

## Consejo Superior de Política Criminal

**Estudio al borrador de proyecto de Ley “Fortalecimiento de la política Criminal y penitenciaria en Colombia” – por medio del cual se modifica la ley 1709 de 2014, algunas disposiciones del código penal, el código de Procedimiento penal, el código penitenciario y carcelario, el código de infancia y adolescencia, la ley 1121 de 2006 y se dictan otras disposiciones”<sup>1</sup>**

<b>Autor</b>	Ministerio de Justicia y del Derecho
<b>Fecha de Presentación</b>	No se ha radicado en Congreso
<b>Estado Actual</b>	
<b>Referencia</b>	Concepto 16.12

El presente concepto se elaboró con base en la versión del proyecto presentada a los miembros del Comité Técnico el día 07 de julio del presente año por parte del H. Ministerio de Justicia y del Derecho. Pese a que en desarrollo de las sesiones del Comité los representantes del Ministerio aceptaron algunas observaciones formuladas por los comisionados y manifestaron que el texto del proyecto sería modificado, se consideró necesario incluir todos los comentarios presentados por los integrantes del Comité, independientemente que el proyecto que finalmente se presente al H. Congreso de la República recoja o no dichas observaciones.

1

### **I. Objeto y justificación del proyecto de ley**

El H. Ministerio de Justicia y del Derecho presenta el proyecto bajo análisis como parte de la estrategia emprendida por el Gobierno Nacional para superar el estado de cosas inconstitucional que impera en las cárceles y penitenciarias del país, conforme lo declaró la H. Corte Constitucional en sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015. En particular, se menciona en la exposición de motivos que la ley 1709 de 2014 resultó insuficiente para materializar los derechos fundamentales de la población privada de la libertad, de lo que es prueba el estado de emergencia carcelaria que el Inpec debió decretar en el mes de mayo del presente año ante la crítica situación de los servicios de salud al interior de las cárceles y penitenciarias. Por lo anterior, el H. Ministerio de Justicia y del Derecho considera necesario realizar ajustes en las siguientes materias, con miras a desarrollar el potencial de deshacinamiento y garantía de derechos de la ley 1709:

<sup>1</sup> Este proyecto de ley se radicó posteriormente como proyecto de ley número 148 de 2016 Senado

*“(i) regulación de las cárceles y penitenciarias para miembros de la fuerza pública, con el fin de dotar de autonomía al Ministerio de Defensa Nacional para el manejo de sus servidores públicos que estén sometidos a prisión preventiva o al cumplimiento de pena; [(ii)] sistema de atención en salud para las personas privadas de la libertad, que persigue suprimir las trabas que ha presentado el sistema para brindar un adecuado servicio de salud a las personas privadas de la libertad; (ii) armonización de las medidas alternativas al encarcelamiento, con lo que se pretende regular de una manera más racional el acceso a los beneficios judiciales de las personas privadas de la libertad.; (iii) regulación del certificado de disponibilidad carcelaria, según lo ha ordenado la Corte Constitucional; (iv) fortalecimiento del sistema de prestación de salud para personas privadas de la libertad; (v) fortalecimiento del Consejo Superior de Política Criminal, con el fin de facilitar su funcionamiento y su injerencia en la política pública de atención a las personas bajo custodia del Estado; (vi) territorialización de la política penitenciaria, con lo cual se pretende comprometer a los entes territoriales a asumir sus obligaciones respecto del sistema, en particular respecto de las personas bajo detención; (vii) Disposiciones orientadas a mejorar las condiciones laborales y prestacionales de los funcionarios del INPEC”.* [Negrilla y cursiva fuera de texto].

2

A continuación, se procede a describir en términos generales las principales modificaciones que pretende introducir el proyecto en relación con las temáticas antes relacionadas, aclarando que en razón a la extensión de la iniciativa legislativa el Consejo se limitará a destacar los apartes más relevantes y que suscitaron mayor discusión en el seno del Comité Técnico:

- i) El proyecto de ley flexibiliza el régimen de los subrogados penales y de los beneficios administrativos, en particular, reduce los requisitos para acceder a unos y otros, y modifica el trámite que deben adelantar las autoridades judiciales y penitenciarias al momento de resolver acerca de su concesión. Es así como el proyecto establece un régimen de silencio administrativo positivo a favor de los reclusos, conforme al cual cuando la autoridad judicial solicite al Inpec la documentación necesaria para resolver acerca de la concesión de un subrogado penal o beneficio administrativo, y el Instituto se sustraiga de suministrar dichos insumos en un término prudencial, se presumirá que el interno cumple con los requisitos legales para acceder al subrogado penal o beneficio. Con la misma orientación, el proyecto dispone una presunción de Derecho a favor de los reclusos, conforme a la cual cuando el interno haya solicitado su incorporación en un programa de redención de penas y no se haya suministrado el cupo requerido transcurrido un término prudencial, se entenderá para efectos del descuento punitivo que el

recluso está redimiendo su pena en la mitad de los términos legales – v.g. medio día de descuento por dos jornadas de trabajo de 8 horas-.

Atendiendo a la misma filosofía, el proyecto expresamente deroga todas las prohibiciones absolutas a la concesión de subrogados penales y beneficios administrativos, bajo el entendimiento que resocialización demanda la progresiva incorporación del condenado a la comunidad.

Por último en lo que hace al régimen de los subrogados penales y las penas sustitutivas, el proyecto establece un tratamiento diferenciado a favor de la población femenina privada de la libertad, que se justifica, como se explicará más adelante, en razón al perfil criminal al que responde la inmensa mayoría de las condenadas por determinadas conductas punibles.

A este eje temático corresponden las siguientes disposiciones del proyecto: artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 22, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39 y 40.

- ii) Por otra parte, el proyecto pretende reglamentar la obligación de los entes territoriales frente a la población privada de la libertad, al precisar el contenido de dicha obligación y las fuentes de los recursos necesarios para la atención de la población en detención preventiva. En tal sentido, se establece que los entes territoriales *“podrán destinar para la construcción de cárceles –y para su sostenimiento- recursos propios y recursos provenientes del sistema general de regalías y/o elaborar contratos plan, entre otros, así como aquellos provenientes de la creación de estampillas para tal fin”*. Las disposiciones propuestas serán explicadas con mayor detalle al momento de exponer las observaciones del Consejo.

3

En igual sentido, el proyecto reglamenta el funcionamiento de los establecimientos de reclusión para miembros de las fuerzas armadas.

Las siguientes disposiciones propuestas responden a los temas antes señalados: artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24 y 25.

- iii) Finalmente el proyecto se ocupa de la conformación y funcionamiento del Consejo Superior de Política Criminal, en especial se deroga la prohibición de delegación para la asistencia al Consejo; lo que se considera un acierto, pues la apretada agenda de las cabezas de las instituciones dificulta su presencia en el Consejo y retrasa el trabajo de este cuerpo colegiado. Por lo demás, el funcionamiento ágil del Consejo

resulta necesario a efectos de atender la enorme demanda de conceptos proveniente del legislativo y del propio Gobierno Nacional.

Esta temática es abordada en el artículo 38 del proyecto.

Una vez establecidos los ejes temáticos del proyecto presentado a consideración del Consejo Superior de Política Criminal, se procede a formular algunas consideraciones generales acerca del fundamento del proyecto, su conveniencia y viabilidad como instrumento para superar el estado de cosas inconstitucionales que se presenta en las cárceles y penitenciarias del país.

## **II. Consideraciones del Consejo Superior de Política Criminal**

En primer lugar, el Consejo considera necesario destacar que el proyecto sometido a su análisis cuenta con suficiente fundamento dogmático y estadístico, de modo que responde a las exigencias señaladas por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-762 de 2015, en relación con la base empírica que debe acompañar toda iniciativa legislativa en materia político criminal.

De igual modo, el Consejo exalta que se reconozca la necesidad de establecer un régimen jurídico de la ejecución de la pena acorde con la crisis que vive el sistema penitenciario y carcelario del país. En efecto, no puede obviarse que más de 121.000 personas se encuentran sometidas a condiciones de reclusión que bien pueden ser catalogadas como *tratos crueles, inhumanos y degradantes*, de modo que se hace necesario establecer mecanismos que permitan reducir en un corto plazo la población privada de la libertad en los centros de reclusión y, simultáneamente, aminorar los efectos adversos asociados a la cárcel.

Por lo demás, las corrientes criminológicas más respetadas postulan que el fin de disuasión asociado a la pena de prisión se obtiene a través de la efectiva imposición de la sanción penal, y no mediante la aplicación ocasional de penas excesivamente prolongadas. De igual modo, está claro que el propósito resocializador asociado a la pena de prisión, no puede alcanzarse privando a los condenados de la posibilidad de acceder a beneficios judiciales, administrativos o, menos aún, a programas de redención de pena. Por lo anterior, de antemano el Consejo expresa que constituye un acierto la derogación expresa de todas las prohibiciones legales a la concesión de subrogados penales.

En otras palabras, el proyecto reconoce que independientemente de la gravedad del delito cometido, el fin resocializador de la pena de prisión sólo puede alcanzarse si se permite la progresiva reincorporación del condenado a su medio social, de modo que todos los sentenciados tienen derecho a acceder a algún tipo de subrogado penal o beneficio administrativo en algún momento durante la

ejecución de la pena de prisión; siempre que su comportamiento durante la ejecución de la sanción penal privativa de la libertad haya sido adecuado.

Así entonces, como conclusión preliminar este Consejo desea dejar sentado que un régimen penitenciario respetuoso de los compromisos internacionales del Estado colombiano en materia de derechos de la población privada de libertad, en particular del fin resocializador asociado a la pena de prisión, exige que se elimine cualquier restricción absoluta al acceso a subrogados penales y beneficios administrativos. Todo condenado, antes o después, deberá acceder estos institutos jurídicos, de lo contrario su resocialización estaría comprometida. El proyecto reconoce esta realidad y, por ende, el Consejo lo apoya sin perjuicio de las observaciones accidentales que a continuación se expondrán.

### **II.1. Acerca de la pertinencia del proyecto**

Pese a que la ley 1709 entró en vigencia en el mes de febrero de 2014, esto es, hace poco más de dos años, el Consejo considera que en este término las instituciones incorporadas al ordenamiento en la mencionada ley han sido suficientemente decantadas por la jurisprudencia, y su potencial en materia de reducción del hacinamiento parece haberse agotado. Así, por ejemplo, en lo que hace al instituto de la libertad condicional, el proyecto advierte con acierto que pese a lo preceptuado en la ley 1709, los operadores judiciales continúan negando este subrogado con base en consideraciones subjetivas asociadas a la gravedad del delito; práctica que no corresponde con el modelo penitenciario progresivo del Código Penitenciario y Carcelario.

5

Por lo anterior, se considera que la reforma propuesta NO es apresurada y, por el contrario, resulta necesaria para potenciar los efectos en materia de garantía de derechos que se pretendía alcanzar con la ley 1709.

### **III. Consideraciones en relación con el régimen de los subrogados penales y los beneficios administrativos**

En relación con esta temática, el Consejo considera necesario destacar que el fin de prevención general positiva asociado a la pena de prisión, esto es, la pretensión de restablecimiento de la vigencia del Derecho, resulta gravemente afectado cuando se somete a los condenados a condiciones de reclusión asimilables a tratos crueles, inhumanos y degradantes. En otras palabras, si lo que se pretende con la pena es confirmar la vigencia del ordenamiento jurídico, no se observa cómo puede lograrse cuando esta supone someter al condenado a condiciones que desdican de su dignidad humana, es decir, cuando se ejecuta al margen del Derecho. Contrario sensu, en nada afecta la confianza en la vigencia de la norma un régimen laxo de subrogados penales, los cuales, en su mayor parte, se conceden una vez se ha cumplido un porcentaje significativo de la pena y

el condenado ha mostrado un comportamiento ejemplar durante su ejecución. Como puede advertirse, un régimen amplio de concesión de subrogados penales y beneficios administrativos NO puede interpretarse como una forma de impunidad y en nada menoscaba los fines legítimos reconocidos en el ordenamiento jurídico a la pena de prisión. En otros términos, insistir en la ejecución total intramuros de la pena, no es más que una manifestación propia del populismo punitivo que sólo se explica en razón a consideraciones vindicativas que no tienen lugar en un Estado de derecho.

Por lo anterior, el Consejo apoya todas las disposiciones propuestas tendientes a ampliar el margen de aplicación de los institutos de la “suspensión condicional de la ejecución de la pena”, la “prisión domiciliaria”, la “libertad condicional”, “la prisión domiciliaria por cumplimiento de la mitad de la pena”, etc.; así como los beneficios administrativos, que en el proyecto son denominados de manera más técnica como “mecanismos penitenciarios de semilibertad”.

En particular, el Consejo encuentra acertado que se insista en el carácter objetivo de la valoración judicial previa a la concesión de la libertad condicional. Con este propósito, el proyecto aclara que en ningún caso debe valorarse la gravedad de la conducta a efectos de negar la concesión de este subrogado penal. Lo anterior es perfectamente razonable, pues la libertad condicional sólo procede una vez se ha cumplido con el 55% de la condena y el sentenciado ha mostrado un comportamiento adecuado durante la ejecución de la pena; de modo que se hace necesario someterlo a un mayor tratamiento intramuros para efectos de lograr su resocialización o confirmar la vigencia de la norma penal ante la comunidad. Por la misma razón, el Consejo sugiere que se modifique la redacción del artículo 5º del proyecto, que reforma el artículo 64 del Código Penal, pues en su tercer inciso<sup>2</sup> da lugar a pensar que SÍ es posible valorar la gravedad de la conducta a la hora de resolver sobre la procedencia de la libertad condicional; hermenéutica que va en contra del querer de los redactores consignado en la exposición de motivos.

Por otra parte, se estima necesario modificar la redacción del artículo 6º del proyecto, mediante el cual se pretende incorporar un párrafo al artículo 68 de la ley 599 de 2000, a efectos de establecer que las discapacidades y enfermedades de alto costo resultan incompatibles con la vida en reclusión. Si bien el propósito de la norma es loable y aborda la grave problemática de los enfermos de “alto costo” que se encuentran reclusos en cárceles y penitenciarias sin que se garantice adecuadamente su derecho a la salud, la redacción da lugar a pensar que los peritos que conozcan del caso deben conceptuar sobre la “incompatibilidad con la vida en reclusión”, pese a que lo que desean los

---

<sup>2</sup> No podrá negarse la libertad condicional atendiendo **exclusivamente** a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena, no por que (sic) no se haya realizado el pago de la multa, a menos que se demuestre la solvencia del penado.

redactores del proyecto es limitar el papel de los peritos a conceptuar acerca de la condición de “alta complejidad” de la discapacidad o enfermedad. Por lo anterior, el Consejo sugiere la siguiente redacción: “Parágrafo: Para efectos de conceder la reclusión domiciliaria u hospitalaria, se entenderá que toda discapacidad y enfermedad de alta complejidad es incompatible con la vida en reclusión. **A efectos de establecer la alta complejidad se atenderá el concepto o diagnóstico previo de médico legista...**”.

De igual modo, el Consejo considera un acierto la modificación propuesta del artículo 68A del Código Penal, a partir de la cual el listado de conductas punibles allí relacionadas no estará excluido de forma absoluta de la concesión de subrogados penales y beneficios administrativos, sino únicamente sometido a un régimen particular más estricto. De igual modo, el Consejo celebra que se dé un trato diferencial a las distintas conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, pues la redacción original del citado artículo 68A asimilaba para efectos de la concesión de subrogados conductas tan disimiles como el micro tráfico con la plantación de grandes extensiones de especies vegetales para la elaboración de estupefacientes.

Decantado el apoyo del Consejo en términos generales a la modificación propuesta del régimen de subrogados penales y beneficios administrativos, se hace necesario referirse expresamente a algunas modificaciones que pueden generar mayor controversia; a saber:

7

### **III.1. Propuesta de un régimen particular de subrogados penales para las mujeres responsables de determinados delitos**

El proyecto incorpora un régimen diferenciado de concesión de la “*prisión domiciliaria*” y de la “*suspensión condicional de la ejecución de la pena*”, en tratándose de mujeres condenadas por algunos delitos relacionados con la fabricación, porte y tráfico de estupefacientes. En la exposición de motivos se explica con suficiencia que estas medidas pretenden reconocer el perfil criminal de las mujeres responsables de la comisión de dichas conductas punibles, quienes en la mayor parte de los casos son utilizadas como simples instrumentos de organizaciones criminales y pierden toda utilidad para las mencionadas organizaciones una vez son capturadas. En criterio del Consejo medidas como las propuestas responden a un estudio suficientemente fundado de las características de la población penitenciaria, y nada afectan el principio de igualdad material, por el contrario, el tratamiento diferenciado propuesto desarrolla dicho principio al reconocer las especificidades de las mujeres que incurrir en conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes.

### **III.2. Silencio administrativo positivo en relación con la concesión de subrogados penales y beneficios administrativos:**

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • [www.minjusticia.gov.co](http://www.minjusticia.gov.co)

Infortunadamente es una realidad documentada que la concesión de los subrogados penales y los beneficios administrativos tarda, por lo general, un término excesivo, en razón, entre otras circunstancias, a lo engorroso que resulta la consecución de los documentos necesarios para que los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad adopten la decisión que corresponde. En especial, se ha advertido que las autoridades penitenciarias carecen de la capacidad o la disposición para proferir prontamente las certificaciones que acrediten que el condenado ha cumplido los requisitos necesarios para la concesión de los institutos antes señalados, en especial de la libertad condicional. Por lo anterior, en el proyecto se propone que *“si pasados quince días después de elevada la solicitud el juez no recibe la documentación por parte de la autoridad penitenciaria, presumirá que la persona cumple con el requisito correspondiente para efectos de la concesión de la libertad condicional”*.

La lógica que subyace a la disposición propuesta, es que no puede trasladarse a la persona privada de la libertad, quien se encuentra bajo una relación especial de sujeción con el Estado, las consecuencias de la desidia o la incapacidad de las autoridades penitenciarias para expedir la documentación necesaria a efectos de obtener los beneficios a los que tiene derecho.

8

En criterio del Consejo, la disposición propuesta constituye un mecanismo adecuado para garantizar de forma efectiva los derechos de la población privada de la libertad, y se explica en razón a los particulares deberes con que cuenta el Estado frente a las personas que se encuentran en un centro de reclusión. No obstante, convendría ampliar el término para que opere el silencio administrativo positivo, así como aclarar que a omisión de las autoridades penitenciarias NO es óbice que para el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad se valga de todos los instrumentos a su alcance a efectos obtener la información fidedigna que le permita adoptar la decisión que en corresponda en Derecho.

### **III.3. Presunción de Derecho a favor de los condenados que no han podido acceder a programas de redención de penas**

El artículo 29 del proyecto, que modifica el artículo 101 del Código Penitenciario y Carcelario, establece que *“en los eventos en que pasado un mes desde que la persona procesada o condenada eleva la solicitud para participar en actividades de redención de pena y no se le asigna un cupo, se presumirá que está participado de estas actividades y se hará el descuento correspondiente a la mitad del previsto para la actividad a la que se solicita ser vinculado y cumple con los requisitos para hacerlo”*.

La anterior constituye la respuesta legislativa a una realidad incontrovertible que hace parte del estado de cosas inconstitucionales que impera en las penitenciarias

del país; a saber, la ausencia de suficientes cupos en los programas de redención de penas, esto es, de estudio, enseñanza o trabajo. Pese que la redención de la pena es un auténtico derecho del condenado asociado al fin resocializador de la pena de prisión, lo cierto es que un número muy considerable de reclusos carecen de acceso a actividades de redención de pena ante la ausencia de cupos en los programas que se imparten o desarrollan al interior de los centros de reclusión.

En vista de que la posibilidad de redimir pena a través del trabajo, estudio o enseñanza constituye un derecho del condenado, el Consejo considera que la disposición propuesta resulta acorde con el ordenamiento constitucional y convencional, que, se reitera, privilegia el fin resocializador de la pena durante la ejecución de la sanción penal privativa de la libertad. En otras palabras, el Estado está obligado a promover la resocialización del reclusos a través de su inclusión en actividades de redención de pena, de modo que cuando incumple dicha obligación, pese a que el recluso ha manifestado su voluntad de trabajar o estudiar, resulta lógico que se reconozca al condenado el derecho de redención, aunque no en igual medida a si hubiera efectivamente participado en las actividades a las que se viene haciendo referencia.

En todo caso, el Consejo considera necesario reiterar que no todos los problemas del sistema penitenciario y carcelario colombiano pueden solucionarse a través de reformas legislativas, en particular, resulta indispensable insistir en el aumento de los recursos destinados a programas de resocialización, pues lo cierto es que la norma propuesta, si bien reconoce un derecho del condenado, NO es el mecanismo idóneo para garantizar la reinserción social del condenado.

9

#### **III.4. Propuesta de reforma en materia de beneficios administrativos**

Finalmente en lo que hace al régimen de los beneficios administrativos, el Consejo sugiere que analice la posibilidad de desarrollar una reforma de mayor calado que potencialice la concesión de los también llamados mecanismos penitenciarios de semilibertad.

En particular, convendría que la concesión de los mencionados mecanismos fuera confiada a una autoridad administrativa que haga parte del sistema penitenciario, por ejemplo a los directores regionales del Inpec. Se propone que lo decidido por estas autoridades administrativas sea objeto de control judicial posterior y en efecto diferido por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, haciendo el trámite de los beneficios administrativos más célere sin sacrificar su verificación judicial.

#### **IV. La atención de la población privada de la libertad en detención preventiva y de los miembros de la fuerza pública**

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • [www.minjusticia.gov.co](http://www.minjusticia.gov.co)

Desde su expedición el Código Penitenciario y Carcelario –ley 65 de 1993- confió a los entes territoriales la atención de la población privada de la libertad en detención preventiva, sin embargo hasta el momento los departamentos y municipios se han sustraído en buena medida de cumplir con la referida obligación. Entre las causas que contribuyen a esta omisión, se encuentra el escaso desarrollo legal acerca del modo en que los entes territoriales deben sufragar los costos de los procesados que hacen parte de la población privada de la libertad. En particular, no existe claridad acerca de cuáles son los reclusos que deben ser atendidos por un determinado municipio o departamento, como tampoco cuál es la fuente de los recursos con los que puede atenderse dicha obligación.

El proyecto pretende subsanar esta omisión legislativa, con tal propósito precisa los sujetos privados de la libertad cuya detención debe ser asumida por los entes territoriales, y refuerza la obligación de incluir en los presupuestos de los departamentos y municipios las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles. De igual modo, el proyecto señala cuáles son las fuentes de financiación a las que pueden acudir los entes territoriales para cumplir con la obligación a la que se viene haciendo referencia.

10

Infortunadamente en criterio del Consejo las disposiciones incluidas en el proyecto resultan insuficientes para garantizar que los entes territoriales asuman de forma adecuada la atención de las personas en detención preventiva; afirmación que se sustenta en las siguientes consideraciones expuestas en el seno del Comité Técnico por el Departamento Nacional de Planeación:

El último inciso del artículo 14 le ordena al Ministerio de Hacienda una función que no tiene consistente en la asignación de recursos a la USPEC, se recuerda que esta labor es realizada por el Congreso de la República cada año a través de la ley anual del presupuesto de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la Ley Orgánica de Presupuesto, por lo que se recomienda realizar la corrección pertinente.

Así mismo, el artículo 15 podría contener mayor precisión sobre las competencias de las entidades territoriales. Se debería considerar si la obligación de construir y sostener cárceles debe ser de los municipios o de los departamentos. No es claro por qué ambas entidades territoriales deben realizar la misma acción. Proponemos preliminarmente que se trate exclusivamente de los departamentos. Sin embargo, la decisión final requerirá tener en cuenta información detallada sobre las posibilidades de financiación de una u otra clase de entidad territorial y la posibilidad de aprovechar economías de escala si la construcción es hecha por departamentos.

Tampoco es claro el motivo para obligar a las entidades territoriales a hacerse cargo de condenados por contravenciones penales. En todo caso sería necesario

determinar cuáles son esas contravenciones penales, pues el actual Código Penal no distingue entre delitos y contravenciones. Sin esa precisión es imposible determinar la carga fiscal que la norma está imponiendo a departamentos y municipios. Consideramos conveniente no incluir la obligación respecto de condenados por contravenciones, y mantenerla exclusivamente respecto de los sindicados. Esta modificación además propende por la separación estricta entre sindicados y condenados que ordenan la ley colombiana y los tratados internacionales de derechos humanos.

La norma propuesta se refiere a “convenios de integración” que se celebrarían con la Nación. Sería conveniente aclarar el objeto de estos convenios, que proponemos sea (a) permitir la cofinanciación de cárceles departamentales por la Nación o (b) permitir el pago de las entidades territoriales a la Nación por el alojamiento de los sindicados en los establecimientos de reclusión del orden nacional. Esa última posibilidad no se incluye en la propuesta para este artículo, pues ya se encuentra en el artículo 19 sobre recibo de presos departamentales o municipales.

Sería conveniente permitir la cofinanciación de cárceles para sindicados con recursos de la Nación, lo cual podría realizarse por medio de convenios específicos o a través de Contratos Plan.

11

Proponemos modificar el último inciso, pues puede ser violatorio de la autonomía de las entidades territoriales. Las entidades del orden nacional no pueden “remitir el presupuesto” a las entidades territoriales, pues estas tienen autonomía para administrar sus recursos (artículo 287, Constitución Política). El Gobierno Nacional podría, sin embargo, reportar las necesidades carcelarias de cada departamento y hacer las recomendaciones correspondientes.

Por último sugerimos incluir una nueva función del Ministerio de Justicia y del Derecho en el sentido de prestar apoyo técnico a las entidades territoriales para la estructuración de proyectos de cárceles, para su ejecución y para el sostenimiento de las mismas.

#### **Redacción propuesta:**

**ARTICULO 17. CARCELES DEPARTAMENTALES.** *Corresponde a los departamentos la creación, fusión o supresión, dirección, y organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente.*

*El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario ejercerá la inspección y vigilancia de las cárceles de las entidades territoriales.*

*El Ministerio de Justicia y del Derecho prestará apoyo técnico a los departamentos en la estructuración, contratación y ejecución de proyectos de infraestructura carcelaria y en las actividades de sostenimiento de las cárceles. De igual forma, deberá elaborar anualmente un diagnóstico de necesidades carcelarias por departamento así como una estimación de los gastos de funcionamiento e inversión que tendrían que ser destinados para cumplirlas, el cual deberá ser remitido a los departamentos con dos meses de antelación a la elaboración de los planes de desarrollo y de los proyectos de presupuesto.*

*En los presupuestos departamentales, se incluirán las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles, como pagos de empleados, raciones de presos, vigilancia de los mismos, gastos de remisiones y viáticos, materiales y suministros, compra de equipos y demás servicios; así como los gastos necesarios para el sostenimiento de las personas privadas de la libertad procesadas por delitos y/o procesadas y condenadas por contravenciones penales.*

*Los gobernadores se abstendrán de aprobar o sancionar según el caso, los presupuestos departamentales y municipales que no llenen los requisitos señalados en este artículo. Las contralorías departamentales y distritales, y las procuradurías regionales y distritales, se encargarán de hacer seguimiento al cumplimiento de esta obligación.*

*La Nación podrá cofinanciar los proyectos departamentales de infraestructura carcelaria, a través de convenios específicos con los departamentos o a través de Contratos Plan.*

Proponemos considerar lo siguiente frente a los artículos 16 y 17 que reforman los artículos 17 A y 17 B de la Ley 65 de 1993:

- (i) Si se quiere usar el SGP<sup>3</sup>, es mejor proponer una reforma a la Ley 715 de 2001, especialmente en los artículos 74 y 76. El artículo 74 se refiere a las competencias de los departamentos, que no se refiere a las cárceles y el 76, que establece que los municipios *“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.”* Impidiendo a los departamentos usar la participación de propósito general para los establecimientos carcelarios.
- (ii) El SGR sí se puede usar para establecimientos de reclusión. Pero se debe especificar de cuál Fondo del SGR pueden salir los recursos.

---

<sup>3</sup> Sistema General de Participación.

- (iii) Los Contratos Plan no los “elabora” la entidad territorial. Se negocian entre la Nación y las entidades territoriales, y pueden contener este componente. De ser el caso el Sector Justicia podría comprometer recursos para cofinanciar los proyectos con las entidades territoriales.
- (iv) La creación de estampillas va en contra de las recomendaciones hechas por la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda.

Con relación al artículo 18 sugerimos establecer una obligación del Ministerio de Justicia de elaborar convenios modelo y en general prestar apoyo técnico a las entidades territoriales en la suscripción de estos convenios.

#### **Redacción propuesta para un inciso adicional:**

*El Ministerio de Justicia y del Derecho elaborará convenios modelo para uso de las entidades territoriales y prestará apoyo técnico y jurídico en la elaboración y suscripción de los convenios establecidos en este artículo.*

Ahora bien, en lo que hace a los **centro de reclusión para los miembros de la Fuerza Pública**, el Consejo considera que las modificaciones propuestas no son más que el desarrollo propio y necesario del régimen carcelario y penitenciario diferenciado establecido en el artículo 24 de la ley 65 de 1993, modificado por la ley 1709. En particular, el Consejo considera que es un acierto confiar al H. Ministerio de Defensa Nacional la organización de los centros de reclusión para miembros de la Fuerza Pública, incluyendo su construcción y el adiestramiento del personal de custodia y vigilancia, lo anterior bajo los parámetros señalados por el Inpec y la Uspec respectivamente.

No obstante, el Consejo considera necesario llamar la atención acerca de lo señalado en el inciso 4º de la reforma propuesta al artículo 16 del Código Penitenciario y Carcelario, conforme al cual en los centros de reclusión de miembros de la fuerza pública “*no se podrá mantener privados de la libertad a personas que no gocen de fuero jurisdiccional de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política*”. La disposición propuesta ignora que el régimen carcelario y penitenciario especial reconocido a los miembros de la fuerza pública, no obedece a la jurisdicción que haya decretado la medida privativa de la libertad ni al tipo de conducta punible objeto de enjuiciamiento, sino al riesgo que supone para estos sujetos hallarse privados de la libertad en las mismas locaciones en las que se encuentran los miembros de la delincuencia común y de los grupos armados organizados a los que han combatido.

Además, la disposición propuesta supondría un aumento considerable de la población privada de la libertad en los centros carcelarios y penitenciarios administrados por el Inpec, pues la mayor parte de quienes se hallan privados de

la libertad en centros de reclusión de la Fuerza Pública son o han sido sujetos de investigación y enjuiciamiento por la jurisdicción ordinaria.

Pero es más, la norma propuesta ignora que conforme lo prevé el artículo 221 de la Constitución Política, el enjuiciamiento de los miembros de la Fuerza Pública por acciones cometidas con ocasión o en desarrollo del conflicto se sigue conforme a las reglas del DIH, independientemente de la autoridad judicial que adelante las diligencias; de modo que ante un mismo régimen sustantivo no se observa razón para diferenciar el régimen penitenciario y carcelario aplicable.

## V. Consideraciones en torno al certificado de disponibilidad carcelaria

Dentro del catálogo de propuestas presentadas por la Comisión Asesora de Política Criminal en el año 2012, se encontraba la implementación de un “certificado de disponibilidad carcelaria”, como requisito para la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en un centro de reclusión. Conforme al señalado requisito, no sería posible el decreto de una detención preventiva, sin que previamente se tuviera certeza que el procesado contaba con un cupo adecuado en un centro carcelario. El proyecto de ley presentado por el Ministerio adopta esta institución, pero con unos efectos sustancialmente distintos. En particular, si bien se exige que el Juez de Control de Garantías consulte si existen o no cupos en los centros carcelarios antes de decretar la medida de aseguramiento, no es indispensable contar con disponibilidad a efectos del decreto a la detención preventiva. Más exactamente, los redactores del proyecto pretenden incluir la disponibilidad de cupos carcelarios como uno más de los criterios que debe valorar el operador judicial a la hora de disponer la imposición de la medida.

14

En criterio del Consejo la forma en que se adoptó el instituto del “certificado de disponibilidad carcelaria” es inconveniente y presenta serios reparos en su constitucionalidad. Al respecto, téngase presente que la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes NO es un principio, sino una regla de aplicación inmediata y absoluta. En efecto, el artículo 12 superior expresamente dispone que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos crueles, inhumanos y degradantes”. En consecuencia, si las condiciones de reclusión en un centro carcelario constituyen tratos de la naturaleza descrita, no le sería dado a ningún Juez de Control de Garantías decretar la medida de aseguramiento so pretexto del desarrollo de un juicio de proporcionalidad, pues, se reitera, la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes es absoluta.

Por lo demás, ante la actual crisis del sistema penitenciario en ningún caso sería procedente la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, opción que si bien redundaría en la garantía de los derechos de la población

privada de la libertad, comporta un altísimo costo en materia de seguridad ciudadana.

Por lo anterior, el Consejo sugiere que se supriman las referencias a la disponibilidad carcelaria como criterio a valorar antes de la imposición de la detención preventiva, salvo que se le otorgue a este requisito un contenido material, esto es, que se establezca como una auténtica condición para el decreto de una medida de esta naturaleza.

#### **VI. Consideraciones en relación con el funcionamiento del Consejo Superior de Política Criminal:**

En atención al rol protagónico reconocido por la H. Corte Constitucional al Consejo Superior de Política Criminal en el diseño e implementación de la estrategia nacional de lucha contra el delito, el proyecto establece algunas modificaciones en la conformación y funcionamiento de dicho órgano colegiado con el propósito de promover su operatividad. En particular, se reduce el número de miembros del Consejo de 14 a 10, con la finalidad que sólo tengan voz y voto aquellas entidades que por su misión institucional tienen mayor incidencia en el desarrollo de la política criminal del Estado colombiano. De igual modo, se elimina la prohibición de delegación para asistir y participar en las sesiones del Consejo, lo que resulta necesario para garantizar el efectivo desarrollo de las sesiones y la pronta adopción de los conceptos que demandan las entidades gubernamentales y el legislador. Por último, se conforma el “observatorio de política criminal” como herramienta técnica de apoyo, cuyo objeto principal es gestionar información y hacer seguimiento periódico a la política criminal.

15

#### **VII. Conclusión:**

El Consejo Superior de Política Criminal considera que, en términos generales, el proyecto responde a los estándares señalados por la H. Corte Constitucional para las iniciativas legislativas que tenga por propósito incidir en la política criminal. Además, las reformas propuestas se muestran necesarias para sortear la crisis del sistema penitenciario y carcelario colombiano, así como para potencializar el marco normativo ya existente. Lo anterior sin perjuicio de las observaciones particulares arriba señaladas.

### **CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL**

**Marcela Abadía Cubillos**

Directora de Política Criminal y Penitenciaria  
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • [www.minjusticia.gov.co](http://www.minjusticia.gov.co)

Elaboró: José Manuel Díaz Soto, Defensor Delegado Para la Política Criminal y Penitenciaria  
Aprobó: Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal