

# DOSTROS & RASTROS



**Fernando Carrillo Flórez**  
Procurador General de la Nación

**Juan Carlos Cortés González**  
Viceprocurador General de la Nación



**ROSTROS & RASTROS**  
**Justicia, comunidad y responsabilidad social**

Revista del Observatorio de DD. HH. del  
Instituto de Estudios del Ministerio Público

Año 9 / n.º 21 / Junio-Diciembre de 2018  
Publicación semestral

**Luis Enrique Martínez Ballén**  
**Coordinación editorial**

**Miguel Álvarez-Correa Guyader-Cohen**  
**Director revista**

Instituto de Estudios del Ministerio Público  
Carrera 5ª n.º 15-80 p 16  
Bogotá, D. C., Colombia  
PBX (l) 587 87 50, exts. 11621  
**Editor**

**Natalia del Pilar Cerón Franco**  
**Diseño de portada y diagramación**

**Publicación digital**

Bogotá, Colombia, Junio de 2018

Escribanos sus comentarios a  
[rostrosyastros@procuraduria.gov.co](mailto:rostrosyastros@procuraduria.gov.co)

*Los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen al Instituto de Estudios del Ministerio Público.*

ISSN: 2027-3029

# ROSTROS & RASTROS

Comité editorial

**Humberto José Silva Nigrinis**  
(Colombia) Abogado Master of Public Management.  
[hjsilvaluaniza@hotmail.com](mailto:hjsilvaluaniza@hotmail.com)

**E. Miguel Álvarez-Correa Guyader-Cohen**  
(Colombia) Antropólogo con formación en Economía, Especialización en Derecho de Menores, Maestría en Psicología, Coordinador Observatorio de OSPA y del SRPA del Instituto de Estudios del Ministerio Público en la Procuraduría General de la Nación.  
[c.miguel.a@gmail.com](mailto:c.miguel.a@gmail.com)

**Luis Enrique Martínez Ballén**  
(Colombia) Sociólogo Especialista en Derecho del Potencial Humano. Jefe de División de Investigaciones Socioeconómicas y Asuntos Sociopolíticos del Instituto de Estudios del Ministerio Público en la Procuraduría General de la Nación.  
[lmartinezb@procuraduria.gov.co](mailto:lmartinezb@procuraduria.gov.co)

**Arturo Ronderos Salgado**  
(Colombia) Abogado Especializado en Derecho Público y en Derecho Disciplinario. Jefe de División de Capacitación Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación.  
[aronderos@procuraduria.gov.co](mailto:aronderos@procuraduria.gov.co)

**Omar Vivas Cortés**  
(Colombia) Administrador Público Magíster en Estudios Políticos. Investigador División de Investigaciones Socioeconómicas y Asuntos Sociopolíticos del Instituto de Estudios del Ministerio Público en la Procuraduría General de la Nación.  
[oaivasc@procuraduria.gov.co](mailto:oaivasc@procuraduria.gov.co)

**Rafael de Jesús Bautista Mena**  
(República Dominicana) Físico. Doctorado en Física. Doctorado en Administración Pública Universidad de los Andes.  
[rbautist@uniandes.edu.co](mailto:rbautist@uniandes.edu.co)

**Wálter Rafael Azula Trajano**  
(Colombia) Sociólogo Magíster en Sociología de la Educación. Universidad Distrital. Investigación IEMP.  
[walter.azula@gmail.com](mailto:walter.azula@gmail.com)

**Hernán Hell Huertas Olaya**  
(Colombia) Diseñador gráfico. Magíster en edición de la VOC, Barcelona, España.  
[herna3h@hotmail.com](mailto:herna3h@hotmail.com)

Comité de árbitros

**E. Miguel Álvarez-Correa Guyader-Cohen**  
(Colombia) Antropólogo con formación en Economía. Especialización en Derecho de Menores. Maestría en Psicología, Coordinador Observatorio de SPA y del SRPA del Instituto de Estudios del Ministerio Público en la Procuraduría General de la Nación.  
[c.miguel.a@gmail.com](mailto:c.miguel.a@gmail.com)

**Darío Castillo Sandoval**  
(Colombia) Economista, Magíster en Desarrollo Rural Docente e investigador Universidad Javeriana, Facultad de Estudios Ambientales y Rurales  
[dariocastillo@gmail.com](mailto:dariocastillo@gmail.com)

**César Sánchez Álvarez**  
(España) Trabajador Social. Economista. Magíster en Cooperación al Desarrollo y Doctorado en Economía Social de la Universidad de Castilla y Universidad de Valencia  
[csa.puj@gmail.com](mailto:csa.puj@gmail.com)

**Neill Felipe Cubides Ariza**  
(Colombia) Ingeniero Financiero. Especialista en Diseño de Soluciones Financieras Magíster en Administración Dirección Social de Investigaciones Especiales en la Procuraduría General de la Nación.  
[ncubides@procuraduria.gov.co](mailto:ncubides@procuraduria.gov.co)

**Mónica Vega Solano**  
(Colombia) Comunicadora Social-Periodista. Especialista en televisión con énfasis en documentales. Asesora del Instituto de Estudios del Ministerio Público en la Procuraduría General de la Nación.  
[movega@procuraduria.gov.co](mailto:movega@procuraduria.gov.co)

**Gabriel Mora Restrepo**  
(Colombia) Abogado, Doctorado por la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina. Estudios avanzados en Filosofía Jurídica: University of Notre Dame, Indiana, USA. Director de Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de la Sabana  
[gabriel.mora@unisabana.edu.co](mailto:gabriel.mora@unisabana.edu.co)

**Adriana Otálora Buitrago**  
(Colombia) Economista y politóloga. Magíster en Educación y Desarrollo Humano. Doctorado en Estudios Políticos. Docente Universidad de La Salle y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Editora de la revista *Equidad y Desarrollo*, Indexada, Categoría Colciencias.  
[adrianaotalora@gmail.com](mailto:adrianaotalora@gmail.com)

## En esta edición

ENSAYO	3	Presentación
ENSAYO	4	<i>Sistemas convergentes de protección de derechos humanos: análisis de los sistemas europeo e interamericano.</i> VANESSA MONTERROZA B.
ENSAYO	18	<i>Prueba de polígrafo. Ejercicio inconstitucional e injusto</i> ANDRÉS GÓMEZ R.
ENSAYO	34	<i>La escuela y las familias: dispositivos de construcción de identidades, retos para el profesional en trabajo social.</i> GINNA MERCEDES LUQUE V.
ENSAYO	54	<i>El impacto de la ausencia de un plan nacional de clarificación de los bienes baldíos en Colombia.</i> SILVANA PATRICIA GALOFRE C.
ENSAYO	42	<i>El método interpretativo subsuntivo como herramienta para controlar la discrecionalidad judicial. Una mirada crítica a la teoría de la ponderación.</i> CARLOS ANDRÉS ZAMBRANO S.
INVESTIGACIÓN	59	<i>La justicia de pequeñas causas en la Comuna 21 de Santiago de Cali</i> JANNETH BURGOS P.
INVESTIGACIÓN	68	<i>La contratación de bienes y servicios (con características técnicas uniformes y de común utilización) en Colombia</i> ERICK ANDRÉS PÉREZ Á.
CUENTO	80	<i>Último deseo.</i> CHEJO GARCÍA

## Presentación

*“El mundo rompe a cualquiera. Muchos se hacen fuertes en los sitios rotos. Pero los que no se rompen, mueren” (Ernest Hemingway<sup>1</sup>).*

Recibir, analizar, evaluar o producir artículos científicos en el marco de una revista científica como lo es Rostros & Rostros del Instituto de Estudios del Ministerio Público, la cual cumplió diez años de existencia en junio del 2018, enriquece la mente y el espíritu, y brinda una mayor amplitud de mundo, permitiendo intuir la simultánea complejidad y sencillez del mundo.

Esta “toma de conciencia”, fortalece el deseo de aportar a la solución de las múltiples dificultades que asalta diariamente a la humanidad, por medio de la generación y de la divulgación del conocimiento, y del impulso a la crítica constructiva.

Las consultas a los 182 documentos disponibles a la fecha en la revista, el envío de escritos y de críticas constructivas, y la divulgación de los mismos, representan un importante aporte y homenaje a la labor que venimos implementando, que agradecemos a todos nuestros lectores y colaboradores.

El fácil alcance a textos y documentos para algunos de nosotros, a menudo nos hace olvidar que aún en muchos lugares del mundo y del país, este conforma un privilegio para pocos. Aprender nos ayuda a enfocar de mejor manera nuestras vidas, a ser mejores personas, nos permite enseñar e impulsar la generación de reflexiones, de posibles brindar soluciones a determinadas dificultades, de entender mejor “los otros” y lo desconocido.

Para quienes escribimos, conforma así mismo un reto, ya que la palabra escrita, escrita se queda, consistiendo en una responsabilidad para con nuestro medio por parte de quienes las elabora. No deja de sorprender el alcance que pueden tener nuestras producciones en el tiempo y en la distancia, lo cual nos debe llevar a procurar mantener nuestra vigencia y nuestra “pertinencia”, decía el maestro Ramón de Zubidiría.

Ojalá no perdamos esta sed y esta curiosidad hacia “lo nuevo”, hacia lo desconocido; conforma uno de los principales “motores de vida” del ser humano, en busca de entender mejor nuestro mundo.

A todos bienvenidos, el tren del saber vuelve a iniciar su recorrido, todos pueden subirse sin esperar la próxima escala.

**Miguel Álvarez-Correa G.**

Director revista Rostros & Rostros

<sup>1</sup> Escritor y periodista estadounidense de gran reconocimiento del siglo XX (1899 – 1961).

## ENSAYO

# Sistemas convergentes de protección de derechos humanos: análisis de los sistemas europeo e interamericano

Recibido: 27 VIII 2018+ +; Aceptado: 2 X 2018.

**AUTORA:** VANESSA MONTERROZA B.<sup>2</sup>

## Resumen.

Las diferentes instancias de protección a nivel nacional, regional y de la Unión Europea, han conllevado al surgimiento de un sistema convergente de protección asociado a un Estado globalizado normativamente, que desde una perspectiva positiva ha implicado más instancias de protección de derechos para los individuos, pero desde una perspectiva negativa, ha originado «choques» entre instituciones con un mismo ámbito de competencia, que en la práctica adoptan decisiones contradictorias, con relación a un caso en concreto. En ese contexto, se plantea que la clásica pirámide normativa que ubica a la constitución como norma suprema, ya no da cuenta en estricto sentido del funcionamiento del sistema de fuentes, dando paso, a un sistema circular y permeable de diálogo entre los ordenamientos.

## Palabras claves.

Constitucionalismo multinivel, sistema múltiple de protección de derechos, sistemas convergentes de protección de derechos, sistema interamericano, sistema europeo, Unión Europea.

El fin de la Segunda Guerra Mundial puede considerarse el punto de inflexión en materia de universalización de los derechos. El concepto de Estado – Nación fundamentado en el modelo westfaliano imperante hasta antes de la guerra, entró en crisis producto de las atrocidades cometidas por los Estados, que, amparados en un concepto de soberanía absoluta, violaron derechos humanos en sus territorios ante la inoperancia de la comunidad internacional. La protección de los derechos pasó a convertirse de esa manera, en aspecto esencial de los ordenamientos jurídicos internos y de los sistemas externos de protección de derechos: universal, regional y comunitarios.

Lo anterior originó que actualmente converjan diferentes sistemas que favorecen la garantía de los derechos y que en la mayoría de los casos se complementan, encontrándonos ante una situación de «múltiple» protección por diferentes ordenamientos: constitucional interno, regional y de la Unión Europea (en el caso europeo). Sin embargo, la señalada multiplicidad de protección, puede generar conflictos en casos concretos entre dos normas pertenecientes a diferentes sistemas, con un mismo grado normativo, vigentes de manera simultánea en un Estado determinado.

Las colisiones en el sistema múltiple de protección, pueden ser consideradas similares a las que ocurren en el ordenamiento

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad de Cartagena, Magister en Derecho con énfasis en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Master en Gobernanza y Derechos Humanos y Candidata a PhD en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: vanessamonterroza@hotmail.com

interno con relación a dos o más derechos, que como consecuencia de su carácter relativo, entran en conflicto en una situación concreta, resolviéndose esta situación a nivel interno con teorías como la ponderación. No obstante, la colisión de derechos encuentra un grado mayor de complejidad en aquellos casos donde la confrontación se presenta con relación a la manera como se entiende y se protegen dos o más derechos o un mismo derecho por diferentes ordenamientos que convergen en un tiempo y espacio determinado, pues mientras que en el nivel interno se pondera dos o más derechos pertenecientes a un mismo ordenamiento, en el caso multinivel la confrontación se da entre derechos pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos, pero vigentes en un mismo territorio y en algunos casos, con igual rango normativo.

En el europeo, el sistema multinivel de protección lo integran; en lo nacional, los catálogos de derechos de las constituciones, en lo regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las normas de la Unión Europea, especialmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluida por vía de incorporación al Tratado de Lisboa. Por su parte, en el caso americano, el sistema multinivel es dual; encontrando en lo nacional, los catálogos de derechos de las constituciones nacionales y en lo regional, la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

El sistema de múltiple protección, incluye además de las normas convergentes, instituciones convergentes de protección, es decir, dos o más instituciones competentes con relación a una misma materia, esto es, la protección de derechos humanos. Por un lado, tribunales nacionales constitucionales encargados de la defensa de la supremacía de la constitución, las cuales incluyen en sus textos, catálogos de derechos y por otro lado, organismos internacionales que de manera directa o indirecta protegen derechos con fundamento en instrumentos normativos propios.

El modelo europeo lo estructura en lo nacional, los tribunales constitucionales, en lo regional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de Estrasburgo y en lo comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o Tribunal de Luxemburgo, con la salvedad, que este último, a pesar de no ser un tribunal de derechos humanos, de manera indirecta protege derechos, cuando verifica el cumplimiento de la normatividad de la Unión por parte de los Estados miembros, en especial, luego de la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como norma de la Unión. Por su parte, en el caso americano, se encuentran, en lo nacional, los tribunales constitucionales y en lo regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El escenario planteado, desde una perspectiva positiva, es entendido como un sistema multinivel de protección de derechos, a partir del cual, los derechos fundamentales son protegidos en varios niveles,

## ENSAYO

### Résumé.

Les différentes instances de protection aux niveaux national, régional et de l'Union européenne ont conduit à l'émergence d'un système de protection convergent associé à un État normativement globalisé, qui, d'un point de vue positif, a impliqué davantage d'instances de protection des droits des individus, mais d'un point de vue négatif, a créé des «affrontements» entre des institutions du même domaine de compétence qui, dans la pratique, adoptent des décisions contradictoires dans le cadre d'un cas particulier. Dans ce contexte, il a été avancé que la pyramide normative classique qui considère la constitution comme la norme suprême ne rend plus compte du fonctionnement du système de sources au sens strict, cédant ainsi la place à un système de dialogue circulaire et perméable.

### Mots clés.

Constitutionnalisme à plusieurs niveaux, système de protection des droits multiples, systèmes de protection des droits convergents, système interaméricain, système européen, Union européenne.

por parte de diferentes tribunales, otorgándole a los particulares, opciones adicionales de mecanismos de protección. *Contrario sensu* desde una perspectiva negativa, implicaría un «choque» entre instituciones con un mismo ámbito de competencia, que en la práctica adoptan decisiones contradictorias, con relación a un caso en concreto, debido a la aplicación de diferentes ordenamientos vigentes de manera simultánea en un mismo Estado. Ello ha originado que las decisiones de tribunales nacionales sin superior jerárquico sean «contradichas» por decisiones de tribunales regionales o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el caso europeo) o que, en casos concretos, no se aplique el mayor estándar de protección en aras de hacer compatibles los sistemas convergentes de protección.

Como consecuencia de lo anterior, se está actualmente frente al escenario más amplio de protección de derechos humanos ya conocido, dado que las personas cuentan con múltiples instancias de protección, lo cual representa una conquista invaluable en materia de derechos humanos. Sin embargo, ese mismo esquema múltiple de protección, crea la necesidad de establecer mecanismos de solución de las «controversias» originadas por la confluencia de normas y autoridades competentes en una misma materia, a fin de lograr estabilidad jurídica y en última instancia, la protección de los derechos humanos involucrados en los casos particulares.

La solución de los conflictos en el sistema normativo propio de los

Estados westfalianos, entre normas de diferentes categorías normativas, se soluciona principalmente a partir del principio de jerarquía, representado en el esquema piramidal invertido kelseniano por excelencia, donde la Constitución se entiende como la base del ordenamiento y norma de cierre, de tal manera, que las normas de inferior jerarquía deben estar conforme a esta, solucionándose el choque a favor de la de superior jerarquía (Kelsen H., 2011) . Por su parte, cuando se trata de colisión de normas con una misma jerarquía normativa, como es el caso de los derechos consagrados en las constituciones como normas de cierre, la teoría de la ponderación de Alexy ha servido como mecanismo para solucionar colisiones de derechos en casos concretos (Alexy R., 1993: 81-98).

No obstante, el sistema normativo de protección nacional de derechos, identificado con el Estado westfaliano, que se ha servido para resolver sus conflictos de normas o derechos, de teorías como la jerarquía normativa de Kelsen y la ponderación de Alexy, ha dado paso a un sistema normativo múltiple, asociado a un Estado globalizado normativamente, por lo que ni la jerarquía, ni la ponderación son suficientes como criterios para resolver los conflictos de normas o de derechos en casos concretos.

La antigua forma de entender el sistema normativo de forma piramidal necesariamente tiene que ser replanteada ante la aparición de instituciones universales, regionales y de la naturaleza de la Unión Europea, por lo menos en lo que se refiere a la protección de derechos, pues ya no estamos frente a una única pirámide en la que se condensan todas las normas aplicables a un caso determinado,

sino frente a diversos ordenamientos que no se encuentran en posición jerárquica y que se ven en la obligación de «dialogar» con el propósito de determinar la solución en casos particulares, pasándose de una estructura rígida y cerrada representada con la pirámide, a una figura «más bien» circular donde no hay superioridad de un ordenamiento con relación al otro y donde una misma norma, léase Constitución, no será siempre la que determine la solución definitiva de los casos concretos en los que se encuentren involucrados derechos.

En esa medida, se concluirá que el sistema normativo propio del Estado westfaliano ha sucumbido frente a un modelo de Estado globalizado normativamente, pasándose de un sistema normativo jerárquico piramidal a un sistema normativo múltiple circular, donde no es posible establecer criterios estrictos únicos de resolución de los conflictos entre las normas que conforman los ordenamientos convergentes de protección de derechos humanos, siendo en cada asunto, a partir de las dinámicas de interacción entre los tribunales, donde se determine la solución definitiva de los casos concretos, teniendo como fundamento las circunstancias particulares y los criterios de relacionamiento previamente establecidos por los Estados y las organizaciones internacionales.

### **El constitucionalismo multinivel y el sistema convergente de protección de los derechos humanos: el caso europeo**

El concepto de «constitucionalismo multinivel» surge en Europa para explicar las relaciones entre las constituciones nacionales y la normatividad

de la Unión Europea, especialmente a partir de la práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual, en ejercicio de su función de garantía de aplicación uniforme de la normatividad de la Unión por parte de todos los Estados miembros, emite sentencias que en la práctica han conllevado a «interferencias» de las normas europeas con los preceptos de las constituciones nacionales de los Estados, representando ello, un vuelco en la teoría constitucional clásica y debates acerca del concepto de Constitución en Europa.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es un tribunal especializado en la protección de derechos humanos, sino como ya se señaló, un tribunal que se encarga de velar por el cumplimiento por parte de los Estados miembros de las normas que integran la Unión Europea, sin embargo, con el paso de los años, y por la dinámica misma del funcionamiento de la Unión, el Tribunal pasó de una etapa «inhibicionista» a una «proteccionista» en materia de derechos fundamentales (Agudo M., 2005: 386). Proceso que se llevó a cabo por dos vías: jurisprudencial y por medio de los Tratados. Lo primero a partir de la doctrina según la cual los derechos humanos formaban parte del derecho comunitario como principio general del derecho (Mangas A., 2008: 33 a 38) y lo segundo a raíz del Tratado de Maastricht en donde se viene a ratificar con algunas modificaciones lo dicho en la jurisprudencialmente (Bou Franch V., 2014: 114), así como con el Tratado de Ámsterdam y finalmente con la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea por vía de incorporación en el Tratado de Lisboa.

Como señala Ingolf Pernice, el constitucionalismo multinivel busca explicar el funcionamiento de un sistema como resultado de un proceso de establecimiento progresivo de un orden supranacional a partir de uno constitucional, creado para afrontar la globalización en la era «postnacional». Así mismo, plantea la existencia de una constitución europea formada por los tratados sobre la Unión Europea, la Comunidad Europea y Euratom, el derecho elaborado por los jueces del Tribunal de Luxemburgo, las constituciones nacionales y la jurisprudencia relacionada de los tribunales constitucionales nacionales; integrando un único sistema legal, compuesto de dos capas constitucionales complementarias, la europea y la nacional, las cuales están estrechamente entremezcladas y son interdependientes, por lo que no se pueden leer y entender completamente sin hacer referencia a la otra (Pernice I., 2002).

El constitucionalismo multinivel contempla la existencia de una Constitución Europea más allá de las constituciones nacionales, como producto de la dinámica de funcionamiento de la Unión Europea y de su Tribunal de Justicia, a pesar de no existir formalmente una «Constitución de Europa». Lo planteado, no es un tema pacífico, principalmente por las críticas asociadas a las deficiencias democráticas del sistema europeo y la fuerza del concepto estado-nación imperante en los países que integran la Unión.

Este escenario lo califica Stéphane Pinon como una revolución epistemológica del derecho constitucional producto de su «desestatalización», dando paso a una etapa de «europeización» de la materia, resultado de

la «ósmosis» de los ordenamientos jurídicos nacionales con el europeo. Para el profesor francés, este nuevo entendimiento del derecho constitucional inevitablemente toca las bases dogmáticas del Estado, refiriéndose al francés, pero aplicable a otros miembros de la Unión. Señala a su Estado como «obsesionado» con la unidad entre la Constitución y el Estado y con la «anacrónica» visión de una soberanía indivisible. (Pinon S., 2010). El autor es uno de los defensores del constitucionalismo multinivel europeo, incluso al punto de definir como descontextualizado en el tiempo el entendimiento clásico de la Constitución y el Estado, al considerar que en el modelo de la Unión Europea es impensable la existencia de un estado-nación, tal y como se concebía la figura en sus inicios.

La teoría del constitucionalismo multinivel se origina en gran medida a partir de la aplicación de los principios que inspiran el relacionamiento entre la normatividad europea y las nacionales. De acuerdo a lo establecido en el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht, la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución y el de las competencias por los principios de subsidiaridad y proporcionalidad. De acuerdo al primero, la Unión actúa dentro del límite de las competencias atribuidas por los Estados partes. Ello parecería resguardar el concepto clásico del Estado y la voluntariedad estatal propia de los tratados de derecho internacional.

Por su parte, el principio de subsidiaridad indica que en los ámbitos que no sean competencia de la Unión, esta solo intervendrá si la acción que se quiere no puede ser alcanzada por



los Estados miembros. En tanto, que el de proporcionalidad, contempla que la acción de la Unión no se excederá más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos. De estos dos últimos principios, se podría entender en un análisis rápido, que los ordenamientos nacionales tienen cierta primacía con relación a las normas de la Unión, que solo se aplican de manera subsidiaria y proporcional, sin embargo, el punto diferenciador del tipo de relación entre la Unión y los Estados, que lo aleja del modelo clásico de un tratado internacional, viene dado por los tipos de competencias que se establecen en el Tratado de Funcionamiento de la Unión – TFU-.

En el TFU se enuncian los tres ámbitos de competencia de la Unión; competencia exclusiva de la Unión (artículo 3), competencia compartida con los Estados (artículo 49) y competencias de apoyo (artículo 6). Las competencias exclusivas unidas con el principio de atribución, es lo que va a determinar la novedosa forma de relación de los Estados con la Unión, en el sentido que, implica una cesión de competencias absoluta en los temas catalogados como de competencia exclusiva, conllevando ello a una especie de sesión de soberanía, que quiebra el concepto de estado-nación clásico y consecuentemente, del concepto de constitución asociado a ese tipo de Estados.

En ese contexto, el constitucionalismo multinivel europeo se origina y se entiende en el marco de esa novedosa forma de organización jurídica llamada Unión Europea que rompe los paradigmas del estado-nación, tal y como lo conocíamos, creando un nuevo constitucionalismo, una nueva clase de constitución y nuevas formas de diálogo entre los tribunales

encargados de preservar este nuevo esquema de organización, pues así como la constitución tiene dos capas, en palabras de Pernice, también tendrá dos órganos encargados de la protección del cumplimiento de esa constitución, lo cual inevitablemente va a generar situaciones de conflictos en casos concretos.

Unido a ese sistema, de manera paralela se encuentra la figura de los tribunales regionales de derechos humanos. La diferencia con el constitucionalismo multinivel, al que se ha hecho referencia hasta ahora, consiste en que las relaciones de la normativa de la Unión Europea con las constituciones nacionales se explica a partir de un concepto de constitución multinivel; mientras que las relaciones entre las constituciones y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a partir de una relación complementaria (Pernice I & Kanitz R., 2004:14)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a cuya jurisdicción se encuentran sometidos todos los Estados miembros de la Unión Europea (no es así a la manera inversa, ya que no todos los miembros del Consejo de Europa que da lugar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, van a ser miembros de la Unión Europea) tiene como función principal garantizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados al suscribir el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 19 CEDH), es decir, el respeto de los derechos establecidos en el instrumento regional.

De esa manera, en el ejercicio de sus competencias se pueden emitir sentencias condenatorias a Estados miembros por la vulneración de derechos establecidos en el Conve-

nio, lo cual es el punto clave para el tema que nos ocupa, dado que las constituciones nacionales, también contemplan un catálogo de derechos, protegibles a través de mecanismos internos, verbigracia, el recurso de amparo en el caso del derecho español. Lo anterior, conlleva como resultado que la materia objeto de competencia, derechos humanos, se encuentra en cabeza de más de un tribunal máximo o de cierre: las cortes o tribunales constitucionales nacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de manera indirecta, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que como se señaló previamente, a pesar de ser en estricto sentido un tribunal de derechos humanos, en el ejercicio de sus competencias se puede referir a la aplicación de derechos en los países de la Unión.

En lo regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, al ser un tratado internacional, para ser incorporado al derecho interno de los Estados, debe cumplir el trámite establecido en el respectivo ordenamiento jurídico nacional para la aprobación de tratados, así mismo, tendrá el rango normativo que ese orden le otorgue a este tipo de instrumentos, lo cual trae como consecuencia que el posicionamiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento interno varíe en cada uno de los Estados partes. Así, a manera de ejemplo, en el caso español, por disposición del Capítulo III del título III de la Constitución, los tratados internacionales tienen rango de ley. Por el contrario, en lo que se refiere a las normas comunitarias, en virtud del principio de atribución y de las competencias exclusivas de la Unión, los Estados se encuentran en la obligación de dar cumplimiento

a la normatividad de la Unión, la cual, en todo caso, prevalecerá a cualquier norma nacional, incluyendo las constituciones nacionales, pero solo, en aquellas materias en las que se haya atribuido competencia a la Unión de manera expresa.

**Cuadro I. Sistema normativo de protección de derechos humanos europeo**

Sistema	Norma	Juez
Nacional	Constituciones nacionales	Tribunales constitucionales Jueces nacionales
Regional	Convenio Europeo de Derechos Humanos	Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo)
De la Unión	Normas de la Unión Europea (En especial Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Luxemburgo)

El triple sistema de protección Europeo dio lugar a un nuevo escenario de sistema normativo múltiple, en lo que se refiere a derechos humanos, trayendo como consecuencia que en casos particulares, tribunales competentes en una misma materia, basándose en instrumentos normativos distintos, resuelven un mismo caso de manera divergente, generando, lo que señalamos previamente en un sentido negativo, un escenario de conflicto entre las jurisdicciones y normas, pero en sentido positivo, una protección reforzada de los derechos de los ciudadanos, que ahora gozan de un sistema normativo múltiple de protección que va más allá de los textos constitucionales nacionales y de las propias autoridades nacionales.

En este momento es importante precisar la diferencia entre constitucionalismo multinivel y sistema múltiple de protección de derechos humanos, pues mientras que el primero hace

referencia a una constitución formada por dos capas (constituciones nacionales y normas de la Unión Europea), pero estrechamente entremezcladas e interdependientes, el segundo, se trata de varios ordenamientos jurídicos que protegen una misma materia; los derechos humanos y a varios niveles; nacional, regional y de la Unión Europea.

Ese sistema multinivel en Europa, que prefiero llamar sistemas convergentes de protección de derechos humanos, para olvidar la estructura piramidal que mentalizamos al pensar en niveles, se refiere a los diferentes sistemas de protección de derechos humanos: desde lo nacional, lo regional y la Unión Europea; con fundamento en las constituciones nacionales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las normas comunitarias, en especial la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Un análisis rápido de las formas de interacción del sistema, indicaría que las eventuales situaciones de conflicto entre los ordenamientos convergentes, se resolverían, en el caso del nacional - regional, en virtud del principio de primacía y en el nacional - Unión Europea, a partir del principio de competencia, sin embargo, la práctica ha demostrado que ello no es así, presentándose situaciones en las que los tribunales resuelven un mismo caso de manera distinta, con fundamento en ordenamientos contrarios pero convergentes en un mismo Estado. En esa medida, los principios de competencia y supremacía no son suficientes, ya que ambos tribunales eran competentes o eran la máxima autoridad en la materia, o por lo menos, así lo consideraban.

Estas situaciones has sido catalogadas como «sagas judiciales» (Bustos G., 2012), pudiéndose presentar entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o entre tribunales nacionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este último caso, plantea mayor inquietud, pues formalmente no existen relaciones entre ambas instituciones, las cuales tienen como punto de unión, estados en común sometidos a sus jurisdicciones.

A manera ilustrativa, pueden citarse casos paradigmáticos que envuelven a cada uno de los actores reseñados. Los asuntos Solange 1 y Solange 2, que involucraron al Tribunal Constitucional alemán y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por vía jurisdiccional), el asunto Melloni en el que participaron el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por

vía de cuestión previa), o el caso *Bosphorus* conocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y *A, B y C* contra Irlanda, que involucró al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Supremo de Irlanda. En ese sentido, y partiendo de la realidad originada por los ordenamientos convergentes de protección, el tema actualmente se centra en la forma de resolver los casos concretos cuando la convergencia de ordenamientos ofrece respuestas distintas para la resolución de casos concretos.

En el caso español, verbigracia, a partir del asunto *Melloni*, sometido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en ejercicio del procedimiento de cuestión prejudicial, se decantó momentáneamente, la forma de resolver situaciones en las que al aplicarse la normatividad de la Unión se estaba vulnerando un derecho fundamental reconocido en la Constitución española. El asunto se refiere a la pregunta formulada por el Tribunal Constitucional Español sobre la posibilidad de denegar la ejecución de una orden de detención europea solicitada por Italia con relación a un ciudadano de ese país que había sido condenado en ausencia y que se encontraba en España, pues ello vulneraría el derecho fundamental español a un proceso con todas las garantías.

El tema involucraba por un lado, el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según el cual, los derechos en ella contemplados no pueden interpretarse de manera limitativa o lesiva a los derechos humanos y libertades reconocidos, entre otros instrumentos, en las constituciones de los Estados miembros; el apartado

2 del artículo 24 de la Constitución española que establece el derecho a un proceso con todas las garantías, entre ellas, la prohibición de condenas en «rebeldía», es decir, juicios en ausencia; y la Decisión Marco 2002/584, normatividad de la Unión Europea que desarrolla la orden de detención europea.

Sobre el asunto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que la Decisión Marco es compatible con la Carta. De igual manera, manifiesta que no es admisible una interpretación del artículo 53 de la Carta según la cual un Estado miembro está autorizado para aplicar el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución bajo el supuesto que este sea más elevado que el del derecho de la Unión, pues ello menoscabaría el principio de primacía, permitiendo que un Estado miembro ponga obstáculos a la aplicación del derecho de la Unión conforme con la Carta, si no respeta los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado.

A partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los jueces españoles aplican la Decisión Marco sobre orden de detención europea, a pesar del contenido del artículo 24 de la Constitución española. De tal manera, que, en materia de relacionamiento de los ordenamientos convergentes, es posible que no se opte por el mayor estándar de protección, a fin de lograr la compatibilidad de los ordenamientos jurídicos involucrados.

En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se han presentado un sin número de casos de convergencias, en donde se solicita al Tribunal Europeo, la condena a Esta-

dos partes por la vulneración al instrumento de derechos humanos. La doctrina recurrente del Tribunal a la hora de resolver los casos, se mueve entre los conceptos de «margen nacional de apreciación» de los Estados, es decir, deferencias de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las que no existe ningún tipo de consenso interestatal (Barbosa F., 2013) y el de consenso europeo acerca del entendimiento y alcance de los derechos (Mena F., 2012), privilegiando uno u otro principio en cada caso.

En el asunto *A, B y C* contra Irlanda, por ejemplo, se señalaba por parte de las demandantes que la prohibición del aborto en Irlanda que obligaba a las mujeres a recurrir al extranjero para llevarlo a cabo, constituía una violación de los derechos establecidos en los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, referentes a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes y el derecho a la vida privada y familiar, respectivamente. En esa oportunidad, señaló el Tribunal que, aunque exista un mayoría sustancial de Estados con tendencia favorable al aborto, ello no quiere decir que se reduce el «margen de apreciación» de los Estados sobre este tema, pues no existe en Europa consenso acerca de la definición científica y jurídica del comienzo de la vida, validando desde el punto de vista del derecho del Convenio Europeo, la prohibición del aborto en la legislación irlandesa.

Con los casos citados, lejos de pretender agotar la materia, se busca evidenciar que las situaciones de convergencia de sistemas de protección de derechos, existen y además son frecuentes en el sistema europeo, siendo resueltas a través de diferen-

tes técnicas por parte de los tribunales involucrados.

### El sistema convergente de protección de los derechos humanos: caso interamericano

El sistema interamericano es el sistema regional de protección de derechos humanos que agrupa a la mayor parte de los Estados del continente americano, cuyo órgano jurisdiccional es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asimilable al sistema regional europeo de protección de derechos humanos y a su órgano jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Cabe puntualizar que este sistema de protección carece de una institución de las características de la Unión Europea, propia del modelo europeo de protección. En esa medida, el sistema americano es dual, integrado por el orden regional de protección, conformado por una Corte y una Comisión, y el respectivo ordenamiento nacional.

De conformidad con lo anterior, no es preciso hablar en el sistema interamericano de constitucionalismo multinivel, figura propia de las interacciones entre las constituciones nacionales y la normatividad europea que origina una institución con funciones exclusivas como la Unión Europea. Sin embargo, sí es posible referirnos a un sistema convergente de protección de derechos humanos, puesto que en el sistema americano también confluyen más de un ordenamiento jurídico con competencia en una misma materia: los derechos humanos y más de un tribunal competente para resolver los conflictos que se presenten con relación a la materia en común, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los respectivos tribunales nacionales.

**Cuadro 2. Sistema normativo de protección de derechos humanos interamericano**

Sistema	Norma	Juez
Nacional	Constituciones nacionales	Tribunales constitucionales Jueces nacionales
Regional	Convención Interamericana de Derechos Humanos	Corte Interamericana de Derechos Humanos Comisión Interamericana de Derechos Humanos

A la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mandato del artículo 33 de la Convención Interamericana, le corresponde en conjunto con la Comisión Interamericana, en diferentes etapas del procedimiento, conocer de los asuntos relacionados con el incumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados con relación a los derechos establecidos en la Convención.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos es el principal instrumento regional de protección de derechos. En su artículo primero se establece el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella. A su vez, el artículo segundo señala que en caso que los derechos y libertades no se encuentran protegidos por disposiciones legislativas o de otro carácter, se deben adoptar las medidas que sean necesarias para alcanzar su efectividad. Las normas citadas contienen los dos tipos de obligaciones de los Estados partes de la convención: la garantía de los derechos y la adecuación de la normatividad interna a los postulados de la convención, en caso que no sean compatibles con los preceptos de la Carta Interamericana.

El artículo segundo es el fundamento normativo del denominado «control de convencionalidad», principal elemento generador de «diálogo» entre el sistema regional de protección de derechos y los sistemas nacionales. Este control es entendido como la adecuación de la normatividad interna de los Estados partes a lo establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La figura del control de convencionalidad fue incorporada por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, en donde se indicó que si bien es cierto que los tribunales internos están sometidos al imperio de la ley, cuando se ratifican un tratado internacional como la Convención, también quedan sometidos a esta, por lo tanto, se encuentran obligados a garantizar que la Convención no sea

desconocida, alegándose para ello, la aplicación de leyes contrarias a sus postulados. De tal manera, que los tribunales internos deben ejercer un «control de convencionalidad» a fin de verificar la conformidad de las normas jurídicas internas que se aplican a casos particulares con relación a los postulados de la Convención y a las interpretaciones que la Corte Interamericana haga de ellos, es decir, el control de convencionalidad no se limita al texto de la Convención, sino que también debe tenerse en cuenta las sentencias de la Corte interamericana en donde se interpreta aquella (Corte Interamericana de Derechos Humanos., 2018 - actualización anual:4). Otros autores consideran que el control de convencionalidad no es de creación pretoriana ni se originó con el precitado caso, sino que tiene como fundamento el artículo 2 de la Convención, que a su vez reproduce el principio general del derecho internacional contemplado en el artículo 27 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que señala el deber de adecuación del derecho interno al derecho internacional (Torres N., 2013:349).

Posteriormente, el concepto de control de convencionalidad ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la misma Corte Interamericana, que lo ha ampliado y llenado de contenido, a partir de sentencias en donde por regla general, los Estados aluden como defensa en los casos contenciosos, un precepto constitucional de derecho interno que difiere con relación a lo preceptuado en la Convención Interamericana sobre ese mismo derecho —asuntos «La Cantuta contra Perú», «Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú», «Heliodoro Portugal contra Panamá», «Radilla Pacheco

contra México», «Fernández Ortega y otros contra México», «Rosendo Cantú y otra contra México», «Liakat Ali Alibux contra Surinam»—(Corte Interamericana de Derechos Humanos., 2018-actualización anual). En el debate, los Estados citan de manera reiterada el principio de supremacía constitucional en los ordenamientos internos, así como la soberanía para regularse por su propio orden constitucional sin interferencias de órganos externos con carencia de legitimidad democrática. Por su parte, la Corte sostiene la teoría del control de convencionalidad con base en el artículo 2 de la Convención.

El conflicto entre los ordenamientos convergentes de protección de derechos en el sistema interamericano parecería cerrado a partir de la interpretación conjunta del principio del *pacta sunt servanda* y el artículo 2 de la Convención Interamericana, puesto que sería una obligación de los Estados adecuar el ordenamiento interno a las disposiciones de la Convención, incluyendo las constituciones nacionales. Si ello es así, serán las constituciones nacionales las que deben adecuarse al Convenio, primando el orden interamericano de protección de derechos sobre el respectivo orden nacional. De lo anterior se deduce, que no deberían presentarse divergencias, y en caso de que ocurran, será el orden nacional el que tendrá que adecuarse al precepto regional.

Sin embargo, dicho planteamiento se cuestiona al verificar la posición normativa de la Convención Interamericana dentro de los ordenamientos internos de los Estados partes, ya sea porque la Constitución misma se auto cataloga como norma suprema o porque de esa manera lo establezca la jurisprudencia interna de los tribuna-

les de cierre nacionales, a partir de la interpretación de la Constitución. Así, pueden identificarse, cuatro tipos de posiciones de los tratados —categoría a la que pertenecería la Convención—, dentro de los ordenamientos americanos: supraconstitucional, constitucional, supralegal y legal (Henderson H., 2004: 76-81), pudiéndose generar situaciones problemáticas en los tres primeros casos.

Verbigracia, en el ordenamiento colombiano, de conformidad con el artículo 4 constitucional, la Constitución es reconocida como norma de normas, indicándose que esta prima en caso de incompatibilidad con otra norma jurídica. El citado artículo, es la consagración normativa de la teoría clásica kelseniana, de acuerdo a la cual, la Constitución es la base del ordenamiento jurídico y las demás normas deben ajustarse a su contenido, de lo contrario deberán ser «expulsadas» del ordenamiento.

El caso colombiano presenta además un ingrediente adicional debido a la inclusión en el artículo 93 de la Constitución del llamado «Bloque de constitucionalidad» según el cual, los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Congreso, prevalecen en el orden interno. El sentido literal del texto indicaría que los tratados internacionales de derechos humanos tienen un valor superior al del texto constitucional mismo, ya que el constituyente utilizó la expresión «prevalecen», que denotaría una preponderancia del tratado de derechos humanos sobre el texto de la Constitución en estricto sentido. Sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 1995, señaló que del artículo 93 debe entenderse que esos tratados internacionales

de derechos humanos son parte integral de la Constitución, teniendo igual jerarquía al texto constitucional en sentido estricto, es decir, a los artículos aprobados por la Asamblea Nacional Constituyente, primando sobre las leyes. Agrega que, solo esa interpretación armónica haría compatible el artículo constitucional sobre primacía de la Constitución y el artículo constitucional que indica la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos.

Así mismo, en la sentencia C-028 de 2006, se manifestó que la pertenencia de una norma al bloque de constitucionalidad no puede ser interpretada en términos que esa norma prevalezca sobre la Constitución, sino que se entiende a la Constitución como un texto abierto que amplía el espectro de normas que deben ser respetadas por el legislador.

De acuerdo a la citada sentencia, se armoniza el principio de supremacía de la Constitución y la consagración de la figura del bloque de constitucionalidad, negándose la prevalencia de los tratados internacionales que integran el bloque sobre la Constitución, ubicándolos, por el contrario, en una misma jerarquía normativa. La postura de la Corte resolvería los casos de contradicción entre normas legales nacionales y disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, pero no da respuesta adecuada de los asuntos en donde la divergencia se presenta entre normas constitucionales nacionales y preceptos de la Convención, es decir, normas de igual jerarquía, de acuerdo a la postura del alto Tribunal.

En la última circunstancia descrita, se presentaría una contraposición entre el artículo 4 nacional y la

interpretación de la Corte Constitucional colombiana del artículo 93 de la Constitución, con relación al artículo 2 de la Convención Interamericana que indica que las normas nacionales deberán adecuarse a los preceptos de la Convención. Sucede así por ejemplo, en el caso de las sanciones de tipo disciplinario a funcionarios públicos de elección popular permitida en el ordenamiento constitucional colombiano por el artículo 277 constitucional y la prohibición contenida en el artículo 23 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que indica que el ejercicio de los derechos políticos podrá ser limitado por la ley exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal, quedando por fuera la circunstancia de sanciones de tipo disciplinario por funcionarios no judiciales como las permitidas en el ordenamiento colombiano.

Sobre esta divergencia normativa, la Corte Constitucional de Colombia indicó en la sentencia C-028 de 2006 que la competencia del Procurador General de la Nación para la imposición de sanciones disciplinarias hace parte de la ingeniería de frenos y contrapesos al ejercicio del poder público, respondiendo a la coherencia interna del sistema, por lo que la Corte Constitucional no es competente para corregir eventuales imperfecciones, adoptar los correctivos o implementar las reformas estructurales con el fin de que sea directamente una autoridad judicial la encargada de ejercer el control disciplinario de los parlamentarios. De tal manera, que el tribunal nacional privilegia la supremacía normativa de la Constitución, a pesar de contrariar a la Convención Interamericana

de Derechos Humanos, quedando el conflicto latente entre los ordenamientos nacional e interamericano.

En otros casos como el brasilero, el Supremo Tribunal Federal consideró hasta jurisprudencia reciente que los tratados internacionales, incluida la Convención Interamericana de Derechos Humanos, tenían el rango de ley, por lo que los preceptos constitucionales prevalecerían frente los de cualquier tratado internacional. Sin embargo, parte de la doctrina nacional con fundamento en el artículo 4 de la Constitución que establece la prevalencia de los derechos humanos y el § 2º del artículo 5 que señala que los derechos y garantías consignados en la Constitución no excluyen otros derechos consagrados en los tratados internacionales de los que el Estado sea parte, empezó a sostener que los derechos humanos contenidos en estos instrumentos, se entendían de igual jerarquía a los estipulados constitucionalmente. Sobre este asunto manifiesta De Oliveira que esta nueva doctrina más abierta a la realidad actual apoya la supremacía normativa del producto convencional, en la medida que el § 2º del artículo 5 es abierto, permitiendo la entrada de derechos y garantías provenientes de tratados, ingresando al ordenamiento interno a nivel constitucional y no como legislación ordinaria (De Oliveira., 2000).

Un caso en el cual se debatió en el ordenamiento brasilero, la posición de los tratados internacionales en el ordenamiento interno y la posibilidad de divergencia entre normas constitucionales y tratados internacionales, es el referente al artículo 5, LXVII de la Constitución que contempla que no habrá prisión civil por deudas, salvo los

casos de incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación alimentaria y del depositario infiel, disposición contraria al artículo 7.7 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que indica que nadie será detenido por deudas, salvo por incumplimiento de deberes alimentarios. En este asunto, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, mediante sentencia 95967 de 28 de noviembre de 2008 y Súmula Vinculante No. 25, cambia su postura acerca de la posición de los tratados de derechos humanos en el orden interno, indicando que tendrán la categoría de supra legales, por encima de la ley, por lo que paralizan la eficacia jurídica de cualquier norma infra constitucional. De lo anterior, se concluye, que las leyes que versan sobre prisión civil del depositario infiel, aunque vigentes, son inválidas en el ordenamiento.

Del planteamiento del Supremo Tribunal Federal se infiere que, a pesar de la categorización de los tratados internacionales como normas infra constitucionales, con fundamento en la Convención Interamericana, que es un tratado internacional, se deja sin validez el aparte del artículo constitucional que permitía la prisión por el incumplimiento del contrato de depósito. De tal manera, que, sin reconocer la supremacía de la Convención Interamericana, se está privilegiando sus postulados con relación a la norma constitucional. En este caso, se evidencia como a través de la sentencia del Supremo Tribunal Federal se intentó dilucidar las divergencias entre los dos ordenamientos, evitando condenas al Estado brasileiro por incumplimiento a la Convención en relación con el derecho a la libertad personal.

En el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia manifestó la negativa a ejecutar uno de los puntos resolutivos de la sentencia de la Corte Interamericana en el asunto *Fontevicchia y D'Amico contra Argentina*.

La Corte Interamericana había condenado al Estado por violación del artículo 13 sobre libertad de pensamiento y expresión, determinando que imponer sanciones pecuniarias por la divulgación de informaciones de un personaje público, se constituía en la nueva forma de censura y por lo tanto, se vulneraba el derecho a la libertad de expresión de la Convención. En la parte resolutive de la sentencia se ordenó dejar sin efectos la condena civil a los demandantes, impuesta por los tribunales nacionales, decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia argentina, antes de llegar a conocimiento de la Corte Interamericana.

Al ser condenado el Estado argentino y frente a la solicitud de ejecutar la parte resolutive de la sentencia consistente en dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias; la Corte Suprema de Justicia manifestó en la CSJ 368/1998 (34-M)/CSI del 14 de febrero de 2017, que al efectuar dicha orden, la Corte Interamericana había actuado por fuera del marco de las competencias establecidas en la Convención, indicando que ese organismo no tiene categoría de «cuarta instancia procesal» y dentro de sus funciones no se encuentra la de revisar o anular decisiones jurisdiccionales estatales.

Agrega, que el artículo 27 de la Constitución contiene una «esfera de reserva soberana» delimitada por los principios de derecho público que los tratados internacionales deben respetar, por lo que ordenar revocar una sentencia de la Corte Suprema implica una trasgresión de la Constitución y una sustitución del órgano de cierre nacional por uno internacional. La decisión de la Corte Suprema de Justicia ha sido catalogada por algunos como un estándar interpretativo regresivo de la Constitución argentina (Pittier E., 2017).

Así, la controversia entre las Cortes se refiere por un lado, al ámbito de competencia, y por el otro, al entendimiento del derecho a la libertad de pensamiento expresión y sus límites frente al derecho a la intimidad personal. Mientras que los tribunales nacionales privilegiaron en el caso concreto el derecho a la intimidad personal, el organismo regional privilegió el derecho a la libertad de pensamiento y expresión. En este caso, la controversia entre las Cortes se encuentra latente, requiriéndose mecanismos de diálogo a fin de determinar el cierre del asunto y favorecer la seguridad jurídica.

Los tres casos citados, a manera ilustrativa, permiten evidenciar que, en el sistema interamericano, al igual que en el europeo, es común la presencia de situaciones de convergencias de ordenamientos en materia de derechos humanos, pues a pesar de que no exista una institución como la Unión Europea, las situaciones de relacionamiento se presentan entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **A manera de conclusión: El nuevo sistema normativo de protección de los derechos humanos: de la pirámide al círculo**

El escenario descrito, europeo y americano, muestra que actualmente el sistema de protección de derechos humanos es múltiple, convergiendo varios ordenamientos de diferente índole de manera simultánea en un Estado determinado, lo cual puede generar en la práctica, que en asuntos concretos se presenten divergencias en cuanto a la forma de resolver los casos, ya sea con relación a como se entiende un mismo derecho por cada uno de los sistemas convergentes o con relación a la primacía de un derecho sobre otro.

La convergencia origina a su vez la existencia de dos o más ordenamientos sobre una misma materia y dos o más sujetos competentes para pronunciarse sobre el asunto. Esto visto desde una perspectiva positiva genera un escenario de múltiple protección favorable a las personas, *contrario sensu*, desde una perspectiva negativa, podría conllevar a situaciones de conflicto entre los ordenamientos y autoridades competentes y escenarios de aplicación de criterios de uniformidad y no de estándar máximo de protección.

Desde la perspectiva positiva, este nuevo sistema convergente de protección de los derechos humanos en Europa ha propiciado al menos tres canales de protección de derechos, y en América dos, ello sin contar el sistema universal que también puede entrar a confluir en la protección de los derechos, el cual por sus particularidades resulta ajeno

a este trabajo. El sistema descrito ha generado varias instancias a favor de las personas, que ya no solo tienen a disposición los sistemas nacionales, lo cual, representa un avance en materia de protección de los derechos, pese a los problemas que puedan presentarse desde la perspectiva negativa, es decir, del conflicto de competencias.

Frente a la perspectiva negativa, y para dar respuesta a los problemas de seguridad jurídica, se han elaborado teorías como la de los «diálogos judiciales» que buscan resolver los retos que plantean los novedosos sistemas normativos múltiples, que si bien, no son una fórmula exacta, funcionan para resolver casos concretos. Así, la teoría de los diálogos es una opción válida aunque no resuelve de manera completa los cuestionamientos que se presentan desde el principio de seguridad jurídica, el cual necesariamente se debe matizar ante la presencia de varios sistemas normativos que ofrecen distintas soluciones a un mismo caso. Podría pensarse entonces, en una modificación del entendimiento del principio de seguridad jurídica, en el sentido de considerarlo relativo hasta tanto todos los ordenamientos y autoridades competentes en materia de derechos humanos, puedan pronunciarse y llegar a una solución dialogada del asunto en concreto.

El entramado jurídico actual de protección de derechos humanos puede ser considerado como el más avanzado en la historia en materia de derechos humanos, pues la protección no se limita al Estado, sino que se extiende a órganos externos de protección que ofrecen una garantía reforzada, bajo

el entendimiento que los Estados también pueden violar derechos. Así, y teniendo en cuenta los beneficios de este sistema convergente de protección, el punto de interés se centra en la manera como resolver las situaciones de controversias que puedan presentarse entre los ordenamientos y las autoridades competentes de manera concurrente.

Para Bustos esta situación de convergencia, que él denomina de «pluralismo constitucional», debe traer como resultado un diálogo obligatorio. Manifiesta el autor, que estos escenarios no son «anárquicos», pero si pueden generar conflictos sobre todo en aquellos casos en donde se cuestiona la competencia y donde se presenta una superposición de ordenamientos jurídicos simultáneamente competentes (Bustos G., 2012).

La cuestión de la «anarquía» planteada, es uno de los temas más difícil en este tipo de sistemas, porque la convergencia puede llevar a pensar que no existen criterios para resolver en un caso concreto, cuál es el ordenamiento jurídico aplicable y quién es el juez competente para dirimir el asunto.

Señala Bustos que estos problemas se podrían solventar a partir de la técnica de los «diálogos judiciales», definida como comunicación entre tribunales, aceptando al otro como un interlocutor válido con razones suficientes. Las técnicas de diálogo son clasificadas en técnicas tradicionales y nuevas técnicas. Entre las tradicionales, se incluyen, la cuestión prejudicial, el control previo, el recurso subsidiario (agotamiento de los recursos internos) y como nuevas técnicas, se citan las reformas belga y francesa que crean la cuestión



prioritaria de constitucionalidad y la revisión extraordinaria de sentencias firmes como consecuencia de una declaración de violación del CEDH.

En esa medida, a través de diferentes mecanismos de diálogos, los tribunales buscan resolver por las vías jurídicas, las contradicciones o divergencias de los ordenamientos convergentes, los cuales, a pesar de no ser criterios únicos aplicables a todos los casos, si pueden ser herramientas útiles a fin de lograr la solución de situaciones concretas.

Como lo reconoce el precitado autor, la técnica es subsidiaria, aplicable solo cuando el principio de competencia no puede resolver el asunto, así mismo, la califica de útil pero no infalible, como sucedía antiguamente con el principio de jerarquía, pues no todos los casos podrán resolverse a través de la técnica del dialogo, culminando con el simple reconocimiento de una contradicción y el mantenimiento de cada una de las posiciones encontradas, sin embargo, si se considera por lo menos, en una opción válida en el nuevo escenario de pluralismo constitucional (Bustos G., 2012).

Lo que he denominado el sistema convergente de protección de los derechos humanos, crea un escenario nunca antes visto en el derecho, que presupone un sistema múltiple de fuentes del derecho que no se relacionan bajo el principio de jerarquía, siendo posible que se presenten casos donde no se puede determinar con unicidad de criterio, cuál norma prima sobre la otra, o se presentan interpretaciones divergentes con relación a cuál ordenamiento se debe aplicar para resolver un caso determinado, dado que cada uno de los tribunales

involucrados, bajo su propio criterio y con fundamento en la norma que esta instituido para proteger o de la cual es interprete autorizado, considera que es ese ordenamiento y no otro, el que debe resolver el caso en cuestión.

El sistema normativo único y cerrado es una cuestión del pasado jurídico, pudiéndose hablar hoy en día de un sistema normativo múltiple, en el que convergen diferentes ordenamientos. Ello trae como corolario que la clásica pirámide normativa ya no da cuenta del funcionamiento del sistema de fuentes, ante lo que se propone, para explicar este nuevo fenómeno, una figura circular y permeable que permita el ingreso de nuevos ordenamientos, donde no existe una única norma de cierre como referencia para la resolución de casos. De esto se trata el nuevo constitucionalismo, y de manera particular, la nueva forma de proteger derechos humanos en un mundo globalizado y cada vez más alejado del estado-nación.

Lo descrito, es un cambio de paradigma que implica más sistemas de protección a los derechos, pero también, genera problemas que antes no existían y de los que ahora deben ocuparse la doctrina y la misma jurisprudencia. El primer paso para ello, es el reconocimiento del cambio del sistema normativo y de la nueva forma de relacionamiento de las fuentes del derecho.

## Referencias bibliográficas

- AGUDO Zamora Miguel, «La protección de los derechos en la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica desde el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea

al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa» en *Revista de Derecho Europeo*, 2005, pp. 373-430

- ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1993.
- BARBOSA Francisco, «El margen de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática» en *Dialogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, España (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 1089-1118
- BOU FRANCH, V., (Editor), *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Pamplona (Civitas, Thomson Reuters), 2014
- BUSTOS Gisbert Rafael, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 95, mayo-agosto, 2012, pp. 13-63
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Control de convencionalidad. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7, 2018-actualización anual.
- DE OLIVEIRA Mazzuoli, Valerio «A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenéutica internacional» en *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, vol 53, 2000, pp. 83-106.
- HENDERSON, Humberto, «Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*» en *Revista IIDH*, Vol 39, pp. 71-99, 2004
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Madrid (Trotta) 2011.
- MANGAS MARTÍN, A., «El compromiso con los derechos fundamentales» en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*, 1ª edición, Bilbao (Fundación BBVA), 2008, pp. 30-70.

- MENA Parras, Francisco Javier, «La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un “punto de inflexión”» en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional? En *Anuario de Derechos Humanos*, 2012, pp. 115-124.
  - PERNICE, Ingolf, Traducción de Cristina Elías Méndez «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea» en *European Law Review* No. 5, 2002, pp. 511-529
  - PERNICE Ingolf y KANITZ Ralf, «Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe» en *Humboldt-Universität zu Berlin WHI – Paper 7/04*, 2004
  - PINON, Stephane, «El derecho constitucional europeo: ¿Una disciplina autónoma?» en *Revista de Derecho Constitucional Europeo -ReDCE* Año 7, núm 13, enero, junio, 2010, pp. 267-289.
  - PITTIER, Lautaro Ezequiel, «Algunas notas sobre el fallo Fontevecchia y D’Amico contra Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en *Espacio Jurídico*, febrero, 2017.
  - TORRES Zuñiga Natalia, «Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos» en *Revista Derecho PUCP* No. 70, 2013, pp.347-369.
- Jurisprudencia citada**
- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-028 de 2006.
  - Corte Constitucional colombiana, sentencia C-225 de 1995
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto «Almonacid Arellano y otros contra Chile»
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto «Fontevecchia y D’Amico contra Argentina»
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto «La Cantuta contra Perú»
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto «Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú»
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto «Heliodoro Portugal contra Panamá»
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto «Radilla Pacheco contra México».
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto «Fernández Ortega y otros. contra México».
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto «Rosendo Cantú y otra contra México».
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto «Liakat Ali Alibux contra Surinam».
  - Corte Suprema de Justicia, comunicado del 14 de febrero de 2017, asunto «Fontevecchia y D’Amico contra Argentina»
  - Supremo Tribunal de Brasil, sentencia 95967 de 28 de noviembre de 2008
  - Supremo Tribunal de Brasil, Súmula Vinculante No. 25.
  - Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto «A, B y C contra Irlanda»
  - Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto «Melloni»
  - Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto «Bosphorus»
  - Tribunal de Justicia de la Unión Europea asunto «Solange 1»
  - Tribunal de Justicia de la Unión Europea asunto «Solange 2»

## ENSAYO

**Resumen.**

El artículo analiza el instrumento denominado la “prueba de polígrafo”, cuyo sentido es medir descriptivamente las emociones que se registran gráficamente en aspectos como el ritmo cardiaco, el pulso, las constantes psicósomáticas, evidenciando la verdad en un testimonio y que se viene aplicando en el territorio nacional, sin norma habilitante por las restricciones constitucionales existentes.

**Palabras Clave.**

Dignidad, Estado Social de Derecho, polígrafo, variaciones fisiológicas, gráfico, Detector de Mentiras, Carta de Derechos, núcleo duro, tutela, no autoincriminación, derecho a la intimidad, debido proceso.

**Résumé.**

L'article analyse l'instrument appelé «test polygraphique», dont le sens est de décrire de manière descriptive les émotions enregistrées graphiquement sous des aspects tels que la fréquence cardiaque, le pouls, les constantes psychosomatiques, mettant en évidence la vérité dans un témoignage. Ce test a été appliqué dans le territoire national sans norme d'habilitation en raison des restrictions constitutionnelles existantes.

**Mots clés.**

Dignité, État de droit social, polygraphe, variations physiologiques, graphique, détecteur de mensonges, déclaration des droits, noyau dur, tutelle, non-incrimination, droit à la vie privée, respect de la légalité.

# Prueba de polígrafo. Ejercicio inconstitucional e injusto

Recibido: 10 IX 2018; Aceptado: 1 XI 2018.

**AUTOR:** ANDRÉS GÓMEZ R.<sup>3</sup>

Las Nación lucha contra la criminalidad en todas sus formas, lo importante es que las pruebas o instrumentos estén acorde a los lineamientos definidos por la sociedad democrática, en la sujeción de los asociados a la Constitución Política.

Primeramente les preciso indicar que la aplicación de la prueba de polígrafo es cuestionable en el ámbito colombiano. De esta manera, es preciso conocer el instrumento, así como evidenciar su aplicación de hecho en los diversos ámbitos de la vida cotidiana e institucional.

Sea lo primero indicar que hay que conocer el sentido etimológico, y la perspectiva desde la doctrina en torno al tema.



Fuente: (El Mundo, 2018)

<sup>3</sup> Abogado constitucionalista, Magister; ex consultor PNUD, Ex asesor Presidencial, Asesor del Ministerio del Interior y Agricultura, entre otras Entidades del Estado; Profesor de varias Universidades Públicas y Privadas, actualmente ejerce la docencia en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Javeriana. Autor de varias obras jurídicas [Constitución & Ciudadanía, Constitución Lúdica y Pedagógica UMNG, la Delegación (Editorial Ibáñez), entre otros textos, y materiales didácticos, como Tutela y Juega (Presidencia de la República y PNUD), Ágora el Juego de la Constitución, entre otros. Actualmente ejerce como Asesor del Despacho del Procurador General de la Nación, desempeñando sus labores como investigador del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Correo electrónico: agomez1@procuraduria.gov.co

## Definición y conceptos

Una preocupación que atañe al ciudadano de a pie es saber cómo puede protegerse de quienes quieren imponer su dominio, como detentador de poder o como particular que exige tu valoración como «persona» frente a la máquina de la verdad “el *polígrafo*”, ello afecta sin dudas la «dignidad» que es elemento ineludible de nuestro Estado Social de Derecho.

Para dar un ejemplo, la prueba afecta la vocación laboral tratándose de alguna profesión, arte u oficio; esto al registrar las emociones, alteraciones del pulso y ritmo cardíaco, con la formulación de preguntas que inciden sobre aspectos de la vida de las personas y que invaden su esfera íntima. Es así, como el método se encuentra alejado del respeto a los principios y valores constitucionales, como de la misma Carta de Derechos; inclusive, desborda el núcleo duro de los fundamentales, que para dar un ejemplo, se ha señalado: “*ir más allá de la autorización dada por la preceptiva legal en relación con la recolección de información personal, puede suponer la invasión del núcleo duro del derecho a la intimidad*”. [Corte Constitucional, Sentencia C-567/97].

Resulta valioso recordar a Aristóteles: “*El ciudadano, en general, es el individuo que participa en la autoridad y en la obediencia pública. En la república perfecta, es el individuo que puede y que quiere libremente obedecer y gobernar alternativamente, conforme a los preceptos de la virtud*”, y la virtud tiene una relación con la justicia lo que resulta básico la concepción del modelo de Estado Social de Derecho.

Sea lo primero indicar que el término «*polígrafo*» está definido por el Real Academia Española (RAE):

Del gr. πολυγράφος *polygráphos*.

1. m. y f. Persona que se dedica al estudio y cultivo de la poligrafía.
2. m. y f. Autor que ha escrito sobre diversas materias.
3. m. Aparato que registra gráficamente la medición simultánea de varias constantes psicósomáticas, como el pulso, el ritmo cardíaco, etc., y que se utiliza para contrastar la veracidad de un testimonio.

Sin lugar a dubitaciones, los estudiosos del tema desarrollaron una teoría, una práctica y una herramienta relacionada con el detector de mentiras:

“A principios del siglo XIX un criminólogo italiano llamado Lombroso utiliza un aparato llamado pletismógrafo que medía la velocidad del pulso y el volumen sanguíneo en los interrogatorios criminales.”

“William Moulton Marston nació en 1893 en Saugus, el inventor del primer aparato funcional para detectar mentiras, adaptó en un único instrumento los aparatos actuales para medir la

presión sanguínea y otros cambios corporales.”

“John Augustus Larson el Padre del Polígrafo Moderno, nació en Nueva Escocia, Canadá en el año 1892, tras sus estudios de biología desarrolló una tesis sobre la identificación de huellas dactilares con el que tuvo gran aceptación y que inspiró su interés en la ciencia forense. (...) Mientras Larson estaba estudiando colaboraba con el departamento de policía de Berkeley, en California, solo tenía 21 años y fue cuando integró la prueba para la presión arterial, desarrollada por William Moulton Marston, con mediciones de pulso y respiración para hacer una completa herramienta de detección de mentiras con resultados gráficos, el Polígrafo.”

“Emilio Mira y López nació en Santiago de Cuba: “escribió un libro titulado Manual de la Psicología Jurídica donde incluye los datos del Polígrafo de Larson y crea una máquina que le permite obtener gráficamente datos de la situación emocional y el control motor el sujeto”.

“A raíz del polígrafo de Larson se han ido perfeccionando las técnicas de la poligrafía, se citan otros como John E. Reid añade al interrogatorio del polígrafo la prueba de la pregunta control (CQT), Cleve Backster crea una escala numérica para puntuar los registros, D.T. Lykken desarrolla la prueba de información oculta o prueba de conocimiento culpable (GKT)”.

Se busca demostrar si la prueba de polígrafo tiene eficacia como garantía de la verdad, y establecerlo como medio eficiente y eficaz para los estudios y confiabilidad en la implementación relacio-

nada con los servidores públicos, si es consecuente con los parámetros establecidos en el ordenamiento superior, y si existe resistencia frente la Carta Política, la jurisprudencia existente y las tensiones que se puedan presentar al entrar en colisión los derechos fundamentales constitucionales.

En la práctica se discute sobre las contradicciones que genera la naturaleza del instrumento al invadir la esfera interna de las personas en relación con la inconveniencia e inconstitucionalidad de otorgar sustento normativo a la herramienta del polígrafo, específicamente en aspectos que perturban la dignidad humana, la autoincriminación y la intimidad.

#### La doctrina

La misma carta de derechos constituye una barrera para la implementación de la prueba de la verdad, su uso sería de contera inconstitucional e injusto, asentando una especie de elusión constitucional, lo que el maestro QUINCHE, en “La elusión constitucional”, hablaba de “*la existencia de un procedimiento o maniobra formalmente válida, mimética, por la cual se adopta un texto normativo*”, en relación con el posible “ardid”, en los variados ejemplos.

Los particulares, operadores jurídicos y administrativos deben respetar la Constitución como norma de normas. Igualmente se ha demostrado que aún con la prueba del polígrafo se puede engañar a quien la ejecuta. Tampoco hay estudios con fundamento empírico que demuestren que se ha aminorado la corrupción con esta herramienta en el caso colombiano.

La prueba se realiza fundamentalmente mediante la tercerización de servicios,

con empresas que hacen el trabajo y han encontrado en los recursos públicos una forma de vender sus servicios con ese objeto; incluso, haciéndolo posiblemente en forma elusiva, sin soporte constitucional y legal, lo cual constituye un riesgo en materia de responsabilidad, pues *si no tiene validez, esta “no es medio de prueba en la legislación nacional”<sup>4</sup>, igual “encuentra peligros enormes frente a la libertad y a la dignidad”<sup>5</sup>, esto según las voces de las altas corporaciones cuál es el sentido de hacerla.*

Algunos tratadistas han abordado la problemática como José A. Gómez en su obra “*Nuevo Sistema Penal Acusatorio Colombiano*”, plantea que la significación del término “*muchos trazos*”, y que lo que debe entenderse que “*es un instrumento científico ultrasensible de gran precisión, capaz de registrar en forma continua y simultánea en un gráfico las variaciones fisiológicas que se producen en el organismo de un individuo estimulado psicológicamente mediante determinadas preguntas, como lo señaló White, 2001*”.

Igualmente, podríamos preguntarnos cómo funciona la herramienta, y la misma doctrina nos puede indicar la definición puede tener variados matices de acuerdo a la lectura de los estudiosos del tema (México: Universia, 2013):

“El polígrafo es también conocido como «Detector de Mentiras». ¿Cómo funciona el polígrafo? Los datos fisiológicos recogidos en un gráfico, relativos a un protocolo de preguntas específicamente elaborado para una propuesta concreta, permiten después de un análisis algorítmico evaluar si una persona miente o dice la verdad respecto a una cuestión previamente determinada. Está científicamente comprobado que cuando una persona miente se producen en su organismo, a través del sistema nervioso autónomo,

reacciones fisiológicas y emocionales espontáneas de intensidad variable que de ninguna manera puede controlar en un corto espacio de tiempo. La presión sanguínea, el ritmo cardiaco, respiración y la conductancia de la piel sufren modificaciones. La habilidad y experiencia del examinador al conducir la prueba, así como el equipo y método a emplear en la aplicación de la misma, son fundamentales a la hora de conseguir resultados fiables”.

Con el objeto de tener una visión de los estudiosos del instrumento, lo cual puede brindar elementos que permitan hacer unas precisiones técnicas frente a las carencias normativas relacionadas con el tema. El doctor Nattan Nisinblat (2016), plantea los alcances del instrumento en relación con diversos órdenes, así:

“La naturaleza jurídica de este medio de prueba aún se encuentra en discusión, pues, para algunos, se trata de una prueba científica, que debe ser tratada bajo reglas especiales y que por lo tanto no admite su práctica al amparo de aquellas que regulan el interrogatorio o el testimonio; y, para otros, se trata en efecto de un interrogatorio asistido por un perito, quien determina su resultado y recomienda al juez el sentido de la valoración.” (p. 397).

Al no existir ninguna disposición legal sobre el polígrafo ningún juez de la república puede darle extensión al instrumento, pues a ellos los rige la norma (230 superior). El polígrafo no podría tener validez desde la propia justicia, solo para declararla inviable por ser inconstitucional e injusta, que en el caso específico colombiano no tendría el sustento para poder ser validado, es lejana al debido proceso y desde el campo jurídico probatorio dado su carácter subjetiva, intelectual y volitiva, invade la esfera de la persona, no tiene certidumbre jurídica, es grosera y desviada su aplicación.

Otros estudios plantean los alcances del tema que nos ocupa, siendo preciso citar la obra denominada Nuevo

<sup>4</sup> Nota: Corte Constitucional, Sentencia T-233/07

<sup>5</sup> Nota: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 2647 (2008)

Sistema Penal Acusatorio, donde se hace un agudo análisis jurisprudencial y doctrinal de la prueba de polígrafo, desde luego tiene un procedimiento que tiene una barrera en relación con una aplicación poco pacífica. Al respecto, se relaciona su aplicación práctica:

- “La administración de la prueba se desarrolla en cuatro etapas:
- Recolección de datos y preparación.
- Entrevista pre-test.
- Administración de la prueba.
- Una entrevista pos-test (Mervis, 2002).

En la primera etapa, o fase previa, se solicita información de carácter general sobre el examinado, y acerca del caso. En la segunda etapa se busca

establecer empatía o *repport* con el examinado. El examinador construye el cuestionario y los estudia junto con el examinado. En la tercera fase, el test, se hacen las preguntas del cuestionario registrando sus reacciones fisiológicas ante cada pregunta. La última etapa se realiza cuando se quiere observar la consistencia de los datos obtenidos. Se realiza de nuevo el test, pero las preguntas se cambian de orden” (Novoa, citado por Gómez, 2008, pp. 185-191).

Es así como la Carta de Derechos, expuesta por el constituyente de 1991, donde la dignidad humana, el hecho de ser persona, adquiere un rol dentro del modelo de nuestro Estado social de derecho, donde se concluye

que en la mirada de los procesalistas no hay cabida para la utilización del polígrafo desde el debido proceso.

## Ámbitos de aplicación

Igualmente, deben ser tenidos en cuenta elementos en cuanto a su aplicación un hecho notorio en todos los órdenes de la sociedad evidenciando que existe un vacío jurídico aunado a la falta de inspección, vigilancia y control. Al respecto, veamos su aplicación según los expertos:

### Diversos espacios de aplicación práctica del instrumento

Expertos 2014. Campos de aplicación de la poligrafía [Disponible en línea: [www.lafayettecolombia.com](http://www.lafayettecolombia.com)]

- **Compañías de seguridad privada:** guardas o vigilantes, escoltas, conductores, transporte de valores, uso de armas de fuego, etc.
- **Manejo de mercancías:** logística, almacenamiento, transporte.
- **Manejo de dinero valores:** tesoreros, cajeros, administradores, dependientes de almacenes de venta al público.
- **Manipulación de sustancias y materias primas:** laboratorios, farmacias, transporte de sustancias peligrosas, etc.
- Manejo de información confidencial y/o estratégica: proyectos, diseños, campañas, asesores personales, secretarías.
- **Empresas de empleos temporales y de outsourcing.**
- **Detección de hábitos nocivos:** juego, drogas, alcohol, violencia (negrillas propias).
- Casinos e industria del juego, selección y control de permanencia de empleados.
- **Servicios personales:** comprobación de referencias y antecedentes de personas naturales, inmigrantes extranjeros de difícil localización.
- En el curso de investigaciones judiciales, administrativas, disciplinarias y fiscales, para el diagnóstico de la veracidad de testimonios que ayuden a resolver asuntos de robos internos, fraudes, comportamientos dudosos, deshonestidad, abuso de confianza, abuso sexual, etc.
- Mantenimiento de confianza en parejas, socios, empleados, etc.”. (“adaptación cuadro”)

Los expertos en pruebas enseñan una tipología de test, tal como el de pre-empleo<sup>6</sup>, el de rutina<sup>7</sup> y el espe-

<sup>6</sup> Nota: Expertos. “Ideal para agilizar el proceso de contratación con filtros de seguridad. Recluta con seguridad y garantiza tu inversión en la selección de nuevos colaboradores. Obtenemos información de 4 áreas de riesgo”. Expertos: (26 de Enero de 2014). Obtenido de Disponible [http://www.lafayettecolombia.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4&Itemid=6](http://www.lafayettecolombia.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=6) (consultado: 26 de enero de 2014) (cuadro propio adaptando contenido).

<sup>7</sup> Nota: Expertos. “Persuada a todo su personal para evitar actos que van en contra de las normas de la empresa. Ideal para puestos operativos, administrativos y ejecutivos”.

cífico<sup>8</sup>, ellos desde luego también podrán tener lecturas calificadas frente al instrumento, sería importante una seguridad jurídica, el problema es que hay unas serias limitaciones de orden constitucional y legal y jurisprudencia que se ha mostrado fuerte en su carga argumentativa al

<sup>8</sup> Nota: Expertos. “Es la herramienta ideal para identificar responsables en situaciones de robo, fuga de información, beneficios ilícitos, fraudes y demás. Contamos con profesionales expertos en atender los requerimientos de justicia solicitado por abogados, jueces y fiscales, entre otros”.

negar la aplicación de este tipo de instrumentos.

Se plantean otros tipos de pruebas que son más sofisticados: “¿Qué es Voice Stress Analysis (consipa.com/assets, 2018), (Análisis de Estrés de la Voz) o VSA, es un programa de software que funciona bajo de Microsoft Windows, aplicamos VSA a través de una entrevista privada cada vez que la persona contesta una pregunta el programa detecta, mide y despliega el nivel de estrés psicológico por

medio de la voz humana”. (...)Es una “Tecnología desarrollada por el Ejército de Estados Unidos Recomendado por el Congreso de EEUU después de los ataques del 11 de septiembre. “Acta de Seguridad de

Aviación y Transportación, 16 de Nov. 2001”, al respecto, el operador detecta si hay estrés o no se presenta, lo cual se mide y evidencia en una persona a la entrevista en lo que se denomina “Evaluación Kinésica”.w

Al respecto los mismos presupuestos aplican desde el análisis constitucional que se ha realizado sobre el particular, presenta los mismos riesgos el instrumento. Aun así, polígrafo plantea la dicotomía:

<b>Elementos diferenciales en prueba de impulsos por frecuencia y sudoración vs mediciones en prueba de voz<sup>9</sup></b>	
<b>POLIGRAFO</b>	<b>V S A</b>
POLIGRAFO V S A Intrusivo – varias conexiones a la persona. Lástima autoestima.	No hay conexiones.
Técnicas agresivas.	Ambiente profesional y amigable.
Tiene que sentarse sin moverse.	Movimiento sin restricciones.
Requiere conexión física.	Permite evaluación de grabaciones o por teléfono.
Normalmente limitado a 3 o 4 preguntas Relevantes.	7 a 12 preguntas Relevantes es normal.
Alto nivel de resultados inconclusos. 30% es común.	No hay inconclusos.
Contramedidas físicas y mental	Única contramedida=NO HABLAR

En conclusión, no se pueden aplicar esta prueba por contrariar normas de carácter constitucional y legal, además se ve reflejado en la prueba que la persona debe soportar una cadena de interrogatorio que se refleja en aspectos relacionados con la respuesta a los estímulos alterando su sudoración, frecuencia cardíaca o frente a otros impulsos que se reflejan en el resultado.

### **Ejemplos de países que hacen uso del polígrafo**

<b>APLICACIÓN PRÁCTICA EN DIVERSOS PAÍSES DEL INSTRUMENTO DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO</b>		
<b>El polígrafo actualmente es empleado en 68 países, 16 de América Latina, y en agencias de seguridad, en selección de personal e investigaciones privadas.<sup>10</sup></b>		
<b>País</b>	<b>Aplicabilidad</b>	<b>Jurisprudencia</b>
Alemania	Organismos de seguridad, prueba judicial, puestos de trabajo,	El Tribunal Constitucional Alemán ha manifestado que el polígrafo conculca el derecho de personalidad del afectado, protegido por el artículo 1º párrafo 2, de la Ley Fundamental, que fija los límites a la investigación de la verdad en el proceso penal.
Costa Rica	Laboral, organismos de seguridad.	Expediente N° 01-000327-0639-LA, RES: 2004-00483. La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia manifestó que “En primer lugar, no existe ninguna disposición legal que autorice ese sistema como medio probatorio en poder de los empleadores”.
Estados Unidos	Laboral, prueba judicial (mediante acuerdo entre fiscal y acusado).	La Corte Suprema de Estados Unidos ha manifestado que deben realizarse las advertencias antes de realizar un examen de polígrafo, lo cual es suficiente para admitir una confesión hecha luego del examen.
Colombia	Laboral.	Corte Suprema de Justicia, Proceso 2647, Sala de Casación Penal, aprobado mediante acta 214 del 1º de agosto de 2008. Descalificó como prueba el denominado polígrafo ya que su diagnóstico se refiere a la credibilidad del interrogado y No a la aprobación de los hechos, elementos o circunstancias de la conducta investigada.

<sup>9</sup> Nota: Cuadro comparativo de elaboración propia.

<sup>10</sup> Nota: Gaceta del Congreso: Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 048 de 2012 Cámara. “por medio de la cual se reglamenta el uso del polígrafo en Colombia, como medio de prueba en materia penal, laboral y disciplinaria, y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D. C., agosto 15 de 2012. [Estado: Archivado].

Países donde se aplica el polígrafo		
(Australia y Cánada, 2018)...Otros ejemplos <sup>11</sup>		
Australia	Empleados	<p>“En, la ley limita el uso del polígrafo. Por ejemplo, Nueva Gales del Sur (NGS) tiene estrictas leyes en cuanto al uso del polígrafo, y la ley del detector de mentiras de 1983 prohíbe o restringe su uso en situaciones específicas.</p> <p>Los empleados de NGS están protegidos y no pueden ser sometidos a pruebas con detector de mentiras. En otros estados australianos, los empleadores pueden administrar la prueba si el empleado ha dado su consentimiento, y sólo se recomienda si ha habido un acto específico de engaño y hay causas razonables para creer que el empleado podría ser el culpable”.</p>
Canadá	Empleados	<p>“Los empleados no pueden ser sometidos a pruebas poligráficas por ninguna razón. Y no se les puede pedir que se sometan a una prueba”.</p> <p>Ed Canning, abogado del empleo, declaró, “La ley de normas del empleo de Ontario prohíbe que cualquiera que esté regido por esta ley requiera, solicite, habilite o influya, directa o indirectamente, a un empleado para que tome una prueba de detección de mentiras”. Entre las consecuencias de violar esta ley están el tener que remunerar al empleado por haberle hecho tal requerimiento”.</p>
<p>“En América Latina, el polígrafo es utilizado como prueba judicial en Guatemala y Panamá.</p> <p>En Estados Unidos, 18 estados admiten su empleo en un juicio bajo estipulación, es decir, cuando fiscal y el abogado defensor están de acuerdo.</p> <p>También se usa como prueba en países como Japón, Sudáfrica e Israel.</p> <p>Pero en España, donde opera la empresa Omnis, el sistema judicial no reconoce la validez del polígrafo. Según el juez Augusto Morales, de la Audiencia Nacional, “la ley española no lo acepta porque los legisladores no le dan fiabilidad técnica”.</p> <p>Morales insiste en que la fiabilidad se ve comprometida por el nerviosismo del individuo ante un juicio, que también es captada por el aparato: “Las personas suelen estar muy nerviosas, pero eso no implica que estén mintiendo”.</p> <p>Según el magistrado español, el hecho de que el polígrafo se utilice en otros países puede explicarse por las fuertes presiones de asociaciones como la APA (American Polygraph Association): “A los poligrafistas les puede interesar que se conozca esa presunta gran fiabilidad del método. Si se lo admitiera en juicios en más países, harían un gran negocio”.</p> <p>Los defensores del procedimiento, por su parte, niegan que haya presiones e insisten en que los resultados del aparato hablan por sí mismos”. (negrillas propias)</p> <p>(Fuente: <a href="https://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/04/110412_trabajos_sin_mentiras_poligrafo_2_pl">https://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/04/110412_trabajos_sin_mentiras_poligrafo_2_pl</a>)</p>		

se pueden exaltar de la siguiente manera fue “Inventado por Jhon Larson, en 1921, inicialmente las variables que medía fundamentalmente eran 4: Ritmo cardíaco, respiratorio, presión sanguínea y respuesta galvánica de la piel. “Al transcurso del tiempo fue mejorado por Leonard Keeler entre 1930 y 1940, Keeler era un agente del Departamento de Policía Berkeley (California), quien creó el polígrafo de tres canales que imprimía sus resultados en papel, adoptando este el nombre de Pacto Keeler Polígrafo”.

Así mismo se indicó: “Consistentemente con las cortes federales, las militares inicialmente adoptaron la ley común del test de Frye para gobernar la admisibilidad de la evidencia científica, pero la introducción del parágrafo 142e del Manual para Cortes Marciales de 1969 prohibió ésta, al igual que el pronunciamiento presidencial sobre las reglas de evidencia militar del 1º de abril de 1981” (First Lieutenant, 1997, p. 34). De ahí en adelante se han suscitado debates en torno al uso del polígrafo en diferentes casos de las cortes militares de Estados Unidos que han abierto de cierta forma las puertas al uso de este mecanismo, pero que en últimas queda a disposición de quien esté juzgando un hecho tener en cuenta los insumos que arroja el uso del polígrafo”. (First Lieutenant, 1997, pp. 30-37, 39-42 y 67-77).<sup>14</sup>, sin lugar a dudas es fuente autorizada el modelo de polígrafo, pues en ese país se ha aplicado.

Se muestra por expertos que “En EEUU., habitualmente se utiliza además de para salir de dudas de pareja, y robos, en las entrevistas de trabajo en las que el puesto a cubrir esté relacionado

## Aplicación del polígrafo en los Estados Unidos<sup>12</sup>

Igualmente, se consignó en proyecto de ley sobre polígrafo archivado en el Congreso de la República, pero que su exposición de motivos muestra algunos elementos<sup>13</sup>, que

<sup>11</sup> Nota: Cuadro, elaboración propia

<sup>12</sup> UMNG, E. (2014). El Alcance Constitucional y Legal del Polígrafo en el Ámbito de la Fuerza Pública, GÓMEZ A., y Mejía S. J. Bogotá. D.C, Colombia.

<sup>13</sup>

<sup>14</sup> Nota: No se debe olvidar que el detector de mentiras, a pesar de ser excluido de los juicios, ha permitido un crecimiento en el número de casos que se pudieron resolver sin juicio, gracias a las confesiones extractadas por esta herramienta en vez de los largos, costosos e impredecibles juicios del jurado. El fallo de Daubert de 1993 ha sido adaptado por algunas cortes para que los acusados usen el polígrafo para ser exonerados, lo que se ha convertido en una estrategia atractiva (Alder, 2002, p. 23).



con la Seguridad Nacional. Después, aleatoriamente se sigue utilizando para saber si cumplen con la confianza depositada en ellos, lo que significa: el polígrafo es una prueba fiable. (...) Para que la Prueba del Polígrafo, como método científico, llegue al 95% de exactitud o más, debe ser realizada correctamente por un profesional Certificado que aplique los estándares profesionales marcados por la Asociación Americana de Poligrafistas (APA); asociación a la que solo tienen acceso los profesionales cualificados”<sup>15</sup>.

En este punto llama la atención que algunos servidores de agencias del Estado vienen siendo preparados en los Estados Unidos de acuerdo a lo que se evidencio en los mismos medios de comunicación.

## El polígrafo actualmente en Colombia

A partir de su uso, se pueden citar ejemplos registrados a través del periódico El Tiempo, en el año 2010 en la sección “debes saber”, donde se indicó el hecho noticioso: “Polígrafo a quien maneje propiedades incautadas”, indicando que se pretende evitar infiltración de testaferros de narcos, que se estaban reapropiando de bienes. Prueba, también para empleados de estupeficientes”. Señalando más adelante que “También los actuales adjudicatarios y arrendatarios –cerca de 1000 personas– y unos 500 funcionarios y empleados temporales de la DNE tendrán que superar la sesión con la “máquina de la verdad”, que ya utilizan entidades como el DAS<sup>16</sup> y varias unidades de la Policía”. Este hecho notorio empezó a mostrar cómo se ha venido implementando su

aplicación con el propósito de usar un instrumento inconstitucional e injusto, más cuando se comprometen recursos públicos para la aplicación de la herramienta, esto desde los mismos medios de comunicación evidencia como se asume su aplicación sin tener la base jurídica para hacerlo.

Frente a este acontecimiento es preciso decir que la Constitución Política de 1991 en sus primeros artículos edifica el que hacer del Estado, cuya actividad está el reconocimiento del principio de dignidad cuyo sentido y orientación es el de respetar a la persona como ser humano, nuestro Estado Social de Derecho como modelo, impone responsabilidades en cabeza de los particulares y de los servidores públicos, estos deben estar sujetos a los principios y valores constitucionales y cumplir con los deberes y obligaciones que les atañen en materia de las cargas que nos conciernen en virtud de la Constitución Política en su artículo, 6, 90, 95 y 122 constitucional establecen los derroteros de la sociedad en general para el cumplimiento de las responsabilidades y deberes, sin dejar de la lado la correlatividad existente que desentraña cada derecho en su cabal cumplimiento.

Este ejercicio busca en relación con el instrumento de polígrafo observar las restricciones en su aplicación práctica y aunque toca hacer todo lo posible para que las conductas lesivas de los bienes jurídicos protegidos sean encaradas a través de los mecanismos establecidos por la Constitución, el hacerlo de forma velada por medio del **polígrafo** resulta perjudicial frente al modelo de nuestro Estado Social de Derecho.

Uno de los principales dilemas que se presenta es que se viene aplicando la prueba sin norma habilitante y un

marco constitucional que permita ejercicio, se evidencia un vacío jurídico, lo que ha dado paso a su aplicación por la vía de hecho y sin las consecuencias del caso. Es así como las personas se someten por no perder el empleo. En este orden de ideas, la prueba de polígrafo se aplica en diversos escenarios y además se hace en forma notoria de frente a la institucionalidad, sin que pase nada, por lo que es el momento de hacer un debate desde la academia, en las facultades de derecho de psicología y en otras áreas. Nos podríamos preguntar: ¿Cuál es el fundamento constitucional y legal? ¿Por qué por la vía reglamentaria se hace una elusión al tema, en forma aparatosa?

Desde luego se puede plantear que no es viable frente a las restricciones constitucionales y jurisprudenciales existentes, partiendo que la jurisprudencia es ambivalente.

En la actualidad muchas personas, servidores públicos, empleados de bancos, empresas de seguridad, casinos, se les aplica la prueba de polígrafo, y aunque contraría diversas disposiciones constitucionales, se efectúa, vulnerando el criterio fundante de la dignidad humana.

Es así como desde la doctrina podríamos darle el alcance del carácter ilícito, cuando observamos los alcances del maestro Jairo Parra Quijano, frente a su lectura de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), al señalar:

“La creación jurisprudencial de la teoría de los frutos del árbol envenenado, se encuentra en *Silverthorne Lumber Co. Vs. United States*, pero la frase «fruto del árbol envenenado» se hizo por el juez Frabkfurter, en el caso *Nardone vs. United States*. Esta doctrina tiene como sustento una

<sup>15</sup> Nota: <http://poligrafiaprofesional.com/es-fiable-la-prueba-del-poligrafo/>

<sup>16</sup> Nota: Entidad liquidada.

relación de causa a efecto, si la prueba objeto de estudio deviene, por una relación causal, de una prueba excluida, aquella también debe ser excluida. (Sentencia SU-159/02): «Tal y como lo ha expresado atrás a la luz del derecho comparado, son múltiples las teorías sobre los efectos y alcances de la doctrina de la prueba derivada de una prueba viciada».

La misma Carta de Derechos desarrolla elementos que evitan se aplique esta prueba, de ahí que las personas acudan a la acción de tutela prevista en el artículo 86 del ordenamiento superior para la defensa de sus derechos fundamentales constitucionales. Para citar un ejemplo, la validez de instrumento adquiere relevancia en tanto se cumpla *“al menos tres condiciones para que una norma dada sea válida. En primer lugar que la misma haya sido promulgada en forma adecuada, es decir por el órgano competente y con arreglo al procedimiento establecido al efecto. En segundo lugar se requiere que dicha norma jurídica no haya sido derogada, bien en forma prevista por el ordenamiento jurídico, bien por desuso o (desetudo), cuando por un periodo de tiempo considerable la norma ha dejado de ser efectiva, modo de costumbre negativa”* (Falcon y Tella, 1994, p. 48).

Al respecto, con la aplicación de la herramienta sin marco jurídico, hay sentimiento, imposición, coacción, por estar incita una pretendida vocación contractual, subordinación o mera expectativa para alcanzar el mínimo vital o cualquier otra expectativa en cualquier disciplina del derecho, no existe una disposición, por ejemplo de carácter constitucional o legal (estatutario) que agote en esta tema del polígrafo, lo que se da en el país es un posible abuso por la vía del derecho.

## Aspectos constitucionales y legales

No existe habilitación constitucional o legal para que las empresas de suyo adelanten las pruebas de polígrafo por la vía de la tercerización están posiblemente infringiendo la Constitución y la ley. Las empresas tienen una ubicación especial del ordenamiento superior a través de no pocos artículos, tales como: 57, 60, 64, 106, 115, 127.1, 128, 129, 150.9, 150, 180.4, 182, 183, 266, 267, 269, 272, 399 (Modificado mediante el Acto Legislativo N° 01 de 1996), 305.5, 313.6, 315.3, 336, 339, 333, 355, AT: 20, AT: 48 del Ordenamiento Superior. Además las empresas tienen un papel ineludible en el quehacer del Estado:

“(…) las empresas suplen lo que deja de hacer el Estado, lo complementan o lo realizan cuando existe el espacio legal para hacerlo; es allí donde cobra importancia la facultad de inspección, vigilancia y control por parte del Estado, pues la actividad no es un negocio más, es un servicio a través de un particular que adquiere un estatus superior de responsabilidad y de lucha contra la corrupción de los empresarios en negocios con el Estado” (GÓMEZ R., 2011, p. 323).

El sentido de la empresa en la Constitución tiene variados matices, pero no existe habilitación que permita adelantar este tipo de ejercicios relacionados con la prueba de polígrafo, pues sería un posible abuso de las vías del derecho, una vía de hecho que ha tenido una lectura timorata por parte del Estado, en especial por los órganos de inspección, vigilancia y control en materia de polígrafo.

Es así como en la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada se menciona:

“En Colombia no existen leyes o normas específicas que autoricen su aplicación generalizada a menos de que con el

instrumento haya una violación de los derechos y la dignidad humana. Así mismo, los candidatos son libres de aceptar o rechazar esta prueba. Para velar por el buen uso del instrumento, el ente regulador encargado es la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, la cual define en el artículo 2° de la Resolución 02593 del 2003 (…)”.

Las superintendencias tienen unas claras limitaciones<sup>17</sup> y por vía de delegación<sup>18</sup> *per se, también*; en consecuencia los “Servicios de Vigilancia podrán utilizar el polígrafo para selección de personal”, de igual manera, por ejemplo, “mediante la Resolución 2417 del 26 de junio 2008, la Superintendencia de Vigilancia eliminó el trámite de obtención de credencial de consultor en la especialidad de poligrafista y autorizó a los servicios de vigilancia y seguridad privada para utilizar este instrumento para la selección del personal a su servicio”.

Según fuente del ente de inspección, vigilancia y control indicó que “las Empresas asesoras y consultoras, y de la misma forma las empresas y cooperativas de vigilancia y seguridad privada, podrán ofrecer el servicio remunerado de poligrafía, estas últimas siempre y cuando tengan autori-

<sup>17</sup> Nota: Las superintendencias son órganos o entidades públicas de creación legal, que hacen parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional y cumplen las funciones de inspección, vigilancia y control que les asigne la ley o les delegue el Presidente de la República. Su régimen jurídico está señalado en la Constitución y en la ley.

<sup>18</sup> Nota: Corte Constitucional: Sentencia C-561/99. El artículo 209 Superior establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos como lo ha señalado esta Corporación, entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros (finalísticos), tenemos que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, entre los organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones.

zado el servicio conexo de Asesoría, Consultoría e Investigación”.

Por ejemplo en el borrador de protocolo de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada<sup>19</sup> condiciones generales para la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada Sector Educativo se expone: “Selección de Personal. (...) Entrevista de conocimientos en seguridad. Prueba psicotécnica. Entrevista de selección. Las empresas pueden incluir prueba de polígrafo para determinar el grado de confiabilidad y descartar temas como participación en ilícitos, vinculación con grupos al margen de la ley, posible manipulación para participación en ilícitos, consumo de alcohol y/o sustancias sicotrópicas.

Para la aplicación del examen psicofisiológico de polígrafo deberá existir autorización escrita, previa y voluntaria del examinado. El examinado tendrá entrevista con el profesional que aplica dicha evaluación, donde recibirá explicación previa acerca del funcionamiento del polígrafo y se le dará certeza de que esta prueba no constituirá, en ningún caso, un atentado contra su dignidad humana o sus derechos fundamentales”.

En una primera aproximación práctica la aplicación de la prueba pareciera no tener una mayor incidencia en la vida de los asociados, solo cuando se enfrenta a ella, más cuando se deben tomar todas las medidas para no traicionar la confianza depositada en las personas que tienen por ejemplo una vocación de servicio y ameriten un estudio previo de seguridad para no poner en riesgo bienes, servicios o el buen nombre de una Empresa entre otros aspectos prácticos con fines de selección y en el nivel preventivo.

<sup>19</sup> Nota: Fecha: 20/06/2017

Por consiguiente, en relación con la prestación de los servicios de una persona, se debe verificar en su hoja de vida, aspectos relacionados con su vida laboral y personal, así como el estado civil, su comportamiento financiero, referencias y someterse a diversos exámenes médicos para conocer su estado de salud de quien tenga vocación de entrar a trabajar con una Entidad Pública o Privada. Por tanto, nadie está preparado para someterse a una prueba posiblemente inconstitucional e injusta, de manera caprichosa por parte del empleador, quien generalmente se vale de un tercero para realizar la prueba de polígrafo para hacer una elusión a la Constitución como norma de normas.

Por el contrario un caso ejemplar avalado por, que también ha sido declarada exequible en diversos fallos [Corte Constitucional, sentencias C-476/05, C-122/08], ha señalado que “Ante la evidencia científica, los términos resultan perentorios, pues el tiempo constituye un elemento esencial a efectos de crear sentimientos filiales, el abandono o la incuria frente al ejercicio de las acciones judiciales de quien tiene conocimiento del resultado de la prueba de ADN, no puede tener la virtud de destruir las filiaciones establecidas válidamente, cuando el único afectado es el niño, a quien se le vulnera no solo su personalidad jurídica, sino su dignidad, al desconocer una paternidad reconocida voluntariamente y convalidada con el paso del tiempo”.

Igualmente se ha señalado sobre pruebas como el ADN que tiene gran certeza y eficacia y goza del examen de constitucionalidad que “La investigación es un proceso de carácter judicial que se halla totalmente reglado, y que restituye el derecho a la filiación de las personas, cuando no son reconocidas

voluntariamente por sus padres; se adelanta ante la Jurisdicción de Familia y para emitir sentencia el juez debe solicitar y practicar pruebas, que le permitan determinar la paternidad, incluida la prueba biológica de ADN<sup>20</sup>”.

### Impacto de frente a la Carta de Derechos, en relación con la aplicación del polígrafo en Colombia



Fuente: Elaboración propia<sup>21</sup>

Es así como se deben materializar las providencias desde la congruencia en materia de tutela; por ejemplo, tal como lo señaló en la Sentencias T-003 de 2018, y T-554 de 1992 que consideró que “el obligado cumplimiento de lo resuelto por los jueces y tribunales es una garantía institucional del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de carácter subjetivo que se deduce de los artículos 29 y 58 de la Constitución”.

Resulta ineludible observar los pronunciamientos de las altas corporaciones, que como órganos de cierre en relación con los pocos casos que han sido de su conocimiento arrojan luces para que los operadores jurí-

<sup>20</sup> Corte Constitucional: Sentencia C-258/15

<sup>21</sup> Nota: Figura de elaboración propia. (contenido de derechos)

dicos puedan tener mayores elementos dado que la herramienta no tiene contenido legal. Para lo cual es necesario dar alcance al artículo 230, el cual no indica que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley” y más adelante da alcance a “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

La aplicación de la prueba pareciera no tener una mayor incidencia en la vida de los asociados, más cuando se deben tomar todas las medidas para no traicionar la confianza depositada en las personas que tienen por ejemplo una vocación de servicio o que circunstancialmente ameriten un estudio en términos de su dignidad humana.

Se articulan diversos elementos del ordenamiento superior con la aplicación de hecho del polígrafo afectando a la persona en su condición de persona, así como los fines del Estado, la soberanía popular, la norma de normas, igualmente aspectos como los derechos inalienables de la persona (familia), la responsabilidad de particulares y servidores públicos. En relación con los derechos encontramos: Derecho a la intimidad, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la integridad, libertad de conciencia, debido proceso, principio de no autoincriminación, derecho al trabajo, derecho a la igualdad y el derecho de petición.

En otras palabras hacer énfasis respecto del derecho a la **intimidad**, la no autoincriminación y de la libertad de conciencia, derechos que no pueden afectarse en su núcleo duro y tienen una connotación directa en el marco de la Carta de Derechos

y con elementos del denominado bloque de constitucionalidad.

La Corte Constitucional, sobre la dignidad humana consideró que «dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo». (Sentencia C-075/07)

Sobre la dimensión propia del derecho a la intimidad, señaló M. Cepeda en el año que es “Un hito de la jurisprudencia alemana sobre el derecho a la intimidad es el caso en el cual el Tribunal Constitucional Federal prohibió que se usara en un proceso penal una grabación secreta efectuada por la víctima durante una conversación con el acusado”. En el caso del polígrafo quien regula o vigila una conversación, su alcance, el derecho de contradicción, entre otros aspectos que pueden afectar aspectos del núcleo duro, como la familia, o aspectos relacionados con el fuero interno, de experiencias propias que bajo presión pueden mostrar el pensar del entrevistado, interviniendo en lo más íntimo, lo que puede entrar en conflicto con otros derechos, donde no se establece un límite específico.

La misma Corte Constitucional ha señalado que: “*El núcleo esencial del derecho a la intimidad supone la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intrusiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural*”, intervención que no pue-

de ser dada en ninguna relación de servicio.

Al respecto, la prueba técnica, invade la esfera interna de la persona, así se tenga su aprobación resulta desproporcionada, dándose una posible desviación de poder.

## Derecho a la no autoincriminación

El artículo 33 constitucional establece unos parámetros claros en relación con el núcleo de este derecho. Esta garantía es un elemento inescindible que va de la mano del debido proceso, la intimidad y el principio de solidaridad, en un instrumento pacífico que busca evitar alteraciones frente a los detentadores del poder, cualquiera que sea su expresión.

Según la Sentencia C-258/11 “El ámbito de aplicación de la garantía de no autoincriminación, la jurisprudencia de la Corte, inicialmente, había señalado que su contenido “solo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía”, pero con posterioridad puntualizó que tal principio, en los términos textuales de la regla Constitucional, reviste una amplitud mayor, pues ésta no restringe la vigencia del mismo a determinados asuntos, por lo que cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas, ya que se orienta a proteger a las personas frente a la actividad sancionatoria del Estado.

En esa medida siendo el derecho disciplinario una expresión del ius puniendi del Estado, la garantía del artículo 33 de la Constitución tiene plena aplicación en todos los procesos, judiciales o administrativos,

orientados a establecer la responsabilidad disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas”.

La Corte Constitucional<sup>22</sup> no solo se ha encargado de hacer una orientación pedagógica, acerca de la no autoincriminación, encontramos válidas lecturas al respecto, tal como lo señaló la misma en la Sentencia C-776 /01 “Dentro del proceso penal, el silencio voluntario del individuo se constituye en un derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso”.

Debe preexistir en cualquier actuación de la autoridad en el marco del debido proceso frente a los derechos de la persona, se debe tener un claro apego al respeto de la dignidad humana frente a la persona, su vida personal y familiar, su entorno, es como una caja fuerte, inalterable a cualquier estímulo externo que pueda desdibujar el respeto por el ser humano, pues ello trastocaría los elementos básicos de nuestra sociedad (la armonía familiar y la misma paz), la familia encuentra un lugar privilegiado desde las mismas bases del Estado.

Al respecto, “El artículo 33 de la Constitución establece que nadie puede ser obligado a declarar contra

sí mismo, su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. No es necesario adentrarse en largas explicaciones para determinar que el artículo constitucional citado protege el derecho a la no autoincriminación y ampara la armonía familiar, fundada en el deber de solidaridad que consagra el artículo 1º de la carta política, para garantizar el derecho de las personas de procurar el bienestar suyo y de sus familiares, pues cualquier conducta que la obligue a declarar contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos debe ser censurada”.

La no autoincriminación como precepto constitucional ampara también la armonía familiar y el derecho de una persona a procurar el bienestar suyo y de sus familiares”, aun así, Sentencia C-115 de 2008, es el derecho a guardar silencio y utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas.

Siendo así, la garantía de no autoincriminación busca tranquilizar las relaciones y evitar que se destruya el fundamento básico familiar del Estado social de derecho.

Otros aspectos no menos importantes, concernientes del artículo 83 superior<sup>23</sup> que según la sentencia C-395 de 2008, se señaló: “ciertamente esta constitucionalización del principio de la buena fe conserva la esencia filosófica, en cuanto las actuaciones de los particulares y de estos con las autoridades han de someterse siempre a los mandatos de lealtad, sinceridad y honestidad”.

Igualmente en concepto de la Procuraduría General de la Nación (C-192-2011) “se concluye que la prueba del polígrafo no es un medio probatorio admitido por la ley disciplinaria, pues carece de desarrollo legal para su práctica, así como que los fines que con ella se buscan hacen parte de las facultades valorativas de quienes administran justicia, desde el punto de vista del análisis de la credibilidad de los testimonios”.

## La jurisprudencia en materia de polígrafo

La Corte Constitucional ha definido los alcances de la dignidad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal (Dignidad Humana).

<sup>23</sup> Nota: Constitución Política de Colombia (1991), art. 83. “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Aspectos jurisprudenciales <sup>24</sup>		
La Corte Constitucional y la figura del polígrafo	El Consejo de Estado y la figura del polígrafo	Corte Suprema de Justicia y la figura del polígrafo
<p>- Corte Constitucional. Sentencia T-420/14. Caso Hotel Alejandría, un detective profesional del antiguo "DAS", se evidenció el uso de prueba poligráfica. Al respeto, se tuteló, "no solo los derechos invocados por el actor; sino también su derecho al habeas data, y se dejará sin efecto el fallo proferido.</p> <p>-La Corte Constitucional, en Sentencia T-065/13 (...) la hermana del actor fue detenida, en compañía de una persona involucrada en actividades ilícitas, razón por la que "(...) Central de Contrainteligencia del Ejército. "Explica que en ese lugar le notificaron que le iban a practicar la prueba del polígrafo con ocasión de tal detención, para lo cual le hicieron firmar una constancia de autorización de la prueba, a la que accedió por no tener nada que ocultar", en dicha decisión se expone el caso se permite el ejercicio del derecho de defensa de todos los sujetos procesales en la acción de nulidad y restablecimiento.</p> <p>- Sentencia T-176A/14. (...) Expresa que el 12 de diciembre de 2012, tuvo que presentarse en las oficinas de la empresa Transportes "H" para rendir descargos por el siniestro. En dicha cita le realizaron la prueba del polígrafo". (...) Igualmente fue reportado a centrales de riesgo. Se concede el amparo de los derechos fundamentales al habeas data, al trabajo y al mínimo vital" del señor afectado con esas decisiones.</p> <p>-Sentencia T-233/07, evidencia el uso "de la (Prueba pericial, 2007), la resolución da cuenta del informe rendido por el C.T.I. de la Fiscalía, relacionado con el disco compacto aportado al proceso, en el que se certifica que el archivo de video. (...) En la misma providencia se señala que "La Fiscalía asegura que el examen del polígrafo no es contundente, además de que no es medio de prueba en la legislación nacional, pero advierte que el testimonio de Orjuela Martínez ofrece serios motivos de credibilidad. (...)</p>	<p>En el año (2017), el Consejo de Estado, (...) en el proveído censurado se basó y respaldó plenamente en la normatividad aplicable al caso, concluyendo también que no existió una actuación ilegítima o inconstitucional por parte de la entidad demandada, al adoptar la prueba de polígrafo, como herramienta de control de la privacidad de la información a cargo de los funcionarios que laboran en la Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis Financiero (...).<sup>25</sup></p> <p>Caso: Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. (...) La Sala debe (Legalidad, Consejo de Estado, 2017), que si lo pretendido por el señor [G.D.L.O.] es acceder a la información de la prueba de polígrafo que le fue practicada los días 5 de marzo y 18 de agosto de 2016, para que ello sirva de sustento para desvirtuar la legalidad de las actuaciones desplegadas por el Ejército Nacional en relación con el proceso de ascenso y retiro de la institución. (...) la Sala advierte que esta información no comporta una afectación a la función que desarrollan los organismos de seguridad del Estado.</p> <p>En materia laboral el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda., se refirió al polígrafo. En el (Reglamento, 2016) Interno de Trabajo - Debe tener una regulación garantista y estricta. La empresa (...) implementó el uso del polígrafo en el Reglamento Interno de Trabajo como una medida de seguridad para su ejercicio funcional incluyéndola como una obligación especial, una prohibición sancionable al no someterse a ella cuando lo requiera la empresa y como una justa causa de despido. (...). En virtud de lo dicho, esta Corporación no puede avalar la inclusión y práctica del polígrafo en el reglamento interno. La Sala de lo Contencioso Administrativo (Contrainteligencia, 2013). Sección segunda. Subsección B., se ocupó también de la prueba del polígrafo fue prevista en la Ley Estatutaria 1621 de 2013 y su Decreto Reglamentario 857 de 2014<sup>26</sup>,</p>	<p>La Alta Corporación, dentro de la labor institucional de administrar justicia según el artículo 228, en especial el 234 del Ordenamiento Superior; y la Ley Estatutaria 270 de 1996 (art. 15) y la Circular 04 de 2014, señaló casos relacionando con asuntos sobre el instrumento del polígrafo: "La Corte encuentra peligros enormes frente a la libertad y a la dignidad del sujeto si se admite la utilización del polígrafo como medio de prueba, pues ese dispositivo antes que matizar la tensión entre la finalidad del proceso penal como método de aproximación a la verdad y la de proteger la integridad de los derechos fundamentales comprometidos. (...)". Corte Suprema de Justicia, en curso de la audiencia preparatoria realizada en el proceso por el delito de injuria. Niega la señalándola impertinente y porque, junto con ello, se omitió determinar el testigo de acreditación<sup>27</sup>.</p> <p>La Corporación analizó el tema de la apreciación de las pruebas en la Ley 600 de 2000 –artículo 238-, y la Ley 906 de 2004, -artículos 404, 420 y 432-, que prevén la evaluación probatoria bajo las reglas de la sana crítica, para indicar que constituye una atribución privativa e insustituible del juez o fiscal según el caso.<sup>28</sup></p> <p>Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 14938 Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil tres (2003). "De esa manera se tiene que es el principio de libertad probatoria consagrado en la legislación patria el argumento cardinal a que apelan quienes abogan por la aceptación como medio de prueba del polígrafo, al considerar que se trata de una práctica soportada técnicamente cuyo empleo no quebranta derechos fundamentales.</p> <p>No obstante, cuando se revisan las normas procesales relativas a los medios de prueba, claramente se advierte que el concepto de libertad probatoria que mente ligado a la aptitud para demostrar hechos, elementos o circunstancias de la conducta punible y sus consecuencias, y no propiamente</p>

<sup>24</sup> Nota: Cuadro, elaboración propia

<sup>25</sup> Consejo de Estado: 11001-03-15-000-2017-01017-00(AC)

<sup>26</sup> Nota: Decreto 857 de 2014 Nivel Nacional... (...) CAPÍTULO X (...) Estudios de credibilidad y confiabilidad e ingreso y retiro de personal de los organismos de inteligencia y contrainteligencia (...). Artículo 20. Estudios de credibilidad y confiabilidad. (...) a) Individual: Verificación administrativa de información y datos, referencias, anotaciones, antecedentes judiciales, antecedentes disciplinarios, antecedentes médicos, prueba y evaluación psicotécnica, entrevistas, competencias, prueba informatizada de integridad y veracidad, examen psicofisiológico de polígrafo. (...)

<sup>27</sup> Nota: "Tomado de la misma cuerda procesal: a) Polígrafo humano –de alguien que con observar a las personas puede definir si mienten o no– y técnico del aparato que mide las pulsaciones y ritmo cardíaco, y su cambio con las respuestas. El Tribunal advierte que la defensa nunca sustentó la finalidad de esos elementos susorios y, además, que ellos no han sido reconocidos como medios válidos de prueba en nuestro país". Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Aprobado acta N° 148 /13.

<sup>28</sup> Nota: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 1 de agosto de 2008, Rad. 26470.

Aspectos jurisprudenciales <sup>24</sup>		
La Corte Constitucional y la figura del polígrafo	El Consejo de Estado y la figura del polígrafo	Corte Suprema de Justicia y la figura del polígrafo
<p>-Sentencia T-992/2012, donde la DIAN (...) proceso interno de reorganización de personal (...) Efectuados los nombramientos y si eventualmente quedan empleos vacantes, para la provisión se adelantará proceso de selección que comprende la aplicación de pruebas psicotécnicas, de conocimientos y para algunos empleos, prueba individual con examen psicofisiológico de polígrafo".</p> <p>Corte Constitucional. Caso Sentencia T-233/07. (...) De la prueba pericial, la resolución da cuenta del informe rendido por el C.T.I. de la Fiscalía. (...) La Fiscalía asegura que el examen del polígrafo no es contundente, además de que no es medio de prueba en la legislación nacional.</p> <p>Corte Constitucional. Auto 065/13. (...) Al respecto, El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión señaló: (...) Declara, con respecto a "los hechos acaecidos con relación a la hermana del actor", que los testimonios recaudados no aportaron certeza al Despacho sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que demostraran la desviación. De igual manera, asevera que al analizar el material probatorio allegado sobre "la prueba del polígrafo" no se observaron hechos o razones de derecho contrarias a la realidad que muestra el acto.</p>	<p>dirigida a las entidades que tienen funciones de inteligencia y contrainteligencia.</p> <p>La Sala de lo Contencioso Administrativo, en su sección segunda (subsección B), que "El fenómeno de la (Desviación de poder; 2009) puede presentarse aún en los actos administrativos de naturaleza discrecional (...). En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio".</p>	<p>para establecer si un testigo dice la verdad o no, o si sus afirmaciones son creíbles.</p> <p>Corte Suprema de Justicia. Sala Penal 1/08/08 Sentencia Polígrafo. Proceso No 26470. (...) Ley 906 de 2004, por cuanto el párrafo del ordinal 4º del artículo 356 limita su procedencia hechos o circunstancias y como se ha visto el polígrafo no es apto para demostrar hechos o circunstancias de la conducta punible sino para ofrecer un dictamen acerca de si una persona, en un ambiente determinado, respondió con la verdad o con la mentira las preguntas estructuradas que se le hicieron.</p>

Fuente: Elaboración propia

## Recomendaciones y vaticinios

Es necesario observar que la prueba de polígrafo es inconstitucional e injusta. Se podría argumentar que una ley estatutaria podría en principio agotar la materia; pero, aun así, existen derechos fundamentales constitucionales que no pueden ser tocados en núcleo duro y que de contera harían inviable la aplicación práctica de la herramienta denominada "la prueba de la verdad".

Miremos algunas inquietudes sobre el tema:

*En relación con la aplicación de la prueba de polígrafo: Se viola el principio*

de la buena fe constitucional<sup>29</sup>, en la interrelación entre los particulares y el Estado y viceversa la buena fe es un principio regulado por el artículo 83 de la Constitución Política y exige que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas". La Corte Constitucional la ha definido como "el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y

normalmente ha producido en casos análogos" [ Sentencia T-199/18].

*No hay una norma habilitante:* Como ha señalado la Corte Constitucional "El Constituyente de 1991 dispuso que la regulación de ciertas materias, esenciales en el orden constitucional colombiano, deben efectuarse por leyes especiales, denominadas estatutarias. Estas leyes deben tramitarse por un procedimiento distinto y más exigente que el de las leyes ordinarias, el cual comprende las siguientes condiciones: (i) la ley debe ser tramitada dentro de una sola legislatura; (ii) el proyecto correspondiente debe alcanzar la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara para su aprobación; y (iii) son objeto de

<sup>29</sup> Nota: Constitución Política de Colombia (1991), art. 83.

control previo y automático por parte de la Corte Constitucional (artículo 153 C.P.); aun así, existen normas de contenido constitucional que aun agotando la materia de una ley estatutaria siempre habría una barrera constitucional que haría posiblemente inviable cualquier desarrollo legislativo.

*Desarrollos de procedimiento miméticos, por el cual se adoptan unos textos normativos, con normas inconstitucionales e injustas:* En relación con el posible “ardid Algunas Entidades posiblemente han desarrollado actos administrativos habilitando el tema con normas de inferior categoría sin ley específica que desarrolle el tema y agote la materia”.

- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada [Por la cual se autoriza y regula la utilización del polígrafo por parte de los Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada].
- Entidad emisora: Ministerio de la Protección Social / Fecha: 2012-09-08 / Fecha del diario oficial/ 2012-10-26 / Concepto 116144 / 2012-08-09 Inexistencia de disposición legal que autorice al empleador para utilizar el polígrafo en la vinculación de personal.
- Ley Estatutaria No. 1621 de 2013 y el Decreto 857 de 2014 (...) Capítulo X (...) Estudios de credibilidad y confiabilidad e ingreso y retiro. (viola el principio de unidad de materia...).

Otros aspectos:

- En relación con la Corte Constitucional en materia de tutela aún no se evidencia una sentencia unificadora en torno al tema del uso del polígrafo.

- No encuentra armonía con los principios y valores constitucionales.
- El legislador dentro de su cláusula general de competencia no tendría elementos constitucionales y legales para aplicar el instrumento; aun así, en ciertos casos de seguridad nacional, mediante una ley estatutaria y con la garantía del control previo, se podrían establecer los parámetros y agotar la materia, sin afectar el núcleo duro del derecho.
- Dicha prueba es contraria al denominado bloque de constitucionalidad.
- Las entidades no pueden hacer uso de la prueba de polígrafo, pues de contera se estaría violando el artículo 6° del ordenamiento superior colombiano, y presuntamente se estaría prevaricando, ya sea por darle validez al instrumento o querer aplicarlo contrario a derecho.
- Su no aplicabilidad es una exigencia tanto a los servidores públicos como de los particulares conforme al principio de responsabilidad<sup>30</sup>.

Para algunos una fórmula para enfrentar la delincuencia común, las organizaciones criminales, los carteles, y a los funcionarios corruptos es la prueba de polígrafo, que aunque prohibida, se ha convertido en un filtro seguro para las empresas de conocer de forma perceptible frente a quien va estar prestando sus servicios. Buscan así medir los cambios fisiológicos al enfrentar preguntas que alteran la frecuencia cardiaca, el ritmo respiratorio y la sudoración de quien está bajo sospecha, prisionero

<sup>30</sup> Nota: Constitución Política de Colombia (1991), art. 6°.

de sus propios estímulos generándose un filtro o una seguridad para los intereses de la empresa bien sea pública o privada se viene ejerciendo como un hecho notorio que se evidencia en los hechos de los casos expuestos.

Esta prueba se ha paseado por diversos escenarios públicos y privados, inclusive con la ejecución de recursos públicos, y por qué no decir, con el diseño de políticas públicas, aunque para algunos sigue siendo la bandera para la lucha contra los corruptos, el camino no puede estar por encima de los valores y principios constitucionales, ni del silencio de la institucionalidad frente a las desviaciones que tiene el instrumento por parte de los operadores jurídicos y administrativos.

Los elementos que sirven de soporte para dar paso a una herramienta lesiva del orden jurídico, no pueden reemplazar la norma de normas, el sentido y orientación de los valores y principios constitucionales que constituyen el marco axiológico, están por encima de los intereses que gravitan sobre esta práctica ilegal, los elementos esbozados en defensa de la aplicación del instrumento aun en la lucha contra la corrupción debe tener como sustento básico en la norma de normas. Finalmente, lo que debe existir una inspección, vigilancia y control en todos los órdenes con la aplicación de hecho del instrumento.

## Doctrina

Diccionario. (18 de Abril de 2018). *polígrafo*. Obtenido de Diccionario de la Real Academia de la

El Tiempo. (23 de Octubre de 2010). *Polígrafo a quien maneje propiedades incautadas*. pág. 4.



Falcon y Tella, 1994, p. 48.

GÓMEZ, J. A. (2008). Nuevo Sistema Penal Acusatorio colombiano, Señal Editora. En *Nuevo Sistema Penal Acusatorio colombiano*. Señal Editora.

GÓMEZ, A. Dimensión de la Empresa. Una perspectiva de la empresa en la Constitución y su impacto desde la Delegación". Pontificia Universidad Javeriana. (2011)

QUIJANO, JAIRO PARRA (2008, p. 805)

NISIMBLAT, Nattan., Ediciones Doctrina y Ley. Derecho Probatorio. p.397.

QUINCHE, M. (2006). *La elusión constitucional*. Bogotá D.C: Ediciones Doctrina y Ley.

UMNG, E. (2014). El Alcance Constitucional y Legal del Polígrafo en el Ámbito de la Fuerza Pública, GÓMEZ A., y Mejía S. J. Bogotá. D.C, Colombia.

## Jurisprudencia

Corte Constitucional, sentencia T-006 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia T-401/92. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, sentencia C-567/97. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia C-776/01. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, sentencia T-881/02. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, sentencia C-452/03. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia T-233/07 (Corte Constitucional 2007). Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia C-395/08

(Corte Constitucional. 2008). Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, T-1168/08 (Corte Constitucional 2008). Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería

Corte Constitucional, A219/09 (Corte Constitucional 2009). Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional, T-992/12 (Corte Constitucional 2012). Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional, A065/13 (Corte Constitucional 2013). Magistrado Ponente.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, sentencia T-176A/14 (Corte Constitucional 2014).

Corte Constitucional, sentencia T-420/14. M.P.: Andrés Mutis Vanegas.

Corte Constitucional, sentencia C-258/15. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, sentencia C-147/17. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, sentencia T-207/17 M.P. (Corte Constitucional 2017): Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional, sentencia T-003/18 (Corte Constitucional 2018). Magistrada Ponente:

Cristina Pardo Schlesinger.

## Consejo de Estado

Consejo de Estado, sentencia 25000-23-25-000-2004-06219-01 (0563-08). Consejero ponente: Victor Hernando Alvarado Ardila. (agosto 20 de 2009).

Consejo de Estado, sentencia 11001-03-25-000-2011-00567-002186-11 (14 de Febrero de 2013).

Consejo de Estado, sentencia 11001-03-15-000-2017-01017-00(AC) (Septiembre de 2017).

Consejo de Estado, sentencia 25000-23-25-000-2004-06219-01(0563-08).

Consejo de Estado, sentencia 11001-03-15-000-2017-01477-00 (ac).

Consejo de Estado, sentencia 11001-03-25-000-2009-00143-00 (2122-09). Consejero Ponente: William Hernández Gómez

## Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2647 (1° de Agosto de 2008).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, 37080. (3 de marzo de 2010).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 2013. Acta N° 148.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 14938

## Internet:

*Disponible en línea:* Lengua Disponible en línea: <http://dle.rae.es/?id=TY2i0Ik> [18-03-2018, 6:54 p.m]

Disponible en línea: <https://converus.es/poligrafo-australia-canada>. (Julio de 2018).

Disponible en línea: *El Mundo*. (18 de Marzo de 2018). Obtenido de Disponible en línea: <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/02/23/internacional/1172225843.html> [18-03-2018, 6:14 p:m]

Disponible en línea: *México: Universia*. (8 de 10 de 2013). Obtenido de ¿Qué es el polígrafo??. Disponible en: <http://noticias.universia.net.mx/ciencia-nn-tt/noticia/2006/01/04/78635/>

[que-es-poligrafo.pdf](#) (Copyright © 2006). México: Universia. 04/01/2006. Consultado: octubre 8 de 2013.

Disponible en línea: *Mundo, E.* (18 de Marzo de 2018). Obtenido de El mundo: Disponible en línea: <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/02/23/internacional/1172225843.html> [18-03-2018, 6:14 p:m]

Disponible en línea: *Expertos.* (26 de Enero de 2014). Obtenido de Disponible en: [http://www.lafayettecolombia.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4&Itemid=](http://www.lafayettecolombia.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=)

6 (consultado: 26 de enero de 2014) (cuadro propio adaptando contenido).

Disponible en línea: <http://poligrafiaprofesional.com/el-detector-de-mentiras-historia-del-poligrafo-y-la-poligrafia/> (Disponible en Línea: Publicado en Wiki Polígrafo el 08 Mayo 2016).

Disponible en línea: *Superintendencia*. (8 de Octubre de 2013). Obtenido de Disponible en: <https://ctp.unian-des.edu.co>

## ENSAYO

**Resumen.**

El presente artículo, pretende generar algunas reflexiones en torno a la Escuela y las Familias, instituciones ambas que, históricamente han sido feminizadas, en gran parte como resultado de la función socializadora y de crianza infantil que se les delegó. Se pretende problematizar, en un primer apartado, las transformaciones que han tenido las familias, en respuesta a la globalización principalmente y las demandas que esta última genera a la escuela, para que supla las funciones del cuidado que antaño eran asumidas por la familia. Seguidamente se enuncia, en el sentido foucaultiano del término, que la escuela es un dispositivo social que, junto con las familias, recrean estereotipos de género, afectando la construcción de identidades en las niñas, que a largo plazo favorece su segregación en su vida adulta, de los espacios tradicionalmente masculinos. Finalmente se plantean unos retos para los profesionales en trabajo social, en el marco de la relación familias-escuela y el reconocimiento de los propios lugares de enunciación.

**Palabras clave.**

Escuela, familias, estereotipos, transformaciones, sociedad patriarcal, identidades femeninas, trabajo social.

# La escuela y las familias: dispositivos de construcción de identidades, retos para el profesional en trabajo social

Recibido: 9 X 2018; Aceptado: 20 XIII 18.

**AUTORA:** GINNA MERCEDES LUQUE V. <sup>31</sup>

Durante las últimas décadas ha ido creciendo de manera significativa, quizá globalmente, el interés por la realidad de la escuela y su impacto en las nuevas generaciones. Signo de ello lo constituyen los múltiples estudios internacionales, nacionales y locales orientados a evaluar el problemático concepto de calidad educativa. Como sea, al margen de la discusión relativa a lo que puede o no considerarse calidad, resulta igualmente relevante plantearse interrogantes respecto a los impactos de la escuela en la configuración de sistemas de valores, formas de ser, pensar y sentir de las nuevas generaciones frente a las siempre álgidas cuestiones de género y familia.

En efecto, ¿qué sistemas sociales de valores se promueve en la escuela, respecto a los imaginarios de familia? ¿Qué imaginarios son alentados y cuáles inhibidos respecto a los papeles de la mujer y el hombre en la sociedad y frente a las familias?<sup>32</sup> ¿qué atribuciones se asignan para los géneros desde los escenarios de formación de las escuelas? y ¿Cuáles son los retos de los y las profesionales en trabajo social, que se encuentran en contextos educativos?

<sup>31</sup> Trabajadora Social de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Magister en Terapia Familiar Sistémica de la Universidad Autónoma de Barcelona, Magister en Educación Universidad Santo Tomas. Ha desarrollado su ejercicio profesional en la atención a familias tanto en el sector público, como en el sector privado. En los últimos nueve años, su ejercicio profesional se ha articulado con el ejercicio docente, especialmente en los niveles de la educación superior y en temas relacionados con la intervención familiar, los géneros y la escuela. Actualmente es directora de la Maestría en Familia, Educación y Desarrollo y de la Especialización en Educación y Orientación Familiar de la Fundación Universitaria Monserrate y es docente ocasional de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: ginnalu7@gmail.com

<sup>32</sup> Entendiendo por imaginario la construcción de significados colectivos, que imaginan el sentido de instituciones como la familia. Al respecto Castoriadis (1975), quien cuña el término en las ciencias sociales, indica que los imaginarios sociales son significaciones encarnadas en las instituciones. La estructura de la familia, las relaciones entre los géneros, la construcción de valores con relación a lo que se espera de la institución familiar, es socialmente construido y por tanto imaginada.

Sin abordar en profundidad estos complejíssimos interrogantes, el presente texto busca generar reflexiones respecto a la relación entre la escuela y las familias desde una perspectiva de género, ello con el fin de plantear la necesidad de introducir este tipo de preguntas al interior de los imperativos pedagógicos que deben tenerse presentes en la formación de trabajadores y trabajadoras sociales.

## Transformaciones parciales en la familia: incursión laboral y cuidados

Ante los cambios sociales y las transformaciones políticas, económicas y culturales, la familia no ha sido una institución inamovible, por el contrario estos cambios de carácter macro-sistémico, la han afectado en su estructura, entendiéndose por estructura la organización de la vida familiar y de las relaciones que hay entre sus miembros (Minuchin, 2005). Ante esos cambios sociales y familiares, así como ante las nuevas configuraciones relacionales entre géneros, redes sociales y redes institucionales, se hace necesario reflexionar sobre el papel y el alcance de la labor de las trabajadoras y trabajadores sociales en contextos educativos.

Siguiendo a Dallera la escuela es una de las instituciones con mayor incidencia en la vida de las familias, al erigirse en tiempos recientes en una significativa red de apoyo que entra a suplir las funciones socializadoras y de crianza que ejercía en su totalidad la familia del siglo XVIII (Dallera, 2006). De acuerdo con ella, la institución familiar que tradicionalmente era el primer escenario de socialización para niños y niñas ha “delegado”<sup>33</sup> esta función en la escuela, llamando la atención, sin embargo, que ésta no es una función familiar por natura, sino una delegación cultural de la sociedad a la familia. En todo caso, esta nueva función afecta las relaciones que existen entre una institución y la otra lo que, por otro lado, permite plantear la cuestión acerca del rol de la familia en el proceso de socialización de niños y niñas, y el papel de los y las trabajadoras sociales que orientan procesos familiares en contextos educativos.

Es importante considerar la relación familia(s) - escuela como escenarios presentes, donde no solo están involucrados en la socialización denominada primaria de niños y niñas, sino que se conforman como los espacios en donde se tejen las relaciones de género, enmarcadas en una construcción social de significados sobre el ser mujer y ser hombre; relaciones de género, que se han caracterizado por excluir a las mujeres del mundo público.

Sobre la incursión de la mujer al trabajo y la ruptura de la división sexual del trabajo en el plano doméstico y como esto ha afectado

<sup>33</sup> Las comillas son mías. No es que la familia le haya delegado per se la función socializadora y de crianza a la escuela, las demandas funcionales de la sociedad a las familias, en producción y consumo, hoy implican una mayor disposición de las familias a la funciones externas y una reconfiguración de las feminidades.

## ENSAYO

### Résumé.

Cet article vise à générer des réflexions sur l'école et les familles, deux institutions historiquement féminisées, en grande partie à la suite de la fonction de socialisation et d'éducation des enfants qui leur a été déléguée. L'objectif est de problématiser sur les transformations que les familles ont subies, principalement en réponse à la mondialisation, et les exigences que cette dernière génère pour l'école, afin de couvrir les fonctions de soins autrefois assumées par la famille. Il est ensuite précisé, au sens foucaultien du terme, que l'école est un dispositif social qui, avec les familles, recrée les stéréotypes de genre, affectant la construction des identités chez les filles, ce qui favorise à long terme leur ségrégation à l'âge adulte, dans les espaces traditionnellement masculins. Enfin, des défis sont posés aux professionnels du travail social, dans le cadre de la relation famille-école et de la reconnaissance des lieux d'énonciation.

### Mots clés.

École, familles, stéréotypes, transformations, société patriarcale, identités féminines, travail social.

la vida familiar y la igualdad de género, Nuño (2009) indica que la incorporación de la mujer al mundo público no ha significado la desvinculación del rol privado, por lo que su empleabilidad se encuentra condicionada y limitada por el desconocimiento de un mercado laboral que no toma en cuenta las responsabilidades del cuidado. De forma análoga la división sexual del trabajo también ha excluido a los varones del ejercicio de roles en el entorno familiar, tanto en el plano doméstico, como en el plano del cuidado y la crianza.

Al respecto Carrasquer analiza la doble presencia del trabajo y el empleo femenino, indicando que la división sexual del trabajo doméstico aún sigue siendo asumido en mayor proporción por las mujeres, y que si bien es cierto el hombre ha accedido aún más al espacio privado, tanto hombres como mujeres lo ven como la “ayuda” recayendo de este modo toda la responsabilidad doméstica y del cuidado en la mujer. Por el contrario frente a la economía del hogar los roles si se han modificado pues ya el hombre no se constituye en el principal proveedor económico del hogar, generando de esta manera unas dinámicas de sobre carga laboral para las mujeres (Carrasquer, 2009).

Pensar en la incursión de la mujer al espacio público, debe generar reflexiones respecto a cuestiones como la división sexual del trabajo o las funciones de cuidado, que históricamente han sido asignadas principalmente a las mujeres. Igualmente es relevante reflexionar acerca de la manera en que estos roles no han tenido cambios sustanciales con respecto a la inclusión del varón en la economía del cuidado, afectando con ello el ejercicio de la ciudadanía de las mujeres que se encuentran aún “encriptadas”

en el espacio privado y con una sobre carga laboral producto de su misma incursión en el escenario público, que no reconoce las funciones de crianza delegadas socialmente.

### **Marcos relacionales entre Familias y Escuelas**

Las relaciones entre familias y escuela no pueden analizarse fuera del contexto de la globalización, entendiendo la globalización como un fenómeno que ha regulado la vida íntima de las personas, el “aquí adentro” y su relación con las instituciones, pues este fenómeno no puede verse como exclusivo del orden financiero mundial, sino a la apertura de las relaciones íntimas de las personas. Por tanto ha de considerarse que la globalización es un conjunto de procesos “que operan de manera contradictoria y autopoiética” Giddens (2000) generando diferentes tipos de presiones que crean identidades colectivas. Este proceso transformador de los mercados y de las relaciones humanas, ha deconstruido, en los hechos sociales, los significados sobre las primeras. Llamativamente Bernal, Jaramillo, Mendoza, Pérez y Suarez (2009) plantean que mientras las familias tienen unos significados positivos frente a la globalización, ocurre lo contrario con los docentes que presentan una postura de resistencias ante la globalización, así como tensiones frente al impacto de ésta en las dinámicas familiares, resistencias que igualmente se ven al concebir nuevos significados sobre infancia. Los autores plantean que en cuanto a los roles que desempeña la escuela y la familia, se destaca el papel predominante de la escuela en la vida familiar y en lo que la escuela llama una “crisis de la familia”.

Peláez (2011) atribuye un significado especial a la inclusión en la escuela, pero vista no solo como la inclusión de las personas en condición de discapacidad al aula, sino a la necesaria comprensión de la pluralidad de los contextos de donde vienen los estudiantes, entre ellos la familia y la comunidad, que se conforman “en el devenir biopsicosociohistorico” (Peláez, 2009 pág. 9). En este sentido, el planteamiento de Bernal et al (2011) estaría fundado en la idea rígida e ideal que se tiene sobre la familia, como un ideal de la familia burguesa, pues estas formas de concebir la familia no tienen en cuenta las transformaciones sociales y que permiten ver que la familia no se destruye ni está en crisis, sino que presenta nuevas dinámicas relacionales tanto entre los miembros que la integran como con los sistemas más amplios, viéndose necesario que la escuela primero, comprenda esas nuevas dinámicas, para así luego incluir esa pluralidad de contextos de donde vienen los y las estudiantes a la vida escolar.

La escuela dice Peláez (2011) se ha diseñado para todos, pero se ha ordenado en criterios homogeneizadores que no aceptan la diferencia, aquí el autor plantea el ideal de la educación, concebida como el principal escenario para conservar y promocionar la universalidad democrática, con base no en la igualdad, pero si en la equidad.

Semejante a lo recién señalado, Villarroel y Sánchez encuentran que, en los escenarios educativos escolares de inclusión de familias rurales que migran a espacios urbanos, se produce un fenómeno curioso en el que mientras las familias atribuyen gran significado e importancia a la escuela, y particularmente a su función socializadora, la escuela conserva un significado defi-

citario sobre las familias, queriéndolas ajustar al modelo hegemónico urbano, desconociendo con ello su cultura en la formación de niños y de niñas (Villarroel y Sánchez, 2002).

Teniendo en cuenta lo anterior, Bernal et al. (2009) se cuestionan sobre si la escuela está cambiando flexiblemente en función de las transformaciones que se experimentan socialmente en el contexto de la globalización y el conflicto, en el caso específico colombiano. Por su parte Peláez (2001) anota la urgente necesidad de comprender cómo pasar de una sociedad que no contempla al otro como un otro diferente, insolidaria, y excluyente, a una sociedad incluyente, competente y solidaria, que contemple las diferencias y la pluralidad de contextos de donde vienen los y las estudiantes.

En este sentido, la relación familias – escuela está dada en consideración con los significados que construyen las dos instituciones frente a sus roles y funciones como socializadores de niños y de niñas en un contexto de la globalización, ellos y ellas ponen en el escenario directa o indirectamente el contexto social en el que se teje esa relación, un contexto caracterizado por las transformaciones sociales que no son ajenas a estas dos instituciones a las que culturalmente se les ha otorgado un papel de significancia en la socialización del individuo.

### **La Escuela como reproductor de estereotipos de género y constructor de identidades:**

Como se ha mencionado en apartados anteriores, las transformaciones sociales han dado paso a vertiginosos cambios en las relaciones entre los individuos y de estos con las institu-

ciones, la escuela, aquella institución que en antaño estaba encargada de la socialización, denominada secundaria, hoy se ve retada a contemplar nuevas posibilidades de relación con las familias y a asumir nuevas lecturas frente a las realidades sociales, que elimine todo intento de prácticas reproductoras de una cultura que segrega, excluye y atenta contra el ejercicio libre y equitativo de los derechos.

En ese sentido, pensar en cómo se han tejido y cómo se tejen en la actualidad las relaciones entre los sexos en los contextos educativos y como se construyen identidades, ha sido tema de un interés para algunos movimientos académicos que preocupados por la exclusión social han desarrollado distintos estudios del orden internacional, latinoamericano y nacional que permiten identificar los retos de la educación actual.

Ponferrada (2007) indica que la escuela se constituye en un espacio de relaciones sociales heterogéneas, con gente igualmente heterogénea, en la que no existen medidas que favorezcan relaciones equitativas y de respeto a la diferencia. Esto a su vez dificulta la consolidación de las identidades de las mujeres quienes deben hacer frente a formas de discriminación por su género. En el caso de las migrantes, éstas deben sumar a dicha discriminación de género la discriminación por su origen étnico y cultural.

Algunos mecanismos, que funcionan como reproductores de estereotipos y constructores de identidad, de feminidades y masculinidades son los siguientes:

a. En la escuela, el cuerpo de niños y niñas determina la manera de comportarse y relacionarse entre ellos (Chacón, 2010), ele-

mentos como la etnia, la cultura y la clase social que se manifiestan en la vida escolar y en el cuerpo, perpetúan roles y relaciones de género que han sido asumidas tradicionalmente. Las prácticas escolares utilizan mecanismos que buscan a través del cuerpo de los y las niñas imponer docilidad y obediencia.

b. El lugar que tienen los niños varones en las violencias escolares, coloca igualmente en una condición de desventaja a las niñas, pues de acuerdo con Azola (2009) afirma que los niños son responsables de un mayor número de agresiones que las niñas, pero que niños y niñas son víctimas de esas agresiones casi por igual, establecen que los ataques más frecuentes en la escuela son las de tipo verbal o psicológico, en este sentido y siguiendo a Chacón (2010) las prácticas corporales y comunicacionales de niños y niñas en la escuela estarían generando diferencias marcadas entre los géneros, reproduciendo significados de identidad construidos socialmente, donde las prácticas escolares igualmente estarían representando estas construcciones diferenciadoras entre los géneros a través del cuerpo.

c. La práctica del espacio arquitectónico también es un punto de análisis en la reproducción de estereotipos de género y en la construcción de feminidades y masculinidades, así mientras a las mujeres se les asocia con pasividad - debilidad y a los hombres se les asocia con fuerza - actividad, las niñas son excluidas de espacios físicos que son conservados para los varones. Los autores hablan

de la violencia simbólica, haciendo referencia sobre cómo los escenarios escolares y las prácticas educativas reproducen violencias para las niñas especialmente. (Chacón, 2010) (Barfusson, Revilla, y Carrillo, 2010) de acuerdo con ello, la violencia simbólica, desde el concepto de Pierre Bourdieu, describe las relaciones de dominación invisibles, una violencia intangible, que causa daño, pero a su vez, es legitimada socialmente, pues está configurada en las relaciones sociales.

d. Ros (2013) y Ochoa, Parra, García (2006) identificaron que los cuentos utilizados en la escuela, asocian a las mujeres con el rol doméstico y de cuidado, madres abnegadas y felices que requieren protección. En el caso de los hombres, están asociados a la fortaleza, el dominio, la iniciativa, la agresividad y el trabajo remunerado. Mendoza (2013) igualmente a través de una investigación etnográfica analiza el juego como reproductor de estereotipos.

e. Edda Sant Obiols y Joan Pagés Blanch (2011) Nuño (2009) Colmenares, Santana y Graterol (2008) enuncian una categoría, denominada androcentrismo curricular, una práctica educativa que excluye de los currículos y planes de estudio, el reconocimiento de las mujeres que han sido importantes en la historia y en la ciencia. Estos autores indican que los currículos están diseñados de tal manera que cuando aparecen las mujeres en los relatos históricos, lo hacen como princesas o brujas. Para el caso colombiano hay un reconocimiento en los estándares para grado decimo sobre la incursión de la mujer en el mercado laboral

a causa de la globalización, pero no da cuenta de las realidades de las mujeres en la historia.

Estos mecanismos, así como otros, hacen de la escuela un dispositivo<sup>34</sup> de reproducción de estereotipos (Estrada, 2004) y constructor de identidades de género, a partir de la división sexual del trabajo y desde verdades absolutistas que están presentes en la cotidianidad y enmarcan a niñas y niños en unos roles específicos. La escuela como escenario ideal para la transformación social, debería plantear interrogantes sobre esas pseudo-verdades absolutas, que permitan deslegitimar los roles establecidos culturalmente y discutir aquellas verdades que, aparentemente, parecen obvias.

Los dispositivos según Deleuze (sf) citando a Foucault “son máquinas para hacer ver y para hacer hablar” en donde entran en juego el poder, el saber y la subjetividad dentro de las prácticas discursivas y no discursivas. Es decir que el dispositivo forma subjetividades a partir de prácticas, saberes e instituciones, generando con ello relaciones de dominación de los cuerpos, la cultura y las relaciones.

De acuerdo con lo anterior, en los contextos educativos existen unas reglas explícitas, las cuales establecen parámetros de equidad y reconocimiento de la diferencia. No obstante, en la cotidianidad, dichas reglas suelen

<sup>34</sup> Foucault introduce el término dispositivo a la filosofía, para referirse a los discursos y prácticas no discursivas y que producen formas de subjetividad (García, 2011). Frente a ello García refiere que aunque Foucault no da una definición explícita sobre el concepto de dispositivo si indica que estos “constituirán a los sujetos, inscribiendo en sus cuerpos un modo y una forma de ser: Pero no cualquier manera de ser. Lo que inscriben en el cuerpo son un conjunto de praxis, saberes, instituciones cuyo objetivo consiste en administrar, gobernar; controlar; orientar; dar un sentido que se supone útil a los comportamientos, gestos y pensamientos de los individuos” (García, 2011: pág. 2)

ser desplazadas por reglas implícitas y hechos cotidianos, en las que se preservan los imaginarios y las prácticas tradicionales propias de la sociedad patriarcal. Si bien la mujer ha tenido mayor acceso a los espacios de formación académica, especialmente en el nivel de educación superior, se siguen observando fuertes limitaciones en su acceso a los escenarios públicos.

### **Participación femenina en los escenarios escolares**

La construcción de las identidades de las mujeres en la relación familias y escuela inclina la balanza en la configuración de los proyectos de vida de ellas, obedeciendo a los parámetros tradicionales de la división sexual del trabajo. La matrícula en la educación superior es mayoritariamente femenina, pero en profesiones que responde a la premisa del cuidado. El estatus de ciertas carreras influye en la remuneración de quien la ejerce, siendo las profesiones feminizadas las de menor remuneración.

Las relaciones entre los géneros en la escuela, se asocian igualmente con el lugar que ocupan las mujeres en los cargos directivos y en la ciencia. González (2014) y Cáceres, Trujillo e Hinoja (2011) encuentran que la mujer hace presencia en un alto porcentaje en los contextos académicos de docencia en los niveles de preescolar y de educación básica, porcentajes que, en todo caso, se van reduciendo en educación superior. Anotan el papel reducido de la mujer en dos aspectos; uno en los cargos directivos; y dos en el número de investigadoras con niveles de maestría y doctorado. De acuerdo con un estudio de la Unesco, sobre la mujer en la ciencia, publicado por la revista Dinero (2016) indica que el 38% de las investigadoras en Colombia son

mujeres y que a pesar de ser mayoría entre la población que ingresa a los programas de pregrado, son minoría en los programas de doctorado.

Categorías como *techo de cristal* (Bravo, 2007), (Valcarcel, 2004) (Barfusson, Revilla, Carrillo, 2010) y *piso engomado*, (Cáceres, Trujillo e Hinoja 2011) emergen de los estudios feministas y de género; el primero hace relación a las limitaciones que tienen las organizaciones para el ascenso laboral de las mujeres y el segundo, tiene que ver con las propias limitaciones que se autoimponen las mujeres, quienes privilegian los roles desempeñados en el espacio privado, que es la familia.

Teniendo en cuenta el entorno escolar universitario y familiar en la construcción de identidades hombres y mujeres de manera consciente reflexionan y experimentan su sexualidad identificando las desigualdades de género, donde en los discursos, se evidencian el conocimiento que tienen sobre las desigualdades existentes, pero en la práctica no hay modificación de los patrones de conducta. (Martínez y Solís, 2009) en este sentido, los esquemas cognitivos parece que se modifican, pero en el componente pragmático siguen asumiéndose conductas asimétricas, al parecer los discursos académicos están enfrentados al pensamiento familiar tradicional patriarcal, fundamentados en dogmas religiosos, lo que genera en los estudiantes disonancias cognitivas, emocionales y pragmáticas.

### **El reto de los y las trabajadores sociales en contextos educativos**

En los contextos educativos donde ejercen trabajadores y trabajadoras sociales, bien sea en la escuela o en contextos jurídicos o de salud, el

profesional en trabajo social se ve retado a transformar instituciones, que rompan con la tendencia homeostática, permitiendo con ello procesos de entropía, como posibilidad de desarrollo humano.

En todo caso, es necesario tener presente que los trabajadores y las trabajadoras sociales son ante todo sujetos que crecieron en una familia, construyeron sus identidades en escenarios escolares y, como se ha señalado más atrás, por tanto, han recibido un fuerte influjo cultural respecto a los imaginarios tradicionales relativos a los roles de género. Esto hace necesario pedagógicamente que en su proceso de formación como profesionales del trabajo social se promuevan procesos autorreferenciales, que les permitan pensarse, reflexionarse, reconocerse, de-construirse y co-construirse permanentemente con base en nuevos significados sobre sí mismos y la sociedad. Igualmente les permita reconocer las realidades de las familias en el marco de los sistemas más amplios.

Cuando se habla de maltrato institucional, Linares (2002) refiere que existe cuando una institución ha fracasado en el servicio que ofrece, pues sus funciones no se cumplen, generando malestar en la familia, que debía recibir agenciamiento, acompañamiento, apoyo u orientación, en tal sentido, este maltrato por un lado es estructural (carencias materiales, de infraestructura, de sobre carga laboral) y por el otro lado es ejercido por profesionales. En este último aspecto Linares divide la negligencia profesional por deformación ideológica, prejuicios religiosos, prejuicios políticos como por ejemplo atribuir a la naturaleza la división sexual del trabajo, masculinizar el maltrato o atribuirse el prejuicio

formativo de considerarse salvador de las familias, que ofrece herramientas para salvar a las familias.

Por lo tanto, es necesario reconocer lo que en palabras de Harding (1997) denomina los lugares de enunciación, para generar un conocimiento situado de las realidades de las familias, reconociendo con ello los lugares personales, culturales y políticos propios para deconstruirlos y objetivarlos.

Es por ello, que los y las trabajadoras sociales, no solo tienen ellos per se, el reto de configurarse y reconfigurarse para la intervención familiar, despojándose de prejuicios y deformaciones ideológicas, sino que la escuela formadora de estos profesionales, debe garantizar que en ellos aprendizajes situados, el reto de la academia está en el de formar sujetos políticos, que lleven las voces de las familias, a partir de lecturas teóricas y epistemológicas de las realidades que les atañen a la esfera pública.

Pablos (2011) con relación a la educación popular permite reflexionar sobre su papel liberador y emancipador. Según la autora, desde una perspectiva emancipadora, la escuela debe transformar la estructura social y sus relaciones, develando las relaciones de dominación y de poder existentes. En este sentido, indica que la educación está al servicio de la sociedad donde funciona, sin permitir procesos emancipadores, ni de empoderamiento en la ruptura de relaciones preestablecidas culturalmente. La autora permite construir la siguiente pregunta: ¿a qué o a quién sirve la educación?: la popular sabe que no sirve al orden establecido, entonces ¿la educación formal a quien le sirve?

Lo anterior nos invita a cuestionarnos acerca de la necesidad de hacer una de-construcción de las identidades he-



gemónicas establecidas por el modelo patriarcal, a través de una educación para el desarrollo que tenga como objetivo el conocimiento de los procesos de empoderamiento de las mujeres y que se proponga desarrollar habilidades que rompan con la división sexual del trabajo, uniendo fuerzas con los discursos y análisis socioculturales de los movimientos feministas, que han desarrollado conceptualizaciones en torno al androcentrismo, los prejuicios sexistas, la invisibilización de la mujer y la feminización de la pobreza, entre otros. (Bernal, Aurora & Carrica Sarah, 2014)

## Conclusiones

En el marco de la globalización, la familia y la escuela juegan un papel predominante no solo en la socialización primaria de niños y niñas, sino en la construcción de significados sobre el ser hombre y ser mujer que van afectar considerablemente las relaciones de géneros tanto en el ámbito privado como en el público, pues aunque parece ser que las y los jóvenes universitarios tienen un discurso y un esquema de pensamiento cada vez mayor sobre las relaciones equitativas entre los géneros y que los niños y niñas se reconocen como sujetos de derechos, la práctica cotidiana que se vive en la escuela y en el espacio público no ha modificado los patrones de interacción entre hombres y mujeres.

Pensar en la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, desresponsabiliza a la sociedad y al Estado de la garantía de los derechos de las familias, como sujetos colectivos y carga de responsabilidad a las mujeres, quienes culturalmente se les delegan el sostenimiento de la familia y por

ende las responsabiliza de lo que se ha denominado “perdida de valores”.

En la reflexión sobre la co-responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado, se tiene que visibilizar al sector productivo, pues en la discusión solo se discute sobre la familia y la escuela, demandándose entre sí unas responsabilidades de manera independiente como si no existieran unas condiciones materiales generadas a partir de las políticas laborales del sector productivo con hondas incidencias en la vida de las familias. No debe olvidarse por tanto al sector productivo, pues es necesario que se erijan en actores sociales familiarmente responsables, que permitan también deconstruir estereotipos sobre el papel del hombre en el cuidado de los hijos e hijas.

La división sexual del trabajo en el ámbito escolar, es una categoría transversal de las inquietudes y reflexiones que surgen de los estudios, el entorno escolar promueve a través de sus prácticas escenarios que crean y recrean roles de género. Frente a esa reproducción de estereotipos sociales, todos los actores están implicados, los padres y madres de familia como agentes socializadores, en este sentido existe una relación entre sexo biológico y género cultural, donde la escuela junto con la familia reproducen los patrones donde se sitúan a las niñas y a los niños en unos papeles sociales de acuerdo al sexo, como si las relaciones de género fueran naturales o biológicas. Nuño (2009), Bernal, Aurora & Carrica Sarah, (2014) y Gaviria, (2002)

La academia se ve retada a formar desde aprendizajes situados, que permita procesos autorreferenciales del estudiante, para la práctica profesional con familias, generando en ellos

transformaciones de vida y cuidados de sí mismos como profesionales.

## Bibliografía

- Azola, Elena (2009) Patrones, Estereotipos Y Violencia De Género En Las Escuelas De Educación Básica En México extraído de [http://www.fecyt.es/fecyt/seleccionarMenuI.do?strRutaNivelI=:ServiciosComunidadCientifica&tc=servicios\\_comunidad](http://www.fecyt.es/fecyt/seleccionarMenuI.do?strRutaNivelI=:ServiciosComunidadCientifica&tc=servicios_comunidad)
- Bernal, Ramos, Pérez & Suárez Reyes (2009) Significados que construyen niños, padres de familia y docentes vinculados a varias instituciones escolares de la ciudad de Bogotá sobre infancia, familia y escuela en el marco de la globalización, en *Divers.: Perspect. Psicol.* / ISSN: 1794-9998 / Vol. 5 / No 2 / 2009 / pp. 283-306
- Bernal, Aurora & Carrica Sarah (2014) Mujer, Desarrollo y Educación para el desarrollo. En *Edetania* 46, 181-199, ISSN: 0214-8560
- Barfusson, Revilla, y Carrillo, (2010) Aportes feministas a la educación. En *ENSEÑANZA E INVESTIGACIÓN EN PSICOLOGÍA* VOL. 15, NUM. 2: 357-376 JULIO-DICIEMBRE, 2010
- Bravo, Nereida (2007) Logros y dificultades en la participación política de las mujeres del valle del Cauca. En *Unión de Ciudadanas de Colombia. 50 años del ejercicio del voto femenino VII congreso Internacional*
- Castoriadis, Cornelio (1995) *La Institución Imaginaria de la Sociedad. Volumen I Marxismo y Teoría Revolucionaria.* Tusquet Editores, Barcelona.
- Chacon Karla (2010) *El Cuerpo Infantil En La Comunicación Escolar: Un Análisis Desde La Sociología Del Cuerpo.* Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones. Tesis Doctoral en <http://eprints.ucm.es/11087/1/T32115.pdf>
- Cáceres, Trujillo, Hinojo (2011) Tendencias actuales de género y el liderazgo de la dirección en los diferentes niveles educativos (María Pilar Cáceres Reche Juan Manuel Trujillo Torres Francisco Javier

- Hinojo Lucena Inmaculada Aznar Díaz Marina García Carmona) en *Educación* 2012, vol. 48/1 69-89
- Carrasquer, P. (2009) *la doble presencia, el trabajo y el empleo femenino en las sociedades contemporáneas*, tesis doctoral Universidad Autónoma de Barcelona. En <http://www.dart-europe.eu/About/info.php?lan=esp>
  - Colmenares, Flor. Santana, Nancy y Graterol, Aura (2008) *Género y ciudadanía en el discurso escolar formal*. En REVISTA VENEZOLANA DE ESTUDIOS DE LA MUJER - CARACAS, JULIO-DICIEMBRE 2008, VOL. 13, N° 31
  - Dallera, (2006) *Límites difusos: la flexibilización de las instituciones sociales familia y escuela*, Magisterio del Río de la Plata, Buenos Aires
  - Dinero (2016) *Panorama Laboral de las Mujeres en Colombia*. Artículo publicado en la Revista Dinero el 18 de junio de 2016.
  - Estrada, A. (2004) *dispositivos y ejecuciones de género en escenarios escolares*, en *Pensar en Género: teoría y práctica para nuevas cartografías del cuerpo*, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Bogotá
  - Giddens, Anthony (2000) *Un mundo desbocado. Los efectos de la Globalización en nuestras vidas*. Taurus. Grupo Santillana. Madrid.
  - García, María Dolores (2010) *El Educador como agente de Formación* *Tiempo de Educar*, vol. 11, núm. 21, enero-junio, 2010, pp. 107-133 Universidad Autónoma del Estado de México
  - González (2014) *el lugar de la investigación desde el género. Reflexiones desde la filosofía en revista de comunicación de la seeci*. Número extraordinario, 102-109 issn: 1576-3420
  - Haraway, D., (1991), *Ciencia, cyborgs y mujeres: la reinención de la naturaleza*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995.
  - Linares (2002) *del abuso y otros desmanes: el maltrato familiar, entre la terapia y el control*. Paidós, Barcelona
  - Mendoza, Héctor (2013) *Dime con qué juegas y te diré quién serás. Análisis de campañas navideñas de juguetes para niños y niñas en televisión de señal abierta en Lima (2011-2012)* en *Correspondencias & Análisis*, N° 3 REVISTA
  - Martínez, C. & Solís, D. (2009) *El entorno escolar y familiar en la construcción de significaciones de género y sexualidad en jóvenes de Guadalajara*, extraído de <http://search.scielo.org/>
  - Nuño, L. (2008). *La incorporación de las mujeres al espacio público y la ruptura parcial de la división sexual del trabajo: el tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral y sus consecuencias en la igualdad de género*, tesis doctoral universidad compútense de Madrid en <http://www.dart-europe.eu/About/info.php?lan=esp>
  - Ochoa, Dessire, Parra, Maryri & Garcia, Carmen (2006) *los cuentos infantiles: niñas sumisas que esperan un príncipe y niños aventureros, malvados y violentos*. En *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer* vol.11 no.27 Caracas July 2006
  - Ponferrada, M. (2007) *Chicas y poder en la Escuela: identidades académicas, sociales y de género en jóvenes de la periferia* Universidad Autónoma de Barcelona en <http://www.dart-europe.eu/About/info.php?lan=esp>
  - Pablos, L. (2011) *Poder, Libertad y género en la educación popular*, universidad Compútense de Madrid, Madrid España en <http://www.dart-europe.eu/About/info.php?lan=esp>
  - Peláez, R. (2011) *Inclusión en educación para tiempos de incertidumbre en ausencia de futuro: De la invisibilización a la visibilización*, en *plumilla educativa* ISSN1657-4672N8, consultado en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=familia+escuela&db=1&td=todo>
  - Ros, Esther (2013) *el cuento infantil como herramienta socializadora de género* *Cuestiones Pedagógicas*, 22, 2012/2013, pp 329-350
  - Edda Sant Obiols y Joan Pagés Blanch (2011) *porque las mujeres son invisibles en la enseñanza de la historia?* En *Revista Historia Y MEMORIA*, No. 3. Año 2011, pp. 129 - 146
  - Valcárcel, Amelia (2012) *Ciudadanía, virtudes y mujeres: Educación para la ciudadanía*.
  - Villaroel, G. & Sánchez, X (2002), *Relación Familia y Escuela: un estudio comparativo en la ruralidad*, en *Estudios Pedagógicos*, N° 28, 2002, pp. 123-141

## ENSAYO

**Resumen.**

El presente artículo pretende nutrir un espacio de discusión frente al choque que durante largo tiempo ha existido entre las teorías ius-moralistas<sup>9</sup> e ius-positivistas de cara a la labor del juez en la administración de justicia, y particularmente, por cuenta de la primera de las mencionadas, a la tendencia cada vez más fuerte y expansionista de la constitucionalización del derecho, con su pretensión de negación de la discrecionalidad judicial al sostener la tesis de una única respuesta correcta ante casos difíciles, y como consecuencia de ello, hacer primar los principios por sobre las normas jurídicas, en lo que se denomina actualmente como un activismo judicial. A través del análisis de algunos casos paradigmáticos, y de la mano de una lógica discursiva, se deja al descubierto las debilidades que presenta la teoría de la ponderación, como método de interpretación y de resolución judicial de casos difíciles, así como la posibilidad de que, por vía de dicho método, se abra paso a una arbitrariedad judicial; y coetáneamente, se exponen y sustentan las razones por las cuales se considera que el método interpretativo-subsuntivo es, en cambio, una herramienta eficaz para controlar la actividad judicial y evitar que el juez, en su ámbito de discrecionalidad interpretativa y decisonal, llegue a incurrir en arbitrariedad.

**Palabras clave.**

Argumentación jurídica, discrecionalidad judicial, teoría de la decisión judicial, positivismo jurídico, método ponderativo, subsunción judicial.

# El método interpretativo-subsuntivo como herramienta para controlar la discrecionalidad judicial. Una mirada crítica a la teoría de la ponderación.

“Una justicia llevada demasiado lejos puede transformarse en injusticia” (Voltaire).

“El argumento se asemeja al disparo de una ballesta, es igual de efectivo dirigido a un gigante que a un enano” (Sir Francis Bacon).

Recibido: 24 V 2018; Aceptado: 23 VIII 18.

**AUTOR:** CARLOS ANDRÉS ZAMBRANO S.<sup>35</sup>

Un tema que ocupa lugar preponderante dentro de la teoría jurídica, la teoría de la decisión judicial y, de manera amplia, en el derecho en general, es el de la argumentación jurídica, particularmente como fundamento de las decisiones judiciales (Atienza, 2003, pp. 1-7; Dworkin, 1989, pp. 47-48, 146-147, 176-177; García, 2017, pp. 9, 21-52; Hart, 1998, pp. 164-169, 176-183; Rodríguez, 1997, pp. 15-20), esto es, el proceso de construcción de una decisión, en el marco del sistema jurídico, con respeto y sujeción a la normatividad vigente

<sup>35</sup> Abogado egresado de la Universidad Surcolombiana de Neiva, Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia y candidato a Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Sede Bogotá D.C.; Diplomado en Docencia Universitaria e Investigación. Abogado litigante por espacio de doce años y asesor jurídico de varias firmas y empresas; posteriormente servidor público como funcionario de carrera en la UGPP (Coordinador del GIT de Acciones de Lesividad de la Subdirección Jurídica Pensional). Actualmente ejerce en carrera administrativa el cargo de Procurador 88 Judicial I Administrativo de Bogotá D.C. con rol de Coordinador de Procuradores Judiciales I Administrativos ante la Sección Cuarta. Correo electrónico: carzamjuan@yahoo.com

aplicable, y su justificación a través de las razones o motivaciones con pretensión de verdad, validez, coherencia y universalidad (Alexy, 1997, pp. 184-202; Atienza, 2003, pp. 203-207; Habermas, 2010; Mejía, 1996 y 1998), o si se prefiere, con la carga de satisfacer una exigencia de razonabilidad (García, 2017a, p. 52; y desde una orilla contraria, Zagrebelsky, 1995, pp. 147-148).

Dentro de ese contexto, se presenta un concepto que es trascendental a la hora de bifurcar las corrientes que abordan la cuestión de la argumentación jurídica y la decisión judicial: la discrecionalidad del juez al momento de tomar su decisión<sup>36</sup>.

Así, frente a la resolución de los casos que la doctrina denomina *dificiles* o que caen en una *zona de penumbra* (Dworkin, 1989, pp. 47-48, 146-147; García, 2017a, p. 91; Hart, 1998, pp. 54-60, 157-176, 183; Rodríguez, 1997, pp. 66-69), hay una corriente que, en la toma de dicha decisión, reconoce en la actividad del juez la existencia de una discrecionalidad judicial; al paso que existe otra tesis que se le opone categóricamente, esto es, negando de tajo la existencia de dicha discrecionalidad, al sostener que el sistema jurídico siempre ofrecerá la posibilidad de encontrar una única solución correcta a cada caso, por difícil que éste sea, y que entonces lo que debe hacer el juez es, con la preparación adecuada y aplicando el método propicio, escudriñar y hallar dicha respuesta única correcta.

A la primera corriente, la que acepta la discrecionalidad como forma de “decidir”, o elegir una de entre todas las posibles respuestas que brinda el ordenamiento jurídico, adhieren los iuspositivistas, con Hart como uno de sus más importantes exponentes. A la segunda, que rechaza dicha discrecionalidad, se le denomina la *tesis de la única respuesta correcta*, y es defendida mayoritariamente por los iusmoralistas, encabezados por Dworkin (Rodríguez, 1997, pp. 84-88; García, 2017a, pp. 55-92). Asimismo, cada una de estas posturas enfrentadas recurre a un método jurídico diferente para obtener la solución a los casos difíciles: la primera -la que acepta la discrecionalidad judicial- utiliza el método *interpretativo-subsuntivo*; en tanto que la segunda -la de la única respuesta correcta- hace lo propio por conducto del método *ponderativo-subsuntivo* (García, 2017a, pp. 95-130, 2017b)<sup>37</sup>.

En este punto conviene realizar la muy pertinente y valiosa aclaración que hace el maestro García (2017a, pp. 95-99), en el sentido de que los dos métodos señalados se componen de dos fases, y

<sup>36</sup> Entendiendo la discrecionalidad como aquella “libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho”, definición que muy acertadamente brinda el maestro García (2017a, p. 55). Subrayas fuera de texto, para resaltar.

<sup>37</sup> Aun cuando, en honor a la verdad y rigor jurídico, hemos de advertir que algunos iusmoralistas que defienden la tesis de la única respuesta correcta y que han desarrollado el juicio de ponderación, admiten de manera muy excepcional la presencia de la discrecionalidad judicial, y sería básicamente en el evento de que, aplicado dicho juicio y “ponderados” los derechos o principios en conflicto, resulta que ambos tienen el mismo “peso” tanto abstracto como específico, por lo que, ahí sí, al juez no le queda más salida que optar por uno de ellos en detrimento del otro, en un ejercicio claro e indiscutible de discrecionalidad.

## ENSAYO

### Résumé.

Cet article vise à nourrir un espace de discussion face au conflit qui a longtemps existé entre les théories ius-moraliste et ius-positiviste concernant le travail du juge dans l'administration de la justice, et en particulier con respect á la tendance de plus en plus forte et expansionniste de la constitutionnalisation du droit, avec sa prétention de nier le pouvoir discrétionnaire des juges de soutenir la thèse d'une réponse correcte unique à des cas difficiles et, par conséquent, de faire prévaloir les principes au-dessus des normes juridiques, dans ce qu'on appelle actuellement l'activisme judiciaire. L'analyse de certains cas paradigmatiques et d'une logique discursive permet de mettre en évidence les faiblesses de la théorie de la pondération, en tant que méthode d'interprétation et de résolution judiciaire d'affaires difficiles, ainsi que la possibilité que pour cette méthode, s'ouvre la voie à un arbitraire judiciaire; et simultanément, les raisons pour lesquelles on considère que la méthode interprétative-indicative est un outil efficace pour contrôler l'activité judiciaire et empêcher le juge, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire en matière d'interprétation et de décision, d'atteindre encourir l'arbitraire.

### Mots clés.

Argumentation juridique, pouvoir judiciaire discrétionnaire, théorie de la décision de justice, positivisme juridique, méthode de considération, subsomption judiciaire.

que ambos coinciden en la segunda etapa en cuanto que, uno y otro, deben culminar necesariamente en una labor subsuntiva: el primero de los métodos mencionados (interpretativo-subsuntivo), tiene una primera etapa de interpretación normativa, para luego de ello, proceder con la subsunción de los hechos objeto del caso a la interpretación que, previamente, se ha hecho de la norma aplicable. En el segundo método aludido (ponderativo-subsuntivo), el primer paso consiste en ponderar, esto es, “establecer, a la luz de las circunstancias del caso que se enjuicia, si pesa más o prevalece uno u otro de los derechos o principios que se enfrentan. De esa ponderación resulta una regla” (García, 2017a, pp.95-96), para, luego de obtener dicha regla a través de la ponderación, subsumir los hechos del caso que se juzga en la regla así obtenida.

Como se observa, ambos métodos deben culminar con una labor subsuntiva, siendo entonces el rasgo diferenciador lo que, en cada uno de ellos, se toma como factor a subsumir: la interpretación de la norma a aplicar, en el primero; o la regla obtenida a través de la ponderación que se hace de los derechos o principios que colisionan, en el segundo.

Hecha la anterior aclaración, necesaria para los fines que nos hemos propuesto, veamos entonces por qué sostenemos, como lo hemos señalado desde el propio título de este trabajo, que el método interpretativo-subsuntivo, se itera, aquel empleado y defendido por quienes afirman la existencia de la discrecionalidad judicial y niegan la tesis de la única respuesta correcta para todos los casos que son llevados ante la administración de justicia, es una herramienta que permite alcanzar -y hacer exigible- una decisión judicial

razonable y satisfactoria, y más aún, se constituye en un instrumento eficaz y un mecanismo de control para evitar la arbitrariedad judicial: la toma de decisiones por parte de los jueces basados en caprichos o en intereses personales, lo cual sí resulta abiertamente reprochable, indeseable y peligroso para la estabilidad jurídica y las instituciones de una sociedad.

### **La discrecionalidad dentro del método ponderativo: el “huevo de pascua” del iusmoralismo**

Sea pertinente y necesario poner de presente que, contrario a lo que afirma desde su propia base la tesis de la única respuesta correcta y sus defensores, la discrecionalidad judicial sí existe e, inclusive, se encuentra innegablemente presente dentro de la misma estructura metodológica del juicio de ponderación, eso sí, fuertemente enmascarada bajo el falso ropaje de una inexistente objetividad y de un aún más engañoso procedimiento de pesaje, pero que si se analiza con detenimiento, se podrá evidenciar fácilmente, cual huevo de pascua. Veamos cómo:

Decíamos que el método que utilizan los defensores de la corriente de la única respuesta correcta es el ponderativo-subsuntivo; igualmente, que este método, como su nombre claramente lo indica, se compone de dos pasos, y para lo que nos interesa en este punto, que el primero de ellos está dado por una labor de ponderación o “pesaje” de los derechos o principios en liza.

Pues bien, es precisamente aquí donde la discrecionalidad, muy convenientemente disfrazada, aparece,

tiene cabida y hace de las suyas: como bien sabemos, en el juicio de ponderación propuesto por Alexy, Atienza y compañía, una vez se ha superado satisfactoriamente el test de idoneidad y necesidad -y suponiendo que se haya hecho de manera correcta y completa, lo que no vamos a ahondar acá por exceder el objeto de este trabajo, pero que siempre resultará dudoso, o cuando menos, susceptible de dificultades y críticas-, hemos entonces de aplicar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, y lo que nos dice esta teoría es que, en esta última fase, se deben “pesar” los derechos o principios en conflicto, a través de una metodología con pretensión de objetividad<sup>38</sup>.

Es en este punto donde se presenta el problema, pues resulta que, como lo denuncia el maestro García (2016; 2017b) con no poca ironía y gracia -todo hay que decirlo-, ni Alexy, ni Atienza, ni ninguno de los defensores de la ponderación, nos han mostrado la “balanza” en la que sorprendentemente han podido “pesar” los derechos y principios, como tampoco han patentado ni explicado el mecanismo de funcionamiento del “ponderómetro”, que nos permita aceptar la pretensión de validez y, sobre todo, de objetividad que nos dicen proporcionala la aplicación de dicho método.

Así pues, si tenemos en cuenta ese pequeño detalle, nos podemos percatar sin mayor dificultad que la

<sup>38</sup> Peso abstracto de los principios más el peso de esos mismos principios en el caso particular y concreto, según los hechos y circunstancias que lo rodeen, para lo cual se establece una escala de afectación -positiva vs. negativa- para determinar finalmente si el grado de afectación negativa de uno de los principios enfrentados se justifica o no por el grado de afectación positiva que correlativamente experimenta el otro (Alexy, 1993, p. 161; Atienza, 2003, p. 175; García, 2017a, p. 209 y 2017b).

aludida labor de “ponderación”, de aplicación del test de proporcionalidad en sentido estricto, o más sencillamente, de “pesaje” de los derechos y/o principios en liza, pues no resulta ser sino un simple y mero ejercicio subjetivo, de *valoración* de esos derechos o principios de conformidad y bajo los parámetros que le dictan u orientan al juez su propia moral, sus convicciones personales, íntimas, su propio esquema y escala de valores, y por tanto, sin ninguna propiedad especial que le permita arrogarse una pretensión de objetividad y universalidad que, vistas así las cosas, como realmente son, jamás podrá tener.

La prueba de esto que decimos, y que sostienen con mayores y mejores argumentos los teóricos iuspositivistas, es que a un mismo caso, y máxime si se trata de uno difícil, nunca, jamás, existirá un “consenso” respecto a su decisión “correcta”: así se utilice por parte de todos el juicio de ponderación, nunca coincidirán, todos a una, en el principio “vencedor”.

Y todavía más, otra prueba aún más diciente es que, incluso, al interior de los tribunales o cuerpos colegiados decisorios, donde todos sus magistrados utilicen -o pretendan hacerlo, cuando menos- dicho método ponderativo, en los casos difíciles es bastante frecuente que se presenten salvamentos de voto por, precisamente, no llegar todos a la misma conclusión.

Entonces, reconocer, como es evidente, que en la aplicación del método ponderativo existe una labor netamente subjetiva, en la que el juez, al “pesar” los principios, no hace más que “valorar” realmente, según los parámetros que le dicta su moral individual, para de tal suerte sacar “vencedor” al principio o derecho de

su preferencia, es entonces reconocer que, inexorablemente, existe también discrecionalidad judicial, y con ello, como lo afirman los iuspositivistas actuales, que esa discrecionalidad judicial, lejos de ser evitable, resulta ineludible e, incluso, necesaria a la hora del juez tomar la decisión del caso, sobre todo en los denominados “difíciles” (García, 2017a).

### **El método interpretativo-subsuntivo como herramienta de control y corrección de la decisión judicial**

Siendo del anterior modo las cosas, y si estamos en lo correcto en el análisis antecedente, debemos entonces preguntarnos: si ambos métodos implican o conllevan margen de discrecionalidad en la que el juez puede, legítimamente, moverse para tomar una decisión ajustada a derecho, ¿qué hace entonces la diferencia entre ellos? Es la respuesta a este interrogante la que, en definitiva, nos dé la razón en la tesis que hemos sostenido desde el inicio.

En efecto, a pesar de la coincidencia respecto de la presencia de la discrecionalidad judicial al momento de decidir un caso, y en más los difíciles, ambos métodos difieren mucho, particularmente y de modo trascendental, en la forma en que precisamente llegan a la decisión final, es decir, en la estructura y construcción de los argumentos sobre los cuales edifican tal decisión:

Por un lado, en el método ponderativo-subsuntivo, en su fase “crítica”, esta es, a la hora de “pesar” -o valorar, si queremos llamar las cosas por su verdadero nombre- los principios

o derechos que se han puesto en confrontación al momento de presentar el caso como, precisamente, de ponderación, y que es por ende (el test de proporcionalidad en sentido estricto) el que va a determinar el resultado de la decisión misma, existe una alta dosis -excesiva diríamos- de subjetividad, lo cual abre la posibilidad de que la decisión pueda estar “contaminada” por intereses particulares y no siempre loables, por ejemplo, por capricho, por prejuicios, por ideología, por algún beneficio económico, etc., lo que en últimas se traduce en, ya no discrecionalidad, sino arbitrariedad, con el agravante de que una decisión tomada de tal manera no resulta de fácil corrección, toda vez que no existe formalmente una labor argumentativa que pueda ser rebatida, sino simplemente una tarea de “pesaje”, que releva convenientemente al juez de tener que motivar y explicar la razón de su fallo.

De otra parte, y por el contrario, en el método interpretativo-subsuntivo el fuerte, la etapa crítica de construcción de la decisión -si bien arropada también de una cierta dosis de discrecionalidad - es la *labor argumentativa*, es la interpretación normativa a la luz de las reglas básicas del discurso, es el esfuerzo en los argumentos para llevar al convencimiento de que la solución adoptada, si bien no es la única posible -y precisamente por no ser la única sino una de las posibles que el derecho admite en ese caso concreto- es sí, la más plausible o razonable por sobre las demás.

Radical la diferencia, si se nos permite tal calificación. Radical por cuanto, como decíamos hace un momento, en tanto con el método ponderativo-subsuntivo el juez no tiene la necesidad de “argumentar”

su decisión, más allá de demostrar formalmente -y sólo formalmente, en apariencia- que “ponderó”, y que fruto de esa ponderación -¡y vaya uno a saber con qué balanza le habrá correspondido precisamente el caso que nos interesa!- tal o cual derecho o principio resultó “vencedor” a costa o en perjuicio del otro<sup>39</sup>, ante lo cual resulta prácticamente imposible “demostrar” un yerro o fallo en esa decisión de tal manera sustentada.

Cosa bien distinta ocurre cuando se utiliza -correctamente- el método interpretativo-subsuntivo, pues acá se debe agotar de manera rigurosa una argumentación suficiente, correcta y pertinente, que respete las reglas del discurso, entre ellas, las que nos menciona el maestro García (2017a, pp. 46-52) de exhaustividad<sup>40</sup>, de pertinencia y de admisibilidad<sup>41</sup>, todo lo cual facilita el control de las decisiones judiciales bajo este método adoptadas, y su posibilidad de corrección, al permitir conocer y escudriñar en las razones que llevaron a tomar cual camino, y si las mismas, confrontadas con el derecho y las circunstancias del caso, son legítimas, suficientes y admisibles, es decir, si bajo esas reglas y premisas, y conduciendo el discurso por su cauce lógico y natural, en aplicación de las normas pertinentes y atendiendo a las particularidades del caso objeto de estudio, la decisión a la que se ha llegado resulta **razonable y defensible**.

<sup>39</sup> Y a sabiendas de que, coincidentalmente, siempre “ganará” el derecho o principio que, en la convicción íntima o personal del juez, tenga más relevancia o importancia.

<sup>40</sup> Que nos enseña que en una decisión judicial “toda afirmación no obvia debe aparecer justificada hasta el límite de lo razonablemente posible” (p. 48).

<sup>41</sup> “Porque el Derecho es de todos las razones admisibles del juez sólo pueden ser las razones que tenemos en común, las que todos podamos admitir” (p. 52).

Si se evidencia que no es así, tenemos entonces expedito el camino para ejercer las acciones o recursos que la legislación permita para esos eventos en aras de corregir tal decisión “desviada”, pero a estos efectos tendremos más herramientas eficaces, y sobre todo, más posibilidades de evitar arbitrariedades o un ejercicio abusivo o irregular del poder decisorial de los jueces, que si simplemente sostenemos -y pretendemos defender así- que la decisión no es del juez, sino que le vino dada por el propio ordenamiento jurídico y que pudo encontrarla gracias al “ponderómetro”, a esa balanza mística y sorprendentemente precisa, que le permitió “observar” que un principio “pesaba” más que otro, siendo ambos, no sobra recordarlo, conceptos indiscutiblemente inmateriales y cargados de contenido axiológico, y por tanto, indeterminado.

### **La falacia del método ponderativo: revelando el truco del sombrero**

Desde siempre la ciencia nos ha enseñado que es a través del rigor, la verificación, la experimentación y la comprobación que se puede construir verdadero conocimiento, siempre posible de ser cuestionado y revisado y, cuando ello sea demostrable, corregido y re-elaborado: así es como podemos estar absolutamente seguros de las afirmaciones o descubrimientos que resultan de una labor emprendida de tal manera (Sagan, 1997).

Así las cosas, y retomando las enseñanzas del gran e inigualable científico y filántropo del siglo XX, el maestro Carl Sagan, hemos de cultivar y mantener siempre despierto nuestro pensamiento escéptico y crítico a fin

de evitar caer en la trampa, el engaño, el fraude, la credulidad o cualquiera otra circunstancia que nos lleve a lo que él llamaba “la oscuridad” (Sagan, 1997), que no es cosa diferente que la amenaza del fin de la civilización y el regreso a la época infame del oscurantismo (Pp. 347-368, 455-466).

Para lograr tal cometido, esencial para subsistencia de la especie humana, recopiló del devenir histórico de la ciencia diversas herramientas, un “equipo de pensamiento escéptico” (Sagan, 1997, pp. 232-239) a efectos de acometer tal labor que denominaba como “el sutil arte de detectar camelos” (Pp. 225-242), que nos permite construir argumentos razonados y razonables, acordes con las reglas básicas del discurso y, con ello, reconocer y controvertir un argumento o razonamiento falaz (P. 232).

Teniendo en cuenta esas reglas, y con base en lo que hemos dicho hasta el momento, podemos adentrarnos dentro de algunos de los casos más paradigmáticos de los que echan mano los teóricos de la ponderación, así como de otros en los cuales algunas altas cortes dicen utilizar tal método, todo ello con el fin de verificar y demostrar de mejor manera la inconveniencia y, si se quiere, del peligro que para el sistema democrático puede implicar la utilización de la ponderación como método para obtener y sustentar las decisiones judiciales. Los primeros dos ejemplos son retomados de la obra del maestro García (2016, 2017a, 2017b), quien los recoge e ilustra clara y suficientemente, y que hemos de sintetizar al máximo, para el propósito y fines de este trabajo; en tanto el tercero ha sido identificado y seleccionado de nuestro ámbito jurisdiccional colombiano, en donde

ha causado cierto revuelo y críticas por sus efectos.

**Primer caso: Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán (BVerfG) 86, I – TITANIC/“geb. Mörder”<sup>42</sup>.**

Alexy (2002, pp. 34-36) nos presenta este caso como paradigmático de utilización adecuada del método ponderativo y, en particular, del test de proporcionalidad en sentido estricto; sin embargo, del análisis que hace el BVerfG, se evidencia claramente que la labor argumentativa en la toma de la decisión final se fundamenta exclusivamente en un método interpretativo-subsumitivo, sin que aparezca, pero ni por asomo, el método ponderativo ni mucho menos la aplicación teórica del test de proporcionalidad en sentido estricto, como mal lo pretende presentar Alexy (García, 2017a, pp. 222-225). Veamos sintéticamente los antecedentes del caso:

En Alemania, una revista satírica muy conocida llamada “Titanic” publicaba frecuentemente una sección que denominaba “las siete personalidades más lamentables”, a modo de burla de quienes, por algún motivo, hubieran figurado públicamente de manera reciente. En una oportunidad, un oficial de reserva del ejército que había quedado parapléjico por cuenta de un accidente de tránsito, consiguió que, luego de múltiples peticiones, fuera incluido para hacer parte de unos ejercicios militares, argumentando que pese a su condición física, su cabeza funcionaba muy bien y que por el amor que profesaba por la milicia, podía ser útil en dichos ejercicios militares, particularmente,

por su conocimiento del idioma checo. El caso de este reservista fue recogido por una publicación alemana como nota curiosa. “Titanic” conoce dicha nota y procede a incluir a este hombre en la sección de “los siete personajes más lamentables”, identificándolo con su nombre y añadiéndole el sufijo “geb. Mörder”, que en alemán significa “nacido asesino”<sup>43</sup>.

El personaje, al ver la publicación, decide demandar a “Titanic” por daño a su honor. La revista, al enterarse de la demanda, procede a publicar entonces, en su sección de “cartas al lector”, una réplica a dicha acción judicial, y entre otras críticas que lanza al militar, le llama “tullido” (krüppel). Ante esta nueva publicación, el reservista añade a su demanda la indemnización por esta nueva ofensa.

El caso llega al Tribunal Superior de Düsseldorf, quien condena a la revista a indemnizar al reservista por las dos ofensas al honor (“geb. Mörder” y “krüppel”). Luego, en revisión del fallo, el BVerfG modifica la sentencia y exonera a la revista por haber denominado al militar como “geb. Mörder”, al estimar que no constituye ofensa al honor tal expresión, pero la condena a indemnizarlo por llamarlo tullido, pues en este caso considera que sí hay una ofensa.

Ahora bien, si se revisa la fundamentación del Tribunal Constitucional en la toma de la decisión y los pasos que sigue para llegar a ella (García, 2017a, pp. 217-225), vemos con claridad meridiana que, contrario a lo afirmado por Alexy, dicho tribunal no utiliza el método ponderativo ni mucho

menos realiza el test de proporcionalidad en sentido estricto, pues en ninguna parte cuantifica la intensidad de la afectación de los derechos del militar ni los pone en relación con los derechos de información o de libertad de expresión de la revista. Contrario a lo anterior, la labor que hace el BVerfG es netamente interpretativa-subsumtiva. Veamos:

Primero hace un resumen de las argumentaciones de las partes en conflicto, sintetizando la cuestión en si llamar al demandante “geb. Mörder” (nacido asesino) y “krüppel” (tullido) constituyen un atentado contra su derecho al honor al resultar injuriosas, o si por el contrario, se trata de expresiones satíricas y, por ende, ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Así pues, de entrada, el tribunal no plantea el problema jurídico a resolver como uno de conflicto de principios, como se formula a partir del método ponderativo, sino de la calificación que debe hacerse de las expresiones que el demandante considera atentatorias de su derecho a la honra, lo cual es propio -y necesario- del método interpretativo-subsumitivo.

Pero el tema no para allí, es a partir de los pasos argumentativos que utiliza el tribunal que nos queda absolutamente claro que la decisión es resultado de una labor netamente interpretativa, no ponderativa. Así, el BVerfG empieza por definir la sátira y los elementos de ésta (exageración, caricatura y distanciamiento), luego diferencia la sátira del insulto y la injuria, y finalmente establece que la libertad de expresión protege la sátira artística, así contenga elementos de crítica, mas no a las manifestaciones injuriosas o a las críticas insultantes, las que quedan por fuera del ámbito de protección de la referida libertad de expresión.

<sup>42</sup> El análisis en profundidad de este caso, así como la información completa y los detalles pertinentes, pueden ser consultados en García, 2017a, pp. 209-225.

<sup>43</sup> Hay que poner de presente que cuando “Titanic” incluía a alguien en esta sección, siempre lo identificaba con el nombre y le añadía, con el sufijo “geb. ...”, que traduce “nacido...”, algún calificativo peyorativo, burlesco o de mofa.



Como se observa, para el inicio del análisis la lógica que utiliza el tribunal es de carácter formal “binaria”, se trata de un planteamiento disyuntivo, “o tal cosa o tal otra”, lo que significa que no se pueden presentar ambas a la vez: o se trata de expresiones satíricas, que no son injuriosas o insultantes, y por ende que se encuentran amparadas por la libertad de expresión, o no lo son, y por ende, que resultan ofensivas y atentatorias contra el derecho al honor. Es por ello que el tribunal no efectúa un análisis desde la ponderación, donde el planteamiento sería más o menos así: la expresión “x” supone el ejercicio de la libertad de expresión y, al mismo tiempo, supone un daño o una afectación al derecho al honor, por lo cual, para determinar si la expresión “x” es lícita, debe establecerse si con dicha expresión el beneficio que reporta para la libertad de expresión es mayor que el daño que implica al derecho al honor.

Y posteriormente, para resolver el caso concreto, vuelve y echa mano el tribunal del método interpretativo-subsuntivo, no del ponderativo, al efectuar el encuadramiento de las expresiones objeto de demanda frente a la delimitación conceptual que había realizado previamente y que acabamos de exponer:

Respecto de la expresión “geb. Mörder” (nacido asesino), sostiene que se trata de una expresión satírica, y por ende, amparada por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión de la revista, al (i) contener varias notas definitorias de la sátira (caricatura y distanciamiento), (ii) al aparecer en una revista satírica y dentro de una sección en donde siempre a todos los personajes se les identifica con algún sufijo de esa naturaleza (“geb. ...”), lo

que demuestra que la intención de esas rúbricas no es ofensivo sino cómico; y (iii) por el lenguaje habitual de la revista y la sección, de tono jocoso y que pretende hacer reír al lector, que es el fin típico de la sátira.

Así pues, concluye el tribunal que la expresión bajo estudio, analizada de esa manera, no constituye ningún atentado contra el derecho al honor del demandante, lo que claramente evidencia que es resultado de un método interpretativo-subsuntivo, al realizar el trabajo argumentativo ya señalado; y no dice, en ninguna parte, que sí se presente daño al derecho del demandante, pero en grado leve o poco relevante que por tanto deba soportar éste por el beneficio mayor que reporta la libertad de expresión de la revista, lo que hubiera sido la conclusión si hubiera utilizado el método ponderativo.

Y en cuanto a la expresión “krüppel” (tullido), el tribunal llega a la conclusión de que, a diferencia de la anterior, ésta sí es atentatoria al derecho a la honra del militar, pues en el contexto que se utiliza, se hace para ofender a la persona, para degradarlo o humillarlo, y así es utilizada de manera cotidiana en la sociedad: el decirle a alguien “tullido” -afirma el tribunal- se hace con la intención de minusvalorarlo, de insultarlo, pues más allá de reflejar una condición física, se utiliza despectivamente hacia personas que, precisamente, no tienen ninguna discapacidad física o motriz, sólo con esa intención injuriosa o degradante; razón por la cual la revista, al haber llamado de ese modo al militar, lo hizo con un carácter vejatorio, objetivamente insultante, y por ende, tal expresión no se encuentra amparada por el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

Nuevamente observamos el esquema disyuntivo propio del método interpretativo: o es ejercicio legítimo de la libertad de expresión y por tanto no constituye daño al derecho al honor del demandante, o por el contrario no es ejercicio legítimo de esa libertad y, en consecuencia, sí constituye una afectación al derecho al honor del militar.

En conclusión: en este primer caso, en el cual los defensores de la ponderación nos pretenden mostrar las bondades de dicho método, podemos evidenciar que la decisión judicial, lejos de adoptar tal sistema, realiza es toda una labor interpretativa-subsuntiva a la luz de las definiciones legales y lingüísticas, y bajo las particularidades del caso concreto, con la utilización de una lógica formal binaria que, por ende, excluye de tajo la aplicación del test de proporcionalidad que pregona la ponderación. Así las cosas, primera falacia advertida: donde se dice ponderar, no se hace tal labor, se acude es al método interpretativo-subsuntivo, con un resultado razonable.

**Segundo caso: Derecho a la seguridad vs. derecho a la intimidad: Sentencias de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife del 12 de diciembre de 2007 y de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo Español del 10 de diciembre de 2010<sup>44</sup>.**

En este segundo ejemplo, veremos cómo la utilización del método ponderativo puede llevar a soluciones *contra legem*, vulneratorias de los derechos

<sup>44</sup> Para profundizar en este caso y evidenciar todas las imprecisiones e inconsistencias que presenta, y que acá, en su mayoría, se pasan por alto debido a la finalidad de este trabajo, Cfr: García, 2017a, pp. 93-130.

sustanciales y adjetivos de las partes en un litigio, con el agravante de que, por su estructuración, no permiten un control y posibilidad de corrección de manera adecuada y eficiente.

Antes de dar inicio al caso es necesario precisar que se han agrupado, como una sola, las dos decisiones judiciales finales que resolvieron los recursos de apelación y de casación, por tratarse de fallos en los que ambos órganos decisoriales utilizaron el método ponderativo y llegaron básicamente a las mismas conclusiones con las mismas premisas de aplicación de los respectivos test que implica dicho método, por lo cual resultan complementarias y equiparables.

Los hechos en que se basa este caso, sin entrar en mayores detalles, son los siguientes: en un pequeño callejón hay dos casas, una diagonal a la otra, son las únicas de esa calle la cual, además, no cuenta con buena iluminación, por lo que, aunado al hecho de que se trata de inmuebles de tipo suntuoso, las hace más susceptibles de ser víctimas de la delincuencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, “Pedro” contrata una empresa especializada para que instalen un sistema de seguridad en su casa, que incluye una pequeña cámara que, por su ubicación y direccionamiento, graba la vía pública y, además, alcanza a tomar la imagen de una pared de la casa de enfrente (de propiedad de “Juan”) y de las dos puertas de acceso de dicho inmueble.

Hay que resaltar, además, algunas características de ese sistema de seguridad contratado e instalado por “Pedro”: la cámara es de tipo fijo, es decir, sin movimiento; graba únicamente video, no audio; tiene

una resolución o calidad de imagen bastante precaria, al punto que no se alcanzan a identificar a las personas que son tomadas por el video; y más importante aún, las grabaciones son cíclicas, es decir, la cinta tiene una duración corta, de cuatro horas, lo que hace que esté permanentemente grabando y borrando para grabar nuevamente.

Ante la instalación de ese sistema de seguridad y vigilancia, “Juan” demanda a “Pedro” por considerar que ello atenta contra su derecho a la intimidad.

Para resolver la cuestión, el juez de primera instancia<sup>45</sup>, siguiendo un método típicamente interpretativo-subsumitivo, niega las súplicas de la demanda, más o menos de la siguiente manera: primero desarrolla la normatividad que resulta aplicable, esta es, la que regula el derecho a la intimidad personal<sup>46</sup>, con lo cual logra enmarcar y determinar el ámbito de aplicación de esas normas sustantivas; y luego de ello procede a analizar las circunstancias del caso específico para verificar si, en éste, se produce o no una afectación a la esfera de protección del referido derecho: es decir, y como ya veíamos en el caso anterior, realiza una labor lógica formal binaria de “o... o...”, típica del método interpretativo-subsumitivo: o bien en el caso se presenta una afectación ilegítima del derecho a la intimidad, caso en el cual habrá de prosperar la demanda de “Juan”, o

bien no se presenta tal afectación ilegítima y, por ende, no le asistirá razón al demandante.

Así las cosas, la conclusión a la que arribó el *a-quo* se vio determinada básicamente por los siguientes razonamientos: (i) la interpretación que surge de la normatividad que consagra y regula el derecho a la intimidad personal y familiar, implica la protección no de cualquier actividad personal, sino exclusivamente de los actos que cada persona reserva *para sí misma o para su familia*; (ii) por las características del sistema de seguridad instalado por “Pedro”, el único acto de la vida del demandante y su familia que quedan grabados temporalmente son las entradas y salidas del inmueble, sin que pueda siquiera reconocerse la identidad de las personas que quedan grabadas, debido a la pobre calidad de imagen de la cámara; (iii) las grabaciones bajo esas condiciones no pueden afectar el derecho a la intimidad del demandante, pues la única actividad que se registra sucede en el callejón y en la entrada del inmueble, por lo que, por ser lugares públicos (vía de acceso y entradas a la casa) no puede decirse que allí desarrolle actividades que puedan considerarse de carácter privadas o de su ámbito personal o familiar; (iv) en todo caso, no se probó que el demandado hubiera instalado el sistema de seguridad con la intención de vigilar o grabar las actividades personales o íntimas del demandante o de su familia; y (v) no resulta ilógico que una persona acuda a esta clase de herramientas para proteger su patrimonio.

Como puede observarse, se trata de toda una labor argumentativa, de razonamiento, de construcción lógica de inferencias, que se itera, resulta propio del sistema interpretativo-

<sup>45</sup> Juzgado de Primera Instancia No. 2 de Icod de los Vinos, municipio de la provincia de Santa Cruz de Tenerife, España. La sentencia es del 27 de abril de 2007 (García, 2017a, p. 102).

<sup>46</sup> En España, artículos 18.1 de la Constitución y 2.1 y 7 de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho a Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen -LDPH- (García, 2017a, p. 100).

subsuntivo: demostrar, a fuerza de argumentos, que la decisión adoptada es la más plausible o razonable.

Sin embargo, las cosas iban a dar un vuelco radical: inconforme con la decisión, “Juan” la recurre en apelación, la que es resuelta por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en fallo del 12 de diciembre de 2007, quien revoca la decisión del *a-quo* y condena a “Pedro”, providencia que, a su turno, fue entonces demandada por éste en casación ante el Tribunal Supremo Español, quien en sentencia del 10 de diciembre de 2010 confirma la decisión de la segunda instancia, prohijando los mismos “argumentos” y avalando y reiterando la necesidad de acudir al método ponderativo para resolver “acertadamente” la cuestión.

El desaguisado -grave- de este asunto, más que en la decisión al final adoptada por las instancias superiores que revisaron el fallo del *a-quo*, está precisamente en la forma en que llegan a ella: en la utilización del método ponderativo de manera más que cuestionable.

Veamos brevemente. En su apelación, “Juan” le dice al *ad-quem* que:

[L]a sentencia recurrida va “en contra del principio de proporcionalidad que debe regir en la confrontación entre los derechos a la seguridad personal, familiar y patrimonial, por una parte, y el derecho a la intimidad por otra... [pues existen] otros medios menos invasivos para garantizar esa seguridad” (García, 2017a, p. 105).

Hábilmente, el recurrente plantea el problema como de conflicto de derechos o de principios, pues claramente de este modo se evita tener

que controvertir los argumentos de la sentencia de primera instancia, y deja la cuestión a albur de la “balanza” con que el juez de la alzada disponga “pesar” los derechos artificialmente puestos así en liza.

Como era de esperarse, el *ad-quem* muerde el anzuelo del recurrente y cae en la ficción de creer que se encuentra ante un conflicto entre derechos, y para ello, incurre en una falacia argumentativa, la de *petición de principio* (Hernández, 2007, pp. 168-169; Hernández y Villalba, 2016, pp. 177-178), al señalar:

‘La intromisión no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y que se lleve a cabo utilizando sólo los medios necesarios para lograr una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho conculcado [...]’ (García, 2017a, p. 107).

Como se observa, el juez de la alzada da por sentado, sin tener ninguna prueba al respecto ni elaborar ninguna fundamentación que así lo sustente, que existe una intromisión ilegítima de “Pedro” en la esfera de la vida privada de “Juan”, o lo que es igual, que por la “intromisión” de “Pedro”, se presenta una “afectación” del derecho de “Juan” el que considera entonces se le ha “conculcado”, lo cual era precisamente el objeto de debate al inicio del proceso y que no se pudo demostrar, pero que en todo caso este tribunal acepta y ratifica como punto de partida de su análisis, contrario a lo decidido por el *a-quo*, y sin ofrecer ninguna razón por la cual se aparta de tal decisión para sostener semejantes afirmaciones.

Volvamos al orden de las cosas. En este caso, recordemos, “Juan” alegaba

la vulneración de su derecho a la intimidad por parte de “Pedro”, razón por la cual, puestas de ese modo las cosas, lo que habría que indagar, analizar y concluir, es si existe esa intromisión ilegítima o no, pues de no haberla, el actuar de “Pedro” estaría respaldado por la cláusula general de libertad que enseña que a los particulares les está permitido hacer todo lo que no esté prohibido<sup>47</sup>, y por ende, no habría nada qué ponderar: el comportamiento de “Pedro” estaría ajustado a derecho; y a efectos de tal labor es que sirve mejor el método interpretativo-subsuntivo, pues de querer apartarse de la decisión inicial, lo procedente era atacar la interpretación que hizo el *a-quo* respecto del ámbito de protección del derecho a la intimidad, brindando y desarrollando más y mejores argumentos de porqué, contrario a lo sostenido por el juez de primera instancia, sí se considera que se presenta una afectación a los derechos de “Juan”.

Pero sigamos. Decíamos que el primer gran error de los tribunales que revisaron la decisión del *a-quo* fue dar por sentado que había una intromisión ilegítima de “Pedro” en el derecho a la intimidad de “Juan”, y ello resulta comprensible, pues de otro modo no podían echar mano de la ponderación: recordemos que para poder utilizar tal método, se hace absolutamente indispensable construir el caso como de conflicto de derechos. Como acertadamente afirma el maestro García (2017a, p. 107) al estudiar este caso: “No se pondera para ver si existe la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, sino que se pondera una vez que se afirma que sí hay, en principio, esa intromisión”, lo que,

<sup>47</sup> Y que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra recogida en el artículo 6 de la Constitución Política.

como hemos dicho hace un momento, pone en evidencia la petición de principio que vicia la admisibilidad del argumento.

No obstante, los desatinos de los tribunales no paran allí. Luego de afirmar, sin más, la supuesta intromisión ilegítima de “Pedro”, con lo que estiman le ha conculcado el derecho a la intimidad de “Juan”, terminan soltando una perla descomunal: que, de todos modos, “Pedro” “[no ha] acreditado datos objetivos más allá de sus propios temores sobre las razones de seguridad que aduce [...] para justificar la colocación de las cámaras” (García, 2017a, p. 107). Esto es realmente increíble.

Lo que dicen básicamente es que “Pedro” debió haber probado “datos objetivos más allá de sus propios temores” para justificar la instalación de las cámaras, pero ello es totalmente absurdo, pues debemos recordar que la demanda la presentó fue “Juan”, no “Pedro”, y por ende lo que ahora se le recrimina a “Pedro”, y por lo cual resulta vencido en juicio, es por no haber asumido una carga que la ley procesal no le impone y que no tenía por qué adelantar entonces. Claramente, una decisión *contra legem*, que atenta contra sus derechos no sólo procesales sino sustanciales.

Para finalizar este caso, un último dislate absolutamente incomprensible y que demuestra a lo que puede llegar la aplicación errada del método ponderativo:

La decisión final de ambos tribunales, como decíamos, fue revocar el fallo del *a-quo*, para determinar que, contrario a lo sentenciado por éste, sí había una intromisión ilegítima al derecho a la intimidad de “Juan”; y como consecuencia de ello, conde-

nan a “Pedro”. Para lo que nos interesa, veamos la principal orden emitida contra “Pedro”, pero antes de ello hagamos un ejercicio para descubrir cómo es de fácil pecar en cuanto a ponderación se trata, y lo difícil, por no decir imposible, de poder corregir los errores cometidos en su nombre.

Uno pensaría que, ya entrados en ponderación, pues si hemos de resolver el caso de la forma en que, bien o mal, lo construyeron los tribunales, lo lógico sería que dicha decisión obedeciera a los mismos principios que gobiernan tal método, particularmente, atendiendo al principio de proporcionalidad en sentido estricto; de tal suerte que, se reitera, uno podría esperar que la decisión tuviera en cuenta una medida que, protegiendo el derecho a la intimidad de “Juan”, afectara lo menos posible el derecho a la seguridad de “Pedro”, ¿estamos bien?, y en consecuencia, uno creería que algo así podría obtenerse, por ejemplo, y sin utilizar demasiado la imaginación, cambiando la ubicación u orientación de la cámara, de tal suerte que pudiera seguir grabando la calle pero sin que tomara la imagen de la casa de “Juan”, o cuando menos de las entradas a ésta, ¿cierto? Pues no.

Por absurdo e increíble que parezca, una decisión como esa no fue la que tomaron los tribunales que revisaron y revocaron la decisión del *a-quo*. Contrario a lo que precisamente pregona el método ponderativo y su subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la decisión de ambos tribunales fue la de ordenar a “Pedro” a “retirar las cámaras de filmación y dismantelar todos sus dispositivos e instalaciones” (García, 2017a, p. 126), y obviamente, a indemnizar plenamente a “Juan”.

Acá es donde se pregunta uno: ¿no es acaso, una decisión como ésa, un

prototipo de medida absolutamente desproporcionada e innecesaria? Claramente sí lo es, y lo peor, tomada con el rasero de la “ponderación” y la proporcionalidad que ella misma dice pregonar y defender.

Aun cuando este caso presenta muchas más situaciones que bien merecen las críticas de rigor, para los fines del presente trabajo dejaremos acá, por haber llegado al punto que se quería demostrar: una decisión judicial que se adopte por vía del método ponderativo es más susceptible de cometer errores por la enorme carga subjetiva que implica y la licencia que convenientemente ofrece al operador jurídico de relevarlo del deber de fundamentar y sustentar los argumentos sobre los cuales edifica su decisión, con el agravante de que, por la manera en que se toma, cuenta con menor posibilidad real de poder ejercerse su corrección y control correspondiente.

### **Tercer caso: Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano del 8 de agosto de 2012, expediente 22.573.**

Finalmente, pasaremos ahora al campo de la jurisprudencia nacional, para evidenciar cómo nuestros altos tribunales no son ajenos a la tentación de echar mano de la ponderación, y con ello, a incurrir en decisiones seriamente cuestionables y que rompen con nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque son muchísimas -y de todo tipo- las decisiones en las que nuestros altos tribunales han recurrido al método ponderativo, y dentro de éstas las que se ha utilizado de manera errónea, unas veces, o innecesaria

en otras<sup>48</sup>, hemos seleccionado una sentencia particular del Consejo de Estado en razón a que resulta sumamente ilustrativa y dicente de hasta dónde se puede llegar por el camino de la ponderación, y la clara falta de límites que dicho método conlleva.

Los hechos, muy brevemente expuestos dado que lo que nos interesa de esta decisión no es el pronunciamiento frente al debate de fondo sino en cuanto al ámbito resarcitorio de la sentencia, son los siguientes: un agente de la policía fallece en un accidente de tránsito cuando el vehículo oficial en el que se transportaba colisiona con un vehículo particular. Frente a ello, sus deudos -compañera permanente, hija, hermanos y padre- demandan en reparación directa a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional para que sean declarados administrativa y patrimonialmente responsables del deceso del policial, invocando como título jurídico de imputación la teoría del “riesgo excepcional”, y para lo que importa a nuestro análisis, donde solicitan el resarcimiento de todos los perjuicios sufridos por ellos por cuenta del trágico suceso, específicamente el lucro cesante y el daño moral.

El Tribunal Administrativo del Valle, en sentencia del 31 de agosto de 2001, niega las pretensiones de la de-

manda. Inconforme con la decisión, la parte actora recurre en apelación la decisión y el Consejo de Estado, luego de efectuar un análisis del caso<sup>49</sup>, revoca el fallo, declara la responsabilidad patrimonial de la demandada y, consecuentemente, la condena al resarcimiento de los perjuicios alegados por la parte demandante en su escrito introductorio.

Hasta acá no hay problema alguno, se podría decir que estamos frente a una decisión como muchas otras que a diario profiere nuestra administración de justicia. Sin embargo, y ejemplificando aquel refrán que sostiene que el diablo se esconde en los detalles, es al momento de cuantificar el daño moral que, por sorpresa, aparece la ponderación y, ¡cómo no!, hace de las suyas, para infortunio de la parte vencedora en juicio y, nuevamente, en desmedro injusto de sus derechos sustanciales y procesales.

En efecto, el Consejo de Estado, luego de concluir que le asiste razón a la parte demandante, y a la hora de tasar el daño moral solicitado por ésta en la demanda, decide que el método adecuado para adelantar dicha labor es, aunque cueste creerlo, la ponderación. Exactamente, el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

En el caso concreto se ha demostrado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, como consecuencia de la muerte del agente [...], y este hecho constituye una afectación cierta, personal y que no estaban en la obligación de soportar, lo que hace devenir la

responsabilidad de la entidad demandada.

La Sala considera que con el daño demostrado, consistente en la muerte del agente [...] en el accidente de tránsito de un vehículo adscrito a la policía, se evidencia el perjuicio moral alegado por los actores, esto es, la tristeza y congoja que padecieron el padre y los hermanos de la víctima. Simplemente al aplicar las Reglas [sic] de la experiencia, podemos deducir el dolor y la intensa aflicción que produce a una familia, la muerte de un ser querido.

En relación con la solicitud de indemnización por perjuicios morales, la jurisprudencia de esta Sala ha insistido en que la prueba de la relación de consanguinidad permite inferir la existencia de afecto y unión entre las víctimas y sus familiares [...].

Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral de los demandantes, con motivo de la muerte de sus familiares, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad.

Hasta acá todo parece ir bien, pues su construcción argumentativa parece ir siguiendo un método interpretativo subsuntivo: establece la regla de que ante la muerte de un ser querido sus familiares cercanos experimentan un dolor o aflicción que jurisprudencialmente debe ser reparado, y a continuación, *subsume* el caso a la regla

<sup>48</sup> Como por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional C-022 de 1996 y SU-642 de 1998, en donde el análisis y construcción de la decisión se hace bajo un claro método interpretativo-subsuntivo y se llega por tal vía a la solución del caso, pero no obstante, y luego de dar con la solución, aplican el método ponderativo, sin ninguna necesidad y sí de manera bastante discutible, para llegar a la misma decisión a la que se había arribado por interpretación y subsunción; con lo cual se evidencia una de las críticas que denuncia el maestro García (2017a, p. 98-99), cual es, la característica de intercambiabilidad entre ambos métodos, a gusto del operador jurídico.

<sup>49</sup> Y en este punto es necesario poner de presente que dicha labor se efectuó utilizando claramente los pasos de un típico método interpretativo-subsuntivo, aun cuando ello no resulta realmente relevante para lo que queremos evidenciar de este caso.

así obtenida: comoquiera que en el asunto los demandantes acreditaron su grado de parentesco cercano con la víctima, la Sala “da por probado el perjuicio moral” de éstos. Sin embargo, a renglón seguido señala:

Para tasar los perjuicios morales, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la tasación [sic] de los perjuicios morales, que resulta el sustento adecuado para la determinación y dosificación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral. El fundamento de este test, comprende tres sub-principios que son aplicables al mismo: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

Entonces uno se pregunta: si ya tenía acreditado y “probado” el daño moral de los demandantes, y si para su indemnización la propia jurisprudencia de esta Máxima Corporación, reiterada hasta el cansancio, ha establecido el monto o *quantum* que corresponde: cien salarios mínimos legales mensuales vigentes para esos familiares en primer grado de consanguinidad, y cincuenta para los hermanos, ¿qué necesidad había entonces de ponderar? Es más, ¿qué es lo que se puede ponderar acá?, pues lo que nos ha enseñado, también hasta el cansancio la teoría de la ponderación, es que es un método para solucionar un conflicto o tensión derechos o principios, y para efectos de tasar un perjuicio moral, no se evidencia, pero ni por asomo, cuáles son esos derechos o principios en colisión, y por supuesto, en esta decisión el Consejo de Estado tampoco lo hace, es decir, acude a la ponderación sin siquiera tomarse la molestia de plantear el problema como uno de conflicto de derechos o principios: no olvidemos que la controversia judicial ya se había zanjado a favor de los deman-

dantes, luego, en sentido estricto, ya no había conflicto entre las partes.

Sin embargo, las cosas no paran allí, y ya entrados en semejante yerro, continúan con la serie de desaguiados jurídicos al aplicar, no al caso, sino a la tasación del daño moral, su dichosa ponderación y los tres test respectivos, así:

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental.

Error. El test de idoneidad está encaminado, únicamente, a verificar si la medida que, en beneficio de un derecho y que correlativamente afecta a otro (lo que no identifica el Consejo de Estado, reiteramos), es adecuada o permite alcanzar el fin perseguido con ella.

Para este caso, el Consejo de Estado incurre en doble error, pues por un lado, no encuadra o aplica el test al caso concreto sino que simplemente se conforma con hacer una enunciación genérica del mismo, errada por demás; y de otro, aún en la doctrina actual más autorizada, no es completamente aceptado y se cuestiona seriamente que el daño moral, esto es, el *pretium doloris*, esa afeción interna, esa aflicción profunda e íntima, pueda ser efectivamente reparado y resarcido por vía del pago de una suma de dinero (Henao, 1998, pp. 230-231; Navia, 2000, pp. 30-37)<sup>50</sup>, razón por

<sup>50</sup> Al efecto se suele citar el viejo adagio francés que dice que “las lágrimas no se monedean” (Henao, 1998, p. 230; Navia, 2000, p. 30).

la cual bien podría cuestionarse el dar por satisfecho o cumplido este primer requisito.

Sin embargo, y en aras de avanzar en el tema, veamos el siguiente test que aplica el Consejo de Estado:

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad de la tristeza que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata de la congoja, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad.

Nuevamente yerra de manera ostensible el Consejo de Estado. Como sabemos, y es punto crítico en el método ponderativo, el test de ne-

cesidad lo que busca determinar es si existe alguna otra medida, diferente a la cuestionada, que siendo idónea para obtener idéntico o análogo fin, resulte menos lesiva para el derecho que con ésta se afecta; pero el alto tribunal lo que hace es hablar de “dosificación” del monto indemnizatorio y sus diferentes escalas dependiendo de las circunstancias o la “intensidad” de la lesión, cosa que nada tiene que ver con el juicio de necesidad estrictamente entendido.

Además de lo anterior, y ya aplicando correctamente este test, debemos entonces preguntarnos: ¿existe en nuestro ordenamiento alguna otra forma de indemnizar el daño moral que, sin recurrir al pago de una suma de dinero<sup>51</sup>, sea igualmente eficaz a efectos de obtener el resarcimiento de ese tipo de perjuicio? Pues, siendo honestos, la verdad es que no sólo en nuestro ordenamiento jurídico, sino en el derecho convencional, existen múltiples formas y medidas para indemnizar los perjuicios inmateriales, entre éstos, el daño moral como el que acá reclaman los accionantes (M’Causland, 2008, pp. 144-158).

De hecho, en el derecho convencional, particularmente en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es habitual que la indemnización de este tipo de daño, y en general los inmateriales, se efectúe no con condenas a pagar sumas de dinero, sino con medidas de alto contenido simbólico y restaurativo, como por ejemplo, actos públicos

<sup>51</sup> Si es que nos tomamos la libertad de suponer que la defensa del patrimonio público sería, en teoría, el derecho que el Consejo de Estado pretende contraponer frente al derecho de las víctimas a ser indemnizadas, para poder plantear, de alguna manera plausible, ese supuesto -e inexistente, claro está- conflicto de derechos que permita aplicar la ponderación.

de reconocimiento de la verdad y de perdón a las víctimas<sup>52</sup>, orden de publicar el texto de la sentencia misma<sup>53</sup>, construcción de escuelas o monumentos de memoria histórica<sup>54</sup>, educación en derechos humanos<sup>55</sup>, entre otras más.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta mucho más dudoso aún que, en este asunto, y puestas de ese modo las cosas por parte del Consejo de Estado, se pueda superar este test, quedando en evidencia el yerro cometido.

Por último, y luego de ello, pasa al tercer test y señala:

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es, la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia de la tristeza, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de

<sup>52</sup> Cfr., por ejemplo, sentencias de la CIDH caso Cantoral Benavides vs. Perú o caso Niños de la Calle (Villagrán Morales vs. Guatemala); citados en M’Causland (2008, pp. 151-153).

<sup>53</sup> Sentencia de reparaciones del 27/11/1998 caso Castillo Páez vs. Perú, citado en M’Causland (2008, pp. 155-156).

<sup>54</sup> Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales vs. Guatemala); citado en M’Causland (2008, pp. 151-153).

<sup>55</sup> Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname, citado en M’Causland (2008, pp. 151-153). En Colombia, entre muchas otras más: Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencias del 05/09/2017 expediente 38.058, numeral 4 del artículo 3 de su parte resolutive; del 07/09/2015 expediente 47.671, numeral 4 del artículo 3 de su parte resolutive; y del 28/05/2015 expediente 26.958, primer ítem del literal A del artículo 3 de su parte resolutive.

los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

De nuevo, otro error más del alto tribunal. Claramente la aplicación de este tercer test no aparece en el asunto pero ni por asomo. Como bien sabemos, en este punto lo que procede, luego de un análisis en abstracto de los pesos de los principios puestos en liza, es realizar la ponderación o “pesaje” en concreto: se debe determinar, con la pretensión de objetividad que desde nuestra orilla rechazamos categóricamente, cuál es el grado de afectación positiva de la medida cuestionada (mucho, medio o poco) y compararlo con el grado de afectación negativa del derecho o principio que se sacrifica con ella (mucho, medio o poco), para de tal suerte establecer si la afectación o sacrificio de este derecho o principio se encuentra “justificado” por el mayor beneficio que reporta la medida cuestionada, caso en el cual se avala la misma; o si no lo está, por no reportar un mayor beneficio, caso en el cual debe ser rechazada.

Evidentemente el Consejo de Estado no aplica este test, pues lo único que hace, igual que en el anterior, es hablar de una “dosificación” o cuantía razonable de la indemnización, para que no se vaya a pecar ni por exceso ni por defecto. Se insiste, este análisis que hace el Consejo de Estado puede resultar ser muy valioso y necesario, eso no se pone en duda, pero que no es proporcionalidad en sentido estricto, pues no lo es.

Y aunque cueste creerlo, los párrafos transcritos es la única traza de la labor ponderativa que realizó el alto tribunal en el fallo, es decir, pasó completamente por alto la fase necesaria y esencial de subsumir las reglas al caso, o lo que es igual, no aplicó realmen-

te los test a la situación objeto de ponderación, sino que simplemente se limitó a hacer una suerte de definición de cada subprincipio -y de manera bien deficiente o errada, como pudimos ver- pero, se insiste, sin aplicarlos al caso concreto; para inmediatamente, y sin más, proceder a señalar los montos indemnizatorios para cada uno de los demandantes, estableciendo como *quantum* la suma de 60 s.m.m.l.v. para la compañera permanente y la hija del fallecido, y de apenas 10 s.m.m.l.v. para el padre y los hermanos, lo cual, además, terminó afectando notoriamente los derechos de éstos, pues, se reitera, la misma jurisprudencia de esta Corporación ha tenido el criterio uniforme y reiterado que en casos como el visto, el monto para el primer grado de consanguinidad siempre es de 100 s.m.m.l.v. (que acá debieron serlo para la compañera, la hija y el padre de la víctima) y para los hermanos, de 50 s.m.m.l.v. Abismal la diferencia ¿no?, y todo ello en nombre y por cuenta de la ponderación y su falsa pretensión de “objetividad” y “justicia material” que tanto pregona.

Una cuestión final: Las falencias metodológicas de la ponderación.

Ya para finalizar el presente trabajo, queremos dejar planteados muy concretamente algunos puntos de reflexión y análisis frente a otras inconsistencias y falencias de orden metodológico que presenta la teoría de la ponderación, tanto desde su estructuración y planteamiento, como en el ámbito de su aplicación.

Dentro del primer grupo (falencias de estructura), tenemos la problemática que surge respecto de la caracterización de los principios, las reglas ordinarias y las reglas de validez estricta, según la clasificación que

hace Alexy (García, 2017a, p. 95). En efecto, si bien en su obra Alexy (1993, pp. 81-138) dedica una parte para establecer algunos criterios de diferenciación entre reglas y principios, lo cierto es que dicha labor queda en la abstracción y la indeterminación, pues no logra concretar, específicamente y con aplicabilidad a los textos constitucionales o legales, cómo poder establecer con precisión cuándo, para un caso concreto, una norma es una regla, un principio o una regla de validez estricta, labor que resulta esencial pues de su resultado dependerá, nada más y nada menos, el saber si podemos o no ponderar, y en caso afirmativo, cómo hacerlo. Es más, nada nos dice acerca de qué características propias poseen esas llamadas “reglas de validez estricta”, y que las hace “inderrotables”, y cómo diferenciarlas de los principios fundamentales.

Otra falencia de orden estructural se encuentra en la máxima pregona por los defensores de la ponderación, en el sentido de que dicho método aplica únicamente para la colisión entre dos principios y eventualmente para el choque entre un principio y una regla, mas no para el conflicto que surja entre reglas.

Recordemos que Alexy (1993, p. 88) nos dice que, para el caso de conflicto de reglas, no procede ponderar sino que la situación se resuelve con una de dos soluciones posibles: o introduciendo una cláusula de excepción a alguna de las reglas en conflicto, o bien recurriendo a la invalidez de alguna de ellas, por vía de la aplicación de las reglas de interpretación<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Por ejemplo, por rango normativo (norma superior prima sobre norma inferior), por temporalidad (norma posterior prima sobre norma anterior), o por especialidad (norma especial prima sobre norma general).

Sin embargo debemos detenernos un momento para el siguiente análisis: se nos ha dicho que en caso de que se presente un conflicto entre un principio y una regla, se debe ponderar bajo el siguiente esquema: se toma el peso del principio para el caso por un lado, y se confronta con el peso del principio que para ese mismo caso subyace a la regla con que se enfrenta, más el principio democrático o de referencia del legislador -quien produjo la regla en cuestión- (García, 2017a, pp. 95-96)<sup>57</sup>.

Entonces, si estimamos que lo anterior es correcto, podríamos preguntarnos válidamente: ¿y qué hace que no se puedan ponderar dos reglas en conflicto sin necesidad de invalidar alguna de ellas? Pues, bajo los trucos de la ponderación, podríamos encontrar una solución que permita dicha labor en esos casos de conflictos de reglas: simplemente debemos identificar el principio que subyace a cada una de las reglas en conflicto, y comoquiera que ambas contienen el mismo principio democrático del legislador, por aplicación de la lógica matemática, al estar tal principio en ambos lados de la ecuación, simplemente se eliminan y tendríamos entonces los dos principios subyacentes enfrentados, y ahí sí podríamos sin ningún problema entrar a ponderar.

¿Que es artificioso ese planteamiento del choque de reglas como de principios subyacentes?, pues no se niega, puede que lo sea, pero

<sup>57</sup> De ahí que, contrario a lo que pudiera pensarse, en los eventos en que entren en conflicto un principio y una regla, es más probable que “gane” la regla y no el principio, pues aquella siempre tendrá la ventaja de contar, además de con un principio que le subyace, con el principio democrático del legislador que estableció dicha regla, con lo cual, una regla contendrá siempre dos principios. Ése es el tipo de problemas prácticos que genera la ponderación.



no resulta menos artificioso que la manera en que los jueces y tribunales plantean a diario supuestos conflictos de principios para entrar a ponderar a gusto, como hemos visto en los ejemplos analizados *supra*. Si de trucos de ponderación se trata, y de plantear conflictos de principios para echar mano de ese método es la cuestión, no vemos cómo pueda rechazarse esta forma de resolver, bajo la ponderación, el conflicto entre dos reglas.

Ahora bien, dentro del segundo grupo (falencias prácticas), además del aspecto que acabamos viendo en la última parte del grupo anterior (ponderación entre reglas), tenemos uno bien particular, respecto de las reglas de validez estricta.

Comoquiera que se trata de reglas “inderrotables”, de las que, además, no se nos dice nada acerca de cómo identificarlas o saber que estamos frente a una de ellas, por lo cual quedan al albur o gusto del operador jurídico, hemos de preguntarnos entonces: ¿qué sucede en el evento de que, en un caso concreto, entren en colisión dos reglas de este tipo?, ¿cómo se puede solucionar un conflicto entre dos reglas o normas inderrotables ambas?

Recordemos que este tipo de reglas no admite ningún tipo de mengua o afectación negativa, son, por así decirlo, “derechos absolutos” (García, 2017a, p. 95), y por ende, en caso de que se enfrenten a una regla ordinaria o a un principio, siempre saldrán vencedoras. Pero, y es el punto que se quiere dejar para reflexión, ¿qué sucede cuando se enfrentan dos normas inderrotables? Es lo que nos hemos tomado la libertad de llamar **la paradoja de Alexy**, y que, cier-

tamente, aún no nos resuelven los defensores de la ponderación.

## Conclusiones

Resulta claro que no existe forma alguna de garantizar que el juez, siempre y en todo momento, adopte una decisión que podamos llamar “correcta”, y ello es así por múltiples factores: la indeterminación o vaguedad en el lenguaje de las normas, las características particulares de los casos, la existencia de más de una forma de resolver la cuestión, las convicciones personales del juez, etc.

Pero siendo conscientes de ello, lo que sí se puede esperar de nuestros jueces -y exigirles también, claro está- es que a la hora de tomar esa decisión, y particularmente, al momento de sustentarla, lleven a cabo toda una labor argumentativa, exhaustiva, encaminada a persuadir y a demostrar, no tanto la “verdad” de tal decisión, como sí su razonabilidad, en virtud de la cual adquiera validez y legitimidad, al punto que permita a cualquier persona, así no la comparta o incluso le desagrade, llegar a la conclusión inequívoca de que esa decisión resulta ser plausible, razonable, defensible, y no que se muestre como arbitraria, disparatada o fruto del capricho o los intereses personales del juez.

A tal fin, con esas pretensiones de validez y de corrección, de aceptación y de escrutinio público, no queda duda alguna que el método más útil, eficaz, transparente y adecuado es el interpretativo-subsuntivo, por su misma naturaleza, esencia y características: es un método que hace primar la fuerza de los argumentos y de las construcciones lógicas de sus razonamientos por sobre la fuerza

de la autoridad o de los gustos o intereses personales de quien imparte justicia, estos sí, dentro del método ponderativo, disfrazados bajo una falsa pretensión de “verdad absoluta” y “objetividad”.

De otra parte, hemos visto cómo la ponderación presenta serias dificultades desde su misma estructuración y planteamiento, arrojando serias dudas, vacíos e, incluso, contradicciones que, sumados al elevado componente subjetivo disfrazado de “objetividad” que implica el “pesaje” de derechos y principios, terminan generando un terreno fértil para que, con el propósito que fuere, de mala fe o no, o incluso con las mejores intenciones, el juez termine desviando su decisión y abriendo paso, ya no a un ejercicio de discrecionalidad judicial, sino a una arbitrariedad decisional, en lo que podríamos llamar como el “regalo envenenado” del iusmoralismo y el neoconstitucionalismo al papel del juez y a la democracia.

A este efecto, y con el análisis conciso que se hizo de los ejemplos jurisprudenciales que trajimos a colación, pudimos evidenciar algunas falacias que encierra la ponderación -o que al menos prohija y no permite corregir- y hasta dónde se puede llegar en su nombre: desde la doctrina, para defender sus supuestas cualidades, cuando se dice que la ponderación fue bien aplicada y que, por ello, se obtuvo una decisión “acertada”, correcta o “justa”, digna de mostrar, resulta que, en realidad, el operador jurídico que resolvió el caso no utilizó, pero ni por asomo, la tal ponderación, ni mucho menos agotó la comprobación de los test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Y por el contrario, cuando el operador jurídico anuncia que va a utilizar el método ponderativo para resolver el caso, y en efecto lo hace, termina adoptando una decisión *contra legem*, claramente arbitraria o, cuando menos, reprochable y atentatoria de principios de raigambre también constitucional, como lo son el de legalidad, el de seguridad jurídica, el de confianza legítima, y por ahí derecho, el principio democrático mismo, fundante de la cláusula de Estado de Derecho, al soslayar, por la vía de un siempre latente e incierto estado permanente de excepción constitucional, disposiciones legales constitucionales, vigentes y aplicables, dictadas por el legislador, que es poder constituido y competente en ejercicio de la democracia representativa, pero que el juez hace a un lado para dar paso a sus preferencias personales, con el ánimo de “objetivizar” lo que no es más que su moral sustantiva, particular.

Es por lo anterior que se hace necesario, hoy más que nunca, que hagamos un alto en el camino, que reflexionemos y nos pongamos a pensar en las consecuencias a las que todo este asunto de la ponderación y la constitucionalización del derecho -llevados al extremo, como parece ir de manera desbocada la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia a nivel global-, nos puede conducir: por vía de artificiosos e ilusorios “conflictos de principios” y “pesajes de derechos”, vamos relativizando el derecho mismo y su fuente principal -la norma jurídica- derivada del principio democrático de representación popular de quien elabora tal positivización, y a ese paso, termina relativizándose finalmente la moral y la ética, no sólo privada sino la pública y la institucional, de tal suerte que lle-

garemos a un punto de relativización tal, en el que lo blanco será negro y lo negro blanco, y ya ni siquiera podremos discernir toda la escala de grises que puede existir entre ellos.

Así pues, la postulación de este tipo de teorías, y en general, de cualquier esquema conceptual que tenga una pretensión de “verdad absoluta”, sin permitirse pasar por un cuestionamiento de su fundamentación y la refutación y comprobación de su método, pues sencillamente resultan peligrosamente “fundamentalistas” y, por ende, atentatorias contra los principios básicos de las sociedades y de los estados modernos civilizados: la democracia, el discurso libre e ilustrado, la legalidad y la separación de poderes que ésta implica, el orden social justo y la protección del amplio catálogo de derechos y libertades individuales, políticas, sociales, colectivas, ambientales y prestacionales.

En términos más concisos: defender la tesis iuspositivista y su método interpretativo-subsuntivo -como acá lo hemos hecho- dentro de un marco global de expansión y unanimismo frente al iusmoralismo, es, básicamente, defender la democracia misma y el fundamento de nuestro modelo de Estado Social y de Derecho, que tanto nos costó consagrar y que nos ha costado aún mucho más sostener y salvaguardar.

## Lista de referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. (C. Bernal Trad.). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22, (66), pp. 13-64. Barcelona, España: Editorial Ariel S.A. (Trabajo original publicado en 1977).
- Atienza, M. (2003). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México D.F., México: Universidad Autónoma de México.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (2a Ed.). (M. Guastavino Trad.). Barcelona, España: Editorial Ariel S.A. (Trabajo original publicado en 1977).
- García, J. (2016, agosto 2). USI - Entrevista al Dr. Juan Antonio García Amado. [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=VmmTQE1Y8xg>.
- García, J. (2017a). *Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.
- García, J. (2017b, julio 13 al 15). Teoría de la decisión judicial. Cátedra de la Maestría en Derecho Administrativo. Universidad Libre, Bogotá D.C., Colombia.
- Habermas, J. (2010). *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Hart, H. (1998). *El concepto de derecho*. (G. Carrió, Trad.). Madrid, España: Editorial Trotta. (Trabajo original publicado en 1961).
- Henao, J. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, C. (2007). *Lógica y derecho como arte*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Ciencia y Derecho.
- Hernández, C. y Villalba F. (2016). *Argumentación jurídica*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.
- M'Causland, M. (2008). *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

- Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Mejía, O. (1996). *Justicia y democracia consensual. La teoría neocontractualista en John Rawls*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Uniandes – Siglo del Hombre Editores.
  - Mejía, O. (1998). *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis.
  - Navia, F. (2000). *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?* Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
  - Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*. Bogotá D.C., Colombia: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes.
  - Sagan, C. (1997). *El mundo y sus demonios. La ciencia como una luz en la oscuridad*. (D. Udina Trad.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Planeta. (Trabajo original publicado en 1995).
  - Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, España: Editorial Trotta.

# La justicia de pequeñas causas en la Comuna 21 de Santiago de Cali

Recibido: 17 IX 2018; Aceptado: 10 X 2018.

**AUTORA:** JANNETH BURGOS P.<sup>58</sup>

Para abordar el tema de la implementación de la justicia de pequeñas causas a nivel local, resulta ineludible remitirse a los antecedentes de su implementación en otros países de la región y de América porque constituyen los referentes de diferentes modelos y la existencia de características comunes para confrontarlos con el modelo diseñado para su implementación en Colombia y muy particularmente como se viene aplicando en la comuna 21 de Santiago de Cali. Además, porque permite también comparar si las necesidades y características de la población marginal de dicha Comuna que requiere la prestación del servicio de justicia, pero enfrenta diversos obstáculos para acceder a dicho servicio, son del mismo orden de aquellas experimentadas por las poblaciones de los países pioneros en el establecimiento de otros modelos de justicia civil de pequeñas causas. En otras palabras, si es posible aprender de las experiencias vividas en aquellos países precursores para mejorar y realizar ajustes.

Para tal propósito, en primer lugar, se hará referencia al trabajo de Carolina Villadiego [1] quien en su “Estudio Comparativo Justicia Civil de Pequeñas Causas en las Américas” (2006) define la justicia civil de pequeñas causas en los siguientes términos: “una expresión del sistema de justicia mediante el cual, controversias civiles cotidianas definidas según política pública, cuyos montos de reclamación no exceden un tope determinado, son tramitadas a través de procedimientos sumarios y menos formales a los tradicionalmente empleados, generando un menor costo de litigar para las partes”.

Afirma en su estudio que la justicia civil de pequeñas causas tiene dos expresiones distintas en la región:

## INVESTIGACIÓN

### Resumen.

Este artículo pretende ilustrar sobre la manera como se ha venido implementando la justicia de pequeñas causas en la Comuna 21 de Santiago de Cali desde la perspectiva y las experiencias de la Directora del Juzgado Quinto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali. Inicia con la breve mención de los trabajos de dos autores reconocidos, Carolina Villadiego y Edgar Ardila Maya, que giran en torno a las experiencias previas de implementación de la justicia de pequeñas causas, en los países pioneros en el continente americano: Estados Unidos, Canadá y Brasil, y el caso singular de Perú, los cuales constituyen los antecedentes de la implementación de la justicia civil de pequeñas causas en América. Los citados modelos permiten al lector contrastarlos con el modelo de justicia de pequeñas causas adoptado en Colombia, de manera particular, su implementación en la Comuna 21 de Santiago de Cali. Hace referencia a la normatividad que permitió su implementación en el país, y aborda el análisis particular de las actividades desplegadas por el Juzgado Quinto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali, para verificar hasta qué punto se han venido cumpliendo en este Juzgado, los objetivos planteados por la justicia de pequeñas causas, en lo relativo a descentralizar y prestar el servicio a las comunidades más marginadas.

### Palabras claves.

Justicia de pequeñas causas, normas, comunidad.

<sup>58</sup> Abogada egresada de la Universidad Santiago de Cali, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia y Magister en Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Actualmente ostenta el cargo de Juez Quinta de Pequeñas Causas y de Competencia Múltiple de Cali. Correo electrónico: [Janneth-burgos@hotmail.com](mailto:Janneth-burgos@hotmail.com)

## INVESTIGACIÓN

### Résumé.

Cet article vise à illustrer comment la justice des petites causes a été mise en œuvre dans la commune 21 de Santiago de Cali à partir des perspectives et des expériences du directeur de la cinquième cour des petites causes et compétences multiples de Cali. L'article commence par une brève mention des travaux de deux auteurs connus, Carolina Villadiego et Edgar Ardila Maya, qui s'articulent autour d'expériences antérieures dans l'application de la justice pour les petites causes dans les pays pionniers des Amériques: États-Unis, Canada et le Brésil, et le cas unique du Pérou ; tous cela constituent les antécédents de la mise en œuvre de la justice civile de petites causes en Amérique. Les modèles susmentionnés permettent au lecteur de les contraster avec le modèle de justice des petites causes adopté en Colombie, en particulier sa mise en œuvre dans la commune 21 de Santiago de Cali. Il fait référence aux règlements qui ont permis sa mise en œuvre dans le pays et aborde l'analyse particulière des activités déployées par la cinquième Cour des petites causes et compétences multiples de Cali, afin de vérifier dans quelle mesure elles ont été respectées devant cette Cour, les objectifs poursuivis, soulevés par la justice des petites causes, en termes de décentralisation et de fourniture de services aux communautés les plus marginalisées.

### Mots clés.

Justicia de pequeñas causas, normas, comunidad.

- 1) la justicia de pequeñas causas propiamente dicha, desarrollada en el ámbito de la jurisdicción civil, en Los Estados Unidos, Canadá y Brasil (actualmente en Colombia).
- 2) La justicia de paz y vecinal, generalizada en el sistema de justicia, en desarrollo de las formas comunitarias de resolución de conflictos.

La primera, establecida en Los Estados Unidos a comienzos del siglo XX, con el propósito de reducir la duración de los procesos, simplificar los procedimientos y disminuir los costos del litigio, para el cobro de deudas entre trabajadores y pequeños empresarios, competencia que fue ampliada en las décadas de los 60 y 70, para resolver también reclamaciones derivadas del derecho de consumo.

La segunda, establecida en Perú, Venezuela y Colombia para la aplicación de medios alternativos de solución de conflictos a través de jueces no necesariamente abogados, cuyas decisiones se fundamentan en criterios de equidad (usos y costumbres), la cual debe diferenciarse de algunos juzgados de paz de la región que constituyen la primera instancia del poder judicial y de las formas de justicia indígena y campesina que gozan de reconocimiento en algunos países como autoridades autónomas para la solución de conflictos de acuerdo con sus tradiciones ancestrales.

### La descentralización de la administración de justicia

En segundo lugar, para ilustrar el tema de la descentralización de la administración de justicia como eje central de la justicia de pequeñas causas, se hará referencia al trabajo del profesor Edgar Ardila Amaya (2002) [2], quien en su artículo "Justicia Comunitaria y el Nuevo Mapa de las Justicias" conceptualiza, de manera bastante singular, que en el mundo actual predomina la globalización que es una tendencia a abarcar todo el globo terráqueo a través de procesos de relación y organización social produciendo como resultado un cambio en la centralización de la producción del poder estatal y del derecho.

Estos cambios han producido reacciones por parte de grupos y movimientos sociales que se oponen a la globalización comercial y cultural, sin embargo, continúa avanzando y siendo predominante la tendencia a la globalización.

Pues, resulta que el sistema judicial no es ajeno a esta confrontación entre la globalización y la recuperación de lo local, en la que el carácter monopólico de la administración de justicia de la judicatura se ve paulatinamente disminuido para delegarlo a otras instancias tales como el sector administrativo, las autoridades policiales y particulares que han propiciado el impulso hacia una justicia comunitaria.

Este proceso de descentralización de la justicia en particulares obedece a la concepción de que una gran cantidad de conflictos sociales pueden ser abordados de diferentes maneras y por entidades diferentes al Aparato Judicial del Estado y también obedece a la imperiosa necesidad del Estado de dar solución a la cada vez más creciente congestión de la rama judicial que ha hecho crisis por su evidente insuficiencia estructural para brindar atención a todos los conflictos de la comunidad.

Pero obedece especialmente, a qué en el contexto global, los fenómenos de impunidad y de ineficiencia judicial muestran unos aparatos judiciales inoperantes que indican que los Estados no está cumpliendo con una Política Criminal coherente que garantice la seguridad y el servicio de justicia a los sectores mayoritarios de la población y se limitan a ofrecer una protección simbólica a los asociados.

### **Procedimientos empleados en la justicia civil de pequeñas causas en Brasil, Canadá y Estados Unidos.**

Para Carolina Villadiego, de manera general, los procedimientos en la justicia de pequeñas causas son sumarios y menos formales que los empleados en la justicia ordinaria civil. En Brasil, aunque hay diferencias de criterios entre los estados, tienen una regulación general del procedimiento. En Canadá y Estados Unidos cada provincia o estado define los procedimientos.

Los juzgados de pequeñas causas en estos tres países, pueden ser presididos por jueces togados o por otras personas, usualmente abogados,

facultadas para hacerlo así, se tienen los jueces legos en Brasil, los jueces temporarios (pro-tem judges) en Estados Unidos y los adjudicadores en Canadá.

En Brasil el procedimiento inicia con la solicitud oral o escrita del accionante, mencionando los datos de las partes, los hechos, los fundamentos de la reclamación y su valor. Una vez admitida la demanda se fija audiencia de conciliación en 15 días y se notifica al demandado, quien no está facultado para presentar reconvencción. La conciliación la puede realizar un conciliador, un juez togado o un juez lego. Si las partes llegan a un acuerdo se homologa mediante sentencia que presta mérito ejecutivo. Si el demandado no comparece injustificadamente el juez togado dicta sentencia.

Cuando las partes no concilian pueden ir a un juicio arbitral ante un juez lego o a la audiencia de instrucción y juzgamiento dentro de los 15 días siguientes y la sentencia se profiere bien sea en la audiencia o en un plazo máximo de 10 días.

En Canadá y Estados Unidos el procedimiento inicia después de que el accionante presente la demanda y pague el arancel (fee). En la demanda debe indicar los datos de las partes, los hechos, los fundamentos y las pruebas que pretende hacer valer. Admitida la demanda se notifica al demandado (serve), quien puede contestar la demanda admitiendo o negando las pretensiones e incluso presentar demanda de reconvencción (counterclaim). Una vez respondida la demanda la oficina del dependiente (Clerk) fija fecha para la audiencia de juicio y notifica a las partes.

En algunas jurisdicciones de Estados Unidos (Denver y Wichita), el

demandado no está en la obligación de responder la demanda, en estos casos en la misma presentación de la demanda se fija fecha de audiencia para el juicio.

En algunas provincias en Canadá (Prince Edward Island, Ontario, British Columbia) se fija fecha para una audiencia previa al juicio (Pre-Trial Settlement Conference), con el propósito de buscar un acuerdo entre las partes (settlement). Durante el juicio las partes presentan sus argumentos, controvierten pruebas y se dicta sentencia. En algunas jurisdicciones de Estados Unidos, la sentencia puede proferirse con posterioridad al juicio (Cambridge y Minneapolis).

### **Los juzgados de pequeñas causas en Estados Unidos**

Por su parte, el profesor Ardila (2002) refiere que la justicia de pequeñas causas es una institución que se ha desarrollado principalmente en la cultura anglosajona. En los Estados Unidos el primero de estos juzgados se creó en 1914, pero únicamente se generalizó a mediados de los años ochenta.

Se trata de una instancia judicial con competencia territorial y material definida en las leyes del sistema general de procedimientos de los Tribunales de cada Estado de la Unión norteamericana. Funcionan con un procedimiento simplificado de muy bajo costo pues no requiere la actuación de abogados.

El juzgado de pequeñas causas está presidido por un juez denominado comisionado cuya finalidad esencial es promover un arreglo entre las partes en conflicto. El procedimiento consta de dos fases: la primera, de

conciliación, en la que solo interviene las partes para poner fin al conflicto. La segunda, de audiencia o juicio, en la que el comisionado adquiere la facultad para decidir sobre el caso. La duración de cada proceso es de aproximadamente 6 meses.

Este mecanismo de solución de conflictos ha sido muy criticado porque no ha logrado cumplir el objetivo para el cual fueron creados, consistente en facilitar el acceso a la justicia a los sectores marginados de la comunidad y brindar la protección judicial de sus derechos, toda vez que, la mayoría de los demandantes que utilizan este mecanismo de justicia son entidades financieras acreedoras de pequeños créditos.

Señala el profesor Ardila que mecanismos similares se han implementado en otros países de cultura jurídica anglosajona como Canadá, Australia, Suráfrica, Nueva Zelanda, Irlanda, Inglaterra y en algunos países con tradición jurídica diferente a la anglosajona como Alemania, Japón y Brasil en los cuales se han realizado ajustes como prohibir que personas jurídicas puedan actuar como demandantes y la introducción de profesionales de las ciencias sociales para asesorar al comisionado con el propósito de disminuir las diferencias culturales y sociales que afectan de manera negativa el acceso a la administración de justicia de aquellos sectores más marginalizados.

### **Los jueces de paz en Perú: un caso *sui géneris***

Según describe este autor, en el Perú, la institución colonial de los jueces de paz continúa vigente. Constituyen la base del sistema judicial peruano. Los jueces de paz son personas del co-

mún que tienen gran ascendencia en su comunidad, no son profesionales ni tienen formación jurídica y ejercen la administración de justicia paralelamente con diversas ocupaciones, no están dedicados de manera exclusiva a la función de jueces de paz.

Aunque dependen de las autoridades judiciales, sus actuaciones jurídicas están orientadas por el sentido común local y el acervo cultural y social de la región en que actúan como jueces. Su función esencial es servir de mediadores entre las partes en conflicto. Excepcionalmente remiten los casos a los jueces letrados y según estudios realizados cuentan con mayor prestigio popular que los jueces letrados.

### **Las partes en los procesos tramitados ante la justicia de pequeñas causas en Brasil, Canadá y Estados Unidos**

Afirma Villadiego (2006) que el diseño de justicia de pequeñas causas implica la respuesta a la siguiente pregunta: ¿Para quién ha sido creada la justicia de pequeñas causas, como mecanismo rápido, informal y menos costoso para resolver conflictos menores?

En Brasil, Canadá y Estados Unidos ha sido creada con el fin de fomentar el acceso a la justicia por parte de personas con conflictos cotidianos, agilizar y desformalizar los procesos, disminuir los costos de litigar, resolviendo las controversias según las normas legales establecidas.

Esta pregunta implica determinar si la creación de la justicia de pequeñas causas ha sido establecida para garantizar el acceso, únicamente de personas naturales con conflictos

menores o si, por el contrario, para garantizar el acceso de todo tipo de personas, es decir, que las personas jurídicas tengan garantizado el acceso a este mecanismo de justicia como demandantes (Villadiego, 2006, p. 126).

Sobre este punto la discusión se ha centrado en el hecho de que la participación de personas jurídicas como demandante pueden causar un desequilibrio, porque así la representación legal por abogado no sea obligatoria, las personas jurídicas siempre están representadas o asesoradas por abogados que conocen la ley y la forma adecuada de litigar (Villadiego, 2006, p. 101).

Otro punto objeto de debate en estos países, ha sido la facultad de asistir al proceso sin abogado. Por una parte, están quienes afirman que no se requiere la representación obligatoria de abogado pues al ser procesos sumarios, verbales y sus procedimientos menos formales, las personas están en capacidad de actuar por sí mismas, lo cual se traduce en una importante disminución de los costos del proceso.

Por otra parte, están quienes sostienen que la representación a través de abogado facilita el desarrollo del litigio por cuanto por regla general las personas desconocen aspectos procesales cruciales para triunfar en un proceso judicial, tales como la presentación y contradicción de pruebas, y en algunos casos, la argumentación es compleja especialmente tratándose de conflictos contra grandes empresas.

Así las cosas, en algunas provincias o estados de Brasil, Canadá y Estados Unidos la representación a través de abogado es facultativa, pero en otras provincias o estados de estos países

está prohibida la representación legal por parte de abogado.

## Creación y marco normativo de los juzgados de pequeñas causas y competencia múltiple en Colombia

Ximena Coronado Britto (2009), en su trabajo de grado “La congestión Judicial en Colombia” [3] hizo una radiografía de la situación de la Rama Judicial generada por la abrumadora acumulación de procesos.

Desde el año 1995, la demanda de justicia ha aumentado en un 98.2%: de 898.162 procesos que entraron en aquella época, en el 2008 la cifra fue de 1.783.670 casos. Sin embargo, la demanda ha crecido a un ritmo más acelerado que el de la oferta de justicia ya que de 4.012 jueces y magistrados que había en el 95, se pasó a 4.237 funcionarios, esto quiere decir que la oferta sólo creció un 5.6%. De acuerdo con cifras de la Sala Administrativa del Consejo Superior, la administración de justicia cuenta con un inventario de 2.977.941 procesos, de los cuales el 52% (1.548.418) está sin trámite, es decir, que no ha registrado actuaciones ni manifestaciones en los últimos seis meses. Aun así, la jurisdicción emite 4.476 decisiones por día, de las cuales 1.371 son acciones de tutela (Coronado, 2009, p. 27).

Durante el año 2004 la Corte Suprema de Justicia tramitó 14.202 procesos en sus tres salas y recibió 11.848 procesos, 1.1% más que en el 2003. La Sala Penal recibió 3.611 procesos (30.5%), la Sala laboral 4.220 (33.9%) y la Sala civil 4.017 (35.6%). En el año 2005, en la corte Suprema de Justicia, el volumen total de procesos que se recibieron en el período fueron:

16.191 y el total de egresos: 15.690. En los juzgados ingresaron 1.010.939 procesos y se lograron evacuar: 980.913. En los Tribunales Superiores ingresaron 125.445 y se sacaron 117.854. Esto muestra que cada año sobra una cantidad considerable de procesos en la Jurisdicción ordinaria que se le suma a la carga normal del año siguiente. En ese año la Corte Suprema de justicia tuvo un índice de evacuación parcial de un 97%, es decir que de cada 100 procesos sacaba 97 (Coronado, 2009, p. 61).

Ante este panorama tan preocupante de la congestión de la rama judicial, el Congreso de la República de Colombia por medio de la Ley 1285 de 2009 reformó la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia [4]. De manera específica, su artículo 15 modificó el Artículo 63 de la Ley 270 de 1996, estableciendo un Plan Nacional de Descongestión de la Rama Judicial concertado con la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Posteriormente, el Congreso de la República mediante la Ley 1395 de 2010 adoptó medidas en materia de descongestión judicial. Esta Ley introdujo el artículo 14A en el Código de Procedimiento Civil por medio del cual se determinó la competencia de los jueces municipales de pequeñas causas y competencia múltiple para conocer en única instancia, 1. - de los procesos contenciosos de mínima cuantía; 2.- de los procesos de sucesión de mínima cuantía, 3.- de la celebración del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios [5].

De otro lado, El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa expidió el Acuerdo No. 9927 de 2013, por medio del cual se aprobaron

los ajustes al Plan de Acción para la Implementación del Código General del Proceso [6]. Una de las medidas del Plan Especial de Descongestión establecida en el numeral 1.2.3.1, fue precisamente la creación de los jueces de pequeñas causas y de competencia múltiple, referidos en las Leyes 1285 de 2009 y 1395 de 2010.

Esta última Ley, les otorgó competencias en asuntos de mínima cuantía, primero, para facilitar el acceso a la administración de justicia; segundo, para atender el incremento de la carga de trabajo de los jueces municipales por el aumento de las cuantías. Competencias que le fueron otorgadas únicamente en materias civiles y para funcionar de manera desconcentrada en las principales ciudades del país y eventualmente en ciudades intermedias podrían ser de competencia múltiple.

El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa [7], mediante el Acuerdo No. PSAAI4-10078 del 14 de enero de 2014, “Por el cual se definen las ciudades donde funcionarán los juzgados piloto de pequeñas causas, se definen las reglas para el reparto de procesos a estos jueces...”, en desarrollo del Art. 11 de la Ley 270 de 1996, determinó en el Art. 1° que los jueces de pequeñas causas funcionarán en Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cartagena y Medellín en las localidades o comunas que definan las Salas Administrativas de los consejos seccionales de la Judicatura respectivas.

En el Art. 2° del Acuerdo indicó que:

“Los juzgados pilotos de pequeñas causas y competencia Múltiple conocerán en única instancia de los asuntos señalados en el Art. 14A del Código de Procedimiento Civil



que les serán repartidos al aplicar las siguientes reglas de reparto:

1.- Los procesos en los cuales el demandante afirme en la demanda, que el demandado tiene su domicilio o lugar de residencia en la localidad en la que funcione el juez de pequeñas causas y competencia múltiple. Cuando el demandado sea una persona jurídica, se tendrá en cuenta la dirección que aparezca registrada en el respectivo certificado de existencia y representación legal.

2.- los procesos en los que se ejerciten derechos reales, previstos en el numeral 9 del Art. 23 del C.P.C., cuando el demandante opte por el lugar de ubicación del inmueble, se repartirán entre los jueces de pequeñas causas de la localidad o comuna donde se encuentren los bienes.

Si los bienes se encuentran en diferentes localidades y comunas, los procesos se repartirán al juez de pequeñas causas. Si en ambas localidades o comunas existe juez de pequeñas causas, se repartirá entre los de la comuna o localidad elegida por el demandante.

3.- Los procesos a los que alude el numeral 10 del Art. 23 del C.P.C., en cuanto sean competencia de los jueces de pequeñas causas, les será repartido, atendiendo al lugar de ubicación de los inmuebles.

Si los bienes se encuentran en diferentes localidades o comunas, los procesos se repartirán al juez de pequeñas causas. Si en ambas localidades o comunas existe juez de pequeñas causas, se

repartirá entre la comuna o localidad elegida por el demandante.

4.- En el caso de las sucesiones, se les repartirán a los jueces de pequeñas causas, en cuanto el causante haya tenido en la localidad o comuna de su sede, su último domicilio.

5.- La celebración de matrimonio civil será repartida entre los jueces de pequeñas causas de la localidad o comuna que los contrayentes elijan.

**PARÁGRAFO 1.** Los demás asuntos no incluidos en los numerales anteriores serán repartidos entre los jueces de pequeñas causas y competencias múltiples no desconcentrados, cuando existan, o entre jueces civiles municipales de mínima cuantía, en caso contrario.

**PARÁGRAFO 2.** Cuando entre en vigencia el C.G.P., se aplicarán las reglas de los numerales anteriores en lo pertinente.

En el Art. 3 señala el Acuerdo que:

De conformidad con el Art. 11 de la Ley 270 de 1996 los jueces de pequeñas causas y competencias múltiples, tienen competencia a nivel municipal y local, por lo que podrán conocer de los procesos que no correspondan a la localidad o comuna y que debido a un error en el reparto le sean allegados.

En todos los casos, las diligencias procesales que deban adelantarse en el municipio, pero en lugares diferentes a la localidad o comuna donde funciona el juzgado de pequeñas causas, deben ser realizadas por éste.

## **Distribución de los juzgados de pequeñas causas y competencia múltiple en Santiago de Cali**

La Ley 270 de 1996, “Estatutaria de Administración de Justicia”, en el numeral 3° de su Art. 11, Determinó que la Rama Judicial del Poder Público está constituida entre otros por los Despachos judiciales, por los “... juzgados civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y competencia múltiple y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley...”.

En cumplimiento de esta Ley y en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca [8], por medio del Acuerdo No. CSJVR 16 – 148 del 31 de agosto de 2016, estableció en el Art. 1° que:

Los Juzgados 1°, 2° y 7° de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali atenderán las Comunas 13,14 y 15; el Juzgado 3° de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali atenderá las Comunas 18 y 20; los Juzgados 4° y 6° de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali atenderán las comunas 6 y 7; el Juzgado 5° de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali atenderá la comuna 21; el Juzgado 8° de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali atenderá la Comuna 11; el Juzgado 9° de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali atenderá la comuna 16; el Juzgado 10° de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali atenderá las Comunas 4 y 5; y el

Juzgado 11° de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali atenderá la Comuna 1.

De esta manera quedó conformado el mapa de distribución de los juzgados de pequeñas causas y competencia múltiple en el Municipio de Santiago de Cali.

### **Justificación de la creación de los juzgados de pequeñas causas en Colombia.**

Tal como se desprende del marco normativo que regula la creación de los juzgados de pequeñas causas y competencia múltiple en Colombia y de manera concreta el Acuerdo No. 9927 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en su numeral 1.2.3.1 edificó la justificación de la creación de los jueces de pequeñas causas y competencia múltiple sobre la base de dos pilares fundamentales: 1.- facilitar el acceso a la administración de justicia y, 2.- atender el incremento de la carga de trabajo de los jueces municipales por el aumento en las cuantías.

Facultades para la creación de dichos cargos que fueron otorgadas por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 1285 de 2009 que estableció el Plan Nacional de Descongestión.

Sin embargo, la justicia de pequeñas causas tiene una justificación inherente a su razón de ser, originada en el hecho de haber llegado a sectores de máxima pobreza, ubicados en sectores marginales de la ciudad, y haber permitido el acceso a la justicia por parte de personas que por su condición socioeconómica se encontraban materialmente imposibilitadas o carecían de motiva-

ción para reclamar sus derechos y dar solución a sus conflictos.

### **El juzgado quinto de pequeñas causas y competencia múltiple de Cali**

El Juzgado quinto de Pequeñas causas y Competencia Múltiple de Cali empezó sus actividades el 13 de junio de 2016 bajo la dirección de la juez Janneth del Rosario Burgos Ponce. El Despacho, como todos los juzgados de pequeñas causas y competencia múltiple, se conformó desde sus inicios con cuatro funcionarios para desempeñar los cargos de citadora, sustanciadora, secretaria y juez.

Sus instalaciones se encuentran en la Casa de Justicia denominada “casa del Ciudadano” ubicada en la carrera 26P No. 121-01 barrio Calimio-Desepaz. En el mismo edificio funciona la Personería donde un abogado asesora a las personas del sector.

En un comienzo, había un marcado desconocimiento de la existencia del Juzgado y del servicio de justicia que se prestaría en el sector, por tal motivo se implementó la estrategia de entregar volantes a los vecinos colindantes, con el propósito que se convirtieran en multiplicadores de la información, en los cuales se anunciaba la apertura del Juzgado al público y la invitación para que se acercaran a presentar sus solicitudes sobre conflictos legales que pudiesen estar enfrentando, manifestándoles que una gran mayoría de trámites legales podrían ser resueltos en el sector sin necesidad de desplazarse al Palacio de Justicia ubicado en el centro de Cali, con la consecuente reducción de los costos de transporte y un ahorro sustancial de tiempo.

También se realizaron reuniones en el primer piso con participación del Personero Municipal de Cali, quien presentó a los miembros de la junta de Acción Comunal, del barrio Calimio Desepaz, los funcionarios del Juzgado. En estas reuniones se les explicó en qué consistía la prestación del servicio de justicia que ofrecía el Despacho, pues se había generalizado la creencia de que el juzgado de pequeñas causas y competencia múltiple tenía como objeto brindar asesoría jurídica. Por esta razón, se hizo necesario aclarar que el juzgado de pequeñas causas era dirigido por un Juez como cualquier Juez de la República perteneciente a la justicia ordinaria, con la obvia limitación de brindar asesoría jurídica. No obstante, se enfatizó que se brindaría información a la comunidad para que diligenciaran sus formatos o presentaran sus demandas debidamente, sin incurrir en la prejudicialidad.

### **Caracterización de la población marginal usuaria del servicio de justicia en la Comuna 21**

Por definición una población marginal o suburbio es un conjunto de viviendas edificadas sin tener en cuenta las normas urbanísticas o por autoconstrucción de sus habitantes, usualmente ubicadas en la periferia de las ciudades y sobre terrenos que carecen por lo general de vías públicas, servicios e infraestructura.

La Comuna 21, también conocida como Ciudadela Desepaz tiene 92.170 habitantes, está conformada actualmente por 11 barrios (competencia local del Despacho) y 6 urbanizaciones y sectores. El 44.7% de la población son afrodescendientes y 0.4% indígenas. El máximo nivel

educativo alcanzado es la básica secundaria con el 43% de la población total de la Comuna, seguido por el 35% de la población que ha cursado la básica primaria [9].

Según la comunidad el problema de inseguridad obedece a la falta de presencia policial, solo cuenta con una Inspección de Policía y no cuenta con Centros de Atención Inmediata, CAI; falta de oportunidades laborales, el 58.8% corresponde a viviendas con actividad económica; existe un alto grado de drogadicción y alcoholismo; temor a denunciar los casos delincuenciales por amenazas y el mal uso del tiempo libre. Estos factores arrojan un alto índice de analfabetismo, delincuencia y vandalismo en los niños y jóvenes, aumento de prostitución infantil y de los casos de embarazo a temprana edad, así como el incremento de madres cabeza de familia e incremento de pandillas juveniles.

No obstante, esta problemática de limitaciones y carencias, la Comunidad cuenta actualmente con un Despacho judicial de pequeñas causas que les ha permitido tener una orientación para enfrentar varios de los conflictos cotidianos que se presentan en la vecindad y resolverlos, sin tener que recorrer grandes distancias e incurrir en gastos para desplazarse al centro de la ciudad y acudir al Palacio de Justicia, agravando los problemas de congestión y en otros casos renunciando a sus derechos.

### Procedimientos empleados en el juzgado quinto de pequeñas causas y competencia múltiple de Cali

En Colombia, a diferencia de lo que ocurre en Brasil, Canadá y Estados Unidos, solo puede presidir el juzgado de pequeñas causas y competencia

múltiple, un juez con las mismas calidades de un juez de la jurisdicción ordinaria de categoría municipal, en cumplimiento de la Ley 270 de 1996 Arts. 11 y 128 parágrafo 1°.

Con relación a la parte procesal, el procedimiento ante el juzgado de pequeñas causas y competencia múltiple en Colombia inicia con la presentación verbal o escrita de la demanda y se notifica al demandado para que según su decisión de contestación a la demanda.

El procedimiento se diferencia del aplicado en Brasil, en que presentada la demanda y una vez ha sido admitida se fija fecha para audiencia de conciliación, la cual puede ser realizada por un juez togado, un juez lego o un conciliador; en Colombia la conciliación se lleva a cabo dentro de la audiencia inicial prevista en el Art. 372 C.G.P.

En Canadá y Estados Unidos es requisito para iniciar el procedimiento el pago de un arancel; en Colombia no está establecido el pago de arancel para dar inicio al proceso.

En Brasil existe una regulación general del procedimiento e igual ocurre en Colombia, donde todos los juzgados de la jurisdicción ordinaria civil están regulados por el C.G.P., en los Estados Unidos y Canadá, por el contrario, el trámite procesal no se encuentra estandarizado, cada provincia o cada estado define sus procedimientos.

Otra diferencia relevante en los procedimientos aplicados en la justicia de pequeñas causas en estos países objeto de comparación, consiste en que las personas jurídicas pueden actuar como demandantes en Estados Unidos Canadá y Colombia, pero en países de tradición jurídica diferente a la anglosajona como el caso de Brasil se han realizado ajustes para

prohibir y limitar su actuación como demandantes, con el argumento de disminuir el desequilibrio, dado que en general, las grandes empresas cuentan con abogados asesores con amplia experiencia procesal que manejan muy bien las ritualidades, dejando en desventaja a los usuarios de escasos recursos económicos que carecen de representación legal.

### Análisis estadístico de las actividades del juzgado

A continuación, se presentan los cuadros estadísticos por semestres, desde la creación del Juzgado, periodo comprendido entre el mes de junio de 2016 y el mes de mayo de 2018 [5]. Considera la autora que el número de solicitudes de habeas corpus no amerita un análisis estadístico, dado el evidente número reducido de solicitudes.

Durante el mes de junio de 2016, primer mes de actividades, el Despacho empezó conociendo acciones de tutela enviadas por la Oficina de Reparto en un porcentaje de 3 a 1; a partir de agosto se empezaron a conocer procesos y se cerró el semestre a diciembre de 2016 con 191 tutelas, 68 procesos y 1 habeas corpus.

Segundo semestre año 2016			
Mes	Tutelas	Procesos	Habeas corpus
Junio	18		
Julio	35		
Agosto	45	1	1
Septiembre	40	13	
Octubre	26	15	
Noviembre	19	28	
Diciembre	8	11	
<b>Total</b>	<b>191</b>	<b>68</b>	<b>1</b>

Fuente: Elaboración propia.

El primer semestre del año 2017 se redujo el número de tutelas en un 22.5% (43 tutelas menos), pero se incrementó el número de procesos conocidos por el Juzgado en un 34.5% (128 procesos más). Este aumento obedeció al incremento de procesos presentados directamente al Despacho.

Primer semestre año 2017			
Mes	Tutelas	Procesos	Habeas corpus
Enero	11	18	1
Febrero	22	31	
Marzo	17	45	
Abril	9	32	1
Mayo	49	40	
Junio	40	30	
<b>Total</b>	<b>148</b>	<b>196</b>	<b>2</b>

Fuente: Elaboración propia.

En el segundo semestre del año 2017 aumentó el número de tutelas con respecto al primer semestre de 2017 en 35% (80 tutelas más) y con respecto al segundo semestre de 2016 aumentó en un 16% (31 tutelas más). En cuanto a los procesos conocidos en el segundo semestre del 2017, en comparación con el primer semestre se presentó una reducción poco significativa del 5% (8 procesos menos) y en comparación con el segundo semestre del 2016 hubo un incremento del 64% (120 procesos más).

Segundo semestre año 2017			
Mes	Tutelas	Procesos	Habeas corpus
Julio	40	26	1
Agosto	39	31	
Septiembre	41	32	1
Octubre	40	45	

Noviembre	46	35	
Diciembre	22	19	
<b>Total</b>	<b>228</b>	<b>188</b>	<b>2</b>

Fuente: Elaboración propia.

Finalmente, al comparar el primer semestre de 2018 con el segundo semestre de 2016 -sin incluir el mes de junio- se encontró que se presentaron 14 tutelas menos, correspondientes al 7%. Al comparar el número de procesos resultó que en contraste con el número de procesos del segundo semestre de 2016, el incremento ocurrido en el primer semestre de 2018, sin incluir el mes de junio, fue del 50%.

Primer semestre año 2018			
Mes	Tutelas	Procesos	Habeas corpus
Enero	28	23	1
Febrero	42	24	
Marzo	25	20	
Abril	42	38	
Mayo	40	32	1
<b>Total</b>	<b>177</b>	<b>137</b>	<b>2</b>

Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, estos cuadros estadísticos que establecen el número de tutelas y de procesos que llegan al Juzgado Quinto de Pequeñas Causas, y a su vez, permiten hacer su clasificación en el ámbito constitucional y en la jurisdicción ordinaria civil, son el reflejo de dos problemas relevantes en la Comuna 21 de Santiago de Cali.

En el ámbito constitucional, el problema de la precariedad del servicio en salud se ve reflejado en el porcentaje más alto de solicitudes de amparo, las cuales están dirigidas a solicitar la protección del derecho a la salud.

En la jurisdicción ordinaria civil, la problemática de la vivienda social que genera una gran cantidad de procesos ejecutivos por parte de las entidades bancarias en contra de los adjudicatarios, así como procesos verbales declarativos de pertenencia. Dado el origen de algunos barrios y asentamientos irregulares, un gran número de habitantes de la Comuna 21 se han acercado al Despacho y han logrado legalizar las viviendas en los cuales habitan, cuya posesión han detentado por muchos años, pero carecían de título que acreditara su propiedad.

Siguiendo este orden, el contrato de arrendamiento para vivienda urbana se ha constituido en fuente de procesos de restitución de inmueble arrendado, toda vez que, es uno de los convenios que más ruptura genera en las relaciones de los residentes de la Comuna. En este escenario, el Juzgado Quinto de Pequeñas Causas se ha constituido en una respuesta eficaz para minimizar la afectación de los derechos de los pobladores.

## Conclusiones

Actualmente llegan procesos tanto por reparto como por ventanilla en un número realmente significativo. Esto se traduce en que a la presente fecha hay un balance muy positivo sobre la implementación de la justicia de pequeñas causas en lo que respecta al Juzgado Quinto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple.

Los datos estadísticos analizados en este artículo arrojan que desde la creación del Juzgado quinto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple se ha venido incrementando progresivamente el número de procesos tramitados en el Despacho, esto quiere decir, que la comunidad

del sector en la medida que ha conocido la oferta del servicio de justicia ha estado acudiendo a formular sus solicitudes y están aprendiendo a canalizar a través de la justicia los reclamos e inconformidades suscitadas en su entorno socioeconómico.

La misma comunidad manifiesta de manera continua y espontánea, en las instalaciones de la Casa del Ciudadano que la creación del Juzgado Quinto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple en el barrio Calimio-Desepaz, ha sido de gran ayuda para los usuarios de este sector marginal y han podido satisfacer sus demandas porque se les facilita el acceso a los servicios de justicia, pues muchos de ellos se abstenían de reclamar sus derechos ante la dificultad para trasladarse al Palacio de Justicia en el centro de Cali.

Estadísticamente se demuestra también que la descentralización de la justicia se ha venido realizando de manera efectiva y se ha consolidado la figura del Juez de pequeñas causas y competencia múltiple como un juez cercano a estas comunidades

históricamente marginadas que por sus condiciones socioeconómicas difícilmente lograban acceder al servicio de justicia.

Para finalizar, La Juez Quinta de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali, autora del presente artículo, no duda en manifestar con fundamento en el análisis pormenorizado de las actividades realizadas bajo su dirección que este Despacho en particular, presenta al día de hoy un balance positivo de la implementación de la justicia de pequeñas causas orientada a la descentralización de la justicia y el reconocimiento y respeto de los derechos de las personas que conforman las zonas más marginales de la municipalidad.

## Referencias

- [1] Villadiego C. (2006) Justicia civil de pequeñas causas en las Américas. p. 95-114. Recuperado de: [https://www.cejamericas.org/.../10estudiocomparativo\\_justiciacivil-pequecausas.pdf](https://www.cejamericas.org/.../10estudiocomparativo_justiciacivil-pequecausas.pdf)
- [2] Ardila Amaya, E. (2002) Justicia comunitaria y el nuevo mapa de las justicias. Pontifica Universidad Javeriana. Facultad de Humanidades y ciencias Sociales. Vol. 1, No. 2. p. 71. Recuperado de: [revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/199/909](http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/199/909)
- [3] Coronado Britto, X. (2009) La congestión judicial en Colombia. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Recuperado de:
  - <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/comunicacion/tesis202.pdf>
- [4] Congreso de Colombia. (22 de enero de 2009). Ley 1285. DO: 47.240.
- [5] Congreso de Colombia. (12 de julio de 2010). Ley 1395. DO: 47768.
- [6] Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. (6 de junio de 2013). Acuerdo 9927.
- [7] Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. (14 de enero de 2014). Acuerdo PSAA14-10078.
- [8] Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca. (31 de agosto de 2016). Acuerdo CSJVR 16 – 148.
- [9] Caracterización socioeconómica de la Comuna 21. Recuperado de:
  - [https://repository.icesi.edu.co/biblioteca\\_digital/bitstream/10906/65187/1/comuna\\_veintiuno.pdf](https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/65187/1/comuna_veintiuno.pdf)

# La contratación de bienes y servicios (con características técnicas uniformes y de común utilización) en Colombia

Recibido: 17 VIII 2018; Aceptado: 2 X 2018.

**AUTOR:** ERICK ANDRÉS PÉREZ Á.<sup>59</sup>

El nombre de la investigación fue Análisis del Modelo de Estado Contratante Público y Regulador y del Modelo de Estado Ejecutor y Productor, con Respecto a las Obras, Bienes y Servicios en Colombia, fue una investigación descriptiva de diversos aspectos de la contratación en Colombia.

En el artículo se estudió como el Estado contrata tanto bienes como servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, las fallas que se encontraron por medio de subasta inversa en contraste con los acuerdos marco adelantados por la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Se analizaron casos concretos donde se evidencian las ventajas económicas que obtuvo el Estado con la modalidad de los Acuerdo Marco de Precios recibiendo el mismo producto, esto teniendo en cuenta que por sus características en principio se entiende que los productos con características técnicas uniformes tienen características constantes.

## Introducción

Alrededor del 60% de los contratos que celebran las entidad Estatales corresponden a adquisición de bienes y servicios (Cifuentes, 2014), de estos bienes una proporción significativa corresponde a

<sup>59</sup> Magister y especialista en Comercio Internacional de la Universidad Sergio Arboleda, profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado en Colombia. Profesional Universitario de la Procuraduría General de la Nación eperez@tutamail.com.

## INVESTIGACIÓN

### Resumen.

El presente artículo es resultado de una investigación adelantada mediante convenio, suscrito entre el Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP), de la Procuraduría General de la Nación, y Jaime Chaves de la entidad Consultoría Jurídica de Colombia S.A.S.. La investigación la dirigió Jaime Chaves y la desarrolló el investigador Erick Andrés Pérez Á.; el objetivo del proyecto era analizar la contratación que rige en la actualidad en Colombia y pensar en formas en las cuales el Estado podía ejecutar las obras y proveer los bienes y servicios propios de sus necesidades.

### Palabras clave.

Bienes y servicios de características técnicas uniformes, común utilización, Acuerdos Marco, subasta inversa, calidad, costos.

### Résumé.

Cet article est le résultat d'une enquête menée dans le cadre d'un accord signé entre l'Institut d'études du ministère public (IEMP), le bureau du procureur général de la nation et Jaime Chaves du conseil juridique de la Colombie SAS. La recherche a été dirigée par Jaime Chaves et développée par le chercheur Erick Andrés Pérez Á.;

l'objectif du projet était d'analyser les contrats en cours en Colombie, et d'analyser les possibles moyens par lesquels l'État pourrait exécuter les travaux et fournir biens et services .

### Mots clés.

Biens et services présentant des caractéristiques techniques uniformes, utilisation courante, accords-cadres, enchères inversées, qualité, coûts.

bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, los cuales según la Ley 1150 de 2007 son aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

Desde el año 2007, los bienes de características técnicas uniformes eran adquiridos principalmente por medio del mecanismo de subasta inversa, este mecanismo tenía como criterio de selección para ponderar las ofertas el menor costo del producto o el servicio adquirido, no obstante, al momento de proveer los bienes el valor asumido por parte de la entidad estatal no era siempre el más bajo que se podía obtener, de conformidad con las condiciones del mercado, lo que refleja una clara dificultad con el mecanismo (Avila, 2011). Los contratos con esta modalidad de subasta inversa no impiden que se realicen adiciones presupuestales durante su ejecución.

La Ley 1150 de 2007 establece que, para adelantar contratos de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes, las Entidades Estatales pueden usar además del mecanismo de la subasta inversa, instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de Acuerdos Marco de Precios.

Para la adquisición de estos bienes y servicios con características técnicas uniformes el Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, señala lo siguiente:

*“Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos*

*de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;” (Congreso de la República de Colombia, 2007 , pág. Art. 2).*

A fines de 2013 se adelantó el primer acuerdo marco gracias al Decreto 1510 de 2013, evidenciándose reducción de tiempos para adquirir bienes y servicios con características técnicas uniformes de varios días o meses a apenas unas horas (OCDE, 2018). Se introduce esta modalidad con las entidades de orden nacional de la Rama Ejecutiva, pero se permite que otras entidades puedan adquirir bienes y servicios por este medio.

Este mecanismo permite que las entidades adquieran los bienes y servicios con características técnicas uniformes por medio de los Acuerdos Marco cuando este exista para el bien o servicio requerido y que se unifica en la Tienda Virtual del Estado Colombiano (Colombia Compra Eficiente, 2013). Los Acuerdos Marco de Precios suscritos por Colombia Compra Eficiente son el resultado de la escogencia de los proveedores del Estado en un Proceso de Contratación efectuado bajo la modalidad de la licitación pública.

En el párrafo 5o de la Ley 1150 de 2007 brinda elementos acerca del funcionamiento de dichos acuerdos y los motivos

*“La selección de proveedores como consecuencia de la realización de un acuerdo marco de precios, le dará a las entidades estatales que suscriban el acuerdo, la posibilidad que mediante órdenes de compra directa, adquieran los bienes y servicios ofrecidos.” (subrayados fuera del texto).*

En la práctica, los proveedores de los acuerdos marco son seleccionados por la modalidad de licitación pública realizada por Colombia Compra Eficiente (operación principal). Posteriormente, las Entidades Estatales adquirentes se suscriben al acuerdo, y estas pueden realizar la compra o suministro de los productos o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por medio de la expedición de órdenes de compra (operación secundaria). El proceso se divide por tanto en una operación principal y una operación secundaria, siendo la operación principal todo el procedimiento previo y la celebración del Acuerdo y la operación secundaria la compra que realiza la entidad suscriptora en el marco del Acuerdo (Colombia Compra Eficiente, pág. 5) (Nulidad del “Manual par a la Operación Secundaria de los Acuerdos Marco de Precios”, 2017).

Entre los bienes con características técnicas uniformes se encuentra una amplia gama que sirven para los más diversos usos, entre otros, han sido incluidos para este rubro por parte de la Agencia Colombia Compra Eficiente para los Acuerdos Marco de Precios los siguientes:

1. Combustible vehicular
2. Combustible de aviación
3. Aseo y Cafetería
4. Blindaje
5. Dotación Escolar
6. Dotaciones de Vestuario
7. Grandes Superficies
8. Medicamentos para la Hemofilia
9. Equipos biomédicos
10. Material de Intendencia
11. Motocicletas, Cuatrimotos y Motocarros
12. Papelería y útiles de oficina

13. Vehículos
14. Material de Intendencia
15. Edición y Distribución de Material Pedagógico en temáticas como matemáticas o Lenguaje
16. Dotaciones escolares
17. Refrigerios escolares
18. Elementos de emergencia
19. Computadores y Periféricos
20. Consumibles de impresión (Colombia Compra Eficiente, 2017).

Por otra parte, los servicios con características técnicas uniformes que adquiere la Agencia Colombia Compra Eficiente para los Acuerdos Marco de Precios, corresponden a una serie de variados servicios que presta y recibe el Estado en cumplimiento de sus funciones, entre otros encontramos:

1. Servicios BPO
2. Servicios Oracle
3. Servicios Financieros
4. Intranet Gubernamental
5. Servicios Arcgis
6. Prestación de Servicios Microsoft
7. Prestación de Servicios Google
8. Centro de contacto
9. Servicios de Nube pública
10. Conectividad
11. Tiquetes aéreos
12. Seguros de Vehículos
13. SOAT
14. Servicios de Impresión
15. Servicios médicos (Colombia Compra Eficiente, 2017).

Entre los productos que más se adquirieron están los de tecnología siendo la categoría más significativa, seguida de transporte y servicios generales. Dichas tres categorías representan más del 80% del valor total de las órdenes de compra expedidas vía los acuerdos marco de precios (Colombia Compra Eficiente, 2016).

A continuación se va a analizar si existen fallas (como altos costos, calidad deficiente, etc.) de los bienes y servicios con características técnicas uniformes y si las mismas, tienen su origen desde el mismo proceso de contratación, lo que se evidenciará al comparar los resultados de los Acuerdos Marco de Precios con los resultados de la Selección Abreviada.

El punto anterior se demostrará a partir de tres fallas identificadas en la provisión de bienes con características técnicas uniformes que se presentan en el siguiente trabajo: la primera en los altos costos, la segunda en la provisión artificial de bienes y por último en la calidad del producto.

### a) Altos costos en la provisión

Una de las principales fallas que tiene el Estado colombiano a la hora de realizar la provisión de bienes son los altos costos asumidos. Los costos limitan la capacidad del Estado de disponer de su presupuesto.

Este aspecto es esencial e implica que el Estado asume altos costos en la provisión de bienes y servicios y por lo tanto, podría reducir los valores al proveer productos de forma barata para el desarrollo de su gestión pública.

Lo que se pudo evidenciar con la introducción del mecanismo de los Acuerdos Marco fueron los ahorros generados en la provisión final por parte de las entidades estatales, con respecto al mecanismo de la subasta inversa, y la facilidad para adquirir productos a través de los Acuerdos Marco de Precios. Para el año 2017, 61% del total de las compras realizadas ese año con este mecanismo

son de entidades no obligadas por parte del Decreto 1510 de 2013 (Colombia Compra Eficiente, 2017). 21% del total de las compras en el sistema desde su fundación se han realizado por parte de entidades no obligadas (Colombia Compra Eficiente, 2016).

Esto significa que en la provisión de bienes al Estado por medio del mecanismo de la subasta inversa con el cual contaban las entidades estatales antes del año 2013 se asumían altos costos en la provisión final, que se redujeron de manera significativa después de implementar los mecanismos de adquisición que brinda Colombia Compra Eficiente.

Por el uso del sistema de Acuerdos Marco de Colombia Compra Eficiente, la rama ejecutiva del orden nacional registró un 79% de los ahorros que representan \$834.178.949.763 pesos, a corte del 30 de junio de 2017 (Colombia Compra Eficiente, 2017). El Departamento Administrativo de la Función Pública estima que el ahorro total generado por proveer bienes y servicios por medio de los Acuerdos Marco a 31 de diciembre de 2016 es \$627.577 millones compuestos por: (i) ahorros por negociación, (ii) ahorros por eficiencia y (iii) ahorros por menor precio (Departamento Administrativo de la Función Pública, s.f.).

El anterior descuento se calcula a partir de los datos aportados por la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente, en donde esta agencia determinó el ahorro comparando los precios totales registrados en el sistema de compras del Estado SECOP con los precios de los productos en la adquisición de bienes por medio de los Acuerdos Marco.



## i) En bienes

En el caso de bienes, los ahorros son significativos y entre otros, se

encuentra por ejemplo un ahorro por negociación con el proveedor estimado de 142.13% en la adquisición de papelería y útiles de oficina

para la vigencia 2017, el cual fue uno de los más significativos registrados en el sistema.

**Tabla I. Porcentaje de ahorro estimado por el uso de los Instrumentos de Agregación de la Demanda**

Instrumentos de Agregación de la Demanda	2013 (porcentaje de ahorro estimado)	2014 (porcentaje de ahorro estimado)	2015 (porcentaje de ahorro estimado)	2016 (porcentaje de ahorro estimado)	2017 (porcentaje de ahorro estimado)
Combustible (Bogotá) I y II	8.51%	9.2%	9.13%	17.8%	33.33%
Grandes Superficies	N/A	0%	0%	28.27%	47.05%
Vehículos Blindados	N/A	N/A	7.88%	15.6%	N/A
Papelería y útiles de oficina II	N/A	N/A	N/A	58.7%	142.13%

Fuente: (Colombia Compra Eficiente, 2017) con cálculos propios

En la tabla anterior se observan los ahorros registrados en diversos bienes con características técnicas uniformes al adquirir los productos por medio de los Acuerdos Marco de Precios; por un lado se encuentra el primer bien que fue adquirido por los mecanismos de agregación de demanda, fue el combustible. En la tabla se incluyeron otros tres bienes que tuvieron descuentos significativos de acuerdo a los contratos ejecutados a partir de los cálculos de Colombia Compra Eficiente.

En el caso de la provisión de combustibles es evidente la reducción de precios en el producto y en su provisión por ejemplo en el año 2017 se calcula un descuento en el precio final de 33.33%, este descuento se da en el precio final de un producto estándar con precios determinados por el Estado, así se refleja menores precios en el transporte del combustible cuyo valor de transporte promedio para el año 2015 fue de \$272,811

(Colombia Compra Eficiente, 2015) y la posibilidad de contar con una red de estaciones donde se brinda este producto.

Por ejemplo la compra de productos en grandes superficies incluye la provisión del producto a su destino sin costo adicional al precio del producto (Colombia Compra Eficiente, s.f.), con este mecanismo se pasó de un precio sin descuento alguno en 2014 y se llega a un porcentaje de ahorro sobre el producto final de 47,05%.

Si bien el ahorro en el precio de compra y en la distribución del producto se puede atribuir al mecanismo de agregación de la demanda, en especial por qué las diversas entidades del Estado por su tamaño tienen una ventaja sobre el mercado, lo que le facilita afectar la conformación y los valores del mismo.

No obstante, es importante considerar otros factores para entender una reducción tan significativa de los

precios finales en la provisión de los bienes, entre los periodos anteriores al año 2013 cuando las entidades del estado, en especial las de la Rama Ejecutiva adquirirían bienes por parte de los proveedores estatales, por mecanismos distintos de los Acuerdos Marco, como la subasta inversa cuyo criterio de selección del proveedor estatal era el menor precio.

En principio es importante denotar que la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente determinó tres fuentes de ahorro producto de los Acuerdos Marco: ahorro por negociación, ahorro por eficiencia, y el ahorro proveniente de los descuentos adicionales.

El ahorro por negociación, es el principal ya que es aquel por el cual las entidades obtienen un menor valor por descuento al usar el recurso de la agregación de la demanda. El segundo es el ahorro por eficiencia que se da por reducción de costos fijos asocia-

dos al personal a cargo de desarrollar los procesos de compra y supervisar la provisión de los bienes porque la Tienda Virtual del Estado Colombiano facilita el proceso (Colombia Compra Eficiente, 2017), esto último es un ahorro importante que le permite a las entidades maximizar su mano de obra.

No obstante, es importante señalar que descuentos como el obtenido en el precio final de la papelería y útiles de oficina de 142.13%, no se pueden limitar a la variable de la agregación de la demanda, o los ahorros descritos por la Agencia Colombiana Colombia Compra Eficiente, e incluyen una reducción de precios no sólo en el producto

brindado sino a su vez en la distribución y provisión al ente estatal.

Es importante recalcar lo que señala sobre los costos en contratación la Auditoría General de la República a este respecto: *“El proponente, futuro contratista, y la entidad, futura contratante, deben valorar desde la propuesta que la cantidad y la calidad de los bienes, obras o servicios que serán suministrados y pagados sean proporcionales al dinero beneficios que recibirá el contratista. Si esa justa medida se rompe a favor del contratista, lo que se pagó en exceso puede constituir un detrimento al patrimonio público.”* (Auditoría General de la República, s.f.).

Los ahorros percibidos por parte de las entidades estatales nece-

sariamente son el reflejo de una reducción de los costes en el producto y en la distribución del mismo y nos señalan que el mecanismo de selección de la subasta inversa a partir del menor precio no siempre era el más adecuado y no garantizaba que la entidad obtuviese menores costos en la ejecución de los contratos.

## ii) En servicios

En cuanto a los servicios se encuentra la misma tendencia de altos costes para poder realizar la provisión de servicios por parte de las entidades estatales.

**Tabla 2. Porcentaje de ahorro estimado en servicios por el uso de los Instrumentos de Agregación de la Demanda**

Instrumentos de Agregación de la Demanda	2013 (porcentaje de ahorro estimado)	2014 (porcentaje de ahorro estimado)	2015 (porcentaje de ahorro estimado)	2016 (porcentaje de ahorro estimado)	2017 (porcentaje de ahorro estimado)
SOAT I y II	26.5%	26.5%	26.5%	25.21%	23.45%
Centro de contacto	N/A	40.07%	40.12%	62.05%	135.06%
Servicios Oracle	N/A	N/A	50.32%	50.50%	100.51%
Servicios de nube privada	N/A	40.97%	40.64%	58.7%	85.36%

Fuente: (Colombia Compra Eficiente, 2017) con cálculos propios.

En la tabla número 2 se pueden observar los porcentajes de ahorro en distintos tipos de servicios, de seguros, de contacto y de tecnología, al hacer las entidades uso de los mecanismos de agregación de demanda.

En el caso del Seguro obligatorio SOAT para los vehículos automotores que circulan por el territorio nacional, encontramos que este servicio de seguro obligatorio tuvo un descuento que se encontró entre el 23.45% y el 26.5%, este descuento se obtuvo en un servicio de un seguro

cuyos precios son fijados por la misma Superintendencia Financiera de Colombia de acuerdo a los salarios mínimos legales diarios vigentes.

Por otra parte, por ejemplo, en servicios como los de Oracle, con un descuento que supera el 100% del valor pagado, así el Servicio Oracle en el año 2017 ha registrado un costo por valor de \$ 23.721.751.849, y se estiman ahorros por valor de \$ 23.844.251.849 dinero que las entidades hubiesen pagado si realizaran la provisión por sus propios medios.

Así mismo es de resaltar el significativo caso de los Centros de Contacto<sup>60</sup>, que registra descuentos que son significativos y van desde el 40.07% hasta el 135.06%. Es decir, el Estado colombiano para proveer el servicio de Centros de Contacto, a pesar de que este es un servicio de características técnicas uniformes y se elegía por medio del mecanismo

<sup>60</sup> Son los servicios de call center; contact center; back office, front office, gestión documental, mesa de ayuda, mesa de servicios, servicios de agentes presenciales

de la subasta inversa cuyo criterio de selección era el menor precio, ello significa que el Estado estaba asumiendo altos costos al tener que proveer el servicio.

Es necesario preguntar de donde proviene la disminución del precio producto de los Acuerdo Marco, en un servicio que es intensivo en el factor trabajo como lo es el de los Centros de Contacto. Esta disminución del precio en la provisión del servicio puede ser producto de un menor salario de los empleados que brindan el servicio, de darle más tareas a aquellos que prestan el servicio o de una reducción de las utilidades por parte de los proveedores, en cualquier caso se compromete el servicio que fue adquirido.

Por último, encontramos que los servicios de tecnología de nube privada a su vez registran un descuento significativo que llega a ser del 85.36% para el año 2017, el servicio de nube privada ofrece entregar el procesamiento, almacenamiento y aplicaciones, donde la infraestructura o servicios aprovisionados pertenecen a una única organización.

## b) Provisión artificial

Otro de los problemas que afectan la provisión de los bienes y servicios, se da cuando la entidad no recibe en su totalidad los bienes adquiridos o los recibe sin que los mismos cumplan con las condiciones técnicas que fueron pactadas con anterioridad.

Así la entidad espera la provisión de un bien que se adecúe a lo pactado en los requisitos habilitantes de la subasta inversa, no obstante, los entes de control constatan con posterioridad que el mismo fue recibido de forma incompleta por parte de los

supervisores e interventores de los contratos estatales.

Entonces, a pesar de haberse dado una selección objetiva donde la entidad seleccionada para cumplir con la provisión de los bienes cumplía con los mínimos requisitos económicos para ser seleccionado y presentó unas fichas técnicas del producto la entidad seleccionada no cumple con proveer el bien prometido.

Hay casos en este sentido, por ejemplo en hallazgos de la Contraloría de Bogotá, en contrato para adquirir un bien con características técnicas uniformes señaló que en la ejecución del contrato no se instaló físicamente un equipo Switch de red de datos que fue recibido a satisfacción por el supervisor del contrato y en posterior adición al contrato realizado se adquirió un “elemento de iguales características al adquirido inicialmente” (Contraloría de Bogotá, 2016).

Evidentemente la dificultad en la provisión de los bienes adquiridos al Estado correspondió una falta al principio de planeación desde los estudios previos que hubiese garantizado la correcta provisión del bien adquirido.

Similar caso evidenció en auditoría adelantada por la Contraloría de Bogotá D.C. en el año 2016, está tenía cómo hallazgo diferencias entre el producto facturado y el producto realmente entregado en el servicio de los programas de políticas de alimentación y nutrición, en un contrato de entrega de refrigerios para Instituciones Educativas del orden Distrital, contrato que se había adjudicado por medio de selección abreviada por subasta inversa electrónica:

*“[S]e evidencia una diferencia de 263.858 refrigerios de los tipos de refrigerios PI, A, B, C, NM y NH en-*

*tre lo facturado por el contratista sin realizar los descuentos a que hubiere lugar (valor bruto) y lo señalado en los formatos de registro de entrega (soporte de la facturación), por valor de \$547.637.545, valor que se tendrá como una observación administrativa con incidencia fiscal.” (Contraloría de Bogotá D.C., 2017)*

El proponente que realizó la provisión de los refrigerios cumplía con los requisitos mínimos habilitantes (técnicos, financieros y jurídicos), además de haber ofrecido una oferta favorable económicamente, no obstante cumplir con estos criterios en la selección objetiva, el contrato no se cumplió a satisfacción.

La misma Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) a este respecto ha advertido que es de especial atención para los entes estatales la sustitución de los productos cuando son provistos ya que pueden tener una menor calidad a los bienes que fueron realmente adquiridos (OCDE, 2011).

Es necesario resaltar que si bien la supervisión del cumplimiento de lo propuesto por parte de la entidad seleccionada, no puede estar exento de fallas y errores, por la importancia de los contratos que se adelantan por medio de los Acuerdos Marco de Colombia Compra Eficiente, le permiten a esta entidad garantizar que la selección objetiva de los contratos de los cuales es administrador y supervisor se refleje en la correcta provisión del bien, y dado el caso de incumplimiento puede hacer uso de lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, esto obliga a los proveedores a actuar con eficiencia y celeridad.

## c) Factores de Calidad

Para hablar de la calidad de los bienes que provee el Estado, es necesario recurrir a una definición objetiva de lo que significa el término para así poder establecer si el Estado colombiano cuenta con la capacidad de verificar que los productos proveídos cuentan con estándares técnicos y de calidad que pueda valorar con posterioridad a la entrega de los productos, entre las diversas definiciones del término podemos encontrar que calidad es:

*“El conjunto de todas las propiedades y características de un producto que son apropiadas para cumplir las exigencias del mercado al que va destinado” (Gonzalez, Fernández, & Clavel, 2013).*

No obstante, la calidad incluye a su vez otras variables que van desde la satisfacción de las necesidades del cliente en sus especificaciones técnicas o el valor brindado por el bien o servicio recibido (Gonzalez, Fernández, & Clavel, 2013).

Así, la calidad de un producto no se determina sólo por sus condiciones técnicas, incluye los métodos de producción, los insumos, el control de los procesos de producción y la satisfacción del cliente por el bien recibido.

### i) Calidad de los bienes y servicios en la subasta inversa

Para evaluar la importancia que tiene la calidad del producto final en los bienes de características técnicas uniformes, es importante aclarar:

*“que cada bien o servicio de características técnicas uniformes y de*

*común utilización a ser adquirido mediante subasta inversa, que tendrá una ficha técnica que incluirá sus características y especificaciones, en términos de desempeño y calidad, cuya elaboración será responsabilidad de cada entidad. Estas fichas Técnicas deberán contener como mínimo: a) La clasificación del bien o servicio de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios, b) la identificación adicional requerida, c) la unidad de medida, d) la calidad mínima y e) los patrones de desempeño mínimos.” (Ramírez, 2014).*

El proveedor escogido en el mecanismo de la subasta inversa es aquel que cumple con los requisitos habilitantes técnicos y, con el requisito de selección de ser la mejor oferta la del contratista que provee el bien o servicio al menor precio. Así, el Estado le da prioridad a economizar recursos y no a garantizar una calidad real, “bajo el lema de eficiencia, que hacen que sea más costosa la contratación estatal a costa de una real efectiva materialización de la eficacia desde el punto jurídico, como consecución de los fines de la contratación” (Ramírez, 2014).

En el mecanismo de subasta inversa *“al no poder calificarse aspectos como la calidad, no se garantiza una adecuada ejecución del contrato, sólo por el hecho de ser el factor económico el único criterio de selección. Esto, en razón a que también puede darse el hecho que se ofrezcan precios muy bajos para lograr la adjudicación, pero los efectos nocivos de este ofrecimiento solo se evidencian durante la ejecución del contrato, en el sentido que el contratista ofrece bienes y servicios de mala calidad, o sin el cumplimiento de las especificaciones requeridas.” (Avila, 2011)*

Los requisitos técnicos habilitantes en el mecanismo de subasta serían estándar y se adecuarían a lo que de-

termine la entidad contratante a este respecto. Sin embargo, en el caso de los Acuerdos Marco la contratación de los proveedores de los bienes con características técnicas uniformes se adelanta primero que todo por medio de un mecanismo de licitación pública y dentro de los criterios de evaluación de la oferta en los pliegos de condiciones para elegir a los que serán los proveedores del Estado además del precio se incluyen factores de ponderación de carácter técnico.

Las especificaciones técnicas que se exigen a los bienes en cada contrato son diversas de acuerdo a lo que se requiere para el bien y no corresponde a criterios estándar para todos los bienes.

Por ejemplo, en unos contratos adelantados por la Agencia Colombia Compra Eficiente se incluyen dentro de los criterios de evaluación de la oferta entre otros el cumplir con las normas técnicas nacionales e internacionales<sup>61</sup>, con ciertas características de los materiales o características en el producto final<sup>62</sup>.

En otros contratos al evaluar las características técnicas de la oferta se incluyen variables como la *“gestión de calidad del lugar de producción”*<sup>63</sup> de los bienes en cada una de las fábricas, lo que incluye evaluar variables cómo: cuales son los procesos de producción de los bienes que fabrica la empresa; las actividades de cada proceso de producción, teniendo

<sup>61</sup> Ejemplo: Pliego de Condiciones para seleccionar a los Proveedores de un Acuerdo Marco de Precios para la adquisición de Motocicletas, Cuatrimotos y Motocarros

<sup>62</sup> Ejemplo: Pliego de Condiciones para seleccionar a los Proveedores de un Acuerdo Marco de Precios para la adquisición de Vehículos Blindados

<sup>63</sup> Ejemplo: Pliego de Condiciones para seleccionar a los Proveedores de un Acuerdo Marco de Precios de Material de Intendencia

en cuenta los productos de entrada y salida de cada actividad; el alcance y el objeto los cargos de los operarios que están involucrados en cada proceso de producción; las máquinas o herramientas requeridas en cada proceso; y las recomendaciones de seguridad industrial de cada proceso.

Cómo se puede observar si bien las condiciones técnicas garantizan cual va a ser las especificaciones técnicas mínimas del bien final proveído y cuál es el contratista que cumple con tales características, no existe un criterio estándar con independencia del bien requerido que analice objetivamente el producto final, sus métodos de producción y la calidad de los materiales con los cuales son producidos, por tanto no determinan de forma absoluta cuales son las calidades técnicas estándar que deben tener los productos adquiridos por las entidades.

Por otro lado, en la provisión final de los bienes no se dan los suficientes incentivos para que la entidad compradora pueda garantizar la calidad a través de la satisfacción de los entes contratantes, si se garantiza la entrega del producto el contrato se da por concluido.

Desde el punto de vista del principio de la planeación es necesario señalar que: *“no existen patrones de calidad previamente definidos por entidad administrativa alguna, sino que, por el contrario, son definidas discrecionalmente por la misma entidad contratante, lo cual resulta muy poco técnico.”* (Ramírez, 2014).

En este caso mecanismos que premien la calidad y garantía de los bienes que les son proveídos a los entes estatales no son contrarios a un menor precio, sino que ambos responden a los principios de la contratación estatal.

Si las entidades estatales a la hora de adelantar los procesos de contratación tuviesen criterios estándar para garantizar la calidad desde que el bien es contratado hasta su provisión final, los contratos se les entregarían a los proveedores más idóneos y por tanto mejor calificados para garantizar la adecuada prestación de los productos requeridos por la administración pública.

Por tanto *“Es importante que los legisladores y los oficiales encargados de la contratación en Colombia reconozcan la importancia de factores no económicos, cómo la calidad, el servicio, tiempos de entrega, garantías, etc.”* (OCDE, 2014).

## ii) Calidad de los Servicios en los Acuerdos Marco

La calidad es un criterio central en los Acuerdos Marco a nivel internacional (OCDE, 2018), en el caso Colombiano encontramos que la Agencia Colombiana Colombia Compra Eficiente en sus licitaciones públicas para elegir quienes van a ser los proveedores de servicios en los Acuerdos Marco incluye criterios de evaluación de las calidades técnicas que cabría evaluar si al final, en verdad garantizan una mejor calidad del servicio final brindado.

La Agencia Colombiana Colombia Compra Eficiente puede *“establecer las condiciones logísticas, operacionales y jurídicas para la ejecución de la figura, no siendo ejercicio de potestad reglamentaria de la Ley sino regulación administrativa para la ejecución cumplida del Acuerdo Marco”* (Santos, 2018).

Por ejemplo, en el caso de los servicios de seguros, como criterio técnico de ponderación hay criterios

disimiles. Por un lado, para Pólizas de SOAT se tenía como criterio de evaluación técnico que el Proponente ofreciera el menor tiempo de entrega de la póliza<sup>64</sup>, por su parte en la licitación para elegir los proveedores de Seguros de Vehículos se determinó como criterio de evaluación el número de talleres propio o de terceros que la entidad aseguradora tendría por ciudad<sup>65</sup>, por último en el caso del Acuerdo Marco para Seguros para estructuras y propiedades y posesiones y Seguros de vida<sup>66</sup>, salud y accidentes se estableció cómo criterio de evaluación de la oferta el número de capacitaciones ofrecidas a las entidades estatales que adquiriesen el seguro y el número de visitas técnicas ofrecidas a la entidad asegurada.

Como se puede observar para la adquisición de un mismo servicio cómo es el de los seguros que adquiere el Estado, en cada uno de los procesos de licitación se establecieron distintos mecanismos para evaluar la calidad técnica de las ofertas. No obstante, se reitera que no existe un criterio objetivo para todos los casos por lo que estos requisitos adicionales que se buscan a través de la selección objetiva y que otorgan puntos a las ofertas presentada, no son garantía de calidad del servicio de seguros una vez este es le es brindado a las entidades estatales.

Observemos el caso de la calidad de los servicios tecnológicos donde

<sup>64</sup> Ejemplo: Pliego de Condiciones para seleccionar a los Proveedores de un Acuerdo Marco de Precios para la adquisición de SOAT

<sup>65</sup> Ejemplo: Pliego de Condiciones para seleccionar a los Proveedores de un Acuerdo Marco de Precios para la adquisición de Seguros de Vehículos

<sup>66</sup> Ejemplo: Pliego de Condiciones para seleccionar a los Proveedores de un Acuerdo Marco de Intermediarios de Seguros

entran diversos criterios para evaluar la calidad y que garantizarían la selección objetiva de los servicios, estos criterios van desde el número de puestos de trabajo en los centros de contingencia, si el proveedor estatal cuenta con un soporte técnico directo con el fabricante de la infraestructura y a su vez se otorga un mayor puntaje por calidad a la entidad que cuenta con políticas de responsabilidad social tales como contratar personal en condición de discapacidad, que cuenta con buenas condiciones laborales y tiene un plan de manejo de recursos naturales<sup>67</sup>.

Aquí nos enfrentamos a qué se entiende por calidad de los servicios y cómo se mide esa calidad una vez los servicios son brindados a los entes estatales, si bien criterios como los antes descritos señalan características de los servicios proveídos cómo cantidad de personas que atienden a las entidades estatales o menor tiempo de entrega, estos son criterios que se podrían incluir en las variables habilitantes y por tanto no son criterios de mayor calidad del servicio una vez este es proveído a las entidades estatales.

También se debe estudiar si la calidad de un servicio está ligada o no a la responsabilidad social empresarial, este criterio que resulta de un compromiso de los contratistas no tiene una incidencia en la calidad del servicio una vez este es brindado a los entes estatales.

Por tanto, es importante entender que la calidad de los servicios que le son provistos al Estado afronta una dificultad y es que se entiende por

calidad en los servicios. En el caso de los servicios estos suelen ser evaluados por una “calidad percibida”, pero esto no significa que no se pueda medir la calidad con criterios objetivos, ya que aquellos sujetos que adquieren un servicio pueden calcular la calidad de este con dos criterios el primero es cual fue el servicio que se recibió y el segundo como se brindó ese servicio (Klapalová, 2015)

De esto se desprende que la única forma de calificar la calidad de un servicio es con criterios objetivos, que determinen cual va a ser la calidad desde el momento que el servicio es adquirido, mientras el servicio es brindado y hasta su finalización.

Conclusión sobre las fallas en la provisión de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización al Estado Colombiano.

Como se reflejó en el estudio existe una amplia gama de productos y servicios que caben en la categoría de características técnicas uniformes y de común utilización, por lo que la preocupación de cómo se proveen y cuál es su costo afecta directamente muchas de las compras en el normal desarrollo de una entidad pública.

El mecanismo de subasta inversa que tenía cómo criterio de selección el precio dejaba a un lado incluir criterios de ponderación de calidad del producto o el servicio, ello no le permite a los entes estatales garantizar productos de las mejores condiciones para el cumplimiento de los fines de la contratación.

La introducción de los Acuerdos Marco ha si de gran utilidad como un mecanismo para reducir las fallas en la provisión de los bienes y servicios

con características técnicas uniformes, por esta misma razón diversas entidades se han adherido a este mecanismo para reducir los tiempos y costos en la provisión de los bienes y servicios, contar con mecanismos robustos y efectivos que apoyan la supervisión del producto recibido y que cuenta con criterios técnicos y de calidad adicionales que han ayudado a la selección objetiva y a buscar mejorar la calidad del producto final.

*“La estrategia de (los Acuerdos Marco de) Colombia Compra Eficiente está encaminada a obtener mayor valor por el dinero público en el sistema de compra y contratación pública de Colombia, en el entendido que la compra y la contratación es un asunto estratégico para el Estado Colombiano.”* (Colombia Compra, 2014)

Los beneficios que ha obtenido Colombia no han sido aislados experiencias internacionales de Irlanda (OCDE, 2018) y de España (Ministerio de Hacienda de España, s.f.) a su vez nos muestran los beneficios de esta modalidad.

No obstante lo anterior, este no es un mecanismo perfecto, en primer lugar, como han indicado algunos autores favorece el monopolio de los proveedores estatales (Cifuentes, 2014), y a su vez crearía un monopsolio,<sup>68</sup> para la provisión de bienes y servicios con características técnicas uniformes. Por tanto excluye del mercado a pequeñas y medianas empresas que no son elegidas en los procesos de licitación pública que escogen quienes van a ser los proveedores estatales.

En segundo lugar, los mecanismos de los Acuerdos Marco, no solucionan

<sup>67</sup> Ver cómo ejemplo de este criterio el Anexo 3. Evaluación del Factor Técnico para Servicios de Nube Privada

<sup>68</sup> Monopsolio: En economía es conocido como el monopolio del comprador (del griego mono- (μνο-) ‘único’ y psonios (ψωνιος) ‘compra’).

todos los problemas de la provisión de los bienes o servicios, los mismos no cuentan con una definición unificada de la calidad y cómo se mide y si bien hay una reducción considerable de los precios de adquisición, siempre existe un riesgo de que esto tenga repercusiones en el producto final que es proveído y de las condiciones en que se provee a las entidades estatales.

En tercer lugar, la participación directa del Estado en la compra de los más diversos bienes y de servicios de características técnicas uniformes, le da un gran poder a un ente del orden central sobre la provisión de bienes y servicios que son estratégicos, facultad que de ser mal interpretada pondría en riesgo la autonomía de entes regionales en sus proceso de compra (Safar, 2018).

Es necesario en que se piensen en formas legales en las cuales entes a nivel regional puedan replicar este modelo de adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes, para que en cada región entidades autónomas realicen los acuerdos marco de precios, reduciendo el valor de las compras en beneficio de sus comunidades.

### Bibliografía

- Avila, D. (2011). *Efectos Clientelistas y Corporativista Derivados de las Normas de Contratación Estatal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Cifuentes, D. (2014). *Los Acuerdos Marco de precios en la contratación estatal colombiana ¿un posible favorecimiento al monopolio y a las grandes industrias?* Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Colombia Compra. (2014). Concepto-2014-N0000418\_20141209. *Concepto*. Bogotá.
- Colombia Compra Eficiente. (2013). *SIN-TESES Normativa y Jurisprudencia en Contratación Decreto 1510 del 2013*. Recuperado el 18 de Octubre de 2017, de Sitio web de Colombia Compra Eficiente: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/normatividad/documento/14049>
- Colombia Compra Eficiente. (2015). *Catálogo Unificado de Combustible*. Obtenido de Sitio web de Colombia Compra Eficiente: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_tienda\\_virtual/20171017\\_catalogounificadocombustible.xlsx](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_tienda_virtual/20171017_catalogounificadocombustible.xlsx)
- Colombia Compra Eficiente. (2016). *Resultados de la Tienda Virtual del Estado Colombiano*. Recuperado el 18 de Octubre de 2017, de Sitio web de Colombia Compra Eficiente: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/resultados-de-la-tienda-virtual-del-estado-colombiano>
- Colombia Compra Eficiente. (1 de Agosto de 2017). *¿Qué Puede Comprar por Medio de los Acuerdos Marco?* Recuperado el 18 de Octubre de 2017, de <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/acuerdos-marco>
- Colombia Compra Eficiente. (30 de Junio de 2017). *Los Ahorros Generados por la Tienda Virtual Alcanzaron Un Billon de Pesos*. Recuperado el 18 de Octubre de 2017, de Sitio web de Colombia Compra Eficiente: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/los-ahorros-generados-por-la-tienda-virtual-alcanzaron-un-billon-de-pesos>
- Colombia Compra Eficiente. (12 de Marzo de 2017). *Tablas de Ahorros por IAD por Año Corte 12 de Marzo de 2017*. Obtenido de Sitio web Colombia Compra Eficiente: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documentos/tablas\\_ahorros\\_por\\_iad\\_por\\_ano\\_corte\\_12\\_mar\\_17.xlsx](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/tablas_ahorros_por_iad_por_ano_corte_12_mar_17.xlsx)
- Colombia Compra Eficiente. (26 de Febrero de 2017). *Tendencias de la Tienda Virtual del Estado Colombiano*. Recuperado el 12 de Octubre de 2017, de Sitio web de Colombia Compra Eficiente: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/tendencias-de-la-tienda-virtual-del-estado-colombiano>
- Colombia Compra Eficiente. (s.f.). *Grandes Superficies*. Recuperado el 22 de Octubre de 2017, de Sitio web de Colombia Compra Eficiente: <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/grandes-superficies>
- Colombia Compra Eficiente. (s.f.). *Guía para entender los Acuerdos Marco de Precios*.
- Colombia Compra Eficiente. (s.f.). *Manual para la Operación Secundaria de los Acuerdos Marco de Precios*.
- Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2007 ). *Ley 1150 de 2007*. Bogotá.
- Contraloría de Bogotá. (2016). *Informe de Auditoría de Desempeño Fondo de Vigilancia y Seguridad - FVS Período Auditado: 1 de enero a 30 de septiembre de 2016*. Obtenido de Sitio web de Contraloría de Bogotá: [http://www.contraloriabogota.gov.co/sites/default/files/Contenido/Informes/Auditoria/Direcci%C3%B3n%20Sector%20Seguridad%20Convivencia%20y%20Justicia/PAD%202017/JL-DC/Desempe%C3%B1o/D\\_FVS\\_CODIGO204.pdf](http://www.contraloriabogota.gov.co/sites/default/files/Contenido/Informes/Auditoria/Direcci%C3%B3n%20Sector%20Seguridad%20Convivencia%20y%20Justicia/PAD%202017/JL-DC/Desempe%C3%B1o/D_FVS_CODIGO204.pdf)
- Contraloría de Bogotá D.C. (Julio de 2017). *Informe Final Auditoría de Regularidad Secretaría de Educación Distrital - SED Período Auditado 2016*. Obtenido de Sitio web Contraloría de Bogotá: [http://www.contraloriabogota.gov.co/sites/default/files/Contenido/Informes/Auditoria/Direcci%C3%B3n%20Sector%20Educaci%C3%B3n/PAD\\_2017/JL-DC/Regularidad/R\\_SED-FSE\\_CODIGO14.pdf](http://www.contraloriabogota.gov.co/sites/default/files/Contenido/Informes/Auditoria/Direcci%C3%B3n%20Sector%20Educaci%C3%B3n/PAD_2017/JL-DC/Regularidad/R_SED-FSE_CODIGO14.pdf)
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (s.f.). *Publicaciones*. Obtenido de Red de los Servidores Públicos: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/red/publicaciones/resultados-de-la-tienda-virtual-del-estado-colombiano>
- Gonzalez, L., Fernández, R., & Clavel, M. (2013). *Modelos de Gestión de Calidad Total Aplicados en Contextos Educativos*. En E. Jiménez, *Procesos y contextos educativos: nuevas perspectivas para la práctica docente* (págs. 111-153). Madrid: Genuve Ediciones.

- (s.f.).Gráfica 4. Resultados. Ahorros Generados con la Tienda Virtual del Estado Colombiano. *Resultados*. Colombia Compra Eficiente, Bogotá.
- (s.f.).Gráfico 1 – Actividad de las Entidades Estatales en la Tienda Virtual del Estado Colombiano 2013-2016. *Resultados de la Tienda Virtual del Estado Colombiano*. Colombia Compra Eficiente, Bogotá.
- (s.f.).Gráfico 2 – Distribución por categorías de la actividad de las Entidades Estatales en la Tienda Virtual del Estado Colombiano 2013-2016. *Resultados de la Tienda Virtual del Estado Colombiano*. Colombia Compra Eficiente, Bogotá.
- (s.f.).Gráfico 2 – Evolución anual de la actividad de las Entidades Estatales en la Tienda Virtual del Estado Colombiano 2013-2016. *Resultados de la Tienda Virtual del Estado Colombiano*. Colombia Compra Eficiente, Bogotá.
- Klapalová, A. (2015). *Service Quality and Business Competitiveness*. Brno: Masaryk University.
- Ministerio de Hacienda de España. (s.f.). *Contratación Centralizada*. Obtenido de Acuerdos Marco: <https://contratacioncentralizada.gob.es/acuerdos-marco>
- Nulidad del “Manual par a la Operación Secundaria de los Acuerdos Marco de Precios”, 11001 03 26 000 2016 00017 00 (Consejo de Estado 29 de Marzo| de 2017). Recuperado el 19 de 10 de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/verNormaPDF?i=68873>
- OCDE. (2011). *Competition and Procurement, Key Findings*. París: Secretary General OCDE.
- OCDE. (2014). *Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia*. París: Secretariat Report.
- OCDE. (2018). *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública Contratación pública en Nuevo León, México Promoviendo la Eficiencia por medio de la Centralización y la Profesionalización*. París: Édition OCDE.
- Presidente de la República de Colombia. (17 de Julio de 2013). Decreto 1510 de 2013. Bogotá.
- Ramírez, I. (Enero-Junio de 2014). Menor valor: ¿oferta más favorable? *Revista Digital de Derecho Administrativo*(11).
- Safar, M. (2018). La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado: ¿nuevo alcance de la potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia? *Revista digital de Derecho Administrativo*, 159-179.
- Santos, J. (2018). Las facultades reglamentarias de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 341-347.



## CUENTO

La transmisión por radio se cortaba a ratos. Rogelio prestaba atención a los apuntes del comentarista deportivo. Por instantes olvidaba lo incómodo que era viajar con las manos atadas en el asiento trasero de una camioneta. ¡Se volvía a salvar Colombia! Un suspiro salió casi al tiempo de los tres ocupantes del vehículo. Era el quinto intento de los rivales por conseguir la ventaja en el marcador. Rogelio empezaba a rezar.

La camioneta se metió por un camino destapado. Matas de plátano rodeaban la vía que parecía conducir hacia la nada. El narrador del encuentro anunció los dos minutos de adición. El partido seguía empatado.

«Por aquí», dijo el que estaba sentado al lado del conductor. La camioneta se detuvo, el motor se apagó y se abrieron las puertas delanteras. La radio siguió transmitiendo. «Bueno, pa' abajo», dijo esta vez el conductor. «Esperen. Al menos déjenme terminar de escuchar el partido, quiero saber cómo termina. Por favor», dijo Rogelio. El conductor y el copiloto se miraron. Las puertas de la camioneta se volvieron a cerrar.

<sup>69</sup> Sergio (Chejo) García. (Bogotá, 1988). Estudió Ingeniería Catastral y Geodesia en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Escribe cuentos desde 2012. Dos de ellos, Azul celeste y A la memoria de un héroe, hacen parte de la antología Geografías imaginarias, editada por el Proyecto Buda Blues y Arango Editores. Sus poemas hacen parte del libro Antología Impresentable. Actualmente escribe crónicas para El Mal Economista de El Espectador y cuentos para El Independiente. Correo electrónico: sergiogarcia1124@gmail.com

# Último deseo

Recibido: 8 X 2018; Aceptado: 22 X 2018.

**AUTOR:** CHEJO GARCÍA<sup>69</sup>

Colombia tenía la posesión del balón. Restaba un minuto para el final del encuentro. Por fin un pase se filtró entre las defensas rivales y el delantero soltó un remate que hizo temblar el travesaño. Saque de arco.

El arquero rival tocó en corto y las defensas se refugiaron en un rincón debido a la presión. Los colombianos estaban decididos a recuperar la esférica como fuera. El delantero pisó el balón y lo llevó hacia atrás por entre las piernas del defensa, lo entregó a uno de los volantes laterales y este retuvo la bola hasta que vio que el delantero había ocupado su posición natural, que era cerca al punto de tiro penal.

El volante lateral hizo una gambeta digna de repetición en cámara lenta, corrió por la banda hasta llegar a la línea final y mandó un centro que llegó a la cabeza del delantero. El delantero cabeceó más con fuerza que con ubicación. Uno de los defensas rivales había llegado hasta el arco y se interpuso en la trayectoria rechazando el balón con el pecho. El arquero estaba vencido en el piso, al igual que el delantero. El balón se alejaba lenta y tristemente.

Un mediocampista se acercó corriendo con sus últimas fuerzas, como si detrás de él viniera una jauría de perros rabiosos. Tocó el balón con la punta del pie y perdió el equilibrio. La pelota se dirigía a la esquina deshabitada del arco y el mediocampista chocaba contra el suelo como un avión que ha perdido todos sus motores.

«Gooooool, hijeputaaaaa», gritó Rogelio y saltó en su silla varias veces como un poseso. Sus muñecas se lastimaron por el roce de las cuerdas con las que estaba atado, pero no le importó; el conductor y su ayudante daban golpes de emoción al volante y al tablero. Nunca un gol había significado tanto.

Después de la alegría vino un silencio que fue interrumpido por Rogelio: «Listo. Gracias. Ya es hora, ¿verdad?». Se acomodó para salir y esperó a que le abrieran la puerta. Una vez afuera se arrodilló y miró por última vez al cielo. Vio una bandada de garzas volando. Las contó, eran once en total. Rogelio sonrió.

## Indicaciones para la presentación de artículos y parámetros de evaluación

Los textos presentados a la revista *Rostros & Rastros* pueden ser de tres tipos: artículo científico, artículo tipo ensayo y cuento. Considerando que la publicación conforma por excelencia un espacio académico, se permite cualquier debate siempre y cuando esté sustentado en cada una de sus ediciones semestrales, las cuales están dirigidas al sector académico institucional, así como a los integrantes de la comunidad en términos generales que tengan interés en los temas aquí tratados.

### Requisitos técnicos de los textos de la revista *Rostros & Rastros*

- Tamaño máximo 20 páginas, letra arial 12 puntos, con espacios de tres centímetros sobre los cuatro costados.
- El texto puede ser de cualquier disciplina, en un lenguaje claro, sin excesos técnicos, que permita una fácil comprensión, elaborando siempre el proceso relacional entre los aspectos en desarrollo y su interacción práctica con lo social.

- En el caso del *artículo tipo ensayo* debe plantearse un tema concreto de discusión, alrededor del cual se teje una argumentación estructurada. El desarrollo puede sustentarse en referentes académicos, en la experiencia profesional, en información de prensa o en cualquier otra fuente que se preste a un debate serio, novedoso e instructivo.

- Los artículos propuestos deben ser inéditos, para que la publicación sea aceptada en la revista *Rostros y Rastros*.

- En el caso del *artículo científico* se busca que el o los autores presenten resultados de un proceso investigativo como adelantos de un proyecto en curso o el desarrollo de un aspecto concreto de una investigación concluida, clarificando su alcance y su propósito.

- Puede incluir gráficos, tablas, mapas, diagramas o similares.

- La bibliografía debe ser referenciada al final del texto, y no en pie de página. Para explicitar la fuente

en el documento se enunciará a continuación del acápite de interés entre paréntesis el o los autores, el año de publicación y de ser pertinente la página; ejemplo: (Rozo P. ,1999:21).

- Todo artículo debe tener un título e incluir un resumen donde se resalten los principales aspectos trabajados en el documento. Se sugiere agregar el sumario en fines perseguidos, contexto y principales resultados

- Debe incluir un perfil de la hoja de vida de el o de los autores.

- Los resúmenes no podrán exceder de 120 palabras.

- *En el caso de los cuentos*, se incluirán de uno a dos por edición, de acuerdo con el espacio disponible y la pertinencia. Deben tener la misma extensión que las demás modalidades e incluir implícitamente un mensaje o una reflexión desde lo social.

El 50% del espacio de la revista es reservado a la Procuraduría General

de la Nación y/o a las demás entidades del sector público, mientras que el otro 50% se dirige al sector privado universitario, a la comunidad o a los independientes, tanto a nivel nacional como internacional.

Las personas interesadas en participar deben dirigirse al director de la revista, quien recibirá los artículos, realizará una primera selección para posteriormente por medio de acta de entrega suministra copia de estos al comité, cuyo papel será determinar la aceptación, rechazo o solicitud de modificaciones de los

textos. Dicha instancia está conformada por profesionales de distintas áreas y amplia experiencia, pretendiendo desde la interdisciplinariedad generar un debate integral.

### **Criterios de selección de los textos presentados a la revista *Rostros & Rastros***

- Redacción fluida, comprensible, con concentración clara y pertinente de ideas que cumpla con los parámetros de la revista.
- Aportar elementos novedosos y/o de actualidad.
- En el caso de los documentos científicos, debe quedar evidente la seriedad y fundamentos de los trabajos realizados.
- En el caso de los ensayos el aporte debe ser evidente con reflexiones oportunas





## SUMARIO

ENSAYO	3	<i>Presentación</i>
ENSAYO	4	<i>Sistemas convergentes de protección de derechos humanos: análisis de los sistemas europeo e interamericano.</i> VANESSA MONTERROZA B.
ENSAYO	18	<i>Prueba de polígrafo. Ejercicio inconstitucional e injusto</i> ANDRÉS GÓMEZ R.
ENSAYO	34	<i>La escuela y las familias: dispositivos de construcción de identidades, retos para el profesional en trabajo social.</i> GINNA MERCEDES LUQUE V.
ENSAYO	54	<i>El impacto de la ausencia de un plan nacional de clarificación de los bienes baldíos en Colombia.</i> SILVANA PATRICIA GALOFRE C.
ENSAYO	42	<i>El método interpretativosubsumtivo como herramienta para controlar la discrecionalidad judicial. Una mirada crítica a la teoría de la ponderación.</i> CARLOS ANDRÉS ZAMBRANO S .
INVESTIGACIÓN	59	<i>La justicia de pequeñas causas en la Comuna 21 de Santiago de Cali</i> JANNETH BURGOS P.
INVESTIGACIÓN	68	<i>La contratación de bienes y servicios (con características técnicas uniformes y de común utilización) en Colombia</i> ERICK ANDRÉS PÉREZ Á.
CUENTO	80	<i>Último deseo.</i> CHEJO GARCÍA

Año 9 / N° 21 / Junio-Diciembre de 2018

# ROSTROS & RASTROS

ISSN 2027-3029