

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley 072 de 2015 Senado / 195 de 2016 Cámara “por la cual se regula el sector de vigilancia y seguridad privada en Colombia y se dictan otras disposiciones”. (Vigilancia Privada)

Proyecto de Ley 072 de 2014 Senado - 195 de 2016 Cámara	
Autores	Senadores Óscar Mauricio Lizcano – Juan Felipe Lemus – Luz Adriana Moreno
Fecha de Radicación	20 de agosto de 2014
Estado Actual	Pendiente de ponencia primer debate Cámara
Referencia	Concepto No. 16.01

El estudio de este proyecto se realizó con base en el texto aprobado por el Senado en sesión plenaria y publicado para primer debate en la Cámara de Representantes, el cual tiene como objetivo actualizar la normatividad general vigente en relación con los servicios de vigilancia y seguridad privada regulada en el Decreto-ley 356 de 1994.

1

Luego del análisis del articulado, el Consejo Superior de Política Criminal se ocupó de debatir específicamente los artículos 2, 8, 17, 22 y 36, que hacen referencia a la vigilancia y seguridad penitenciaria como parte de los servicios de vigilancia y seguridad privada, considerando necesario revisar los siguientes aspectos que se estiman de importancia al momento de pronunciarse sobre el Proyecto de Ley.

1. Observaciones Generales

La vigilancia y seguridad privada de carácter penitenciario se refiere en los siguientes artículos del proyecto en curso:

Artículo 2º, numeral 14 (*Definiciones*)

14. Vigilancia y seguridad humana. Se entiende por vigilancia y seguridad humana la clase de vigilancia y seguridad privada de componente presencial, en un lugar o lugares determinados, con el propósito de prevenir y detectar la ocurrencia de eventos que atenten contra las personas y los bienes protegidos de acuerdo con los términos del contrato suscrito con los usuarios

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

del servicio. **Esta actividad se puede realizar de forma fija, móvil, individual o penitenciaria**, con o sin armas de fuego, o con cualquier otro medio (subrayado fuera del texto).

Artículo 8°, numeral 1, literal c (*Requisitos para la licencia de funcionamiento de las empresas*)

1. Solicitud dirigida a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, suscrita por el representante legal, en la cual se informe:

...

c) **En caso que la clase sea vigilancia humana, se deberá informar si el servicio se prestará mediante** vigilancia fija, vigilancia móvil, vigilancia y seguridad individual o **vigilancia y seguridad penitenciaria** (subrayado fuera del texto).

Artículo 17, parágrafo. (*Objeto y razón social*).

El único objeto social de las empresas de vigilancia y seguridad privada será la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada, especificando la clase de servicio prestado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley.

La razón social de las empresas de seguridad privada deberá ser diferente a la de los organismos del Estado.

Parágrafo. **Las empresas que se constituyan con el fin de prestar el servicio de vigilancia y seguridad privada bajo la clase de vigilancia humana para servicios de vigilancia y seguridad penitenciaria tendrán como objeto social la prestación de estos servicios** (subrayado fuera del texto).

Artículo 22. (*Clase permitida departamentos de seguridad*)

Los departamentos de seguridad solo podrán operar en la clase de vigilancia humana, exceptuando la vigilancia y seguridad penitenciaria.

Se establecerán únicamente para proveer el servicio no remunerado de vigilancia y seguridad de personas vinculadas a una empresa u organización empresarial o entidad de derecho público o privado. Estos departamentos en ningún caso podrán prestar sus servicios al público (subrayado fuera del texto).

Artículo 36. (*Prestación del servicio de vigilancia y seguridad humana*)

El servicio de vigilancia y seguridad privada bajo la clase de vigilancia humana podrá prestarse como:

- a) Vigilancia fija;
- b) Vigilancia móvil;
- c) Vigilancia y seguridad individual;
- d) **Vigilancia y seguridad penitenciaria** (subrayado fuera del texto).

Para prestar los servicios de que trata este artículo, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada deberá expedir la respectiva licencia particularizada para cada literal.

2. Consideraciones político-criminales

A continuación se señalan los elementos que este Consejo ha considerado relevantes para definir el sentido de su concepto:

2.1. Ausencia de definición

Lo primero que debe advertirse es que el proyecto de ley no define en ninguna parte de su articulado, como tampoco en la exposición de motivos inicial, qué se entiende por “*vigilancia y seguridad penitenciaria*”, omisión que no permite establecer ni el objeto, ni los alcances o limitaciones de esta actividad que, en los términos del proyecto de ley, resultarían confiados a instituciones de orden privado.

3

No definir los términos en los que sea posible entender el concepto de “seguridad penitenciaria” implica la posibilidad de conceder a las empresas privadas licencia para que realicen funciones propias e irrenunciables del Estado, como la custodia de las personas privadas de la libertad; los traslados de estas en los casos regulados por la ley; el ejercicio de funciones de policía judicial respecto de las conductas que puedan configurar objetivamente una descripción típica y otras actividades que por su propia naturaleza corresponden a las instituciones estatales por lo que representan del ejercicio de la autoridad pública.

Este vacío constituye un mérito para considerar que toda referencia a la vigilancia y seguridad penitenciaria debe ser eliminado del articulado del proyecto, por carecer de fundamento conceptual, y por la indeterminación en los objetivos e impactos de su inclusión en el texto propuesto.

2.2. Características y naturaleza de la custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria

Continuando con el análisis de los artículos ya citados del proyecto de ley, debe hacerse un examen de los alcances de la inclusión de la vigilancia y seguridad penitenciaria como actividad del sector privado de la seguridad y vigilancia.

Si el proyecto pretende que la expresión “*vigilancia y seguridad penitenciaria*” sea sinónimo de la función de custodia y vigilancia que actualmente desarrolla el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), debe advertirse entonces, su inconstitucionalidad por los siguientes motivos.

En primer lugar, porque la actividad de custodia y vigilancia de las personas privadas de la libertad es una manifestación del *ius puniendi* que, por razón del contenido de los artículos 2, 11 y 12 constitucionales, está reservado al Estado. El primero de ellos hace referencia a la misión del Estado de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas, que se concreta y materializa a través de la seguridad, como presupuesto del orden social, de la paz, del bienestar general y del mantenimiento de la calidad de vida de la población, como fin esencial del Estado, y un servicio público primario¹. Misión y obligación que se extiende al deber del Estado de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de las cárceles, y así la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha reconocido la existencia de esta facultad².

Sin embargo, la misma instancia, acorde con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha hecho notar que dicho poder estatal en materia penitenciaria y carcelaria no es ilimitado, y por tanto, está condicionado por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho, “*por lo que el orden y la disciplina se mantendrán con firmeza, pero sin imponer más restricciones de las necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común*”³, siendo parte de estos límites la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo, junto al derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, que implican que, no sólo “*el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)*”⁴. A estos mismos límites se refiere los artículos 11 y 12 constitucionales.

Siguiendo estos parámetros constitucionales se entiende que la guardia y custodia de las personas privadas de la libertad constituye una competencia íntimamente ligada al concepto de orden público, en tanto que representa una forma de garantizar la seguridad de la comunidad, en razón de que la contención de las personas acusadas o condenadas por haber cometido una infracción a la ley penal

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-199/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil, febrero 21 de 2001

² CIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, párrafo 70.

³ CIDH. Asunto de la Cárcel de Urso Branco. Medidas provisionales respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de abril de 2004, párrafo 10.

⁴ CIDH. Caso "Instituto De Reeducción Del Menor" Vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrafo 158.

persigue no solamente su resocialización y castigo, sino también la protección de la sociedad y de las víctimas. En este sentido, entonces, el Estado no puede desprenderse de esa labor de custodia y vigilancia, y trasladarla a los particulares quienes, en esta materia, apenas pueden asumir deberes de colaboración con las autoridades públicas (C-251/02)⁵.

Debe anotarse, además, que entre el Estado y las personas privadas de la libertad se establece una *relación especial de sujeción*, que entre otras implica “*el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales) y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso los fundamentales*”⁶ y que se traduce en que el Estado puede suspender y restringir ciertos derechos fundamentales de los internos, siempre que dichas limitaciones se ajusten a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, y en virtud de la cual surgen para aquél determinadas obligaciones que no pueden ser cumplidas por los particulares, en razón de su condición de derechos fundamentales que deben ser garantizados por la organización política, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-1145/05⁷:

Precisamente, este Tribunal ha señalado que como consecuencia de la pena de prisión, los derechos a la libertad física y a la libre locomoción se encuentran suspendidos, al igual que ocurre con los derechos políticos, que tienen todos los ciudadanos para participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Por su parte, otros derechos como la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se hallan restringidos en aras de asegurar unas condiciones de orden interno en los centros de reclusión. Finalmente, un grupo de derechos tales como la vida, la integridad personal, la dignidad humana, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la salud, el debido proceso y el derecho de petición, se conservan incólumes a pesar de la privación de la libertad a que son sometidos sus titulares, siendo deber del Estado respetarlos, garantizarlos y hacerlos efectivos.

5

Esta reserva constitucional se desarrolla en la ley a través de la especificidad de la función del servicio penitenciario y carcelario, que según el artículo 2° del Decreto 407 de 1994 es “*preventiva, educativa y social para los reclusos y de apoyo a las autoridades penitenciarias y carcelarias para el cometido de sus fines*”. Dicha especialidad y naturaleza de la custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria se debe a que su labor supone la posibilidad de limitar de forma intensa los derechos

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-251/02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández, abril 11 de 2002

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-1190/03, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, diciembre 4 de 2003

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1145/05, M.P. Rodrigo Escobar Gil, noviembre 10 de 2005

fundamentales de los reclusos –e incluso en la facultad de requisar a los familiares, amigos, funcionarios, abogados defensores y demás personas que ingresan a los establecimientos de reclusión–, y la relación especial de sujeción entre el Estado y los internos, competencias que sólo recaen en el Estado a través de sus agentes, en este caso, el cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC. Estas facultades se materializan, a su vez, en el uso de los medios coercitivos, que está también limitada para ser ejercida por este cuerpo, tal y como lo define el artículo 114 del citado Decreto:

En casos necesarios, los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional emplearán sólo medios coercitivos autorizados por la ley o reglamento, pero escogerán siempre, entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y a sus bienes. Tales medios se utilizarán con racionalidad y únicamente por el tiempo indispensable para el restablecimiento del orden.

El Estado ejerce las funciones de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria a través del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, definido por el artículo 117 del Decreto 407 de 1994 como

un organismo que cumple un servicio esencial del Estado, armado, de carácter civil y permanente, al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, e integrado por personal uniformado, jerarquizado, con régimen y disciplina especiales. Sus miembros recibirán formación, capacitación, complementación, actualización y especialización en la Escuela Penitenciaria Nacional. No podrán tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio y observarán siempre la más absoluta imparcialidad política en el ejercicio de sus funciones.

En conclusión, la delegación en terceros de estas funciones del Estado, propias del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, es contraria al ordenamiento constitucional, más aún cuando la propia Corte Constitucional ha reconocido que dado el servicio que presta, las funciones que cumple y su naturaleza, ligadas al monopolio de la coerción del Estado, las funciones del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria están más próximas al régimen de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional (C-811/14), que al del orden privado, lo cual se desvirtúa en el proyecto de ley, toda vez que asociaría la vigilancia penitenciaria al sector de vigilancia y seguridad privada en cabeza de la Superintendencia correspondiente.

Debe aclararse que en concordancia con las disposiciones constitucionales, el artículo 163 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 90 de la Ley 1709 de 2014, si bien deja abierta la posibilidad de establecer asociaciones público-privadas para la construcción, mantenimiento y conservación de los centros de reclusión y la prestación de servicios dentro del sistema penitenciario, es claro en determinar que *“quedarán excluidos de la administración de este tipo de establecimientos la guardia y vigilancia, que en todo caso estará a cargo del INPEC”*.

Finalmente, otro argumento que no viabiliza el proyecto en relación a la vigilancia penitenciaria con carácter privado, está relacionado con el hecho de que el cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC tiene funciones y atribuciones que superan las de la vigilancia privada: *“disminuir y prevenir las amenazas que afecten o puedan afectar la vida, la integridad personal y el tranquilo ejercicio de los derechos sobre los bienes de las personas que reciben su protección”* (artículo 1° del proyecto de ley 072/14 S). A las ya mencionadas de orden, seguridad y disciplina, se suma las de policía judicial al interior de los centros de reclusión (artículo 41, ley 65 de 1993), función que tampoco es delegable a terceros por parte del Estado, junto a aquellas vinculadas a las de resocialización en los centros de reclusión, la protección de sus derechos fundamentales y otras garantías consagradas en la Constitución Política, en pactos, tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Colombia (artículo 113 del Decreto 407 de 1994). Es así que las funciones del sector de vigilancia y seguridad privada no se compadecen con la custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria, estando la primera orientada a la prevención de riesgos jurídicos de un sujeto en particular que contrata unos servicios específicos a manera de cliente, sin que tengan la facultad de limitar el ejercicio de deberes y libertades públicas. Tampoco queda claro en el proyecto cuál es el bien jurídico a proteger, el cliente ni el riesgo a disuadir y prevenir, en relación a los establecimientos de reclusión y las personas privadas de la libertad.

7

3. Algunas referencias internacionales

Tomando como referencia las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente se sigue que, para garantizar que el personal vinculado a la administración penitenciaria ejerza con integridad, humanidad, aptitud personal y capacidad profesional la prestación del servicio social que constituye la administración penitenciaria *“será necesario que los miembros del personal trabajen exclusivamente como funcionarios penitenciarios profesionales [y] tener la condición de empleados públicos”*⁸.

⁸ Consejo Económico y Social, Resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977, num. 46

A su vez, los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establecen que *“el personal que tenga bajo su responsabilidad la dirección, custodia, tratamiento, traslado, disciplina y vigilancia de personas privadas de libertad, deberá ajustarse, en todo momento y circunstancia, al respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad y de sus familiares. Se garantizará que el personal esté integrado por empleados y funcionarios idóneos, de uno y otro sexo, preferentemente con condición de servidores públicos y de carácter civil”*⁹.

Por su parte, se puede tomar como referencia las Reglas Penitenciarias Europeas que consideran apropiado que las prisiones estén bajo responsabilidad de autoridades públicas y separadas de servicios militares, policiales o judiciales, al tiempo que los miembros del personal penitenciario tengan estatus de funcionarios públicos sujetos solamente a una buena conducta, eficiencia, buena salud física y mental y un nivel adecuado de formación¹⁰.

Finalmente, al considerar alguna de la literatura¹¹ que analiza casos de aplicación de la *privatización de las prisiones*, resulta claro que se ha privilegiado el involucramiento del sector privado en la prestación de bienes y servicios asociados a la habitabilidad, la garantía de condiciones mínimas de subsistencia y la infraestructura. Son pocas las referencias en relación a la concesión del Estado a terceros –empresas privadas– del orden, la seguridad interna e incluso de la asistencia legal, y aún menor las evaluaciones¹² en los casos en que así se ha

8

⁹ Adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio XX

¹⁰ Adoptadas por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952 Reunión de los Delegados de los Ministros. Reglas 71 y 78

¹¹ Ver por ejemplo: Carranza, Elías. *Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. Qué hacer*. Santiago, Anuario de Derechos Humanos, 2012, pp. 31-66; BID, *Evaluación del sistema concesionado versus el sistema tradicional en la reducción de la reincidencia delictual*. Fundación Paz Ciudadana y Banco Interamericano de Desarrollo, 2013; Varios, *III Simposio internacional penitenciario y de derechos humanos*. 2010; Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *El sistema penitenciario español*. Madrid, 2010; Sanz Delgado, Enrique. *Las prisiones privadas: Una solución insatisfactoria al problema penitenciario*. El rapto de Europa, nº 11, nov. 2007, p. 31-35 Universidad de Alcalá, 2007; Morales Ana y Welsch herman, *Estudio comparado de administración y gestión penitenciaria*, Santiago, 2015; Ortiz, Rosa. *La privatización de establecimientos penitenciarios en los Estados Unidos de América: algunas implicaciones socioeconómicas*. Puebla, Universidad de las Américas, 2002.

¹² Algunas evaluaciones en materia de costos y eficiencia, principal argumento para la privatización, tampoco son contundentes y sus resultados inequívocos. Así por ejemplo, Rosa Ortiz señala que se analizó la rentabilidad de las cárceles manejadas por el gobierno y aquellas privatizadas, los resultados revelaron que las cárceles privatizadas no son más rentables que las que maneja el gobierno, y que otras características institucionales tales como el tamaño de los establecimientos, su antigüedad y el nivel de seguridad, eran los indicadores más significativos para determinar el costo diario de la prisión (*La privatización de establecimientos penitenciarios en los*

implementado como en Estados Unidos, donde a pesar de la administración total del sector privado de algunos centros de reclusión, los “*funcionarios públicos del recinto cumplen la labor de supervisar el cumplimiento del contrato*”¹³. En Francia, Brasil y Chile, por citar algunos ejemplos, se ha privilegiado el modelo mixto, en el cual los privados se encargan de entregar provisiones, bienes y servicios relacionados con la alimentación, salud, educación, etc., y los agentes del Estado del orden y disciplina interna y la seguridad tanto al interior como la exterior de los establecimientos, y otras materias sensibles relacionadas con los derechos humanos.

Conclusión

El Consejo Superior de Política Criminal recomienda la eliminación de toda referencia en el proyecto de ley **a la vigilancia y seguridad penitenciaria**, no solo por la carencia de su definición en el proyecto de ley, sino porque se considera que su inclusión como un servicio de la vigilancia y seguridad privada resulta inconveniente, inadecuado y contrario a las disposiciones legales y constitucionales que rigen las funciones de vigilancia y custodia propias de los establecimientos de reclusión, siendo el ejercicio de la función de seguridad y garantía de los derechos fundamentales, una prerrogativa exclusiva del Estado, incluyendo la de aquellas personas sometidas a detención preventiva o a penas privativas de la libertad.

9

Elaboró: Iván González Amado y Nadia Lizarazo Vargas

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

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

Estados Unidos de América: algunas implicaciones socioeconómicas. 2002, p. 92).

¹³ BID, Evaluación del sistema concesionado versus el sistema tradicional en la reducción de la reincidencia delictual. Fundación Paz Ciudadana y BID, 2013, p. 17

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co