

LOS MUNICIPIOS NO DEBEN TENER CÁRCELES

Efraín Gómez Cardona*

Resumen

El servicio público de construcción, mantenimiento y operación de cárceles es del orden nacional porque así lo dispone la Ley 65 de 1993, y como esta normativa sólo obliga a los municipios a construir y operar cárceles para personas detenidas preventivamente o condenadas por contravenciones de conocimiento de las autoridades de policía, estos entes territoriales realmente no tienen obligación alguna ya que en la Constitución de 1991 únicamente los jueces pueden privar de la libertad a las personas. Luego si ninguna autoridad de policía puede disponer medida cautelar de detención preventiva ni de condena a arresto o prisión, la consecuencia lógica es que no deben existir cárceles municipales.

Palabras clave: autonomía local, descentralización administrativa, sistema penitenciario.

* Abogado especialista en Derecho Administrativo, autor de varias obras jurídicas y profesor de pregrado y posgrado en varias universidades del país.

THE MUNICIPALITIES MUST NOT HAVE JAILS

Abstract

The public service for construction, maintenance and operation of prisons is a national agenda because so provided in the Act 65 of 1993, and as such legislation only requires municipalities to build and operate prisons for people preventively detained or sentenced for contraventions of knowledge the police authorities, these local authorities really do not have any obligation as in the 1991 Constitution only judges may be deprived of his freedom to people. Then if no police authority may provide relief from pretrial detention or arrest or conviction to imprisonment, the logical consequence is that there should be no municipal jails.

Keywords: local autonomy, administrative decentralization, the prison system.

1. El abrumador peso de la costumbre

“La madre estaba cocinando peceto y como siempre le había cortado las dos puntas. El hijo, que había visto en otras casas cocinar el peceto entero y pensando que justamente las puntitas quemadas eran la parte más rica, preguntó por qué se las cortaban antes de asarlo.

“Es una tradición familiar. Mi abuela lo cocinaba así, y mi madre también. Creo que alguna desgracia puede suceder si se lo sirve completo.... No sé bien, tendrías que preguntarle a mi madre.” El niño, muerto de curiosidad, fue a ver a la abuela y le preguntó las causas de aquella mutilación.

“Ningún misterio”, dijo sonriente, “cuando mis padres emigraron a este país por la guerra solo pudieron traer consigo algunos pocos utensilios de cocina y entre ellos la asadera que trajeron era tan pequeña que para que el peceto entrara había que cortarle las puntas. Así lo aprendí a hacer y así lo hice toda mi vida y tu madre aprendió de mí.”

Esta cita viene a propósito de que anida en el inconsciente de todas las personas, pero en especial de quienes se dedican al derecho procesal penal la convicción de que en todo municipio debe haber una cárcel, de cargo del respectivo Municipio, porque así ha sido siempre, “es lo lógico”. Y que esa cárcel es para llevar los presos municipales, entendiéndolo por tales todos aquéllos que delinquen dentro del territorio del Municipio, cualquiera sea la infracción imputada. Ya estén como detenidos preventivamente o como condenados.

Pues bien, ese atavismo no compagina con la actual normatividad, como intentaré demostrar a continuación.

2. El Estatuto Carcelario

La Ley 65 de 1993 dispone: en el art. 14 que: **“Corresponde al Gobierno Nacional por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la ejecución de las sentencias penales y de la detención precautelativa, la aplicación de las medidas de seguridad y la reglamentación y control de las penas accesorias, fijadas en el Código Penal.**

Artículo 17. Cárceles departamentales y municipales. Corresponde a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles **para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva.**

Mientras se expide la ley que atribuya a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas continuarán conociendo de los mismos. Los castigados por contravenciones serán alojados en pabellones especiales.

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

En los presupuestos municipales y 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.

Los gobernadores y alcaldes respectivamente, se abstendrán de aprobar o sancionar según el caso, los presupuestos departamentales y municipales que no llenen los requisitos señalados en este artículo.

La Nación y las entidades territoriales podrán celebrar convenios de integración de servicios, para el mejoramiento de la infraestructura y el sostenimiento de los centros de reclusión de sistema penitenciario y carcelario.

La sola lectura del primer párrafo, aparte que resalté y subrayé, ya hace claridad acerca del reparto de responsabilidades al interior del Estado en materia carcelaria.

Es la Nación, a través del GOBIERNO, concretado en el INPEC, la responsable de **“la ejecución de las sentencias penales y de la detención precautelativa”**.

Determinación que armoniza perfectamente con el ordenamiento jurídico nuestro, pues a diferencia de los regímenes federales tenemos una sola administración de justicia, de orden exclusivamente nacional, luego no cabe hablar de que exista justicia departamental y municipal, ya que los entes territoriales carecen por completo de atribuciones en esta materia.

Parece lógico y razonable sostener que lo carcelario es accesorio de lo penal, luego si la administración de Justicia está a cargo de la Nación también deberá estarlo el sistema carcelario. De ahí que lo dispuesto en la norma invocada y transcrita es consecuencia lógica

de nuestra organización territorial de competencias.

Ahora bien: sostienen algunos que cuando la norma prevé la existencia a cargo de los municipios de cárceles ***“para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva”***, la interpretación correcta se obtiene al descomponer la frase en dos partes, de modo que los municipios están en la obligación de albergar a todas las personas detenidas preventivamente, sea por contravención o delito, pues el agregado “por contravenciones...” sólo se predica de las personas condenadas.

Con el auxilio de la gramática podría refutarse resaltando la ausencia de todo signo de puntuación disyuntivo, por ejemplo una coma, que autorizara descomponer la frase.

Pero el hecho de que la máxima autoridad en cuanto a interpretación de las leyes ya se haya pronunciado nos ahorra la discusión al respecto.

3. La jurisprudencia constitucional

Por su importancia y claridad transcribiré en extenso la decisión contenida en la Sentencia No. C-471/95 que resuelve una Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 1o. del artículo 17 (parcial) de la Ley 65 de 1993 “Por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.

“1.

ANTECEDENTES.

Procede la Corte Constitucional a resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano HUGO

SALAZAR PELAEZ contra el artículo 17 (parcial) de la ley 65 de 1993 "Por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario".

Al proveer sobre su admisión, el Magistrado Ponente dispuso que se fijara en lista el negocio en la Secretaría General de la Corte Constitucional por el término de diez (10) días para asegurar la intervención ciudadana y además ordenó enviar copia de la demanda al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, y comunicar la iniciación del proceso al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- a fin de que conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas acusadas, en caso de estimarlo oportuno.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS.

Se transcribe a continuación el texto de la norma, subrayando el aparte acusado:

"LEY 65 DE 1993

"Por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario"

El Congreso de Colombia "

DECRETA:

ARTICULO 17. CARCELES DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES. Corresponde a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas, y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas

preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva.

Mientras se expide la ley que atribuya a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas continuarán conociendo de los mismos.

Los castigados por contravenciones serán alojados en pabellones especiales.

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

En los presupuestos municipales y 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.

Los gobernadores y alcaldes respectivamente, se abstendrán de aprobar o sancionar según el caso, los presupuestos departamentales y municipales que no llenen los requisitos señalados en este artículo.

La Nación y las entidades territoriales podrán celebrar convenios de integración de servicios, para el mejoramiento de la infraestructura y el sostenimiento de los centros de reclusión del sistema penitenciario y carcelario."

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

PRIMERA. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o de la Carta, la Corte Constitucional es competente para decidir de manera definitiva sobre la demanda de inconstitucionalidad que dio lugar al presente proceso.

SEGUNDA. La materia.

El actor en su demanda formula un solo cargo contra el inciso 1o. del artículo 17 de la Ley 65 de 1993 solicitando la inexecutable de la expresión "departamentales" ubicada en el encabezamiento de la disposición, y la expresión "a los departamentos", afirmando que vulnera el artículo 356 de la Carta Política ya que en virtud de esta norma no se pueden descentralizar responsabilidades si no se asignan los recursos fiscales correspondientes. Además expresa que la entrada en vigor de la referida ley olvidó disposiciones expedidas bajo la vigencia del Decreto 1817 de 1964, con lo cual se creó un "vacío jurídico" que deja sin piso normas de toda clase.

Ahora bien, acerca del tema planteado, conviene precisar los razonamientos consignados en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado a la consideración del Congreso por el Ministerio de Justicia y del Derecho:

"2. ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN.

2.1. Sistema carcelario y penitenciario. Se define el sistema carcelario y penitenciario, su integración, creación y organización, fusión y supresión de los centros de reclusión, por parte del Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario. (...)

2.2. Clasificación de establecimientos de reclusión. En este Título II se encuentra

también la clasificación enunciativa de los establecimientos de reclusión: cárceles, penitenciarías, reclusión de mujeres, cárceles para miembros de la Fuerza Pública, colonias, casa-cárceles y establecimientos de rehabilitación.

2.3. Creación y organización. El actual Código Penitenciario establece una tipología demasiado rígida. En este estatuto se pretende que además de los centros que corresponda a la División Judicial, el Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario quede facultado para crear otros nuevos en atención a la naturaleza de los internos y a los niveles de seguridad.

2.4. Cárceles departamentales y municipales. Se contempla la obligación que tienen los departamentos de crear sus propias cárceles.

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

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

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

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

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

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

Como hay municipios muy cercanos unos y otros, con el fin de rebajar los costos de construcción y funcionamiento de las cárceles, se autoriza la "fusión carcelaria" bajo un establecimiento conjunto." (Gaceta del Congreso del jueves 29 de octubre de 1992, p. 3)

En la misma exposición de motivos, el Gobierno Nacional define a las cárceles como "lugares de reclusión fundamentalmente para detenidos" y aclara que las penitenciarias son lugares "para purgar una pena." Agrega más adelante que los funcionarios competentes para hacer efectiva la detención y ejecución de las sentencias son el Director General del Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario, los Directores Regionales y los Directores de los Establecimientos de Reclusión.

La Ley 65 de 1993 estableció el "Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario"

integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC" y por todos los centros de reclusión que funcionan en el país dentro de los cuales se encuentran los creados, fusionados o suprimidos. En su artículo 17 acusado se dispuso que:

"Corresponde a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas, y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva.

Mientras se expide la ley que atribuya a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas continuarán conociendo de los mismos.

Los castigados por contravenciones serán alojados en pabellones especiales.

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

En los presupuestos municipales y 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.

Los gobernadores y alcaldes respectivamente, se abstendrán de aprobar o sancionar según el caso,

los presupuestos departamentales y municipales que no llenen los requisitos señalados en este artículo.

La Nación y las entidades territoriales podrán celebrar convenios de integración de servicios, para el mejoramiento de la infraestructura y el sostenimiento de los centros de reclusión del sistema penitenciario y carcelario."

Dentro del criterio de descentralización de que se habla, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, no encuentra esta Corporación incompatibilidad alguna entre la Carta Política y el artículo 17 demandado, ya que la creación, fusión, supresión en materia carcelaria, de competencia de los departamentos y municipios, no quebranta el concepto del Estado unitario en cuanto la ley conserva en cabeza del Gobierno Nacional, por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", la ejecución de las sentencias penales y la detención precautelativa, la evaluación de las medidas de seguridad y la reglamentación y control de las penas accesorias, dejando solamente a los departamentos y municipios, así como a las áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, la creación, fusión o supresión de cárceles para aquellas personas detenidas precautelativamente y condenadas por contravenciones "por orden de autoridad policiva", y es bien sabido que tanto para el régimen departamental como en el municipal, estos entes pueden prestar aquellos servicios públicos "que determinen la Constitución y las leyes" (artículos 298, 311 y 365 C.P.).

Si bien es cierto, como lo afirma el actor, que el Decreto 1817 de 1964 establecía en cabeza de la Nación la facultad de crear, organizar, dirigir, administrar,

sostener y vigilar las penitenciarias, colonias agrícolas nacionales, cárceles de cabeceras de distrito judicial y cárceles de ciudades donde funcionara juzgado superior, en el marco de un Estado unitario también descentralizado, pero con mayor moderación, de conformidad con la Constitución de 1886, la Carta Política de 1991 amplió las posibilidades de descentralización, y en consecuencia, de traslado de competencias del sector central a las entidades territoriales, más aún en tratándose de determinados servicios como el que es objeto de análisis, bajo las condiciones y requisitos establecidos por la propia Constitución y la ley, lo cual es consecuencia, precisamente, de la expresa determinación del Constituyente de permitir una mayor descentralización de las funciones a cargo del Estado, y de dotar de más autonomía a aquellas entidades, a fin de facilitar el cumplimiento de los objetivos propios de un Estado Social de Derecho.

En razón de lo anterior, y dada la naturaleza misma de la función carcelaria y penitenciaria, relacionada con la condición misma de las personas detenidas preventivamente o condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva, el Legislador consideró conveniente trasladar las competencias señaladas en el artículo 17 respecto de las cárceles, para lo cual está facultado de conformidad con los artículos 150 numerales 2, 4, 8 y 23; artículo 154; artículo 189 numeral 17; artículo 200 numeral 1o.; artículo 201 numeral 1o.; artículos 209 y 210; artículo 286, artículo 298; y artículo 311 de la Constitución Política, entre otros.

Ahora bien, el artículo 17 de la Ley 65 de 1993 establece que en los presupuestos municipales y 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.” El actor considera que las expresiones “departamentales” y “departamentos” vulneran el artículo 356 de la Carta Política por cuanto esta norma establece que “mediante ley se asignarán los servicios a cargo de las entidades territoriales”, y que dicho precepto “igualmente establece que no se podrán descentralizar responsabilidades si previamente no se asignan los recursos fiscales pertinentes”, y concluye que “Esta regulación implica necesariamente que la responsabilidad de la prestación del servicio en cuestión sea del resorte central, esto es, que su satisfacción y cumplimiento sea de la Nación, puesto que solamente la presencia de tal circunstancia podría permitir que mediante ley esa responsabilidad se transfiriera a las entidades territoriales, es decir, se descentralizara.”

Con respecto a lo anterior, el artículo 356 establece que “Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales”. Y agrega que “Determinará (la ley), así mismo, el situado fiscal, esto es, el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla, para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que se les asignen. Los recursos del situado fiscal se destinarán a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que señale la ley, con especial atención a los niños”.

Como ya lo precisó la Corporación, el artículo 356 “trata del situado fiscal, es decir, de las transferencias que la Nación hace a los departamentos para que éstos directamente o a través de sus municipios, provean los servicios de educación y salud.” (Sentencia No. C-478 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). No es, pues, en principio aplicable el artículo 356 al asunto sub exámine, pues el servicio penitenciario y carcelario no hace referencia a los niveles de educación señalados en esta disposición constitucional, y tampoco al servicio de salud “en los niveles que señale la ley”.

Ahora bien, es cierto que el citado artículo 356 indica que “No se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales para atenderlas”. No obstante, es la propia Ley 65 de 1993 la que obliga a que en los presupuestos municipales y departamentales se incluyan las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles, y faculta a los gobernadores y alcaldes respectivamente, para que se abstengan de aprobar o sancionar los presupuestos departamentales y municipales que no llenen los requisitos señalados en el artículo 17 demandado. De manera que, ha de entenderse que, previamente a la creación o fusión de cárceles, para los fines indicados, deben hacerse las previsiones presupuestales para que los respectivos recursos fiscales estén asignados en debida forma, o de lo contrario, los gobernadores y alcaldes no podrán ejercer la facultad referida.

Lo anterior también desvirtúa la afirmación del actor referente a que la prestación del servicio objeto de examen solo puede ser de competencia de la Nación, pues precisamente tanto la Ley

65 de 1993 como la Carta Política, establecen las condiciones, desde el punto de vista fiscal, para que tales entidades territoriales asuman las competencias que se les transfieren respecto de las cárceles, su creación, fusión o supresión, organización, etc.

Además, el artículo 352 de la Constitución Política expresa que la ley orgánica de presupuesto regula lo concerniente “a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo”, y respecto de este punto, tanto a nivel departamental como municipal, las autoridades correspondientes deben, al momento de elaborar sus presupuestos, sujetarse a los postulados consagrados por la Constitución, y a lo establecido por la ley 38 de 1989, previamente al ejercicio de las competencias trasladadas de conformidad con el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, ya que el artículo 353 Superior expresamente señala que “Los principios y las disposiciones establecidas en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto”. No sobra advertir que, para la creación de cárceles, los gobiernos departamentales, municipales y distritales están sujetos a la observancia de lo ordenado por la Constitución (artículos 300 numeral 7o., y 313 numeral 6o.), y a la ley; igual ocurre en el caso de las áreas metropolitanas (artículo 319 de la Carta), que se desarrollen con sujeción a la ley de ordenamiento territorial. Por lo tanto, las expresiones acusadas, respecto del orden departamental, como uno de

órdenes de descentralización territorial consagrados en el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, no vulnera la Carta Política. De manera que el cargo formulado contra el artículo 17 de la Ley 65 de 1993 no está llamado a prosperar.

Respecto del eventual vacío jurídico ocasionado como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley 65 de 1993, no comparte la Corporación los argumentos expresados por el actor, ya que de ninguna manera la derogación de una norma por otra de igual jerarquía -referida a los mismos temas, aunque adoptando decisiones de fondo respecto de la organización del Estado, como es el del traslado de competencias del sector central a las entidades territoriales, como consecuencia del cambio de régimen constitucional- implica que se configure dicho vacío, pues en ningún momento las disposiciones contenidas en el Decreto 1817 de 1964 dejaron de regir, sino solamente hasta el momento de su derogatoria, es decir, la entrada en vigencia de la Ley 65 de 1993, razón por la cual tal afirmación carece de sustento jurídico, y no afecta para nada la exequibilidad de la norma parcialmente acusada.

Por las razones expuestas, la Corte Constitucional declarará EXEQUIBLES en los apartes señalados la disposición acusada.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del Viceprocurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

DECLARAR EXEQUIBLES los apartes demandados del artículo 17 de la Ley 65 de 1993.

Me he tomado la libertad de subrayar y destacar los apartes más relevantes, en los cuales se trasluce sin sombra de duda que tanto el Ministerio cuando presentó el proyecto de Ley como la Corte cuando examinó la constitucionalidad de la norma coincidieron en que la obligación de los municipios se limita a quienes se detienen o condenan POR CONTRAVENCIONES.

Puesto que en la Constitución de 1991 y en la Ley 600 de 2000, ni qué decir en el código que adopta el sistema acusatorio, la detención preventiva se ha vuelto la excepción, no la norma general como antes ocurría, en la práctica ello se traduce en que es casi imposible la privación de la libertad por contravenciones, lo cual libera a los municipios de la carga carcelaria, dado el abrumador cúmulo de responsabilidades y la escasez de recursos, máxime para funcionamiento, después de la expedición de la Ley 617 de 2000.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de La Ceja, Antioquia, conoció de la situación de una persona que fue llevada a la cárcel de El Retiro, por orden de autoridad judicial, y por vía de fallo de tutela señaló:

“Aún, cuando los internos tienen apenas la calidad de sindicados, la privación de la libertad es por cuenta del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, porque así lo estipula el artículo 14 de la Ley 65 de 1993, de acuerdo al cual “Corresponde al Gobierno Nacional, por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario,

la ejecución de las sentencias penales y de la detención precautelativa. La aplicación de las medidas de seguridad, y la reglamentación y control de las penas accesorias” (Lo subrayado es del Juzgado). Dicha competencia se reitera en el artículo 35 del mismo código”. (Sentencia # 024 de tutela, Octubre 22 de 2001). Acompaño copia.

Sobre esta base, determinó que era el INPEC el responsable del recluso, y por tanto el que debía asumir los costos de atención médica.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Enero 21 de 2003, con ponencia del magistrado EDGAR LOMBANA TRUJILLO, apuntó:

“La Corte Suprema de Justicia encuentra que la orden impartida al INPEC, para que traslade al accionante de la Estación de Policía de Santa Bárbara a un establecimiento carcelario idóneo, se ajusta a la legalidad, y por ende, en este aspecto, la sentencia del Tribunal Superior de Antioquia será confirmada.

“No atina el impugnante cuando afirma que la Ley 65 de 1993 y la jurisprudencia vertida en la sentencia T-153 de 1997, exoneran al INPEC de toda responsabilidad relacionada con el alojamiento de los detenidos preventivamente, puesto que una conclusión de tales consecuencias no se desprende del texto normativo, ni la Corte Constitucional dice algo semejante.

“Por el contrario, el artículo 14 del Código Penitenciario y Carcelario establece con perfecta claridad que “Corresponde al Gobierno Nacional por intermedio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la ejecución de las sentencias penales y de la detención precautelativa,

la aplicación de las medidas de seguridad y la reglamentación y control de las penas accesorias, fijadas en el Código Penal (Se destaca).

“Aquella responsabilidad del INPEC no es incompatible con la obligación de crear cárceles en los departamentos y municipios contemplada en el artículo 17 ibidem, de suerte que ningún detenido puede quedar a la deriva, sin que dicho Instituto asuma su alojamiento, cuando en la respectiva localidad no exista una cárcel o ésta no reúna las características necesarias para que el internamiento se produzca en condiciones compatibles con la dignidad humana”.

En la sentencia T-153 de 1998, razonó así la Corte Constitucional:

“8. Con todo, el problema de la infraestructura carcelaria no es solamente de las entidades nacionales. El artículo 17 del Código Penitenciario y Carcelario establece que también a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá les corresponde “la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva.” El mismo artículo señala que en los presupuestos municipales y departamentales se incluirán las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles, y que los gobernadores y alcaldes, respectivamente, se abstendrán de aprobar o sancionar, según el caso, los presupuestos departamentales y municipales que no incluyan las mencionadas partidas.

Empero, según se expresó atrás, las cárceles de las entidades territoriales se encuentran abandonadas y, en muchos casos, fueron clausuradas. Esta situación ha impedido el traslado de reclusos en detención preventiva o condenados por contravenciones a estas cárceles. De esta manera, la Nación ha tenido que asumir todo el peso de la crisis carcelaria.

La actitud asumida por los departamentos y municipios contribuye a la vulneración de los derechos fundamentales de los internos, pues conduce al desarraigo de los presos locales o regionales y al hacinamiento de los establecimientos del orden nacional. Por esta razón, la Corte ordenará a los gobernadores y los alcaldes, y a los miembros de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que den cumplimiento estricto a lo establecido por el artículo 17 del mencionado Código Penitenciario y Carcelario.”

Y en la parte resolutive:

*“Décimo.-**ORDENAR** a los gobernadores y alcaldes, y a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que tomen las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios.”*

Como puede verse, la Corte no exigió de municipios y departamentos más que aquello que la ley le imponía.

4. Inpec y municipios

en municipios como Amalfi y Urrao, en Antioquia, existían de muy vieja cárceles nacionales, pero intempestivamente y de hecho el INPEC las desmanteló, dejando apenas las edificaciones, en mala hora recibidas por los Alcaldes.

En la premura por no dejar sin este servicio a la comunidad, terminan así funcionando cárceles municipales que no han sido creadas, por guardianes que ocupan cargos que no existen, y lo más grave es que son territorios donde las condiciones de alteración del orden público son severas, y quienes ocupan las cárceles son a menudo integrantes de los grupos armados al margen de la ley.

Basta que el grupo al cual pertenece el detenido quiera rescatarlo para que pueda hacerlo sin resistencia ninguna, y es suficiente también que el grupo contrario determine quitarle la vida.

En éste último caso, se vendrá una acción de responsabilidad patrimonial contra el Municipio, que seguramente concluirá con una condena por centenas de millones de pesos, imposible de asumir con cargo al presupuesto municipal. (Ha ocurrido ya en municipios como San Jerónimo y Maceo, ambos en Antioquia)

Si tiene el Alcalde la mala suerte de que se realice un operativo como los que se vienen efectuando, de captura masiva de supuestos miembros o colaboradores de grupos armados, podrá verse obligado a albergar en tan precaria cárcel a cien personas, cuya atención costará al erario aproximadamente quinientos mil pesos mensuales por cada uno, es decir CINCUENTA MILLONES DE PESOS por mes, cifra que resulta astronómica para la capacidad de gasto del Municipio.

De ahí que es imperativo hacer énfasis en la afirmación de que sólo son DETENIDOS a cargo del Municipio quienes estén privados de su libertad por orden de autoridad policiva, por incursión en contravención. Como en la práctica es casi imposible que se produzca detención en esas condiciones, los Municipios deben abstenerse de crear cárceles.

Por el contra, es preciso combatir criterios como la residencia, el nacimiento, el lugar de comisión del delito o el lugar de captura, a partir de los cuales se viene dando por hecho que es obligación del municipio albergar y sostener a quien es privado de la libertad por el hecho de residir en su territorio, de haber nacido en el mismo, de ocurrir los hechos que se imputan dentro de sus límites, o de haber sido capturado en dicho Municipio, cualquiera que sea el delito imputado, ya se trate de detención preventiva o de condena.

En la Ley 65 de 1993, tanto por su exposición de motivos como por su tenor, no cabe duda de que un detenido es MUNICIPAL sólo cuando la privación de la libertad responde a una CONTRAVENCION, cuyo conocimiento corresponde a una AUTORIDAD DE POLICIA.

Si no se conjugan estos elementos, el detenido no tendrá el carácter de municipal luego no se genera obligación alguna para el fisco local, ni de albergarlo como tampoco de celebrar convenios para su manutención.

5. La imposibilidad de colaboración

Suele invocarse por el INPEC y por algunas autoridades judiciales la cooperación de los municipios como una forma de la colaboración prevista en la Constitución Política.

Empero, esa forma de colaboración, salvo para cuatro o cinco grandes ciudades, terminaría convirtiéndose en el absurdo de que el menesteroso ayude al opulento, arresando así por completo mecanismos como la subsidiariedad.

Me explico, el INPEC es autoridad nacional, y la Nación, a través del Congreso, es la autoridad que tiene la cláusula general de competencia tributaria, lo cual significa, en buen romance, que tiene la más amplia libertad de crear cuantos tributos sean necesarios para sostener el sistema carcelario nacional. Como suele decirse en el derecho comparado, la Nación dispara con pólvora del rey, y la pólvora del rey es una fuente inagotable, pues si se le termina crea un nuevo impuesto que le permitirá reponer la ya gastada.

Mientras que para los municipios esa potestad es residual, sólo pueden crear los impuestos que la ley le autoriza, y pese a que en todas las localidades se han establecido y se cobran dichos tributos, con ellos no es ni de lejos suficiente para atender las competencias propias de los municipios, luego no tienen recurso alguno del cual echar mano para cooperar

con la Nación en la financiación de las cárceles.

6. Síntesis

En pocas palabras, es un hecho apodíctico que no tiene por qué existir Cárcel Municipal, salvo que pudiera haber personas privadas de la libertad **por orden de autoridad policiva**, bajo sindicación o condena de **Contravención**.

Si no tiene qué existir, tampoco hay razón para que se obligue a celebrar convenio alguno con el INPEC u otro municipio para contribuir al sostenimiento de cárceles.

De ahí que los Municipios que tienen cárceles están prestando un servicio que no les corresponde, distrayendo de este modo recursos que no tienen, y corriendo serios riesgos por todo cuando ocurra a los reclusos.