

¿REALISMO JURÍDICO O “REALISMO MÁGICO” EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA? EL CASO DE LOS COMITÉS EVALUADORES

Las preguntas por el Derecho en sí mismo, su origen, estructura, validez, y la integración de todos estos elementos en un contexto social determinado, han sido por años objeto de atención tanto de juristas como de filósofos, quienes han formulado y desarrollado diversas teorías para abordar tales preocupaciones. En ese contexto surge, alrededor de las primeras décadas del siglo pasado, la noción de “**realismo jurídico**”, como una respuesta pragmática a la pregunta sobre lo que es el Derecho: el derecho es acción, hechos y, fundamentalmente, la experiencia y las actuaciones de los operadores jurídicos. Estos últimos se entienden en el sentido amplio señalado por Peces-Barba, es decir, como el *“genérico que identifica a todos los que, con una habitualidad profesional, se dedican a actuar en el ámbito del Derecho, sea como creadores, como intérpretes, como consultores o como aplicadores del Derecho, y que se diferencian precisamente por ese papel, que caracteriza su actividad del común de los ciudadanos”* (Peces-Barba, 1986, p. 448). El concepto de operador jurídico abarca, entonces, a todos aquellos funcionarios que disponen de la fuerza del ordenamiento y tienen la autorización para utilizarla¹.

En efecto, el realismo jurídico, y más precisamente su vertiente norteamericana², explica el derecho no como el resultado de una exégesis lógico-deductiva (como la que se encuentra implícita en el aforismo latino *da mihi factum, dabo tibi ius*, “dadme los hechos y te daré el derecho”), sino como **la experiencia del operador jurídico**, lo que este efectivamente expresa cuando el propio ordenamiento le da la facultad de decidir acerca de algún aspecto de contenido o con consecuencias jurídicas, esto es, las reglas efectivas por encima de las reglas en el papel, como lo señala Karl Llewelyn, una de las figuras más emblemáticas del realismo jurídico en los Estados Unidos de América. Este académico del derecho formuló los principios fundamentales o, más precisamente, los puntos de partida comunes a todos aquellos juristas norteamericanos cuyo trabajo gira en torno del realismo jurídico, entre los que se destacan la desconfianza en las reglas y conceptos tradicionales del derecho y la concepción del derecho no como un fin sino como un medio para lograr objetivos sociales (Llewelyn, 1931, ps. 1236-1237).

Considerando lo anteriormente expuesto, este escrito intentará determinar si las actuaciones de los comités evaluadores en los procesos contractuales en Colombia (operadores jurídicos estatuidos por el Decreto 1082 de 2015) constituyen una forma transfigurada de realismo jurídico, reseñando para ello cinco procesos de contratación estatal convocados en los últimos años en el país, uno de los cuales derivó en un sonado caso de corrupción.

¹ Dentro de esta concepción de operador jurídico quedan comprendidos los miembros del comité evaluador de los procesos contractuales en Colombia, según se verá más adelante.

² Es necesario señalar que el realismo jurídico no es una teoría en sí misma sino un conjunto de escuelas con al menos dos rasgos en común: el rechazo al normativismo y, en general, a los conceptos jurídicos tradicionales para explicar lo que es derecho; y su énfasis en las reglas que son realmente observadas por el conglomerado social o impuestas por la autoridad estatal. Una de esas escuelas tuvo origen en los Estados Unidos de América y sus postulados constituyen el marco bajo el cual se analizará la actuación de los comités evaluadores en tanto operadores jurídicos. Una muy breve pero ilustradora exposición sobre las diferentes escuelas del realismo jurídico la proporciona el profesor Francisco Campos Zamora (2009).

El texto se divide en cinco partes: en la sección 1 se presentan de forma sucinta los rasgos característicos de la escuela norteamericana del realismo jurídico. La sección 2 es una reflexión acerca de la manera en que los postulados de dicha escuela se desdibujan en el contexto legal de la América Mestiza³ (específicamente en Colombia), al punto de poder ser considerados -de forma satírica- como un tipo de realismo “mágico jurídico”, en directa alusión a los elementos fantásticos e irracionales característicos del realismo mágico literario y que parecen tener correlato en el acontecer jurídico del país. En la sección 3 se aborda la figura del comité evaluador de los procesos contractuales en Colombia y se presentan algunos casos de anomalías contractuales en entidades estatales que parecen constituir casos de corrupción, fijando la atención en las actuaciones de los comités evaluadores, operadores jurídicos con gran incidencia en la contratación estatal colombiana por cuanto disponen de la fuerza del ordenamiento para imponer reglas en el trámite del proceso contractual. La sección 4 se ocupa de presentar algunas propuestas para enfrentar el problema de la corrupción en la contratación estatal, a la luz de conceptos utilizados en el ámbito de la administración pública y la gestión organizacional. Por último, en la sección 5 se presentan las conclusiones del escrito.

1. LA ESCUELA NORTEAMERICANA DEL REALISMO JURÍDICO

La literatura académica señala a **Oliver Wendell Holmes Jr.** como el iniciador de la escuela realista en Norteamérica. Este connotado juez se hizo célebre entre sus colegas no sólo por sus posturas disidentes sino también por la elocuencia con la cual las defendía. Muy temprano en su carrera como jurista empezó a cuestionar los fundamentos del derecho anglo americano y de su predominante formalismo jurídico, algunas de cuyas críticas fueron recogidas en sus más famosos trabajos, “*The Common Law*” (1881) y “*The Path of The Law*” (1897).

Dos aspectos del pensamiento de Holmes merecen destacarse en relación con lo que más tarde habría de ser llamado realismo jurídico: en primer lugar, el concepto según el cual la vida del derecho no es la lógica (refiriéndose a la lógica deductiva imperante en el derecho, fundamentalmente en el ámbito judicial), sino la **experiencia**⁴. Experiencia de quién o quiénes, podría alguien preguntarse: de los operadores jurídicos encargados de aplicarlo, específicamente de los jueces, de quienes dice Holmes que son lo suficientemente capaces y experimentados como para sacrificar su buen juicio en nombre de un simple silogismo⁵. En segundo lugar, y en conexidad con lo anterior, señala Holmes que el derecho es, además, **predicción** sobre la manera en que el poder estatal se expresará a través de sus operadores jurídicos. En efecto, dicho poder se encuentra en un estado de latencia, compendiado en tratados, estatutos, codificaciones y demás documentos de índole legal, listos para ser aplicados por un operador en un caso específico, de manera que los sujetos sobre quienes recaerá podrán predecir el sentido en que aquellos se aplicarán⁶.

³ William Ospina (2005) señala en su libro del mismo nombre que esta América ha sido llamada hispánica por los españoles; ibérica por los portugueses; latina por los franceses; equinoccial, ístmica, insular y meridional por el barón de Humboldt, pero que, de todos los nombres que ha buscado para sí, el que más parece convenirle es el de América Mestiza, por cuanto la define por su diversidad y mixturas.

⁴ El texto literal es el siguiente: “*The life of the law has not been logic: it has been experience*”, Holmes (1881, p.5). El autor de este artículo de reflexión se hace responsable por la traducción de esta y las demás citas que serán tomadas de la fuente original en lengua inglesa.

⁵ “...the law is administered by able and experienced men, who know too much to sacrifice good sense to a syllogism...” Holmes (1881, p.36).

⁶ “People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts. The means of the study are a body of reports, of treatises, and of statutes, in this country and in England, extending back for six

Otro concepto surgido a principios del siglo pasado y que fue importante para la maduración del realismo jurídico, es el de “jurisprudencia sociológica”, desarrollado por **Louis Dembitz Brandeis** y, especialmente, **Nathan Roscoe Pound**. Ambos escribieron los artículos seminales de su pensamiento en la prestigiosa *Harvard Law Review*, entre 1890 y 1911. En varias afirmaciones contenidas en su escrito “*The Right of Privacy*”, el primero da razón a quienes suelen señalar que la semilla de la ciencia moderna germinó entre los juristas y los llevó a buscar en otros campos del saber humano elementos para entender y explicar el sentido y rol del derecho en la sociedad. Por ejemplo, ya desde el inicio del citado texto advierte que los cambios políticos, sociales y económicos implican el reconocimiento de nuevos derechos, y que el derecho se robustece para cumplir con esas demandas sociales (Brandeis, 1890)⁷.

No obstante, se atribuye a Pound el haber acuñado el término y desarrollado el concepto de “**jurisprudencia sociológica**”, haciendo referencia a la necesidad de que el operador jurídico (en este caso específico el juez) considere, y de forma inteligente, las circunstancias y hechos sociales sobre los cuales se debe aplicar la ley, así como los efectos sociales de las instituciones y doctrinas legales (Pound, 1912). Este concepto se opone al de “jurisprudencia mecánica”, mencionado por Pound en el famoso discurso que pronunció en 1906 ante los asistentes a la reunión anual de la *American Bar Association*, cuando señaló como una de las principales causas de insatisfacción con la administración de justicia, predicable de todo sistema jurídico, el hecho de que las normas legales sean aplicadas y operen de forma mecánica, desconociendo los cambios que suceden en las condiciones morales, sociales y políticas (Pound, Nebraska College of Law, 1906).

Para dimensionar de forma más precisa el pensamiento de Pound en relación con la importancia de las circunstancias contextuales en las que opera el derecho, se podría puntualizar el hecho de que el autor se formó primeramente como botánico y que incluso recibió un título de doctorado en esta área, de manera que sus estudios en biología pudieron haberlo llevado a creer que el derecho, como la naturaleza, es una gran red en la cual los cambios que se producen en alguna de sus partes pueden tener impactos inesperados en otra. Esta aseveración es plausible y encuentra respaldo en la destacada trayectoria académica en las ciencias naturales del ex decano de Harvard; no obstante, en uno de sus escritos señala el propio autor su concepción del derecho no como un organismo, que crece por causa de una propiedad inherente a él, sino como un edificio, que es construido por muchos y diferentes hombres a lo largo del tiempo, para satisfacer las aspiraciones humanas de cada época (Pound, 1923, p.40).

El jurista **Jerome Frank** es otra de las figuras prominentes en el desarrollo del pensamiento realista en el derecho norteamericano. Frank fue un distinguido estudiante y profesor de derecho en la Universidad de Chicago. Sin embargo, después de haber afrontado una particular situación personal, tomó un curso de psicoterapia y psicoanálisis que sería determinante para moldear su forma de pensar y entender el derecho. A partir de dicho momento, para Frank se hizo perfectamente claro que existen aspectos mentales subjetivos que tienen un rol preponderante en las actuaciones de los operadores jurídicos, y es así como una de sus grandes obras, *Law and the Modern Mind*, cuestiona la pretensión de certeza, simpleza e invariabilidad del derecho, a la vez que sostiene su carácter no-racional y ambiguo (Frank, 2017).

hundred years, and now increasing annually by hundreds. In these sibyl line leaves are gathered the scattered prophecies of the past upon the cases in which the axe will fall...” Holmes, 1997).

⁷ “Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the demands of society”, Brandeis (1890).

El elemento que más destaca en este autor es la presencia de factores de la pique del operador jurídico que tienen una notoria influencia cuando este debe decidir un caso concreto, de manera que la situación jurídica no se decanta únicamente a través de la aplicación mecánica de postulados legales sino que tanto en la escogencia de las reglas que rigen el caso como en su aplicación es evidente el elemento subjetivo (Frank, 2017). Esta postura se contrapone a la posibilidad de predecir la actuación del operador jurídico que señalaba Holmes, puesto que para Frank dicho operador jurídico está necesariamente condicionado por sus preferencias, idiosincrasia y gustos, entre otros factores subjetivos. A este respecto, se ha sugerido, incluso, que el operador jurídico “*primero escoge la decisión que considera apta, sobre la base de intereses y valoraciones de variados tipos, e incluso con procedimientos meramente intuitivos, y sólo posteriormente busca las premisas idóneas para la justificación*” (Castignone, 2007, p. 183).

Este breve recorrido cronológico por los grandes personajes que han influido en la consolidación del pensamiento realista en el derecho norteamericano finaliza con **Karl Nickerson Llewellyn**. Son varias las ideas relacionadas con el realismo jurídico que fueron concebidas por Llewellyn. En primer lugar, en su escrito *Some Realism about Realism* (1931), en respuesta a las críticas hechas por Pound hacia el realismo⁸, Llewellyn se refiere a este como un “movimiento” relacionado con la forma de pensar y trabajar el derecho, conformado por hombres preocupados por entender el derecho y el lugar que este ocupa en la sociedad (Llewellyn, 1931, p. 14). En segundo lugar, Llewellyn se atreve a considerar que algunas reglas jurídicas no son más que “papel”, aludiendo a su estancamiento en la práctica, a su falta de vida. En tercer lugar, a través de Llewellyn se hace aún más clara la influencia que tiene el entorno sobre el mundo del derecho. Llewellyn afirma que el momento en el cual emergió el pensamiento realista era una época muy propicia para ello debido a un fermento especial de principios del siglo en virtud del cual otros campos del conocimiento vertieron sus aguas en el derecho, especialmente las ciencias sociales. No debe pasarse por alto el hecho de que Llewellyn fue discípulo del gran científico social William Graham Sumner, quien previamente había introducido el concepto de *falkways* para designar las prácticas y creencias sociales y su influencia en la sociedad y en la conducta. Estas ideas permearon el pensamiento de Llewellyn y son parte central de los postulados del movimiento realista. Adicionalmente, a Llewellyn se le debe la síntesis de las propuestas que, en su conjunto, conforman el sustrato epistemológico del realismo jurídico norteamericano, a saber:

1. La concepción del derecho como un fluir y de la creación judicial del derecho.
2. La concepción del derecho como un medio para el logro de objetivos sociales y no como un fin en sí mismo. Cada aspecto del derecho debe ser examinado tanto por su propósito como por sus efectos y juzgado a la luz de ambos y de la relación entre ambos.
3. La concepción de la sociedad como un fluir típicamente más rápido que el derecho, por lo cual siempre existe la posibilidad de que cada aspecto del derecho requiera de un reexamen para determinar hasta qué punto de adecuía a la sociedad a la que pretende servir.
4. El divorcio temporal entre el SER y el DEBER SER para efectos de estudio.
5. La desconfianza en las reglas y conceptos jurídicos tradicionales en la medida en que estos pretenden “describir” lo que los operadores jurídicos o las personas realmente hacen.

⁸ Es preciso señalar que varios de los autores del denominado realismo jurídico norteamericano esgrimieron posturas críticas frente a colegas del movimiento. Así, no debe sorprender el hecho de que Llewellyn haya “atacado” la jurisprudencia sociológica de Pound, a lo que este respondió con una crítica al pensamiento realista del primero, todo lo cual llevó a la publicación por parte de Frank y Llewellyn (aunque sólo este último asumió la autoría) del texto *Some Realism about Realism*, artículo en el cual no sólo se presenta una contrarréplica frente a las críticas de Pound sino que se sintetizan los “puntos de partida” del pensamiento jurídico realista norteamericano.

6. La desconfianza en la teoría según la cual las formulaciones tradicionales de reglas prescriptivas son el factor operativo más importante para la producción de las decisiones en los tribunales.
7. La creencia en la utilidad de agrupar los casos y situaciones legales en categorías más estrechas de lo que se ha acostumbrado en el pasado.
8. La insistencia en la evaluación de cualquier aspecto del derecho a la luz de sus efectos y la insistencia de la utilidad de tratar de encontrar esos efectos.
9. La insistencia en el ataque constante y programático a los problemas del derecho siguiendo cualquiera de las líneas precedentes (Llewellyn, 1931, p. 16-18).

En la tabla que se presenta a continuación se compendian las principales ideas y proposiciones que hacen parte de ese movimiento llamado realismo jurídico, en su vertiente norteamericana:

Tabla 1. Principales autores del realismo norteamericano y sus posturas e ideas

Autor	Postura / Ideas
Oliver Wendell Holmes Jr.	<i>El derecho no es lógica sino experiencia del operador jurídico</i> <i>El derecho es predicción sobre la manera en que el poder estatal se expresará a través de sus operadores jurídicos</i>
Louis Dembitz Brandeis	<i>El derecho se robustece para cumplir con las siempre cambiantes demandas sociales</i>
Nathan Roscoe Pound	<i>Las instituciones y doctrinas legales se deben aplicar sobre circunstancias y hechos sociales, y aquellas tienen efectos sobre estas (jurisprudencia sociológica)</i> <i>El derecho es como un edificio construido por muchos y diferentes hombres a lo largo del tiempo, para satisfacer las aspiraciones humanas de cada época</i>
Jerome Frank	<i>El derecho es ambiguo y no-racional</i> <i>Al decidir un caso, el operador jurídico está condicionado por sus preferencias, idiosincrasia y gustos, entre otros factores subjetivos</i> <i>El operador jurídico escoge primero la decisión y posteriormente las justificaciones</i>
Karl Llewellyn	<i>Las “reglas en el papel” difieren de las “reglas en la práctica”</i> <i>Las prácticas y creencias sociales tienen su influencia en la sociedad, en la conducta individual y en el derecho</i> <i>El derecho es un fluir y es de creación judicial</i> <i>El derecho es un medio para el logro de objetivos sociales y no un fin en sí mismo</i> <i>La sociedad es un fluir típicamente más rápido que el derecho. Cada aspecto de este debe ser reexaminado para determinar hasta qué punto se adecúa a la sociedad a la que pretende servir</i>

Fuente: Elaboración propia con base en los textos de los autores citados.

2. DEL REALISMO JURÍDICO AL REALISMO “MÁGICO JURÍDICO”

Es propio de la vertiente norteamericana del realismo el considerar al operador jurídico como el actor clave del sistema legal, pues con sus decisiones este logra (o busca lograr) fines sociales, aspiraciones humanas comunes, de manera que debe encontrarse en plena libertad para buscar la solución que considera más justa para una situación concreta, sin estar subyugado por la exégesis y los silogismos. Pero esto no es más que una aspiración, por cuanto la práctica indica que no todo operador jurídico actúa de esa manera, es decir, busca siempre que sus actuaciones atiendan a un bien común.

¿Qué pasa, entonces, cuando el operador jurídico actúa para satisfacer otro tipo de intereses, no necesariamente los suyos, sino cualesquiera que difieran del general o común? ¿Puede esto conducir a una forma perversa, cuando menos desdibujada, de realismo jurídico? Aquí se sostiene rotundamente que sí. Se ha señalado cómo el juez de Llewellyn, con el ideal de satisfacer el bien común y las aspiraciones humanas de la sociedad, primero escoge la decisión que considera apta y sólo posteriormente busca las premisas idóneas para justificarla; esto es también lo que parecen hacer los demás operadores jurídicos, aunque con otras finalidades, en sistemas donde no existe una noción sólida y suficientemente difundida, comprendida, compartida y apropiada de bien general, como en los estados nacionales que se han formado en la América Mestiza.

Académicos como Ospina (2009) señalan la complejidad de la composición de este subcontinente y la magnitud de sus dificultades para tratar de definirse a sí mismo, y es apenas normal que estas dificultades se vean reflejadas en el ámbito de sus sistemas jurídicos. Esto no quiere decir que otros países, con otro tipo de sistemas jurídicos, no tengan también problemas que se evidencien en sus arreglos institucionales; el punto que se quiere enfatizar es que la falta de un proyecto de Estado Nación fuerte, como la que se observa hoy en los países de la América Mestiza, constituye un entorno muy propicio para la tiranía de los intereses particulares, lo que a su vez favorece los desvíos de poder y actos constitutivos de corrupción de sus operadores jurídicos. Para los propósitos de este artículo, la corrupción es entendida como el abuso del poder de un agente estatal (operador jurídico), de quien se asume que actúa en su propio interés o en el de un tercero⁹.

La corrupción no es, sin embargo, un fenómeno reciente y puede rastrearse en la historia colonial del sub continente americano. De acuerdo con Stein & Stein (1981), el anómalo estatus de colonia e imperio no solamente signó la historia ulterior de los países ibéricos y sus territorios coloniales sino que les hizo vivir en un estado de permanente bancarrota, por cuanto la riqueza extraída de América iba a parar a manos de otros países, de quienes España era deudor. Este hecho, sumado a la excusa de la gran distancia entre la metrópoli y sus posesiones de ultramar para evitar el desplazamiento de oficiales de la Corona, estimuló la costumbre de vender cargos públicos al mejor postor, especialmente los que se consideraban más rentables, relacionados con la administración de justicia y el recaudo de tributos. Mediante estas prácticas la Corona también aseguraba un desempeño “más competente” de los cargos públicos, pues sus detentadores tenían un interés implícito en ello (Díaz-Briquets & Pérez-López, 2007).

Puede decirse que en la actualidad han cambiado las formas, pero se ha mantenido y fortalecido el trasfondo. En el índice de percepción de la corrupción 2017 la totalidad de países de Sur y Centro

⁹ Esta definición es una adaptación de la formulada por el reconocido movimiento *Transparency International*, que desde 1993 se dedica a la lucha contra la corrupción. Esta entidad la define como el abuso del poder delegado en beneficio propio, en un nivel mayor, menor o político. Al respecto, ver el sitio web <https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>

América son percibidos por sus habitantes como corruptos o altamente corruptos. Colombia se encuentra en la posición 96 entre 180 países, empatada con Brasil, Indonesia, Panamá, Perú, Tailandia y Zambia (Transparency International, 2017), pese a contar con una política pública integral anticorrupción desde diciembre de 2013 (documento Conpes 167 de 2013).

La situación se extiende, desde luego, al ámbito de la contratación estatal. En el mencionado documento Conpes se señala que los costos asociados a la corrupción en la contratación estatal superaban en 2010 la suma de 10 billones de pesos al año. Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos -OCDE- señala que más del 17% del PIB de sus países miembros (entre los cuales ya fue admitida Colombia) corresponde a contratación pública, y también que esta es una de las actividades del gobierno más vulnerables a ineficiencias, fraude y corrupción, lo cual puede ser más problemático en el nivel regional y local y plantea desafíos como la implementación de reglas de contratación diseñadas desde el nivel central y la cooperación con el sector privado (especialmente empresas y entidades sin ánimo de lucro) para desarrollar estándares de contratación (OCDE, 2014, p. 245).

Vale la pena poner de presente que los datos recopilados por *Transparency International* hacen referencia a la percepción de expertos y empresas acerca de la corrupción del sector público. Para el caso colombiano, la extendida percepción del gobierno como altamente corrupto (la cual no ha cambiado significativamente frente a los índices de años anteriores) también indica que predomina un imaginario en el cual lo que es ilegal o anómalo (sobornos, fraudes y, en general, desvíos de poder) reemplaza a lo usual o legal (observancia de la regla de derecho) lo que se evidencia en la recurrencia de situaciones tales como pliegos de condiciones hechos a la medida de proponentes determinados, actuaciones irregulares de los comités de evaluación, utilización frecuente de excepciones en los procesos licitatorios, presencia de carteles de contratación y celebración de contratos para adquisición de bienes o prestación de servicios innecesarios.

Esta “normalidad de lo anormal” permite hablar de un realismo mágico jurídico en la contratación estatal del país. Se sabe que la corriente literaria del realismo mágico, surgida principalmente en la América Mestiza, se caracteriza por la presencia de elementos y circunstancias irreales, sobrenaturales o fantásticas que, pese a contrastar con la realidad, interactúan y se integran a esta, sin generar mayor desconcierto: muertos que hablan; pestes de insomnio y amnesia; lluvias de flores; personas que levitan; enfermedades de llanto¹⁰. En cuanto al derecho, se ha mencionado que en el realismo jurídico también destaca un contraste entre la realidad y la norma (reglas en el papel vs. reglas en la práctica) y entre la pretensión de corrección y certeza de las normas y su ambigüedad y no-racionalidad, todo lo cual parece ser un correlato del realismo mágico en el ámbito jurídico.

La anterior afirmación no parece exagerada en un país en el cual casi la mitad de los alcaldes municipales (cerca de 500 de un total de 1.102 municipios) han sido sancionados por entes de control o suspendidos de sus cargos, mayormente por irregularidades en la contratación¹¹; el fiscal delegado anticorrupción es detenido por corrupto¹²; las leyes de contratación “no pegan” en ciertas regiones¹³; los carruseles no aluden a una atracción de feria sino a esquemas fraudulentos de

¹⁰ Ver al respecto el prólogo de la “Antología del realismo mágico” de Carter (1970)

¹¹ OCDE (2014, p. 241).

¹² Ver nota de prensa del diario El Espectador del 17 de julio de 2017: <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/el-fiscal-anticorrupcion-corrupto-articulo-701256>

¹³ Ver nota de prensa de la revista Semana del 13 de agosto de 2016: <https://www.semana.com/nacion/articulo/informe-especial-la-telaraña-de-la-contratacion-en-colombia/487687>

contratación¹⁴; un estudiante de administración se gradúa con una tesis sobre ética en los negocios, para ser años más tarde cabecilla de un billonario desfalco al Estado¹⁵; antes de vigilancia contratan millonarias asesorías contables con una importadora de pescados¹⁶; se contrata el programa de alimentación escolar de una ciudad caribeña con una ferretería, que además vende las piezas de pollo del menú escolar al equivalente de 13 dólares norteamericanos cada una¹⁷... Todo esto ante la apatía de la opinión pública y pese a la vigencia de más de dos décadas de un robusto estatuto contractual y de una política pública “integral” anticorrupción. Estas normas existen, plasmadas en leyes, códigos y otros instrumentos, pero la realidad simplemente las desdibuja, contradice y hasta ridiculiza.

3. LOS COMITÉS EVALUADORES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA

En este mundo del realismo mágico de la contratación pública colombiana cobra importancia la figura del comité evaluador, como agente estatal y operador jurídico con una notable incidencia en las decisiones sobre adquisiciones de bienes y servicios en las entidades públicas. Como puede colegirse de lo expuesto en relación con el problema de la corrupción en Colombia, su arraigo y las formas de las que esta se sirve hacen que sea una tarea bastante ardua la de desentrañar y exponer a la luz pública a todos quienes participan en ella. No obstante, para los propósitos de este escrito el comité evaluador constituye un operador jurídico en cuya actuación son observables (principalmente a través de sus informes de evaluación y recomendaciones de contratación) desvíos de poder o favorecimientos a determinados proponentes que abren una puerta al realismo mágico jurídico.

La historia legislativa reciente de la figura del comité evaluador parece remontarse al Decreto 2516 de 2011, en cuyo artículo 4 se señalaba que la verificación y la evaluación de las ofertas presentadas por los proponentes de un proceso de contratación pública debían ser realizadas por quien fuera designado por el ordenador del gasto, sin que se requiriera de pluralidad. Posteriormente, en el artículo 2.2.9 del Decreto 734 de 2012 se estableció que para la evaluación de las propuestas en los procesos contractuales la entidad designaría un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto. Esta disposición fue derogada, a su vez, por el Decreto 1510 de 2013, que estatuyó en su artículo 27 la designación de un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto, encargado de evaluar las ofertas en los procesos de contratación, actuando de manera objetiva y ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones. También se estableció el carácter asesor del comité (lo que no lo exime de responsabilidad en ejercicio de su labor), y que este emite una recomendación sobre la futura contratación, que puede no ser acogida por la entidad estatal respectiva, en cuyo caso se debe justificar la decisión.

¹⁴ Ver compendio de notas de prensa del diario El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/noticias/carrusel-de-la-contratacion-en-bogota>

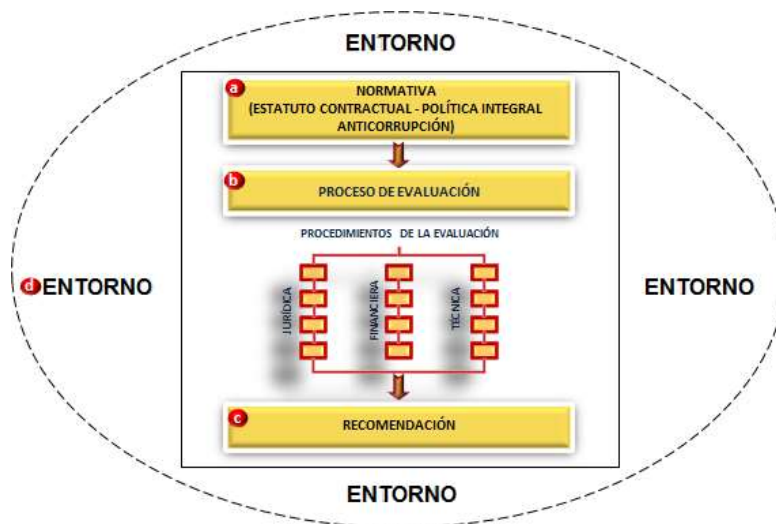
¹⁵ Ver notas de prensa de Radio Santa Fe y de la revista Semana: <http://www.radiosantafe.com/2013/01/22/guido-nule-de-graduado-con-honores-a-cerebro-del-carrusel-de-contratos/> <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-caida-del-grupo-nule/121790-3>

¹⁶ Ver nota de prensa de W Radio del 2 de septiembre de 2016: <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/denuncia-pescaderia-asesoraba-a-la-superservicios-en-temas-contables/20160902/nota/3234767.aspx>

¹⁷ Ver nota de prensa del diario El Heraldo del 25 de noviembre de 2017: <https://www.elheraldo.co/bolivar/una-ferreteria-vendio-las-pechugas-40000-para-el-programa-pae-en-cartagena-427918>

El artículo 27 del Decreto 1510 de 2013 fue reproducido de forma literal por el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015, que es la norma vigente en relación con los comités evaluadores en Colombia, de manera que en la actualidad este comité debe: (i) ser un órgano plural; (ii) actuar de manera objetiva, observando las reglas del pliego de condiciones; (iii) tener carácter asesor; y (iv) emitir recomendaciones sobre la contratación, lo que en la práctica se traduce en la sugerencia de contratar con un determinado proponente o declarar desierto el proceso. La actuación del comité evaluador es susceptible de ser esquematizada de forma sencilla, como se muestra en la figura 1.

Figura 1. Esquema de la actuación del comité evaluador



Fuente: Elaboración propia con base en los textos citados.

A cada uno de los elementos del esquema pueden asociarse aspectos del realismo jurídico que en la práctica se desdibujan y dan paso a un realismo mágico jurídico, así:

- Normativa:** Acerca de las normas que gobiernan todo el proceso de contratación pública (especialmente el estatuto contractual) puede predicarse la ambigüedad, no racionalidad y no logicismo mencionados por Holmes y Frank.
- Proceso de evaluación:** En todo el proceso de evaluación (jurídica, financiera y técnica) es posible evidenciar la vigencia de las “reglas en la práctica” (las que impone el comité) sobre las “reglas en el papel” (las contenidas en la ley y en el pliego de condiciones del proceso).
- Recomendación:** Como lo señala Llewellyn, el derecho (en este caso, la recomendación de contratar o de declarar desierto el proceso) es de creación del operador jurídico (comité evaluador), y en este tienen influencia incluso sus propias preferencias e idiosincrasia (Frank).
- Entorno:** Es claro que los miembros del comité evaluador no están exentos de las influencias que sobre ellos ejerce el conjunto de prácticas (muchas veces corruptas) y creencias sociales que constituyen el entorno (Llewellyn), todo lo cual impacta en el ideal de objetividad del comité.

A continuación se presenta una muestra de cuatro casos de procesos contractuales en los cuales parece evidenciarse un desvío de poder e incumplimiento del deber de objetividad de parte del comité evaluador. Es preciso señalar que varios de los casos expuestos son conocidos de primera mano por el autor de este texto, en razón de su vinculación con una firma consultora cuyos servicios son contratados en forma permanente por el Estado a través de convocatorias públicas, razón por la cual no en todos los casos se identificarán los actores.

Alcaldía de un municipio del departamento de Antioquia

En agosto de 2015, a través de un procedimiento de concurso de méritos, una alcaldía municipal convocó a los proponentes interesados en realizar el proceso de modernización y rediseño institucional de la entidad. Al proceso concurrió un número plural de proponentes, entre quienes se encontraba una prestigiosa universidad pública (oferente 1) y una firma privada (oferente 2) que anteriormente había sido contratista en procesos de otro tipo (provisión de logística) con entes públicos del departamento de Antioquia. El oferente 2 presentó una propuesta que incumplía varios requisitos del pliego de condiciones del proceso, como por ejemplo experiencia en procesos contractuales con objetos similares, formación académica y presentación de tarjeta profesional de los miembros del equipo. Debe decirse que el incumplimiento de este último requisito fue catalogado expresamente por la entidad como una causal de rechazo de la propuesta.

Ante dicho incumplimiento, un tercer oferente, que cumplía la totalidad de requisitos, ofició a la entidad solicitando el rechazo de la propuesta del oferente 1, punto en el cual empezó a ser notoria y determinante la actuación del comité evaluador. En primer lugar, desconoció la necesidad de que se acreditara experiencia similar al objeto a contratar y tampoco observó la subregla sobre obligatoriedad de presentar las tarjetas profesionales, trazada por la propia entidad en el pliego del proceso. En segundo lugar, al ser confrontado por el representante legal del oferente 3, uno de los abogados miembro del comité evaluador señaló que la entidad encontraría el argumento jurídico que le permitiera admitir la no presentación de la tarjeta profesional del equipo. Fue así como en la respuesta publicada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-, se indicó que, con aquel requisito, la entidad *“únicamente quería corroborar la calidad de aglutinados en el respectivo gremio de los miembros del equipo”*, pero que, de cualquier modo, se evidenciaba su idoneidad, desconociendo de forma flagrante que la tenencia de la tarjeta profesional no es un simple requisito de forma sino la prueba del ejercicio legal de la profesión para las áreas de conocimiento que así lo requieren.

Finalmente, y después de dilatar de forma injustificada la adjudicación del proceso, el contrato le fue otorgado al oferente 2, de quien puede decirse que desde la apertura del concurso de méritos había sido escogido por el operador jurídico encargado de emitir la recomendación, sobre la base de un interés no explícito pero que, en cualquier caso, difería del bien general y la prevalencia del estatuto contractual.

Concursos de méritos en un Ministerio del sector de desarrollo económico

A mediados de 2017, un Ministerio colombiano convocó dos procesos de concurso de méritos, por una cuantía conjunta cercana a los \$4.000'000.000, con la finalidad de implementar metodologías de aumento de productividad en más de 200 empresas de diferentes sectores y en diferentes regiones del país. A pesar de la aparente observancia de las normas establecidas en la ley y en los pliegos de condiciones, en ambos casos se evidenciaron irregularidades durante la evaluación que

condujeron a que el comité evaluador recomendara adjudicar ambos procesos a un mismo proponente. Entre dichas irregularidades pueden mencionarse las siguientes:

- El proponente que acreditó mayor idoneidad, por haber realizado varios proyectos con el mismo objeto que se pretendía contratar (implementación de metodologías de aumento de productividad en empresas de sectores primarios), fue inhabilitado por “no observar” un requisito del pliego consistente en que los miembros del equipo debían acreditar formación académica de posgrado a nivel de especialización, pero algunos de ellos la acreditaron a nivel de maestría.
- En relación con ese mismo aspecto, la entidad desconoció una subregla establecida por ella misma en las respuestas a las observaciones al pliego de condiciones (que hacen parte integral de este) en la que indicaba que sí era posible acreditar la formación académica mínima de los miembros del equipo con el título de maestría, lo cual fue recogido en un documento publicado en el SECOP, pero soslayado en la evaluación.
- La empresa favorecida fue una firma con apenas dos años de existencia legal al momento de apertura de los dos concursos de méritos, con un objeto social y experiencia bastante disímil a la del objeto que se pretendía contratar: auditoría financiera e implementación de normas internacionales de información financiera. Esta empresa no acreditó experiencia específica en procesos con objetos similares al de los concursos de méritos convocados. En efecto, las certificaciones de contratos con las que hicieron valer su aptitud se referían a la experiencia adquirida diez años atrás por uno de sus socios como jefe de finanzas y contralor de dos bancos internacionales.

Un hecho que se presta para suspicacias y que se conoció con posterioridad a la adjudicación del proceso es que uno de los socios de la firma que resultó favorecida había realizado sus prácticas como estudiante de derecho en la embajada de un país europeo cuando allí se desempeñaba como embajador el Ministro cuya cartera convocó los dos procesos.

Al final, y pese a que uno de los proponentes que no resultó favorecido elevó una solicitud al ordenador del gasto y otros directivos de la entidad, incluyendo al propio Ministro, solicitando que se apartaran de la recomendación del comité evaluador, ambos procesos fueron adjudicados al controvertido proponente.

Reestructuración de una entidad pública adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Con el propósito de acometer un proceso de reestructuración y rediseño institucional, una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público convocó en abril de 2018 un concurso de méritos por una cuantía de alrededor de \$1.000'000.000, en el cual presentaron propuesta tres de los oferentes que ordinariamente concurren a este tipo de procesos, por contar con la experiencia requerida. El representante legal de una de las firmas proponentes (oferente 1) había sido recientemente contratista y consultor de dicha entidad, precisamente en el área de reestructuración y rediseño institucional.

El pliego definitivo del proceso establecía unos requisitos de formación académica del equipo que coincidían plenamente con el equipo básico permanente del oferente 1, aspecto este tan notorio que generó la presentación de observaciones por parte de firmas de consultoría interesadas en participar en el proceso, para que se establecieran requisitos que permitieran la concurrencia de un número plural de oferentes. No obstante, la entidad mantuvo los requisitos iniciales.

Posteriormente, durante el proceso de evaluación, los representantes legales de los otros dos proponentes enviaron sendas cartas a la dirección de la entidad y a los entes de control respectivos, alertándolos acerca del evidente amaño del pliego en favor de uno de los proponentes. Pese a que estas denuncias se presentaron fuera del marco del proceso de convocatoria pública, bajo el mecanismo del derecho de petición, el comité evaluador procedió a dar respuesta dentro del proceso, señalando que en el trámite precontractual se habían observado con rigurosidad las normas que rigen los procesos de contratación.

Otro aspecto polémico consistió en que en el informe de evaluación se hizo evidente que uno de los profesionales del oferente 1 no cumplía plenamente el perfil académico solicitado por la entidad, lo cual fue observado por otro de los proponentes. Sin embargo, el comité evaluador eludió un pronunciamiento de fondo al respecto y se limitó a dar respuesta con la lacónica expresión *“no se acoge la observación”*. Al final, el proceso fue adjudicado al oferente 1 y la actuación del comité evaluador ha sido denunciada ante la Procuraduría General de la Nación.

Malla vial del Distrito Capital

El llamado “carrusel de la contratación” es un escándalo de corrupción de grandes proporciones iniciado en 2007, que involucró la adjudicación fraudulenta de contratos para la realización de obras públicas y la rehabilitación de la malla vial de Bogotá D.C., e implicó un detrimento patrimonial cercano a los \$2.2 billones de pesos.

La sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en el proceso adelantado contra el ex Senador Iván Moreno Rojas (una de las cabezas de este esquema de defraudación al Estado) hace varios señalamientos que comprometen las actuaciones del comité evaluador en el sentido en que se ha señalado en este escrito, incluyendo los siguientes¹⁸:

- Se estableció que, pese a la supuesta observancia de procedimientos legales tales como establecimiento de cronogramas y publicidad de los actos precontractuales (resoluciones de apertura, proyectos de pliegos y pliegos definitivos), el esquema implicaba el aislamiento del comité evaluador, respuestas amañadas a las observaciones de los oferentes, descalificación y rechazo de oferentes idóneos.
- Se determinó la existencia de una oficina paralela al Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-, que funcionó en un hotel cercano a esta entidad, desde la cual funcionarios del Distrito y contratistas manipulaban los procesos de contratación.
- En la mencionada oficina paralela funcionaba un “comité adjunto” en el cual las propuestas eran estudiadas, evaluadas y se daban indicaciones sobre las que se debían rechazar o inhabilitar con el objeto de lograr los resultados acordados.
- Las indicaciones provenientes del comité adjunto eran después acogidas por el comité evaluador, quien las traducía en recomendaciones para contratar con las firmas parte del carrusel.

Varios de los participantes en este billonario desfalco al Estado aún están siendo investigados, mientras que con otros se ha llegado a acuerdos para aplicar la figura del principio de oportunidad,

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Juzgamiento. Expediente SP14623-2014, radicación 24.282, 27 de octubre de 2014. El texto de la sentencia se encuentra disponible en el siguiente enlace: [https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10614/3943656/SP14623-2014\(34282\).pdf/e5e09df6-2d3a-4b9d-9ed1-871bb1f50685](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10614/3943656/SP14623-2014(34282).pdf/e5e09df6-2d3a-4b9d-9ed1-871bb1f50685)

en virtud de la cual deberán “colaborar” con la justicia en el esclarecimiento de los hechos y recibirán beneficios judiciales.

4. ALTERNATIVAS PARA ENFRENTAR LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Como se ha mencionado antes, este es un escrito de reflexión acerca del papel que cumplen los comités evaluadores en el marco del proceso de contratación estatal y el desdibujado realismo jurídico que sus actuaciones parecen encarnar. No obstante, la reflexión no sería tal si no se proponen, o al menos esbozan, las alternativas que se tienen para hacerle frente al problema.

Para ello, debe considerarse que los elementos hasta aquí expuestos se relacionan estrechamente con conceptos tales como la eficacia de la autoridad estatal y la estabilidad de las relaciones intersubjetivas en el ámbito del proceso de contratación estatal. Estas son cuestiones que históricamente han interesado a las teorías del institucionalismo jurídico, y las alternativas que se presentarán parten también de un enfoque que puede considerarse hasta cierto punto institucionalista¹⁹. Como se verá, dichas alternativas se derivan de una comprensión del proceso de contratación pública como inmerso en un contexto en el cual el Estado debe cumplir roles determinantes para superar el problema de la corrupción.

Es un hecho que en el proceso de contratación el Estado-contratante actúa a través de sus agencias (las diferentes instituciones-personas o entidades del ámbito nacional y local que lo componen, tales como gobernaciones, alcaldías, ministerios, superintendencias o secretarías); y que estas cuentan con un talento humano (servidores públicos) que ejecuta los procesos y procedimientos que se han definido previamente (por ejemplo, los mandatos de la Ley 80 de 1993 y sus numerosos decretos reglamentarios), así como con un sistema de adquisiciones soportado en recursos técnicos (por ejemplo la plataforma de contratación electrónica SECOP).

Se aprecia, entonces, la presencia de los tres elementos que las teorías administrativas típicamente han identificado como constitutivos de las organizaciones: talento humano, procesos y tecnología²⁰. Por otra parte, las interacciones entre esos tres elementos no tienen lugar en el vacío sino en un contexto determinado, en el cual es posible identificar la presencia de los factores “externos” al derecho a los cuales aluden tanto los autores del realismo jurídico como los del institucionalismo. Este es el espacio de la cultura. Todos estos elementos se presentan en la figura 2.

¹⁹ Antes que asumir una postura puramente “institucionalista”, acá se recurre a la noción de institucionalismo jurídico de forma instrumental, en la medida en que el pilar de ese cuerpo de teorías es un antiformalismo que equipara al sistema jurídico con una institución y que define a esta última como una forma social organizada, un ente social con un orden estable y permanente y que forma en sí un cuerpo. Para profundizar al respecto, pueden verse las obras “El ordenamiento Jurídico”, de Santi Romano (2012) y “La teoría de la institución y de la fundación”, de Maurice Hauriou (1968). Particularmente Hauriou define a la institución como “una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios”, y distingue entre las instituciones que se personifican (instituciones-persona, como un Ministerio o cualquier otro cuerpo del Estado) y las que no se personifican (instituciones-cosas, como la idea de regla de derecho).

²⁰ El trípede gente-procesos-tecnología es un lugar común en las teorías administrativas y no es fácil atribuir con certeza dicho construto a un autor determinado. No obstante, una de las primeras menciones en la literatura académica parece ser la que hace Harold Leavitt (1964) en su capítulo denominado “Applied Organizational Change in Industry, Structural, Technological and Humanistic Approaches” del libro “New Perspectives in Organization Research”.

Figura 2. Perspectiva organizacional del proceso contractual con el Estado



Fuente: Elaboración propia con base en los textos citados.

En ese sentido, una primera alternativa que se vislumbra se relaciona con el aspecto **cultural**. Para que opere un significativo cambio frente al fenómeno de la corrupción se requiere de una intervención directa del Estado en el entorno cultural que rodea la contratación, fundamentalmente a través de la educación. Resulta paradójico el hecho de que grandes escándalos de corrupción en el país han sido orquestados o ejecutados por funcionarios que han recibido formación académica a altos niveles y en centros académicos de gran prestigio, pero no por ello se debe desestimar el rol que cumple la educación en la sociedad y las posibilidades de una intervención estatal en este ámbito, empezando desde los niveles escolares básicos. De la misma manera en que hace unos años se hizo obligatorio incluir en los programas curriculares la cátedra sobre la Constitución²¹ y, más recientemente, sobre la Paz²², debe fortalecerse la enseñanza de ética y valores en los niveles de educación preescolar, básica y media²³, lo que contribuiría a contrarrestar desde una fase muy temprana las conductas deshonestas e indulgentes ligadas al desvío de poder. El horizonte de esta tarea es el del largo plazo, y corresponde al Estado formular políticas al respecto.

De otra parte, una serie de alternativas susceptibles de implementarse en el mediano y corto plazo se desprenden de cada uno de los tres elementos constitutivos de la dinámica de la contratación estatal desde el punto de vista organizacional. Así, primeramente en términos de **procesos**, se hace necesario dar cumplimiento a los procesos y procedimientos contractuales contenidos en las normas vigentes, sin necesariamente expedir unos nuevos.

El régimen contractual colombiano no ha estado exento de la exagerada producción de normas de la que hace gala el país²⁴. La principal de estas normas es la Ley 80 de 1993, que constituye el

²¹ La enseñanza de la Constitución se hizo obligatoria en Colombia con la Ley 115 de 1994, modificada por las leyes 1013 de 2006 y 1503 de 2011.

²² La Ley 1732 de 2014 estableció la Cátedra de la Paz, para fomentar el proceso de apropiación de conocimientos y competencias relacionados con el territorio, la cultura, el contexto económico y social y la memoria histórica, mientras que el Decreto 1038 de 2015 determinó la obligatoriedad de dicha cátedra en todos los establecimientos educativos de preescolar, básica y media de carácter oficial y privado.

²³ Debe notarse que tanto la Ley 115 de 1994 como las que la han modificado, contemplan también la enseñanza de la instrucción cívica, lo cual se encuentra estrechamente ligado con la formación ética y moral, que es un objetivo común de todos los niveles educativos.

²⁴ Este fenómeno ha ocasionado que, incluso en instancias gubernamentales, se hable de "hiperinflación normativa". La producción desmesurada de normas también llevó a que a mediados de 2014 se constituyera una "comisión de expertos para armonización normativa" que, desde luego, se creó mediante una norma, el Decreto 1052 del 5 de junio de 2014. Nada

estatuto general de contratación de la administración pública y establece principios y reglas generales aplicables a todo el aparato estatal a dicho respecto. Esta ley fue modificada por la Ley 1150 de 2007, con el objeto de hacer más transparente y eficiente el proceso de contratación con el Estado. Sin embargo, existen muchos otros estatutos que contienen disposiciones relacionadas con el sistema de compra pública, entre los que se pueden señalar las siguientes: Ley 30 de 1992; Ley 100 de 1993; Ley 115 de 1994; Ley 489 de 1998; Ley 610 de 2000; Ley 805 de 2003; Ley 1116 de 2006; Ley 1122 de 2007; Ley 1682 de 2013; Ley 1727 de 2014; y Ley 1738 de 2014.

Con la finalidad de armonizar el sistema de compras y contratación pública, se expidió en 2015 el Decreto 1082, en cuyo libro 2 se compilan diversas disposiciones relacionadas con conceptos básicos, actores y modalidades del sistema, entre otros. Lo que se requiere, entonces, no es la promulgación de nuevas normas sino el cumplimiento cabal de las existentes. Solo a manera de ejemplo, el artículo 2.2.1.2.5.2 del mencionado Decreto 1082 de 2015 señala expresamente la competencia de la Agencia Estatal de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- para diseñar e implementar instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, pero actualmente una gran cantidad de entidades públicas, de todos los niveles, desconoce abiertamente este estatus de los manuales y guías de Colombia Compra Eficiente, lo cual da lugar a la arbitrariedad en la elaboración de documentos precontractuales²⁵. Por el contrario, es posible que mediante la observancia de los procesos, procedimientos y estándares fijados por Colombia Compra Eficiente se logre no sólo uniformidad sino, fundamentalmente, transparencia y objetividad en el proceso de contratación estatal.

En relación con la **tecnología**, desde hace más de quince años el gobierno colombiano comprendió la necesidad de diseñar e implementar herramientas para la gerencia pública contractual, aspecto este que fue recogido por los documentos Conpes 3186 de 2002 y 3249 de 2003. Este último señaló la imperatividad de eliminar los obstáculos legales para dar paso a un mecanismo que permitiera llevar a cabo todas las actuaciones contractuales a través de medios electrónicos. Fue así como paulatinamente empezaron a reemplazarse los documentos en papel por documentos electrónicos en desarrollo de procesos contractuales con el Estado, hasta llegar a la situación actual, en la cual en el país existe una plataforma de contratación estatal -el SECOP-, cuya segunda versión, puesta en marcha en marzo de 2015, permite que las entidades creen, evalúen y adjudiquen procesos de contratación en todas las modalidades de selección contempladas en la Ley 80 de 1993, mientras que tanto las entidades como los proveedores tienen cuentas y usuarios a través de los cuales llevan a cabo todas las etapas del proceso de contratación.

Es necesario mencionar que desde 2012 Colombia Compra Eficiente hace parte del consejo asesor de la *Open Contracting Partnership* (Alianza para la Contratación Abierta), entidad independiente que promueve el diseño de estándares internacionales y la divulgación de información sobre contratación pública, con el fin de aumentar los niveles de integridad y transparencia del sistema de compra pública.

de esto debe sorprender: ya hacia el año 80 de esta era había señalado Cornelio Tácito que *muchas son las leyes en un Estado corrompido*.

²⁵ Al momento de la elaboración de este escrito se encuentra en curso en el país una iniciativa ciudadana para realizar una consulta anticorrupción que contempla siete (7) mandatos, uno de los cuales se refiere al uso obligatorio de pliegos tipo para fomentar la transparencia en la contratación. Algunas voces en contra señalan que esta no es una propuesta nueva sino ya existente, puesto que es uno de los mecanismos que viene implementando Colombia Compra Eficiente para asegurar procesos contractuales más transparentes. No obstante, parte de lo que se busca con la iniciativa es que las entidades públicas estén obligadas a observar estos parámetros, lo que actualmente no sucede.

Lo anterior constituye un salto tecnológico significativo que contribuye grandemente a la eficiencia, eficacia, transparencia y prevención de actos de fraude y corrupción en el sistema de compra pública, pero que puede resultar insuficiente si no se acompaña de los cambios cultural y procedimental antes señalados, y aun de uno que cobra mayor importancia por comprometer de forma más directa a los actores del sistema y que por ello debe ser abordado con especial detenimiento y análisis: el cambio a nivel del **talento humano**.

Se sabe que las instituciones están constituidas por personas y que son estas quienes realizan la razón de ser de aquellas, la idea de obra o de empresa señalada por Hauriou (1968). Sin embargo, siguiendo las ideas que desde 1984 ha desarrollado Edward Freeman para un nuevo enfoque en la gestión de las organizaciones, puede recurrirse al concepto de “partes interesadas” para señalar que existen varios y diferentes grupos o individuos que son afectados por o pueden afectar el logro de los objetivos de la organización (Freeman & Mc Vea, 2001). Para el caso de las agencias a través de las cuales el Estado-contratante pone en marcha su proceso de adquisición, las partes interesadas no difieren mucho de las de las organizaciones privadas: clientes internos (alta dirección, servidores públicos y contratistas de la entidad, incluyendo a los miembros del comité evaluador); y clientes externos (proponentes y proveedores adjudicatarios del respectivo contrato; otras entidades del gobierno; ciudadanos beneficiarios de los servicios que presta la entidad; y comunidad en general). Como puede preverse, cada una de estas partes interesadas cumple un rol en el proceso de compra pública y de cada una de ellas se espera un cierto comportamiento en pro de la transparencia del proceso en su integralidad.

Considerando, entonces, que existe una pluralidad de partes interesadas en el proceso de contratación estatal, que se ubican y actúan en distintos niveles, se sugiere recurrir al concepto de **gobernanza multinivel** como una manera de asegurar que el *telos* de las instituciones estatales se pueda materializar a través de la compra pública. Este concepto se originó en la década de 1990 para explicar los mecanismos de gobierno de la Unión Europea, pero su utilización en Colombia es relativamente nueva y coincide aproximadamente con la fecha en la cual empezaron las conversaciones para la adhesión del país a la OCDE, a finales de mayo de 2013.

Para introducir este concepto debe señalarse primeramente que desde hace algunos años la noción de “gobernanza” ha ganado terreno entre los académicos para entender mejor los asuntos de la administración pública. La idea tradicional -occidental- de gobierno, desarrollada durante siglos por diferentes escuelas de pensamiento, puede ser generalmente entendida como el control que un cuerpo central ejerce sobre una sociedad. Sin embargo, las interacciones entre las tres ideas que componen ese constructo -a saber, cuerpo central, control y sociedad-, lejos de permanecer inmutables han cambiado y evolucionado, con la consecuente necesidad de formular nuevas aproximaciones que den cuenta de ellas. Es así como nuevos centros de poder (ciudades-región), nuevas estrategias de control (gobierno en línea) e incluso un nuevo tipo de ciudadanía (ciudadanía digital) están en el centro de una nueva definición de gobierno.

Desde un punto de vista pragmático, el progresivo abandono de la idea de gobierno para explicar estos fenómenos puede entenderse como la manifestación de un proceso de adaptación a un ambiente cambiante por estructuras que son esencialmente dinámicas. Por tanto, puede decirse que tanto el Estado como la sociedad se ven confrontadas con una suerte de problema de “obsolescencia dinámica”. A pesar de haber sido desarrollado para explicar aspectos económicos de la cultura norteamericana desde una perspectiva antropológica, hay un razonamiento interesante detrás de este constructo: existe una tendencia que hace inaceptable mañana lo que es útil hoy (Henry, 1966). No es irrazonable pensar, entonces, que algo como esto le ha sucedido

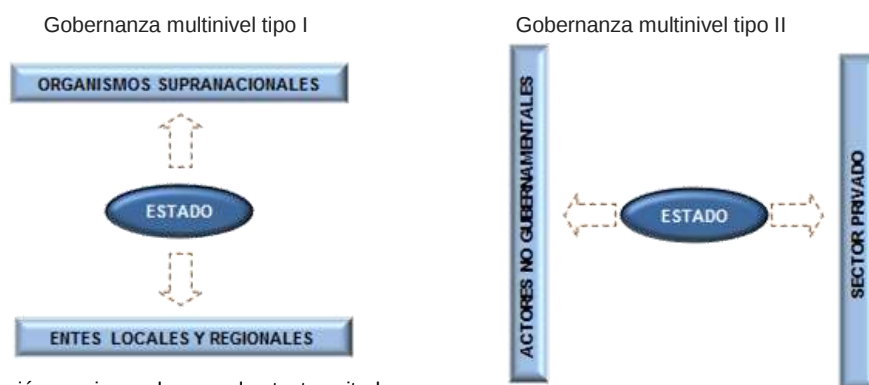
al modelo Weberiano de Estado y su monopolio de la coerción. Es más, este es también el punto de vista de politólogos como Eckerberg y Joas (2004), quienes mencionan una erosión en las bases tradicionales del poder político como el aspecto central para entender el nuevo proceso de gobernanza. Otros académicos se refieren a un debilitamiento del poder central para regir a la sociedad o la fragmentación institucional del proceso de gobierno (Sørensen, 2006).

Es así como irrumpe el concepto de gobernanza multinivel para señalar el cambio que ha operado en la tradicional concepción de gobierno, evidenciándose una dispersión del proceso de toma de decisiones entre múltiples actores (Hooghe & Marks, 2003), pasando de una sociedad *“gobernada a través del ejercicio de una regla de derecho soberana por parte de instituciones políticas organizadas de forma jerárquica”* (Hysing, 2009, pág. 314) a un nuevo método de gobierno de la sociedad, en el cual *“una multitud de actores públicos y privados interactúan para gobernar”* (Sørensen, 2006, pág 99).

Así, la propuesta (o el reto) del cambio en el ámbito del elemento humano consiste en diseñar e implementar un modelo de gobernanza de la gestión contractual en el cual todos los diferentes actores mencionados antes (no sólo el gobierno) puedan influir de manera positiva en el proceso de compra pública y en sus resultados. Si los problemas del proceso de compra pública son multinivel, ¿por qué no pensar en soluciones igualmente multinivel?

El mencionado cambio en el proceso de gobernanza es ascendente, comprometiendo a cuerpos supranacionales (recuérdese, por ejemplo, la mención de los estándares internacionales desarrollados por la *Open Contracting Partnership*, de la cual Colombia hace parte, y la adhesión de Colombia a la OCDE); descendente, involucrando a actores estatales de niveles regionales y locales; y hacia afuera, para involucrar igualmente organizaciones no gubernamentales y, en general, actores no estatales. Estos movimientos se conocen entre los académicos como gobernanza multinivel vertical, o de tipo I, y gobernanza multinivel horizontal, o de tipo II (Hooghe & Marks, 2003, pág. 236). La figura 3 ilustra estos movimientos.

Figura 3. Gobernanza multinivel vertical y horizontal



Fuente: Elaboración propia con base en los textos citados.

A pesar de que en algunos documentos oficiales, producidos con ocasión del proceso de adhesión del país a la OCDE, este organismo ha señalado que su definición de gobernanza multinivel comprende a actores públicos de diferentes niveles y excluye expresamente la interacción entre

entidades públicas y privadas (ciudadanos y empresas)²⁶; aquí se aboga por la aplicación del concepto observando los movimientos horizontales de gobernanza que involucran la participación de actores no estatales, pues esto puede contribuir a morigerar los problemas referidos a las prácticas corruptas, especialmente en los niveles subnacionales.

En este punto se observa una vez más que en el país ya existen varios instrumentos e iniciativas que pueden hacer operativo el concepto de gobernanza multinivel de tipo II (horizontal) en el campo de la compra pública, entre los cuales se destacan los siguientes:

- Ley 850 de 2003: Es la ley mediante la cual se reglamentaron las veedurías ciudadanas, mecanismo que les permite a los ciudadanos o a las organizaciones comunitarias ejercer vigilancia sobre la gestión pública, incluyendo los procesos contractuales.
- Documento Conpes 167 de 2013: Este documento contiene la “Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción”, cuyo principal objetivo es fortalecer las herramientas y mecanismos institucionales para la prevención, investigación y sanción de la corrupción en el país, a través de 5 estrategias: (i) mejorar el acceso y la calidad de la información pública para prevenir la corrupción; (ii) mejorar las herramientas de gestión pública para prevenir la corrupción; (iii) aumentar la incidencia del control social en la lucha contra la corrupción; (iv) promover la integridad y la cultura de la legalidad en el Estado y la sociedad; y (v) reducir la impunidad en actos de corrupción. Nótese que por lo menos dos de las cinco estrategias involucran a actores no estatales.
- Plan de Acción de la Política Pública Integral Anticorrupción: Se trata del plan de acción derivado del Conpes 167. Contiene 110 acciones, concertadas con 18 entidades y 24 dependencias del ejecutivo nacional y órganos de control, e incluye indicadores de cumplimiento, metas, plazos, responsables y recursos asignados para su cumplimiento (alrededor de 240 mil millones de pesos para los cuatro años siguientes a su puesta en marcha en 2014).
- #CausasCiudadanas: Bajo la consigna de que a los ciudadanos no solo hay que escucharlos cuando protestan, sino también cuando proponen, el Ministerio del Interior lanzó en julio de 2017 esta iniciativa, centrada en el acompañamiento y gestión de peticiones de interés general que cuenten con 20.000 apoyos sumados entre “Me gusta” en las redes sociales (Facebook, Twitter e Instagram) y firmas digitales en Change.org. Este instrumento llama la atención por cuanto involucra las oportunidades que ofrece la nueva era de la “Googlecracia”, una democracia más directa entre gobernados y gobernantes (Gómez, 2017).

No obstante lo anterior, puede decirse que, a la fecha, la totalidad de problemas identificados en el documento Conpes 167 de 2013 siguen vigentes (deficiente acceso y calidad de la información pública para la prevención de la corrupción; insuficiente información y capacidad para el ejercicio del control social; insuficiente corresponsabilidad del sector privado; entre otros). Una vez más el llamado es para que, antes que apelar a nuevos instrumentos, los existentes sean difundidos, observados, aplicados y apropiados por la ciudadanía.

Se han presentado así alternativas emanadas del propio ordenamiento y de los instrumentos de política pública existentes, que pueden resultar útiles en la lucha contra el flagelo de la corrupción en la contratación estatal, de manera que los ciudadanos, en general, y quienes concurren como oferentes de buena fe y como partes interesadas en el sistema de compra pública, en particular, no

²⁶ Ver al respecto el capítulo 4 del documento de la OCDE (2014), dedicado a la gobernanza multinivel en Colombia.

deban simplemente asistir de forma pasiva al espectáculo de unos funcionarios miembros de un comité evaluador (quizá vestidos de negro, como los apoderados de la compañía bananera de Macondo), que desvirtúan sus argumentos en el curso del proceso contractual con arbitrios que parecen cosa de magia.

5. CONCLUSIONES

La escuela del realismo jurídico norteamericano realizó un gran aporte a la comprensión del funcionamiento de los sistemas legales occidentales al señalar que los operadores jurídicos crean el derecho en los casos concretos. El carácter antiformalista común a la mayoría de autores de este movimiento los llevó a cuestionar la aparente lógica deductiva de la ley para poner de presente que son la experiencia particular del operador jurídico, su modo de pensar y las circunstancias sociales de su entorno las que determinan lo que es verdaderamente el derecho. Así, podría decirse que el trasfondo del realismo jurídico es la gran discordancia evidenciada entre el derecho en los libros (leyes, codificaciones y estatutos) y el derecho en la práctica, justificada por la búsqueda de la realización de nobles fines y aspiraciones humanas.

En la literatura, por su parte, surgió una corriente de escritores que situaban en sus relatos una serie de situaciones fantásticas y sobrenaturales que discurrían sin generar sorpresa ni alterar la vida cotidiana de los personajes, a lo que se llamó “realismo mágico”, para enfatizar ese contraste entre realidad y fantasía.

En este escrito se ha señalado que es perfectamente aceptable hablar de “realismo mágico jurídico” cuando se advierte la presencia de situaciones anómalas que transgreden de forma manifiesta la regla de derecho y cuya recurrencia no parece generar sorpresa. Es un tipo de realismo jurídico desdibujado, por cuanto se aparta de las finalidades sociales para satisfacer intereses particulares “no santos”.

Esta situación también se evidencia en el sistema de compra pública y resulta particularmente fácil de observar en el accionar de los comités de evaluación, que son operadores jurídicos encargados de emitir informes y recomendar la contratación de un determinado proveedor de bienes o servicios. En las actuaciones de dichos comités convergen circunstancias como las que en Norteamérica llevaron a hablar de creación judicial del derecho, pero que en este caso pueden ser constitutivas de corrupción.

Sin embargo, la corrupción, entendida como abuso de poder de un agente estatal, no es un fenómeno reciente ni endémico del país, y sus orígenes pueden rastrearse en los tiempos coloniales, cuando, por diferentes razones, se acostumbraba vender cargos públicos al mejor postor. Prácticas similares siguen pululando en la época actual, al punto de que una gran cantidad de ciudadanos consideran al colombiano como un gobierno altamente corrupto, por lo cual es preciso tomar acciones que contribuyan, cuando menos, a morigerar el fenómeno.

En este texto se ha propuesto una perspectiva institucional para plantear algunas soluciones, que comprometen a todos los actores del sistema de compra pública y que son susceptibles de llevarse a la práctica en el corto, mediano y largo plazo. Se ha hecho especial mención de las bondades que tendría la incorporación de esquemas de gobernanza multinivel horizontal en el sistema de contratación, por cuanto en estos se involucra a actores no estatales y partes interesadas que, desde la esfera privada, pueden contribuir a una mayor transparencia en el proceso. Las posibilidades de la aplicación de este tipo de esquemas son prometedoras, pero están aún por ser desarrolladas.

Referencias y trabajos citados

- Brandeis, L. D. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*.
- Campos Zamora, F. J. (2009). Nociones fundamentales de realismo jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, 191-220.
- Carter, E. D. (1970). *Antología del realismo mágico: Ocho cuentos hispanoamericanos*. Odyssey Press.
- Castignone, S. (2007). *La máquina del derecho. La escuela del realismo en Suecia*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Díaz-Briquets, S., & Pérez-López, J. (2007). *Corruption in Cuba: Castro and Beyond*. Austin: University of Texas Press.
- Eckerberg, K., & Joas, M. (2004). Multi-level Environmental Governance: a concept under stress? *Local Environment*, 405–412.
- Frank, J. (2017). *Law and the Modern Mind*. New York: Routledge.
- Freeman, E., & Mc Vea, J. (Enero de 2001). A Stakeholder Approach to Strategic Management. *SSRN Electronic Journal*. Obtenido de A Stakeholder Approach to Strategic Management: www.researchgate.net
- Gómez, L. E. (2017). *Googlecracia. Gobierno, campañas y ciudadanos digitales*. Bogotá: Ibáñez.
- Hauriou, M. (1968). *La teoría de la institución y de la fundación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Henry, J. (1966). *Culture Against Man*. New York: Random House.
- Holmes, O. W. (1881). *The Common Law*. London: Macmillan.
- Holmes, O. W. (1997). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 991-1.009.
- Hooghe, L., & Marks, G. (2003). *Multi-Level Governance and European Integration*. Maryland: Rowman & littlefield Publishers.
- Hysing, E. (2009). Governing without government? The private governance of forest certification in Sweden. *Public Administration*, 312-326.
- Lasser, M. (2002). Comparative Readings of Roscoe Pound's Jurisprudence. *The American Journal of Comparative Law*, 719-751.
- Leavitt, H. (1964). Applied Organization Change in Industry: structural, technical and human approaches. En W. L. Cooper, *New Perspectives in Organization Research*. New York: John Wiley.
- Llewelyn, K. (1931). Some Realism About Realism--Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 431-465.

- OCDE. (2014). *OECD Library*. Obtenido de Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. Colombia. La implementación del buen gobierno: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/colombia-implementando-la-buena-gobernanza_9789264202351-es#page1
- Ospina, W. (2009). *América Mestiza. El país del futuro*. Bogotá D.C.: Punto de lectura.
- Peces-Barba, G. (1986). Los operadores jurídicos. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 447-469.
- Pound, R. (1906). *Nebraska College of Law*. Obtenido de Nebraska College of Law: <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>
- Pound, R. (1912). The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. *Harvard Law Review*, 489-516.
- Pound, R. (1923). *Interpretations of Legal History*. Michigan: The University of Michigan.
- Romano, S. (2012). *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Reus.
- Sørensen, E. (2006). Metagovernance. The Changing Role of Politicians in Processes of Democratic Governance. *American Review of Public Administration*, 98-114.
- Stein, S., & Stein, B. (1981). *La herencia colonial de América Latina*. Siglo XXI.
- Transparency International. (2017). *Corruption perceptions index 2017*. Obtenido de https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017