sino, además, la convivencia, lo cual desencadena en otros conflictos.

Como eje central justificativo de este escrito se encuentra el problema del hacinamiento carcelario, lo cual hace que cualquier problemática adicional en las cárceles se aumente exponencialmente, debido a las condiciones en las que se encuentran los internos.

A ello se le suma la deficiencia en la asignación de los recursos públicos, ya que, por diversos temas, entre los cuales, sin duda, se encuentra la corrupción, los dineros o bienes destinados para el cuidado y conservación de las cárceles llegan en menor medida.

También, y no menos importante, es el descuido general por parte del Estado a las personas privadas de la libertad, pues, en muchos casos, son tratados sin tener en cuenta su condición de personas. Es esto lo que han evidenciado los tres estados de cosas inconstitucionales que se han decretado en nuestro país. Si bien en el trámite procesal se buscan generar garantías para las personas sujetas a pretensión punitiva, esto, parece no continuar una vez las personas hacen parte del sistema penitenciario, bien como condenados o incluso como sindicados, pues sus derechos son constantemente vulnerados.

Tal como se manifiesta en la sentencia de la Corte Constitucional T-153/1998: “Si se llega a una cárcel deberían de tener un mínimo espacio para dormir, servicio de agua, alimentación, salud, entre otros, incluso el aire es insuficiente, lo que se pretende es que el gobierno busque la forma de brindar soluciones, pues no se justifica que deba haber violencia, muerte o destrucción para poder que el Estado entre a brindar soluciones a los problemas que se viven”. (Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998).

Con esto hacemos alusión a las demás problemáticas de las cárceles colombianas, las cuales son principalmente: salud, higiene y alimentación. Todo lo anterior al ser precario, se ha convertido en un privilegio para unos pocos en las cárceles.

Así, como lo expresa Robbins (2019), la corrupción no solo está presente en el exterior de las cárceles, sino que es allí dentro donde más se evidencia esta práctica, que es utilizada para extorsiones y para conseguir los mínimos vitales, para los cuales se deben pagar fortunas.

A todas las problemáticas acabadas de mencionar, se les suma la convivencia que cada vez se ha vuelto más complicada, porque es una competencia del más fuerte con el más débil para obtener los elementos esenciales de subsistencia, debido a que conseguir cualquier comodidad por más pequeña que sea se ha vuelto un negocio.

“El ambiente es pesado y hay insuficiencia de todo y según la constitución, vivimos en un Estado social de derecho y son fines esenciales del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que nos afectan y debe de garantizarnos la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y si la constitución es norma de normas, y prima la constitución por encima de todo, está no está primando en el momento actual”. (Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998).

Y no solo es esto; pues la salud mental de los internos también se puede ver considerablemente afectada debido a la incertidumbre de su situación y las condiciones acabadas de anotar que padecen los presos en Colombia, no solo porque muchos están privados de su libertad sin condena alguna, sino, también, por vivir todo el tiempo precavidos, y sin condiciones de seguridad.

En todo este lamentable panorama justificativo, surge nuestra hipótesis de investigación, manifestada a través de las condiciones de posibilidad y legitimidad de las concesiones a particulares para que administren la función pública de tipo penitenciario.

Esto es, la solución que se quiere poner a prueba en este escrito es la de evaluar la legitimidad de las asociaciones público-privadas, como una posibilidad de mejorar el sistema penitenciario en Colombia. Nos preguntaremos los servicios o labores que debe desempeñar el sector público, los cuales pueden ser delegados al sector privado, con un esquema claro de los objetivos compartidos para la satisfacción y abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública.

Como bien se afirma por la sentencia de la Corte Constitucional C-263/2016, las asociaciones público-privadas son “Un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”. (Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2016).

Así las cosas, y buscando lograr el objetivo de nuestro trabajo, decidimos preguntarnos por la viabilidad de las asociaciones público-privadas como una solución al problema de hacinamiento que se vive diariamente en los centros penitenciarios de nuestro país, evaluando los pros y los contras que pudimos encontrar después de dicha investigación.

Investigaremos de qué manera han funcionado las asociaciones público-privadas en otros países y cómo podemos adaptar ese modelo de implementación en nuestro país relacionado con los centros de reclusión.

Buscamos plantear las asociaciones público-privadas como una solución a la problemática, debido a que es una inversión que hace tanto el sector público y privado, lo que permite que haya un equilibrio entre trabajo y economía.

Pero finalmente, no solo nos quedaremos con esta idea, sino que propondremos otras alternativas para posibles soluciones a esta problemática, aunque consideramos que las asociaciones público-privadas tendrían total legitimidad en un país como el nuestro. Así, mostraremos las dos posturas, las que apoyan las

asociaciones como posible solución y las que no, para llegar así al final de esta investigación con conclusiones claras, basadas en datos existentes y no en simples planteamientos sobre de cómo enfrentar el hacinamiento desde otros puntos de vista.

1. Los problemas penitenciarios en Colombia.

Partiremos de lo general a lo particular explicando con mayor detalle los aspectos importantes de nuestra investigación. Por tanto, y para que sea de mayor comprensión hablaremos de lo que se entiende por hacinamiento carcelario. Este también conocido como sobrepoblación crítica, “puede explicarse a partir de la diferencia existente entre el número de plazas o cupos y el número de internos”. (Torres, 2019, pág. 31).

Esta problemática ha generado un estado de cosas inconstitucionales, de las cuales se trataran algunas a lo largo del texto, y que han llevado a que se violen los derechos fundamentales, especialmente la vida y la integridad personal, porque los internos conviven en condiciones muy precarias desencadenando así una situación dramática en el interior de las prisiones, ya que finalmente “las estructuras plurales internas son quienes se encargan y manejan el poder, el tiempo, el espacio y la economía entrando así casi que a reemplazar al Estado”. (Arrieta, 2018, pág. 57).

En lo que respecta a la política criminal del Estado colombiano, la Corte no dudó en calificarla como “reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad”. (Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015).

“Esta política criminal ha dado lugar a que, en un comparativo con los 20 países con mayor número de población en prisión, Colombia se encuentre, a nivel mundial en el puesto 14, pero, si el indicador es medido por la tasa de PPL por cada 100 000 habitantes, Colombia asciende al top 10, ocupando el puesto 9. De estos 20 países,

Colombia, después de Sudáfrica, es el segundo con peor índice GINI". (Arrieta, 2017, pág. 199).

De esta manera nadie va a tener una "resocialización", porque en ese contexto no se podrá crecer como persona, aprender y reintegrarse al tejido social. Por el contrario, los presos tienen que luchar por sobrevivir cada día dentro de las cárceles, donde todo se vuelve más una competencia que un derecho, dormir, asearse, comer, educarse, muchas palabras que podemos utilizar en este escrito y que, a la hora de la verdad, no se cumplen a cabalidad, dejando a los seres humanos allí reclusos a la deriva para poder subsistir.

Por otro lado, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos no puedan ni siquiera gozar de las mínimas condiciones. Lo anterior, ha llevado a que, en algunos casos, estos se "rebusquen" la forma de hacerlo a través de medidas ilegales, que con el tiempo se han perpetuado en las penitenciarías. Por ejemplo, alquilar o vender todo tipo de implementos que se puedan conseguir dentro de las cárceles, desde algo tan simple como una colchoneta, hasta servicios más sofisticados como la adquisición de celulares para tener comunicación y poder hablar con sus familiares (Robbins, 2019).

Según la sentencia T-153/1998 se establece lo siguiente "La Corte quiere concentrar su atención en una consecuencia que considera de mucha gravedad, la cual es que la sobrepoblación carcelaria impide la separación de los internos por categorías. La ley ordena que los sindicados estén separados de los condenados; que los reincidentes de los primarios, los miembros de la Fuerza Pública, los funcionarios públicos y los indígenas de los demás reclusos" pero por la situación actual esto es imposible, sigue anotando que, "La labor de resocialización no consiste en imponer determinados valores a los reclusos, sino en brindarles los medios para que, haciendo uso de su autodeterminación, establezca cada interno el camino de su reinserción al conglomerado social". (Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998).

Durante décadas el Estado ha observado con indiferencia la situación carcelaria del país, lo cual representa cada día el quebrantamiento de la Constitución. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. No se trata de un asunto solo de orden público, sino una situación de gravedad a la que no se puede dejar de lado.

“Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.” (Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998).

Para ello la Corte también propone que se debe llamar la atención y hacer énfasis en el principio de presunción de inocencia, para que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, haciendo uso del carácter de ultima ratio del Derecho Penal, porque cuantas personas están esperando juicios en las cárceles, donde no se saben si son culpables o no, que esperan por una sentencia que puede tardar años y que siguen allí encerrados ocasionando que la problemática se acreciente, asimismo es importante determinar si la persona condenada requiere para su resocialización el tratamiento penitenciario o si sus mismas circunstancias permiten proceder a otro tipo de sanciones. “Porque se considera que se está utilizando a través de condiciones de inequidad inaceptables y un derecho penal que actúa como primera y casi que única ratio”. (Arrieta, 2017, pág. 199).

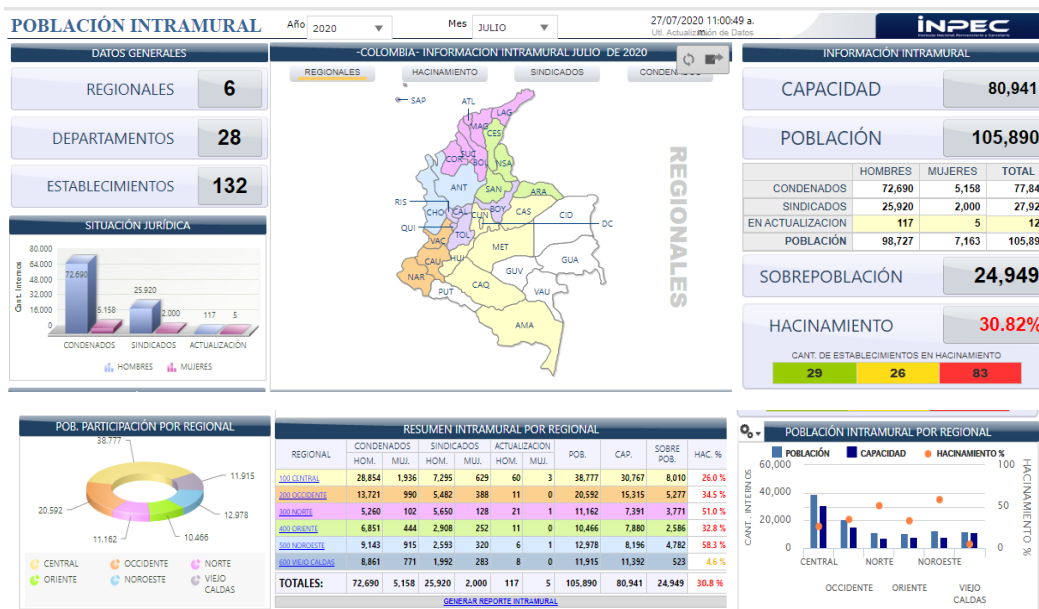
Pero, por otro lado, no es solo el hecho del espacio o que todas las comodidades no sean satisfechas, sino que el mal manejo de residuos alimentarios y aguas negras ocasiona dentro de la prisión olores y desperdicios que pueden desencadenarse en epidemias, y no bastando con eso la convivencia y la tolerancia se vuelve cada vez un factor más importante porque superan los límites de la paciencia humana, lo cual ocasiona un comportamiento agresivo del interno, que busca saciar su rabia e ira con el sistema, dañando enceres u ocasionando perjuicio a los mismos reclusos o guardas de seguridad.

Es por ello, por lo que se brindan unas posibles soluciones al problema del hacinamiento, que después serán reevaluadas.

- a. La construcción de cárceles
- b. El aumento de la planta de guardia.
- c. Concesión de los subrogados penales
- d. Privatización del sistema penitenciario a través de las asociaciones público-privadas.

Es así como, según la página oficial del INPEC, mostramos el crecimiento exponencial de los internos en las cárceles del país y el hacinamiento para el mes de julio del año 2020.

Gráfica 1 – Hacinamiento carcelario



Fuente: www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos.

Con lo cual, y según las inspecciones de los establecimientos carcelarios se permite identificar las condiciones infrahumanas de las penitenciarías en general. Respecto a esto se expresa aquí, citando a la Corte, que “Las condiciones de albergue de los internos son motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los

derechos de las personas y su compromiso con los marginados”. (Corte Constitucional, Sentencia T- 762 de 2015).

El 19 de diciembre de 1997 se expidió la Ley 415 de 1997, “Por la cual se consagran normas de alternatividad en la legislación penal y penitenciaria y se dictan otras disposiciones tendientes a descongestionar los establecimientos carcelarios del país.”

La medida fundamental en favor de la descongestión carcelaria fue la contemplada en el artículo 1, el cual estableció que, “Con la salvedad de distintos delitos que precisa, los jueces tendrían que conceder la libertad condicional a todos los condenados a penas privativas de la libertad superiores a tres años, cuando hubieran cumplido las 3/5 partes de la condena y hubieran mantenido buena conducta”. De esta forma se dio respuesta a la crítica expuesta por muchos reclusos y funcionarios de prisiones que señalaban que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad negaban de manera sistemática las solicitudes de libertad condicional presentadas por los reclusos, amparándose en el argumento de que el interno requería mayor tratamiento penitenciario. Es importante señalar que el Ministerio de Justicia destaca que el número de jueces de penas y medidas de seguridad es absolutamente reducido en relación con el número de condenados por atender.

Por lo siguiente establecemos algunas causas explicativas a la situación carcelaria que a nuestro parecer pueden ser importantes. En primer lugar, hacemos referencia al crecimiento poblacional, con lo cual crece el índice de crímenes que se ha visto en aumento en las últimas décadas. En segundo lugar, recalamos los problemas de conflicto sufridos alrededor de los años 2000 donde no solo estaba la lucha contra el narcotráfico sino contra los grupos armados al margen de la ley. En tercer lugar, con los dos anteriormente mencionados se abduce a la crisis socioeconómica que un país subdesarrollado como Colombia enfrenta cada día y con ello la relación de la falta de acceso a la educación, donde en los barrios marginados es más fácil

delinquir que estudiar, no por gusto, sino porque las mismas condiciones de la sociedad ameritan la subsistencia con métodos alternos como las actividades delincuenciales. Y en cuarto lugar y no menos importante, está el paso del tiempo, así suene muy ilógico, pues esto ha llevado a que la infraestructura cambie y que por ende se deteriore dejando de cumplir sus funciones a cabalidad que eran cumplidas con éxito hace más de 30 años, y que aparte de ello no fueron erigidos con fines de reclusión, circunstancia que explica muchas de las falencias.

Es así como la sentencia T-388/2013 propone un cambio de sanción y expone lo siguiente: “El cometido de las autoridades encargadas del Sistema penitenciario y carcelario no es sólo reformar lo que hay. No se trata de actualizar los viejos centros penitenciarios y carcelarios, poniendo al día los aparatos de presión, de control y castigo, que se han venido estableciendo como la forma primigenia de sanción en el país, desde el siglo XIX” (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013).

La sociedad y el Estado tienen el deber de crear y diseñar formas de sanción y de castigo acordes con la dignidad humana, e inspirados en el respeto de los derechos de todas las personas, tanto de las víctimas, familiares, allegados, personas privadas de la libertad y quienes desempeñan los oficios y funciones públicas de las cuales dependen la implementación de aquellas sanciones y castigos.

Según la sentencia T-762/15 “La política criminal ha sido definida por la Corte como el conjunto de respuestas que un Estado adopta para hacer frente a las conductas punibles, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en su jurisdicción. En esa medida, busca combatir la criminalidad a partir de diferentes estrategias y acciones en el ámbito social, jurídico, económico, cultural, administrativo y/o tecnológico, entre otros” (Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015).

Y por ende se necesita con urgencia fortalecer todos los sistemas precarios, ya que la sociedad va avanzando cada vez más y sino nos unimos a esos cambios “salimos

del sistema” porque sus dinámicas deberían estar enfocadas a retroalimentar las respuestas efectivas a los fenómenos criminales a través de un carácter preventivo, debido a que no es solo, que una vez cometido el delito se ejecuten las respectivas consecuencias, sino que el punto más importante es el carácter preventivo, si se fortalece mucho más este último se evitaría llegar a los extremos donde ni los mismos Estados saben qué medidas tomar para su regulación.

Finalmente, para fortalecer las precarias condiciones y en sí todo el sistema carcelario en Colombia, se cuentan con diversas personas u organizaciones que realizan una labor social dentro de las penitenciarías, donde su mayor fortaleza, es pensar en un cambio, en una mejoría para todos los internos del país.

A través del programa solidario “Derecho a una Segunda Oportunidad” Johana Bahamón junto con el grupo de prisiones de la Universidad de los Andes, realizan dicha labor, por ello buscan que a los reclusos no se les vulneren los derechos y que tengan una mejor calidad de vida sin importar el delito por el que estén allí.

Con el programa “Relatoría en Prisiones” realizan “Un seguimiento crítico a la situación carcelaria en Colombia desde una perspectiva socio-jurídica. Así, no solo se expone y analiza la situación y transformaciones jurídicas del ámbito penitenciario y carcelario, sino también las condiciones de vida de la población reclusa y el contexto social y político que rodea su tratamiento, así como la visión que la sociedad tiene de ésta”. (Universidad de los Andes, 2020).

Con todo, se debe entender el fin resocializador de la pena y la finalidad de los establecimientos carcelarios en Colombia, los cuales buscan mejorar sus condiciones para que realmente este propósito pueda llevarse a cabo, porque debido a las bajas condiciones este fin se ha visto afectado y, con ello, toda la población carcelaria también.

2. Asociaciones público-privadas: definición, ventajas, desventajas e implementación nacional e internacional

Buscando darle una solución definitiva al hacinamiento que se presenta en la mayoría o, realmente, en todas las cárceles del país, hemos decidido indagar más a fondo en el tema de las asociaciones público-privadas para ver qué tan viable y legítimo sería implementarlas como una forma de solucionar el hacinamiento en las cárceles de Colombia. Por esta razón, en este capítulo buscamos indagar un poco más en el tema para saber si cuenta con las características necesarias para ser planteada como una solución definitiva.

En primer lugar, nos parece pertinente definir en que consiste una asociación público-privada. Aunque no exista una única definición, nos parece adecuado acudir al concepto del Consejo Nacional de Política Económica y de Colombia (CONPES 3615 de 2009), que establece lo siguiente: “Es una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o de una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento” (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2009).

En síntesis, una asociación público-privada, es la unión de una organización pública y una organización privada mediante un contrato que busca la provisión de bienes públicos ya sea a corto, mediano o largo plazo, a través de pagos que se hacen por parte del Estado, de la organización privada o de ambas y donde la otra parte obtiene beneficios que pueden estar relacionados con incentivos o deducciones.

Es decir, que según el CONPES 3615 de 2009, el funcionamiento bajo el contrato de asociaciones público-privadas, consiste en que “El sector privado tradicionalmente financia, diseña, construye o reconstruye la infraestructura necesaria (escuela, hospital, prisión, etc.) para la provisión de un servicio público (educación, salud, custodia, etc.) y está encargado de proveer todos los servicios asociados a la gestión y el mantenimiento de dicha infraestructura durante la duración del contrato, que por naturaleza es de largo plazo. Por su parte, el sector público retiene la responsabilidad de proveer el servicio público y paga al sector privado por la prestación de todos los servicios relacionados a la infraestructura (no solo por la construcción de esta), siempre y cuando la calidad del servicio cumpla los requisitos estipulados en el contrato.” (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2009).

Así las cosas, entonces respecto al contrato de asociaciones público-privadas, podríamos afirmar lo siguiente: Es un contrato que pertenece al derecho administrativo, debido a que una de las partes es el Estado, quien actúa como un sujeto igual al particular y contrata con el mismo. También, es bilateral, debido a que ambas partes se obligan de diferentes maneras, es oneroso, debido a que se paga por las prestaciones y el servicio que se brinda y finalmente, es de tracto sucesivo, debido a que el contrato no se termina simplemente cuando el particular cumple con la función de construir determinada estructura, sino que, además, debe encargarse del mantenimiento de esta mientras el contrato esté vigente.

Sin embargo, como todo contrato, las asociaciones público-privadas, tienen sus riesgos, debido principalmente a que el desarrollo de cualquier proyecto que necesite inversión y más en este caso, que es inversión tanto del sector público como privado, requiere del más cuidadoso análisis, y evaluación de sus ventajas y desventajas, por ende, nos parece importante tener en cuenta algunas de ellas y mencionaremos a continuación las más importantes:

En primer lugar, las asociaciones público-privadas nacen también como una respuesta a la crisis financiera de un Estado que no tiene como llevar a cabo económicamente un proyecto. Como es un análisis de gastos, la inyección de capital

por parte de un particular permite que el Estado pueda desarrollar un proyecto que puede ser potencialmente bueno, pero inicialmente es difícil de finalizar por falta de presupuesto.

En segundo lugar, las asociaciones público-privadas incitan a los particulares a la inyección de capital en proyectos de carácter público. Las asociaciones público-privadas abren la puerta a la posibilidad de que particulares, tanto nacionales como internacionales vean en proyectos del Estado una alternativa de innovación e inversión que resultan siendo beneficiosas para ambas partes.

En tercer lugar, las asociaciones público-privadas son proyectos que incentivan la subcontratación. Esto debido a que muchas de esas empresas particulares, no pueden llevar a cabo el proyecto por sí mismo, entonces buscan la manera de asociarse con otras pequeñas y medianas empresas para desarrollar la idea, incentivando de esta manera que se pueda contratar a más personal y así muchas personas puedan obtener empleo por medio de estos proyectos.

Así las cosas, y como con nuestro trabajo estamos analizando la posibilidad de encontrar en las asociaciones público-privadas una solución al hacinamiento carcelario, tenemos muy claro que estos proyectos también tienen sus desventajas, razón por la cual, nos parece pertinente tenerlas en cuenta para poder hacer un análisis más completo. Por ende, consideramos que las desventajas con las que cuenta nuestra propuesta son las siguientes.

Como un primer momento tenemos que, el precio del proyecto podría aumentar considerablemente en comparación a cualquier contratación pública. Es posible que en este tipo de contratos los costos sean más elevados que los costos tradicionales, por ende, el Estado es a quien le corresponde hacer un análisis para determinar si realmente el proyecto se justifica.

La segunda desventaja sería que, la deuda pública del Estado podría aumentar y durar por más años. De acuerdo con la modalidad que se usa en el contrato de las asociaciones público-privadas, el Estado adquiere una deuda con el particular, que puede ser a largo o corto plazo, dependiendo del acuerdo al que se llegue con el

particular, lo que podría significar una futura deficiencia económica por parte del Estado.

Y, finalmente, debido a que el proyecto casi siempre tiene una duración larga, es muy difícil establecer los inconvenientes que puedan llegar a presentarse. Los contratos de asociaciones público-privadas podrían presentar un mayor riesgo como, por ejemplo, emergencias naturales o sanitarias no previstas, que pueden aumentar el costo del contrato.

Del mismo modo y evaluando las ventajas y las desventajas de las asociaciones público-privadas, encontramos que las desventajas que pudimos hallar están más relacionadas con un tema económico y las ventajas con un tema de desarrollo, por lo tanto, consideramos que como en todos los contratos, se debe hacer un análisis muy completo sobre si las ventajas de la implementación de las asociaciones se justifican frente a las desventajas.

En cuanto a las asociaciones público-privadas en el ámbito internacional y según el análisis de factibilidad para la implementación de las asociaciones público-privadas en el desarrollo de infraestructura penitenciaria y carcelaria en Colombia “A nivel mundial, las asociaciones público-privadas o concesiones se han utilizado como un mecanismo que busca en muchos casos contrarrestar las deficiencias en la prestación de servicios públicos o solucionar los vacíos presupuestales de las entidades gubernamentales, y esto se ha convertido en una tendencia que crece de manera exponencial. Como ya se ha mencionado anteriormente, el hecho de que la remuneración de las empresas privadas esté sujeta al cumplimiento de estándares de calidad hace que estos servicios puedan ser superiores a la de los que son totalmente controlados por entidades públicas. Respecto a la materia presupuestal, las asociaciones público-privadas logran distribuir de manera más eficiente los recursos públicos debido a la reducción de presiones y compromisos para gastos en el corto plazo. Es por ello por lo que muchos países recurren a este mecanismo para poner en marcha proyectos de infraestructura y servicios que generen impactos positivos en el ámbito socioeconómico” (Orozco, 2016).

Esta pequeña introducción al contexto internacional de las asociaciones público-privadas respalda nuestras anteriores afirmaciones donde consta que las asociaciones público-privadas más que un contrato de colaboración igual a los que ya conocemos, nace como un contrato que busca la unión de dos sectores del Estado para lograr una distribución diferente de los recursos públicos, y, además, como una fuerte de solución a diferentes problemáticas que deben ser resueltas de manera prioritaria en nuestro país, debido a la gran violación de derechos humanos que estas representan.

Por ejemplo, en Países como Reino Unido se ha lanzado un modelo conocido como la “Private Finance Initiative” (PFI) y que ha sido la base de países como Canadá, Australia y Sudáfrica, y más recientemente en países como Japón, España, Francia, y México, para la implementación del modelo de Proyectos de Prestación de Servicios (PPS).

Sin embargo, una de las cosas que más ha llamado la atención del modelo base propuesto por el Reino Unido “Private Finance Initiative” es la capacidad para avanzar y adaptarse a diferentes realidades y sectores en el tema de la contratación pública. Esto, ha permitido que se desarrollen otros tipos de modelos, que se van adaptando a las necesidades de cada hospital, estructura que la necesite o incluso a los diferentes países donde ha ido mutando de acuerdo con las estipulaciones y marcos normativos.

“Si todas las variantes nombradas más la PFI en su forma pura son examinadas, el Reino Unido cuenta ya con más de 900 contratos firmados, que involucran una inversión de capital superior a USD 110 mil millones. Además, a diferencia de otros países, el caso británico no se ha concentrado en algunos sectores específicos, sino que ha extendido el uso del modelo APP/PFI a un número creciente de sectores nuevos de la actividad pública. Históricamente vale la pena destacar los sectores del transporte, la salud pública, la educación, y la justicia” (Millán, 2009).

Según esto, entonces podríamos afirmar que uno de los secretos de las asociaciones público-privadas, está en no concentrarse específicamente en unos sectores, sino que se puede implementar en distintos ámbitos donde se vea

necesaria la inversión de un particular para llevar a cabo un proyecto que generalmente pueda ser desarrollado por el Estado. Además, nos llama la atención como en los diferentes países donde se ha implementado el modelo del Reino Unido (PFI) y los submodelos que han ido resultando de la idea primaria, han destacado sectores como la salud pública y la justicia, que en este caso son precisamente los sectores donde estamos buscando implementar este modelo de contratación.

Además, cabe resaltar que el modelo no solo ha sido implementado en países con grandes desarrollos, sino que también se ha visto su implementación en países como México y Sudáfrica, que son países con algunas similitudes a la realidad de Colombia, y que, de ser el caso, podría implementarse en nuestro país con relación al hacinamiento carcelario.

Pero a todas éstas, ¿Qué es la iniciativa de “Private Finance Initiative”? y ¿A qué se debe su éxito y su influencia para ayudar a los demás países en temas de las asociaciones público-privadas? Según el informe final del Banco Interamericano de Desarrollo, las asociaciones público-privadas sirven para el desarrollo de infraestructura y para la provisión de servicios públicos. Experiencia del Reino Unido: “La Iniciativa de Financiamiento Privado (PFI) fue lanzada por el Gobierno de Gran Bretaña en 1992, que en este entonces se encontraba bajo control del Partido Conservador de John Major. Esta iniciativa fue patrocinada como una herramienta para: ayudar a resolver una necesidad real de renovar los activos públicos, después de un largo período de baja inversión en infraestructura, y fomentar mejores prácticas por la vía de utilizar la capacidad de gestión del sector privado en el proceso” (Millán, 2009).

“El método de prestación de servicios por la vía de la PFI ofrecía a la fecha de su lanzamiento, y sigue ofreciendo en la actualidad, una oportunidad para la prestación de servicios públicos bajo condiciones económicamente más convenientes (“Most Economically Advantageous Conditions”) Este último es un concepto adoptado por la Unión Europea en sus regulaciones de contratos públicos, que reconoce que la obligación de los gobiernos no es necesariamente proveer servicios a los precios más reducidos o por medio de la infraestructura más barata. En su lugar, la

obligación de los gobiernos es prestar servicios públicos que encuentren el mejor balance entre los costos asociados a los servicios prestados y los beneficios resultantes.

Ahora bien, para lograr realizar una evaluación de este tipo, no hay alternativa, sino que llevar a cabo un análisis de costo-beneficio de largo plazo. El resultado ha sido uno de los cambios más fundamentales en la industria de la construcción en las últimas décadas, la creación de todo un sector dedicado a la administración de instalaciones (“Facilities Management”) y desarrollo de herramientas de evaluación de costos de ciclo de vida (“Life Cycle Costs”)” (Millán, 2009).

Así pues, podemos observar que en esta pequeña introducción a lo que significa realmente el proyecto Private Finance Initiative (PFI) propuesto por el Reino Unido, al parecer genera en su mayoría resultados positivos. El reconocimiento de un defecto muy importante y difícil de establecer por parte del Estado es la idea de que el mismo, no puede hacerse cargo de todo y por esta razón es que surgen las asociaciones público-privadas.

Como lo hemos mencionado anteriormente, las asociaciones público-privadas surgen como una solución de los Estados para lograr una mejor distribución en los servicios públicos, pero es importante mencionar que, como consecuencia de esta distribución, el Estado tiene que entregarle la competencia a un particular para que asuma la responsabilidad en temas que generalmente le corresponden única y exclusivamente al Estado. El Estado nunca termina por desligarse completamente, siempre tiene que mantener la vigilancia sobre el proyecto que adelantan los particulares, el Estado, viéndolo desde un punto de vista está entregando a un tercero la autonomía para tomar decisiones que influyen directamente en el desarrollo y el manejo de un país entero.

En cuanto a las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe, el informe de evaluación en infraestructura, presentado por la Oficina de Evaluación y Supervisión (OVE) en marzo de 2017, afirma: “En el decenio entre 2006 y 2015, la región de América Latina y el Caribe tuvo inversiones de US\$361.000 millones en unos 1.000 proyectos de infraestructura mediante asociaciones público – privadas,

mayormente en energía y transporte” (Oficina de evaluación y supervisión del Banco Interamericano de Desarrollo, 2017).

Según esto, y aunque se indica que las asociaciones público-privadas han sido mayormente utilizadas en otros sectores diferentes al carcelario, la inversión de unas sumas tan elevadas de dinero, nos permiten llevar a afirmar que se realizan porque realmente traen beneficios a los países que hacen parte de América Latina y que son países atractivos para la inversión de proyectos conformados por asociaciones público-privadas, lo que es de gran importancia para nuestra investigación, debido a que buscamos la implementación de este modelo en nuestro país.

“La actividad de asociaciones público-privadas aumentó en los últimos años, en coincidencia con mejoras en los entornos propicios de los países, tal que muchos países de la región dotados de una sólida capacidad en cuanto a dichas asociaciones tienen inventarios de proyectos que incluyen largas listas de asociaciones de este tipo” (Oficina de evaluación y supervisión del Banco Interamericano de Desarrollo, 2017).

Así pues, se confirma que es muy importante no solo la inversión en las asociaciones público-privadas, sino todo el entorno alrededor de estos proyectos, debido a que según nuestra investigación, consideramos que, como mencionamos anteriormente, es un modelo y una propuesta que se debe individualizar respecto a las necesidades del país donde busque implementarse, y que además, son proyectos que deben tener bases sólidas y definidas para el desarrollo que pretende dárseles, logrando así el objetivo planteado.

“Además, es importante aumentar la transparencia y la divulgación de información durante la licitación y la ejecución de los proyectos, especialmente ante ciertos episodios de corrupción recientes. Los bancos multilaterales de desarrollo pueden cumplir funciones importantes en cuanto a facilitar el desarrollo de entornos idóneos para atraer la inversión privada, suministrar la asistencia independiente en la preparación de proyectos y ayudar a cerrar brechas de financiamiento” (Oficina de evaluación y supervisión del Banco Interamericano de Desarrollo, 2017).

Por tanto, de las apreciaciones que tuvimos anteriormente nos parece muy importante resaltar el hecho de que según el informe presentado por la Oficina de Evaluación y Supervisión, estos proyectos pueden tener una gran influencia en América Latina y cumplir con su función principal de colaboración y satisfacción de necesidades en cuanto a la prestación de servicios públicos, e incluso atraer la inversión privada, pero siempre y cuando se aumente la transparencia y la divulgación de información durante la licitación y ejecución de los proyectos, es decir, que uno de los secretos del éxito de las asociaciones público-privadas en el tema de la infraestructura, se concentra desde los inicios del proyecto en la transparencia que se tenga en el mismo, concepto en el que países como Colombia y en general, América Latina deben apostarle en grandes cantidades si quieren que este modelo de contrato realmente sea la solución que están buscando.

Sin embargo, no todas las referencias que hemos tenido de los contratos de asociaciones público-privadas en América Latina han sido positivas. Según el artículo: "Aprovechamiento de la esclavitud: Prisiones Privadas y Encarcelamiento Masivo" se afirma que "La tasa actual de encarcelamiento priva a un número récord de personas de su libertad, afecta de manera desproporcionada a las personas de color y, en el mejor de los casos, tiene un defecto mínimo en la seguridad pública. Las principales empresas de prisiones privadas admiten esencialmente que su modelo de negocio depende de las altas tasas de encarcelamiento". (Wacquant, 2014, pág. 42).

A medida que las tasas de encarcelamiento se disparan, la industria de las prisiones privadas se expande a un ritmo exponencial, reteniendo a más personas en sus cárceles y generando ganancias masivas. Las cárceles privadas eran prácticamente inexistentes hasta principios de la década de 1980, pero el número de reclusos en cárceles privadas aumentó aproximadamente en un 1600% entre 1990 y 2009.

Hoy en día, las empresas con fines de lucro son responsables de aproximadamente el 6% de los presos estatales, el 16% de los presos federales y, según un informe, casi la mitad de todos los inmigrantes detenidos por el gobierno federal." (American civil liberties union, 2011).

Respecto a este informe, y aunque es absolutamente deplorable el hecho de pensar que en Estados Unidos se están encarcelando a personas que, en algunos casos, ni siquiera han cometido el delito que se les imputa. En el caso colombiano, no podemos asegurar que también hay personas que se encuentran en prisión por crímenes que no han cometido, es que el problema del hacinamiento que hemos mencionado anteriormente es una realidad que estamos enfrentando en nuestro país y que debe ser combatida de manera inmediata, velando siempre por el bienestar de las personas que se encuentran adentro.

Por esta misma razón buscamos plantear soluciones efectivas, que siempre respeten la vida y la dignidad de personas que culpables o no, se encuentran viviendo en situaciones precarias, por las que ningún ser humano debería pasar e incluso, en algunas ocasiones, no podemos afirmar con qué frecuencia, se han tenido que absolver personas culpables o enviar a verdaderos criminales a que cumplan con su condena desde sus casas, debido a que no hay sitios donde recluirlos.

En Colombia específicamente, el panorama frente a las asociaciones público-privadas no ha pasado desapercibido, debido a que según el análisis de factibilidad para la implementación de las asociaciones público-privadas en el desarrollo de infraestructura penitenciaria y carcelaria en Colombia de la Universidad de los Andes, se establece que “Frente a la mayoría de los países de Latinoamérica y el Caribe, Colombia se encuentra bien calificada en cuanto a la capacidad de desarrollar asociaciones público-privadas.” (Orozco, 2016).

Es decir, que somos una región donde es posible desarrollar el proyecto que estamos planteando, debido a la capacidad que se tiene. Lo que nos permite llegar a afirmar que la infraestructura carcelaria a cargo de las asociaciones público-privadas puede ser además de precedente, exitosa en un país como Colombia. Sin embargo, consideramos que es de suma importancia nuevamente hacer énfasis en que la capacidad para desarrollar este proyecto va más allá de un simple análisis estructural, sino que también es importante analizar el entorno y las necesidades de

cada país, inclusive de cada sector (Departamentos, Municipios) para poder asegurar el éxito del proyecto.

“Hasta el último año todos los establecimientos de reclusión en Colombia han sido contruidos a través de contratos de obra pública y controlados en su totalidad por el Estado. Si bien las entidades estatales competentes se apoyan en compañías especializadas para la prestación de ciertos servicios y suministros, no existen mecanismos de control suficientes que garanticen las condiciones óptimas de habitabilidad para los reclusos”. (Matthews, 2011, pág. 317).

Esta afirmación, nos permite entonces entender que definitivamente el manejo que se le está dando a los establecimientos de reclusión, que se están construyendo a través de contratos de obra pública y controlados en su totalidad por el Estado, es un modelo que no está funcionando y que debe cambiar de inmediato. Por ende, planteamos nuevamente la solución que hemos estado discutiendo, donde se construyen establecimientos de reclusión a través de las asociaciones público-privadas, sin embargo, todo lo que tiene que ver con la relación de los presos, sigue estando en manos del Estado, vigilando que este proyecto no se convierta, en un simple negocio, sino que además de que ambas partes (el particular y el Estado), se vean beneficiados, los presos que se encuentran reclusos tengan mejores condiciones de vida, pero sobre todo dignas.

Por lo general, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), pone en marcha procesos de licitación pública para “La adecuación, mejoramiento y mantenimiento de infraestructura, para servicios de alimentación, seguridad, transporte, aseo, ropería y lavandería, entre otros. Lo cierto es que en todos esos contratos el cumplimiento de los niveles de servicio no cuenta con veeduría suficiente y los pagos son mínimos. Como si fuera poco, la entidad debe incurrir en múltiples costos cada vez que se desea iniciar un proceso de licitación pública o cualquier otra modalidad de contratación”. (Unidad de servicios penitenciarios y carcelarios, 2013).

Así pues, según esta afirmación, consideramos que es muy difícil seguir negando lo innegable, que es totalmente necesario presentar soluciones que sean efectivas

a largo plazo y que además, estén debidamente vigiladas, donde el dinero que se utilice sea suficiente y además debidamente invertido en la calidad de vida de los presos, que siguen siendo las personas más importante de nuestro proyecto, debido a que buscamos que a pesar de su situación, vivan de manera digna y tengan una buena calidad de vida. Es decir, que el dinero que se invierta en los internos se vea realmente reflejado de manera transparente y definitiva.

“De forma simultánea, desde el año 2000 se han invertido cerca de 3,5 billones de pesos en la construcción, ampliación, adecuación, operación y mantenimiento de los establecimientos de reclusión de orden nacional (ERON) lo que ha generado cerca del doble de cupos para la población privada de la libertad hasta el año 2014” (Orozco, 2016).

Finalmente, quisimos concluir el segundo capítulo de nuestro artículo haciendo referencia a la situación en Colombia, debido a que además de que evidentemente es donde se centra nuestra investigación, la forma en la que está siendo manejado el hacinamiento en las cárceles de nuestro país es deplorable y denigrante; y si se hace un análisis de lo citado anteriormente, podemos inferir que el mayor problema del hacinamiento se concentra en la idea planteada anteriormente de que el Estado por sí mismo no está siendo capaz de cumplir con el mantenimiento ni la gerencia de los centros carcelarios y está pidiendo soluciones que consideramos que se deben dar lo más pronto posible.

Por lo tanto, consideramos que los resultados que se pueden lograr si se delega en un particular la construcción y el mantenimiento de instituciones carcelarias, donde son los mismos particulares los que asumen los costos, podría quitarle al Estado una carga que se le está convirtiendo en un problema diario y que no solo afecta la parte económica, debido a que los recursos definitivamente no están siendo suficientes, sino que además de eso, se está convirtiendo en un verdadero problema de salud pública.

3. Las asociaciones público-privadas: una alternativa para el hacinamiento carcelario.

Ya que hemos conocido a profundidad que son las asociaciones público-privadas, decidimos tomarlas como la mejor alternativa para el tratamiento penitenciario en Colombia.

Consideramos que su viabilidad es exitosa, ya que permite tener una interacción del sector público y privado, para brindar soluciones efectivas a diversos temas, como la educación, el transporte, la salud, pero sobre todo en el tratamiento penitenciario.

Nuestro eje central se basó en determinar la viabilidad de las asociaciones público-privadas en el tratamiento penitenciario, con lo cual descubrimos todos los beneficios que trae consigo esta implementación. Algunos de ellos son: “aporte de experiencia, conocimiento y tecnología por parte del sector privado, diversificación económica y mejora la competitividad del país impulsando los negocios y las industrias en el desarrollo de proyectos, ayuda a solventar las limitaciones del sector público y al ser proyectos a largo plazo contribuye a acabar con el “cortoplacismo””. (Conexión ESAN, 2015, pág. 1).

Con ello confirmamos que las asociaciones público-privadas son una de las alternativas, por no decir que la mejor, para dar solución a la crisis carcelaria, especialmente al hacinamiento que por tantos años ha permeado a nuestro país.

En diferentes países no solo de América Latina, las asociaciones público-privadas han dado varios casos de éxito en diferentes proyectos. Sin embargo este tipo de convenios no están exentos de críticas, ya que tienen un impacto social y la falta de competencia en algunos casos ha desmejorado la situación. No obstante, con un manejo adecuado, las asociaciones público-privadas han demostrado ofrecer grandes beneficios para promover la inversión privada y lograr el aprovechamiento de toda la población.

Los procesos de privatización tienen una mejor acogida debido a el valor de los costos operativos y la demanda de los cupos carcelarios.

“La crisis carcelaria en Colombia se deriva de diversos factores de tipo estructural, que por la gestión del Estado en la administración y destinación del presupuesto han contribuido a la obsolescencia de las instalaciones y al desgobierno hacia el interior de las cárceles. Pero, igualmente, la situación carcelaria es un reflejo de las deficiencias del sistema penal colombiano que fomenta la penalización y la detención del sindicado, con procesos lentos y ominosos que desgastan el aparato judicial” (Morales, 2019, pág. 121).

Por ello es por lo que proponemos la privatización de algunos de los procesos carcelarios, ya que a raíz de esto se puede aliviar el peso que lleva el INPEC como institución, y se conseguirían los recursos financieros para enfrentar el potencial de cupos que demanda el sistema, para enfrentar así el futuro que se avecina.

Una de las ideas más efectivas es que las compañías privadas formen un consorcio, el cual sería el encargado de conseguir los recursos financieros necesarios para la construcción de establecimientos carcelarios. “Esta herramienta le permite al Estado construir nueva infraestructura carcelaria sin embarcarse en préstamos de largo plazo. Durante el período de amortización, el Estado arrendaría los establecimientos adquiriéndolos definitivamente cuando se cancele el total de la deuda” (Grupo jurídico pueblos, 2019).

Esto representa una opción que aliviaría al Estado en su labor de allegar fondos para financiar necesidades básicas de la población.

La privatización carcelaria en Colombia permitiría un mejor tratamiento a internos, que por más de 30 años han sufrido atropellos, lo cual ha ocasionado que el ambiente dentro de las penitenciarias no sea sano, que no permita una resocialización adecuada y que tengan que vivir en condiciones de indignidad y miseria, donde todos los derechos fundamentales son violentados.

También consideramos que no habría ningún conflicto de legitimidad, ya que se puede llegar a pensar que “La soberanía estatal en el ejercicio del poder punitiva se puede ver o no vulnerada por la participación de agentes privados y que esta

intervención podría poner en tela de juicio al monopolio que desarrolla el Estado”. (Arriagada, 2013, pág. 213).

Con lo cual estamos en desacuerdo ya que en ningún momento se esta desdibujando al Estado, ni a su participación dentro de ésta, por el contrario, es una unión del Estado con entidades privadas, para permitir un mejor desarrollo de todos los proyectos que lleven beneficios a la comunidad y que en el caso puntual, permita una evolución en el tema penitenciario.

Es así como lo podemos ver puntualmente en el caso de Chile, la privatización le contribuyó a la solución de problemas propios del sistema penitenciario, teniendo así una relación directa con los presos y sus condiciones de vida.

De igual manera, no es un tema que permee solo a los reclusos sino también a “Los funcionarios de las cárceles, que se ven beneficiados en la medida en que su trabajo es dignificado, aumentando así el bienestar y la calidad de vida”. (Guevara, 2018, pág. 4).

Por otro lado, algunos de los factores que impiden cerrar la brecha entre lo público y lo privado están asociados con la falta de fondos para inversión, la inadecuada selección y planificación de proyectos, la prestación de servicio deficiente y de baja calidad y a un inadecuado mantenimiento a las obras ya existentes.

Por ello a medida que la población carcelaria fue aumentando fue requiriendo otros factores, pero la oferta entre lo que les ha brindado el Estado y la demanda de lo que requieren los presos no ha sido llevada en una ecuación balanceada, lo cual ha ocasionado una creciente, desbordando así las capacidades de las entidades estatales.

Optamos por la idea de las asociaciones público-privadas para mejorar la infraestructura y servicios, como una opción para contar con fuentes adicionales de financiamiento desde una perspectiva a largo plazo, con incentivos, tecnología e innovación.

“Es fundamental garantizar el conocimiento y la continua preparación para poder identificar, diseñar y seleccionar los proyectos, para que la estructuración,

aprobación, licitación y contratación, contribuyan para mejorar la infraestructura de las penitenciarías y que los reclusos puedan contar por lo menos, con lo mínimo, un espacio digno, donde no les sean vulnerados sus derechos fundamentales”. (Corte Constitucional, Sentencia T- 143 de 2017). Que el hecho de que estén privados de la libertad no quiere decir que dejen de ser seres humanos.

La privatización de las cárceles permitiría una solución de fondo, pero a su vez puede trabajarse a la par con una utilización racional del sistema penitenciario, reduciendo el uso indiscriminado de la privación preventiva, para evitar que el hacinamiento carcelario y las condiciones precarias continúen en aumento, ya que está relacionado con una política criminal inapropiada fundada en la implementación de políticas represivas de control social que priorizan la cárcel como respuesta a problemas de seguridad y el uso desproporcionado de la prisión preventiva.

Con este mecanismo se priorizan los intereses de los reclusos y se apoya al Estado para poder desarrollar un manejo más eficiente de las prisiones, buscando una acreditación de las penitenciarias como centros aptos y adecuados para la efectiva reinserción de los múltiples reos.

Es imprescindible que los Estados adopten medidas concretas para hacer frente a las deficiencias estructurales en las cárceles. Se pueden adoptar medidas de efecto inmediato, como ofrecer indultos a categorías de presos, por edad, levedad del delito o tiempo de privación de la libertad. Sin embargo, a largo plazo, los Estados deben implementar una política criminal orientada a balancear las necesidades de seguridad ciudadana con el respeto a los Derechos Humanos que apunte a la reducción sustancial de la población carcelaria y a alcanzar la rehabilitación y adaptación de las personas privadas de la libertad.

Para así lograr el equilibrio que tanto se quiere y por el cual los diferentes Estados han luchado por décadas, logrando así una mejoría sustancial dentro de las prisiones, donde las condiciones de vida adecuadas y los derechos humanos primen sobre todas las cosas.

Permitiendo así una verdadera reeducación y reintegración de todas las personas privadas de la libertad a una sociedad donde más que ser juzgadas, sean apoyadas.

Así pues, también nos parece pertinente enfatizar en la idea de que este modelo ha sido exitoso en países como Reino Unido, España, México y Sudáfrica, debido a que, si bien es cierto que se ha tenido una base enfocada en la iniciativa de la Private Finance Initiative, no podemos cometer el error de pensar en implementarlo tal y como está en esos países, sino que el secreto del éxito está en ajustarlo según los requerimientos que tiene el país y las necesidades del mismo, pues correríamos un gran riesgo de que el proyecto fracase si lo implementamos tal y como fue establecido en los países ya mencionados.

Es decir, consideramos que el éxito de una buena implementación de la idea de formar asociaciones público-privadas para la infraestructura penitenciaria debe ir acompañada de un buen análisis, no solo económico, sino también pensando en las necesidades de las personas que se encuentran recluidas allí y de las necesidades que tenemos como país.

Además, para que se garantice el planteamiento de las asociaciones público-privadas como una solución al hacinamiento carcelario, consideramos que es necesario un reconocimiento por parte del Estado, que le permita admitir que definitivamente las autoridades y en este caso el INPEC, “No está siendo capaz de atender satisfactoriamente el hacinamiento carcelario que vive el país y que se le está volviendo un elefante blanco de grandes proporciones”. (Guarin, 2015).

Consideramos que el reconocimiento de esto es un gran paso, debido a que, si el Estado no reconoce completamente la situación que está pasando con el hacinamiento carcelario, va a seguir buscando soluciones que simplemente funcionan de momento, algo banal, pero que cada vez se hace más evidente.

Por esta razón, encontramos en las asociaciones público-privadas una solución que puede darse de manera definitiva al hacinamiento carcelario debido a que como mencionamos anteriormente, Colombia tiene las capacidades necesarias para implementar este nuevo modelo. Además, tenemos como referencia que lo han

implementado en otros sectores y que ha tenido el éxito que se ha estado buscando, razón por la cual, consideramos que no existiría ninguna diferencia con las asociaciones público-privadas en el hacinamiento carcelario, todo lo contrario, podrían ser la respuesta verdadera al problema que hoy en día viven todas las cárceles del país.

Si bien es cierto y reconocemos que para la implementación de las asociaciones público-privadas, el Estado tiene que “desprenderse” en cierta forma de su soberanía, en el momento en que encarga a un particular el mantenimiento y construcción de una obra, consideramos que el Estado siempre sigue ostentando el deber de vigilancia, lo que quiere decir que se mantiene al frente de todas las obras que se realicen bajo este tipo de contratos (APPS) y está encargado de intervenir en el momento en que vea que las cosas no están marchando como deberían.

Hemos decidido apoyar esta alternativa porque según todo el trabajo de investigación podemos afirmar que al fin y al cabo, el particular solo terminaría encargándose del mantenimiento y construcción de la obra, lo que significaría que los temas de salud, alimentación, transporte, resocialización y todo lo que tenga que ver directamente con los internos seguiría siendo un tema única y exclusivamente a cargo del Estado, lo que permite desvirtuar la idea de que lo que se busca con esta solución es una privatización de las cárceles o que la encarcelación masiva de personas es un negocio para los particulares, debido a que ellos no resultan teniendo nada que ver en los temas del trato con los internos.

Por lo tanto, nuestra idea estaría respaldada por un informe de la Universidad Católica de Colombia, que afirma: “Así el modelo más apropiado para implementar en el país, por su impacto, es el modelo híbrido donde hay una construcción, ya sea un contrato ex ante o un mismo contrato y un pago por disponibilidad porque se asegura la calidad de la construcción y prestación de servicios, la reducción de costos, la garantía de los derechos fundamentales de los reclusos y en todo caso, el Estado es el único que hará uso de la fuerza y seguirá siendo el encargado de brindar el acceso a la justicia” (Díaz, 2017).

Realmente, podemos afirmar que lo que estamos buscando con nuestro planteamiento es buscar una solución definitiva al hacinamiento carcelario, una que no solamente dignifique la situación de las personas que se encuentran privadas de la libertad, sino también de sus víctimas que realmente los quieren ver en un centro penitenciario cumpliendo su condena y son las más afectadas cuando se dan cuenta que a causa del hacinamiento, sus victimarios están cumpliendo condenas en sus propias casas, debido a que muchas veces estas son las medidas que deben tomar las autoridades de nuestro país, dejar libres a quienes son presuntamente culpables o perdonarles sus condenas porque realmente no hay espacio suficiente para que las cumplan en un centro carcelario.

Según el análisis de factibilidad para la implementación de asociaciones público-privadas en el desarrollo de la infraestructura penitenciaria y carcelaria en Colombia: “Los altos niveles de hacinamiento y precariedad de las condiciones de habitabilidad vistas en las cárceles del país expuestas anteriormente, han llevado a las autoridades a tomar medidas urgentes tales como la ley 1760 de 2015 que es modificatoria en relación a las medidas de aseguramiento de la Ley 906 de 2004 (por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal), con el fin de lograr la excarcelación a través de la limitación de los tiempos de detención preventiva y espera de condena.” (Orozco, 2016).

Esta afirmación nos hace preguntarnos ¿Qué esperanzas en la justicia le puede quedar a una víctima que ve que estas son las medidas que se toman respecto a su victimario? consideramos que estas medidas no traen tranquilidad para nadie y aunque son medidas urgentes, con la solución que estamos buscando plantear estas medidas no tendrían por qué existir, debido a que existiría suficiente espacio para que todas las personas que deban cumplir alguna condena, la cumplan en un centro penitenciario que además de digno, busque la resocialización de los mismos.

Está claro que debemos tomar medidas respecto a este tema, pero nos resulta muy cuestionable las medidas urgentes que han tomado los distintos gobiernos, pues consideramos que no son viables y que no están cumpliendo con las funciones que se deben en todos los centros penitenciarios.

“De forma simultánea, desde el año 2000 se han invertido cerca de 3,5 billones de pesos en la construcción, ampliación, adecuación, operación y mantenimiento de los establecimientos de reclusión de orden nacional (ERON) lo que ha generado cerca del doble de cupos para población privada de la libertad hasta el año 2014; pero aun así el aumento es insuficiente ya que según reportes del INPEC, el sistema penitenciario en Colombia padece un índice de hacinamiento del 55,7%” (Orozco, 2016).

Esta afirmación una vez más, termina de respaldar lo afirmado anteriormente, y es que los esfuerzos de los gobiernos no están siendo suficientes para combatir el problema del hacinamiento carcelario en Colombia, aunque se inviertan cantidades exorbitantes de dinero y posiblemente nunca sean suficientes. Por ende, es que seguimos considerando que nuestra propuesta es completamente viable, ya que esas cantidades de dinero podrían ser invertidas en contratos de asociaciones público-privadas que de verdad se garanticen construcciones dignas y que realmente cumplan con los fines de un centro penitenciario.

Sin embargo, no desconocemos que como todo plan piloto tiene sus riesgos, es decir, según el informe de la Universidad del Externado: “Una primera fase es la privatización de servicios como la alimentación, la salud, los programas de rehabilitación, de transporte y escolta. La segunda fase se presenta cuando el Estado recurre a los privados para que diseñen y construyan nuevas prisiones. Estas dos primeras fases se presentan en casi todos los sistemas carcelarios del mundo. La tercera fase se presenta cuando la construcción de nuevas prisiones se ejecuta con capital privado. La cuarta fase, cuando además de su administración y operación también se asigna a un contratista privado; y a este punto han llegado países como Estados Unidos, Reino Unido, Brasil y Australia respecto de al menos una porción de sus sistemas carcelarios. Un quinto y hasta ahora más bien hipotético escenario es la delegación en privados del diseño de la política carcelaria o de la vigilancia de los contratos de operación” (Pardo, 2017).

Sin embargo, nuestra solución como lo mencionamos antes se basa en que el mantenimiento y la operación estén a cargo del particular, pero la prestación de

todos los servicios que tienen que ver directamente con los internos estén a cargo exclusivamente del Estado, lo que se opondría completamente a la tesis de una privatización completa de las cárceles del país y además, el sector privado solamente estaría a cargo del mantenimiento mientras el Estado cumpla con su obligación de retribuirle al particular la inversión que hizo en su momento, por lo que nunca un centro penitenciario bajo nuestra propuesta, le pertenecería de forma vitalicia a un particular.

Así las cosas, la teoría de la Universidad del Externado quedaría obsoleta frente al tema de que se delegue a los privados establecer las políticas carcelarias, debido a que como mencionamos anteriormente, quien establece dichas políticas siempre será el Estado.

Entonces, “Además de hacer viable económicamente el levantamiento de obras de infraestructura carcelaria, las asociaciones público-privadas, por una parte, tendrían un impacto social que consiste en hacer al particular un partícipe en la construcción del Estado lo que hace a los ciudadanos no solo más responsables en lo que respecta a control y seguimiento de las actividades estatales, sino también artífice y beneficiario real de los progresos que se logren con dichas novedades”. (La república, 2018).

Por otra parte, los modelos que se consideraron como más apropiados cuentan con la participación de varios sectores de la sociedad. “Lo que los vincula con la resocialización del interno y a los reclusos les brinda la posibilidad de seguir siendo fuente de abastecimiento para sus familias” (Díaz, 2017).

Finalmente, esta afirmación nos lleva a la conclusión de que la idea de proponer las asociaciones público-privadas como solución al hacinamiento es totalmente viable, porque además de que logra el objetivo que se quiere respecto a los presos, que es la resocialización, les brinda unas condiciones dignas. Además, se puede garantizar por medio de un tercero que es el particular, la finalización de obras y la inversión de un capital que se puede ver reflejado en la construcción de los centros penitenciarios, centros que llevan desde hace muchos años siendo foco de enfermedades y vulneración de derechos humanos y que si el Estado se decide a

cederle la construcción a un particular puede estarle abriendo la puerta, no solo al desarrollo del país, sino a dignificar la vida de personas que por el solo hecho de haber cometido un delito, no tienen por qué cumplir con su condena en condiciones precarias. “Las asociaciones público-privadas brindan la capacidad de reducir el hacinamiento y, además, brindarle la seguridad a las víctimas de que los reclusos están cumpliendo por los delitos cometidos”. (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2014).

Conclusiones

Tras la revisión y análisis realizado se pudo concluir que el hacinamiento carcelario es un problema actual del sistema penal colombiano. Esto, necesariamente impide que a las personas privadas de la libertad se les brinden unas condiciones mínimas de vida digna, lo que transgrede principalmente los derechos a la vida, salud e integridad personal de los reclusos. Además, el hacinamiento carcelario vulnera el derecho que tienen las personas privadas de la libertad a estar en permanente contacto con sus familias, como escenario indispensable para su resocialización, lo que va en contra de los fines del tratamiento penitenciario.

Las asociaciones público-privadas nacen de la necesidad que tiene el Estado de ejecutar algunas obras que, por distintos temas, la mayoría de las veces relacionadas con los económicos, no pueden llevarse a cabo. Por ende, las asociaciones público-privadas resultan de una unión entre un particular y el Estado para realizar dichas obras, donde ambas partes se benefician. En este escenario, el particular se encarga de la construcción y manutención de la obra mientras logra recuperar su inversión generando así políticas de desarrollo.

La privatización de los diferentes procesos administrativos y operativos al interior de las cárceles puede resultar siendo una alternativa para superar la crisis carcelaria del país. Asimismo, constituye una buena opción en momentos en los cuales la disminución del gasto público se hace indispensable ante las dificultades financieras del Estado. El Estado debe, no obstante, continuar dirigiendo, administrando y

controlando los demás procesos penitenciarios, pues es su obligación aplicar y garantizar el ejercicio de la justicia en todas sus instancias.

Las asociaciones público-privadas resultarán siendo una solución viable y definitiva al hacinamiento carcelario, siempre y cuando se implemente un modelo que vaya acorde a las necesidades de nuestro país. Además, es un tipo de contrato que ha sido utilizado de manera exitosa en otros proyectos que buscan darle desarrollo al país, razón por la cual, consideramos que la infraestructura carcelaria no sería la excepción. Es por ello, que Colombia cuenta con la infraestructura necesaria para poner en marcha proyectos que puedan satisfacer las necesidades de las personas que se encuentran reclusas en un centro carcelario, para que cumplan su condena en un lugar digno.

Finalmente, consideramos que la construcción de cárceles mediante asociaciones público-privadas como solución al hacinamiento carcelario, serían legítimas en Colombia debido a que ya se encuentran reguladas en la Ley 1508 de 2012, que establece el marco legal, por medio del cual se regulan las asociaciones público-privadas.

Adicionalmente, esta ley menciona el ámbito de aplicación de la norma y hace referencia a que es aplicable a aquellos contratos en los cuales el Estado vincula a un particular para que se encargue del diseño, la construcción de infraestructura y sus servicios asociados, lo cual incluye la operación y el mantenimiento, sin que el Estado se desligue por completo; por el contrario, seguirá haciendo diferentes controles al particular para vigilar que esté cumpliendo sus compromisos a cabalidad, además, se encargará de prestar todos los servicios que están relacionados directamente con las personas que se encuentran reclusas en los centros penitenciarios.

Referencias bibliográficas

Sentencias

Corte Constitucional (2017). Bogotá. Sentencia T- 143 de 2017. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2016). Bogotá. Sentencia C- 263 de 2016. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional (2015). Bogotá. Sentencia T- 762 de 2015. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional (2013). Bogotá. Sentencia T- 388 de 2013. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (1998). Bogotá. Sentencia T- 153 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Normas

Congreso de la República. Ley 415. (19 de diciembre de 1997). Por la cual se consagran normas de alternatividad en la legislación penal y penitenciaria y se dictan otras disposiciones tendientes a descongestionar los establecimientos carcelarios del país. DO: 43199. 23.

Congreso de la República. Ley 1769. Modificatoria en relación con las medidas de aseguramiento de la Ley 906 de 2004 (por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal).

Doctrina

Díaz, L. (2017). Asociaciones Público Privadas, una manera de combatir el problema del hacinamiento carcelario. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14499/6/Asociacioin%20Puiblico%20Privad%20as%20despue%CC%81s%20de%20revisio%CC%81n.pdf>

Matthews, R. (Diciembre de 2011). Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica. *Política Criminal* , 296 - 338. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992011000200003

Morales, A. (2019). La privatización de las cárceles en Colombia. *Gestión pública*, 115-123.

Pardo, A. (8 de Agosto de 2017). Centro de Investigación de Política Criminal.

Torres, L. J. (10 de Abril de 2019). Definiendo el hacinamiento. *Estándares normativos y perspectivas judiciales. Estudios socio-jurídicos*, 32.

Valle, A. R. (2016). Análisis de factibilidad para la implementación de asociaciones público privadas en el desarrollo de infraestructura penitenciaria y carcelaria en colombia .

Wacquant, L. (2014). Análisis de la cuestión racial. En *De la esclavitud al encarcelamiento masivo* (págs. 38-58). Estados Unidos: Naturaleza, ciencia y sociedad.

Capítulos de libro

Arrieta, E. (2017). El sistema penitenciario y carcelario en Colombia: continuidades y discontinuidades foucaultianas. En D. R. Adriana Ruiz, *Michel Foucault: discurso y poder* (págs. 197-234). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

Arrieta, E. (2018). La responsabilidad del Estado colombiano por las violaciones de los derechos de las personas privadas de la libertad. En Perspectivas multidisciplinares sobre las cárceles. Una aproximación desde Colombia y América Latina (págs. 55-97). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

Páginas web

Andes, U. d. (13 de agosto de 2020). Grupo de prisiones. Obtenido de <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/index.php/relatorias-de-prisione>

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario . (s.f.). Obtenido de INPEC: http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/Dash__Poblacion_Intramural&j_username=inpec_user&j_password=inpec

Robbins, S. (05 de Marzo de 2019). InSight Crime. Obtenido de <https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/corrupcion-carcelaria-colombia-es-sistemica-involucra-altos-funcionarios/>

Oficina de evaluación y supervisión del Banco Interamericano de Desarrollo. (2017). Evaluación de las asociaciones público-privadas en Infraestructura. Obtenido de <https://www.iadb.org/es/ove/home>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2014). Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. . Obtenido de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HBonOvercrowding/UNODC_HB_on_Overcrowding_ESP_web.pdf

Oficina de evaluación y supervisión del Banco Interamericano de Desarrollo. (2017). Evaluación de las asociaciones público-privadas en Infraestructura. Obtenido de <https://www.iadb.org/es/ove/home>

Guarin, P. (2015). Procuraduría General de la Nación. Obtenido de Todo lo que necesitas saber de las asociaciones público-privadas:

<https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/AsociacionesPublicasPrivadas.pdf>

Grupo jurídico pueblos. (8 de abril de 2019). *Agencia prensa rural*. Obtenido de <https://www.prensarural.org/spip/spip.php?article24207>

Matthews, R. (Diciembre de 2011). Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica. *Política Criminal* , 296 - 338. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992011000200003

Millán, G. (2009). *Banco Interoamericano de Desarrollo*. Obtenido de <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Asociaciones-p%C3%BAblicas-privadas-para-el-desarrollo-de-infraestructura-y-la-provisi%C3%B3n-de-servicios-p%C3%BAblicos-Experiencia-del-Reino-Unido.pdf>

Orozco, A. (2016). *Análisis de Factibilidad Para la Implementación de Asociaciones Público Privadas En El Desarrollo de Infraestructura Penitenciaria y Carcelaria en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Social, Consejo Nacional de Política Económica. (28 de Septiembre de 2009).

Unidad de servicios penitenciarios y carcelarios . (2013). *Unidad de servicios penitenciarios y carcelarios* . Obtenido de https://www.uspec.gov.co/?page_id=5040

La república. (2018). Colombia: el tercer país más competitivo en asociaciones público-privadas. *La república*, 1.

Publicaciones periódicas, Artículos

ACLU. (2011). Aprovechamiento de la esclavitud: Prisiones Privadas y Encarcelamiento Masivo.

American civil liberties union. (2011). ACLU.org. Obtenido de <https://www.aclu.org/banking-bondage-private-prisons-and-mass-incarceration>

Arriagada, I. (2013). Cárceles privadas: la superación del debate costo-beneficio. Scielo.

Conexión ESAN. (2015). Cuatro Beneficios de las Asociaciones Público-Privadas. Conexión ESAN, 1

Guevara, P. (2018). ¿Privatización carcelaria en Colombia? Peridico al Derecho, 1-10.