

## Regulatory structure for the agency of legal and patrimonial defense of the State in Colombia

# Estructura reglamentaria de la agencia para la defensa jurídica y patrimonial del Estado en Colombia\*

Fecha de recepción: 20 de octubre de 2013  
Fecha de revisión: 10 de noviembre de 2013  
Fecha de aceptación: 5 de diciembre de 2013

*Fabir A. Gutiérrez O. \*\**

### Citar este artículo

Gutiérrez, J. A. (2014). Estructura reglamentaria de la agencia para la defensa jurídica y patrimonial del Estado en Colombia. *Revista Vía Iuris*, 2014 (Nº16), pp. 51-69.

## ABSTRACT

The role of the Agency for the Legal and Patrimonial Defense of the State has not been fully regulated in Colombia, despite being crucial, because decentralized and national instances have missed this event. Institutional analysis provides elements to articulate the claims of the agency with the organizational capacity of the Colombian State to meet this challenge. The State should assess its purposes and functions according to the claims of the agency. Incidentally, institutional analysis opens in the State structure the opportunity to consolidate the parameters of the agency, to finally print on the accountability framework of the State such leeway. The State must include legal defense, but without neglecting their commitments.

## RESUMEN

El papel de la Agencia para la Defensa Jurídica y Patrimonial del Estado no ha terminado por reglamentarse a plenitud en Colombia. A pesar de ser crucial, los estamentos descentralizados y nacionales han pasado por alto este suceso. El análisis institucional brinda elementos para articular las pretensiones de la agencia con la capacidad orgánica del Estado colombiano para responder a este reto. El Estado debe evaluar sus fines y funciones conforme a las pretensiones de la agencia. De paso, el análisis institucional imprime en la estructura estatal la posibilidad de consolidar los parámetros de dicha agencia, para finalmente, determinar en el marco de la responsabilidad del Estado dicho margen de acción. El Estado debe incorporar la defensa jurídica, pero sin descuidar sus compromisos.

\* Artículo producto del proyecto de investigación: Agencia Nacional para la Defensa Jurídica y Patrimonial del Estado en Colombia: Ajuste y Equilibrio de las Finanzas Públicas Frente a las Contingencias y Demandas contra el Estado, realizado por el Grupo de Investigación Observatorio Público de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia. Aprobado por la Dirección de Investigaciones de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia, entre el periodo de Marzo de 2013 a Marzo de 2014. Medellín (Antioquia).

\*\* Economista de la Universidad de Medellín, Colombia, (Ph.D) en Administración Pública, Atlantic International University (AIU), Honolulu, USA, Magíster en Desarrollo, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, Estudios en Sistemas de Información Geográfica, Universidad San Buenaventura (USB), Medellín, Colombia. Miembro del grupo de investigación Observatorio Público del Tecnológico de Antioquia. Correo electrónico de contacto: [jagutier@tdea.edu.co](mailto:jagutier@tdea.edu.co)

### Palabras clave

Análisis Económico del Derecho e Institucional, Defensa Jurídica del Estado, Defensa Patrimonial del Estado, Responsabilidad del Estado, Reglamentación de la Defensa del Estado.

### Keywords

Economic and institutional analysis of Law, Legal Defense of the State, Patrimonial Defense of the State, State Responsibility, Rules of the State Defense.

## Estrutura regulamentar da agencia para defesa jurídica y patrimonial do estado na Colômbia

## Estructura reglamentaria de la agencia para la defensa jurídica y patrimonial del Estado en Colombia

*Fabir A. Gutiérrez O.*

### RESUMO

O papel da agencia para La defesa jurídica e patrimonial do Estado, não tem terminado por se regulamentar totalmente na Colômbia, apesar de ser fundamentais, as propriedades descentralizadas e do país tem esquecido este evento. A análise institucional fornece elementos para articular as reivindicações da agencia com a capacidade de organização do Estado colombiano para responder a este desafio. O estado deve avaliar seus objetivos e funções de acordo como as reivindicações da agência. Alias, a análise institucional impresso na estrutura do Estado a possibilidade de consolidar os parâmetros da agencia para finalmente imprimir sob responsabilidade do Estado, tais margem de manobra. O Estado deve incluir a defesa legal, mas sem deixar de lado seus compromissos.

### Palavras-chave

Análise econômica do direito e institucional; defesa jurídica do Estado, Defesa Patrimonial do Estado; responsabilidade do Estado; regulamentação da defesa do Estado.

### RESUMEN

El papel de la Agencia para la Defensa Jurídica y Patrimonial del Estado no ha terminado por reglamentarse a plenitud en Colombia. A pesar de ser crucial, los estamentos descentralizados y nacionales han pasado por alto este suceso. El análisis institucional brinda elementos para articular las pretensiones de la agencia con la capacidad orgánica del Estado colombiano para responder a este reto. El Estado debe evaluar sus fines y funciones conforme a las pretensiones de la agencia. De paso, el análisis institucional imprime en la estructura estatal la posibilidad de consolidar los parámetros de dicha agencia, para finalmente, determinar en el marco de la responsabilidad del Estado dicho margen de acción. El Estado debe incorporar la defensa jurídica, pero sin descuidar sus compromisos.

### Palabras clave

Análisis Económico del Derecho e Institucional, Defensa Jurídica del Estado, Defensa Patrimonial del Estado, Responsabilidad del Estado, Reglamentación de la Defensa del Estado.

## INTRODUCCIÓN

La creación de la agencia para la defensa jurídica y patrimonial del Estado en Colombia no ha gozado de la difusión que el tema convoca en todos los frentes. Si bien, el Estado debe reconocer sus obligaciones, es importante atender también su defensa. La estructura gubernamental y del sector público, al parecer, no han mostrado mucho avance para reglamentar mecanismos que apunten a este interés. La connotación del tema debe revestir los fines y funciones de todo el aparato estatal. Es hora de elevar la discusión de la responsabilidad exclusiva del Estado, al pasar de una medida que implique una reglamentación sensata a saber.

La defensa jurídica y patrimonial del Estado en Colombia expone la realidad que debe afrontar respecto a los ciudadanos y a los sujetos internacionales, en tanto, demandas y exigencias que complican la capacidad presupuestal de este. Es clara, la carrera que se ha hecho por diferentes medios para hacer responsable al Estado de diferentes circunstancias, extensión que implica controvertir cualquier posibilidad, para que este además de presentar una fuerte defensa, pueda salir avante de las mismas, por cuanto aún, está incubada la idea relacionada con la obligación y responsabilidad que tiene sobre lo que acontezca.

La disposición planteada por la composición estatal y orgánica del Estado colombiano, no ha mostrado el interés esperado de un tema que por obvias razones debería estar explícito en los órganos de poder a la par con las instituciones y ministerios que componen todo el aparato gubernamental y público en Colombia. En esencia, al parecer el poner al Estado en el centro de interés del orden institucional no se encuentra en el marco de gestión al que deben apuntar quienes por cargo, delegación o elección coinciden con ofrecer, prestar o responder ante las diferentes obligaciones y requerimientos planteados al Estado.

La defensa del Estado en Colombia no hace parte de las cuentas de quienes consideren que, en cualquier ámbito, este debe responder sin medida. Por ahora, los promotores de la responsabilidad del Estado se han ubicado en el papel de indicar que las fallas por acción, omisión o prevaricato, independiente a las acciones de repetición, que abren la puerta para que este sea responsable sin medida institucional. Lo anterior, para lo que pueda implicar el tomar medidas que puedan ir en contra de diferentes iniciativas

o políticas establecidas a orientar el quehacer de los fines y las funciones estatales en los diferentes frentes a los que deba encarar.

El análisis sobre la defensa jurídica y patrimonial del Estado en cuanto a la reglamentación de la agencia destinada para ello, responde a la siguiente composición: 1. El papel de la agencia jurídica y patrimonial en el marco de los fines y funciones del Estado; 2. La internalización de los marcos de referencia de la agencia por parte de las entidades centrales y descentralizadas, y 3. La formalización y reglamentación de la agencia en todos los frentes estatales. La defensa del Estado, no implica la limitación a los derechos constitucionales políticos establecidos en el país, entre los que se cuenta, el disponer del Estado.

## METODOLOGÍA

La metodología utilizada es el análisis institucional y neo-institucional, contiene el análisis planteado por Ronald Coase, en cuanto a las relaciones contractuales y extra-contractuales que genera las acciones del Estado cuando este actúa conforme a sus fines y funciones con información completa. No obstante, el lapso planteado entre dichas interacciones y los impactos esperados frente a las actuaciones del Estado, generan externalidades (impactos positivos o negativos) que deben ser internalizados a través de los costos sociales de transacción, de lo contrario, se pasa de una situación inicialmente contractual a extra-contractual, debido a que la no internalización le genera cargas o pagos al Estado, que finalmente debe asumir a través de indemnizaciones, pagos o retribuciones, presentándose un problema de información incompleta, que atenta en contra de la capacidad de acuerdo, negociación o pacto del Estado y las partes con las que tiene dificultades, que deriva en el peor de los casos en demandas contra el Estado.

La evolución presentada al análisis de la información incompleta, ha promovido el estudio sobre el análisis institucional y la teoría de la información incompleta, que ha derivado en el estudio sobre el riesgo moral (contratos (ex ante y posteriori), selección adversa (cualidades del contratante durante el contrato) de los autores, Fama y Jense, y la captura pública del Estado con respecto a la combinación agente - principal, en el que el primero termina absorbiendo por completo al principal (comúnmente el Estado) según James Buchanan y la escuela de la public choice, que conforme a las divergencias entre ambos, genera problemas de agencia o de incumplimiento de contratos por quien

asumió en nombre del Estado, y por ende, este último podría estar abocado a una demanda o a responder por algún tipo de solicitud. No obstante, Williamson y Ostrom, indica que los contratos informales y las acciones colectivas también pueden contribuir a superar dificultades en cuanto a la responsabilidades directa o extra-contractual del Estado o por el contrario, servir para tener elementos de fondo con los cuales contribuir para superar las dificultades a las que es compelido, en los que ambos se ubican más en la corriente neo-institucional, precisamente por la manera como se desatienden los acuerdos y contratos que derivan en contravenciones o demandas.

## DISCUSIÓN Y RESULTADO

### El papel de la agencia jurídica y patrimonial en el marco de los fines y funciones del Estado en Colombia

La Agencia para la Defensa Jurídica y Patrimonial en Colombia está encargada de asumir las demandas, exigencias y pleitos internacionales en los que de manera directa e indirecta está envuelto el Estado colombiano, gubernamental y del sector público ante la justicia. De la mano con las acciones, propósitos y tareas del Estado, se encuentran demarcados los fines y funciones, espacios desde los que se deben contener precisamente los hechos que reproducen las reclamaciones de las que es sujeto y, que debe repetir en la esfera de las instituciones en las que por cualquier razón, terminan provocando las demandas en contra de este.

El Congreso de la República, a iniciativa del Gobierno Nacional, expidió la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se modificó la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Entre los temas sobre los cuales se produjo modificación a la legislación que venía vigente, la nueva ley estatutaria, en su artículo 13, ordena elevar a la conciliación extrajudicial al rango de requisito de procedibilidad para poder acceder a las acciones contempladas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. Para reglamentar su funcionamiento, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, el cual se constituyó en el marco jurídico para todo lo referente a la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo, así como también para todo aquello que concierne a la creación, integración y funcionamiento de los Comités de Conciliación, cuya conformación es de obligatorio cumplimiento para buena parte de las entidades

que conforman la administración pública. Es en este marco donde se encuentra la razón de ser del trabajo que hoy presentamos a consideración del Gobierno Nacional. El artículo 24 del Decreto 1716 de 2009 establece que la Dirección del Defensa Jurídica del Estado del Ministerio del Interior y de Justicia, debe recopilar la información relacionada con las conciliaciones y con base en esa recopilación, elaborar anualmente un informe para el Gobierno Nacional con el fin de proporcionar las herramientas para la formulación y ejecución de políticas sobre la materia. De igual forma, en cumplimiento de lo allí dispuesto, en el presente trabajo se presenta la eficacia de la conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos contencioso administrativos y el impacto que ha tenido la legislación en esta materia. Dirección de Defensa Jurídica del Estado (2010, p. 4).

El origen de la arremetida de demandas en contra del Estado responde en esencia a la conformación del Estado Social de Derecho, que empeñado en fundamentar elementos de acción, empeño y trabajo para con las necesidades y requerimientos con el ciudadano, ha dejado a este expuesto a cualquier interés o querrela. Si bien, es entendible que el Estado haga parte de los repartos judiciales en cuanto a obligaciones y responsabilidades, también es cierto que por su propia naturaleza, el solo contar con defensores públicos, no es suficiente para repeler o salir adelante sobre la andanada de demandas que desbordan cualquier observancia.

Como ya vimos, dominó durante un tiempo considerable en el Estado constitucional, el dogma sobre la irresponsabilidad del Estado heredada de la época absolutista (*The King can do no wrong*), el cual también fue adoptado por los regímenes republicanos, alegándose que quien es soberano no puede ser juzgado por un tribunal, para después transitar hacia la aceptación de esa responsabilidad, pero predominantemente apoyada en las fórmulas positivas consagradas en los códigos civiles, utilizando su distinción primaria entre responsabilidades contractuales y extracontractuales, y en esta última buscar su ubicación en la fuente de las obligaciones como los delitos y cuasidelitos civiles (el hecho ilícito), el enriquecimiento sin causa, y el abuso del derecho.

La teoría de la irresponsabilidad se rindió ante el embate civilista. Sin embargo, los iuspublicistas presentaron una nueva oposición al negarse a aceptar la aplicación del derecho privado y sus fórmulas, para regular una relación jurídica que se daba entre el Es-

tado y los particulares. Por ello se han propuesto una serie de teorías que justificaban la naturaleza de Derecho público de la institución resarcitoria del Estado (Pérez, 2008, pp. 69-70).

La erudición de la agencia responde precisamente al interés de desplegar un andamiaje institucional al cual el Estado pueda recurrir para poner sus actuaciones a la vista en materia jurídica. No solo se trata de entrar a defender de manera ciega o descreída los fines y funciones del Estado, sino el de despejar el camino para indicar que en el marco de las propias acciones que este genera, emergen episodios que no necesariamente deben impulsar para contrarrestar las faltas u omisiones por la vía jurídica. Así mismo, requiere de un debido proceso y un trato un poco más sensato a la hora de atender la capacidad de respuesta de aquel.

El problema general de la litigiosidad contra el Estado en Colombia comenzó a ser objeto de investigación solo a partir de 2002. Los primeros diagnósticos impulsados por la banca multilateral (Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial) comenzaron a identificar la necesidad de establecer un sistema coherente de defensa jurídica del Estado. Carrillo y Varela (2013, p. 126).

El cúmulo de fines está constituido por la disposición del sistema educativo y de salud, de justicia, fuerzas militares y de soberanía que sumados a las apabullantes funciones de asignar, distribuir, estabilizar y fomentar diferentes actividades y sectores, centran al Estado en la necesidad plena de entender lo que implica efectivamente el hacer de este un estamento eficaz y eficiente a la hora de dar respuestas, pero que por cuenta de múltiples sucesos, encuentra que sus acciones incentivan la aparición de demandas o insatisfacciones que terminan por llevar a este a asumir costos adicionales por la defensa judicial de estos pleitos.

El Estado soporta una gran carga de procesos judiciales en contra, que afecta de manera directa el patrimonio público por el monto de las eventuales condenas. Varios factores confluyen en esta situación: Una mayor responsabilidad del Estado a partir de la Constitución Política de 1991, en tanto éste tiene una estructura más amplia y garantista de los derechos fundamentales; el aumento de los daños antijurídicos causados por el Estado Colombiano a los particulares, el ineficiente manejo de la defensa litigiosa estatal, entre otros. El Ministerio del Interior y de Justicia, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Na-

ción, como dependencia coordinadora de los temas relacionados con la defensa litigiosa y la prevención del daño antijurídico, presenta una guía metodológica a los comités de conciliación para que identifiquen las causas por las cuales resulta demandado y condenado con el fin de diseñar políticas, estrategias o líneas de acción que procuren evitar o aminorar la confrontación entre el individuo y el Estado. Ministerio del Interior y de Justicia (2004, p. 2).

En los fines se encuentra el papel que debe cumplir el Estado en materia del orden constitucional e institucional, en los que la formación y salud de la población constituyen un frente a disponer, a la par, que el aparato coactivo que corre por cuenta del aparato de justicia, desde los que se vela por la integridad y propiedad de los ciudadanos y coercitivo de la mano con las fuerzas militares que en términos internacionales están desplegados para defender la soberanía nacional y ante conflictos entre otras naciones. Este grado de exposición parte del origen de las disputas que debe atender el Estado de manera legal y pecuniaria en sí.

La seguridad jurídica es un principio universalmente reconocido en los ordenamientos jurídicos del mundo, y que la definición más elemental, práctica y sencilla señala que esta no es más que la certeza práctica del derecho. Es decir, hay unas normas que permiten conocer claramente unas reglas del juego de la contratación estatal, para que el inversionista privado pueda invertir seguramente y a la vez colaborar con el Estado en la prestación de bienes y servicios. Meléndez (2009, p. 35).

La postura que ostenta el Estado frente a las funciones está orientada al manejo de los recursos que debe administrarse de cara a las necesidades, planteamientos y requerimientos del país. A pesar de que el Estado debe dar cuenta de dichos elementos a través de las políticas económicas, cambiaria, fiscal y monetaria para atender el crecimiento económico, la infraestructura y obras públicas a la par con la producción agraria entre otras, en sí, el Estado no cuenta con la plena capacidad e información para atender amplia y profundamente las implicaciones que dichos campos reportan, y que en consecuencia traen igualmente demandas.

La Ley 1444 de 2011 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la administración pública nacional. En particular, esta Ley ordenó la escisión del Ministerio de Interior y de Justicia y de Derecho (MJD),

encomendó a este último la dirección de la política pública sobre defensa jurídica del Estado, y creó la "Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado" (ANDJE) como entidad ejecutora de la misma. El Decreto 4085 de 2011, definió la defensa jurídica como el "conjunto de las actuaciones dirigidas a la garantía de los derechos de la Nación y del Estado, y de los principios y postulados fundamentales que los sustentan, y a la protección efectiva del patrimonio público" Carrillo y Varela (2013, pp. 145-146).

El sector gubernamental y público son los puntos de quiebre en donde de manera directa emergen las discrepancias y vicisitudes que terminan por orientar la disposición de demandas en contra del Estado. En cada uno de ellos, las acciones cometidas por empleados, funcionarios o servidores terminan por tener en el Estado el detente de las acciones planteadas por diferentes agentes, ciudadanos y sujetos, que sin ningún tipo de consideración elevan reclamaciones que en ocasiones desbordan las razones que dieron origen a las peticiones que no fueron resueltas. En este sentido, la agencia debe trabajar igualmente en dichos frentes.

Esto nos lleva al tema final que quiero abordar. ¿Hacia dónde apunta esta controversia entre abogados y economistas? ¿Cómo avanzar de manera constructiva en este debate sobre la compatibilidad de las restricciones constitucionales y las restricciones económicas? Creo que es necesario abrir espacios de diálogo entre economistas y abogados, y también entre quienes diseñan las políticas públicas y quienes las revisan en su calidad jurídica, así como entre quienes protegen los derechos y quienes miden cuánto cuestan. Pero para que ese diálogo sea constructivo debe no solo ser respetuoso sino partir de una visión global de la evolución de la jurisprudencia, dejar atrás el mito de que sólo en Colombia los jueces constitucionales adoptan decisiones en estos campos, reconocer que de lado y lado existen prejuicios infundados sobre lo que anima al interlocutor, tratar de construir unas premisas comunes de las cuales partir y no ocultar la complejidad del tema. (Cepeda, 2004, pp. 22-23).

El componente gubernamental dispuesto en las agencias estatales, las entidades descentralizadas y nacionales, a la par que las gobernaciones y municipios deben acoger en sus planes, programas y proyectos, iniciativas dirigidas a elevar los argumentos, carácter y prebendas para defender al estamento de diversas problemáticas a las que está expuesto. No basta con

mecanismos de repetición a estamentos o funcionarios, la defensa del Estado no da espera a reparos que pasan más por el papel que deben cumplir las instancias apostadas en dichos frentes, para hacer de dicha iniciativa el marco de solvencia jurídica del Estado.

La responsabilidad del Estado por la actividad de la administración pública es un medio auxiliar de la jurisdicción administrativa, siempre que los tribunales administrativos estén expresamente facultados para determinar si la ejecución de dicho acto causó daños y perjuicios en el patrimonio pecuniario y moral de un particular, y se proceda a condenar al Estado. Las presuntas víctimas pueden acudir previamente ante las autoridades administrativas, por la vía del procedimiento administrativo conocido como reclamo, a exigir el pago de una indemnización, en razón de que una actuación administrativa irregular ha causado una lesión antijurídica en el patrimonio de los reclamantes. De esta forma, si la autoridad administrativa resuelve el reclamo de forma favorable a juicio de los particulares, se cumpliría la categoría de medio auxiliar de la jurisdicción administrativa, en el sentido de evitar que el conflicto generado por el reclamo ya no continué en los tribunales administrativos. Esto coloca a la responsabilidad estatal como un medio auxiliar de tipo preventivo, pues generaría una actitud cuidadosa de parte de los agentes de la administración para dictar y ejecutar resoluciones, aunque subsisten juicios contrarios a la responsabilidad estatal, principalmente exhibiéndola como un obstáculo de la eficacia administrativa. Sin embargo, resulta igualmente nocivo para el interés público que prevalezca la irresponsabilidad, pues desmerita la legitimidad de la autoridad ante la sociedad. La responsabilidad patrimonial del Estado debe generar en el cuerpo de sus servidores públicos la preocupación de que sus actos no causen afectaciones en la esfera particular (Pérez, 2008, pp. 73-74).

El contexto público está compuesto por las entidades descentralizadas, las empresas industriales y comerciales del Estado o de aquellas que en cualquier medida tienen una interacción directa con el ciudadano o empresas a través de acuerdos, contratos o pactos que no necesariamente terminan en satisfacción y por ende son expuestos en los estrados judiciales. En este escenario, es de clarificar que la actividad económica del Estado o de sus industrias o sectores vinculados a dichas áreas no puede agotar la capacidad de respuesta jurídica del Estado, en las que el origen de la disputa puede ser el puente para la solución.

El Decreto 3485 de 2011, que reglamenta el SECOP, lo define como un instrumento de apoyo a la gestión contractual que permite la interacción de las entidades contratistas, proponentes, comunidad y órganos de control. Con dos fases de implementación definidas: informativa, hoy en desarrollo, y transaccional, que ya está en prueba en entidades piloto. La nueva institución está referida a la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente- por el Decreto 4170 de 2011. Lo cual obedece a la finalidad del Plan Nacional de Desarrollo “Prosperidad para Todos” de tener un ente rector en gestión contractual pública, que promueva, articule, implemente, haga el seguimiento necesario a las políticas que orienten la actividad estatal, proporcione instrumentos gerenciales y por esa vía colabore

activamente en la mitigación del riesgo de corrupción en la inversión de los recursos públicos. (Gómez, 2012, pp. 43-44).

La entrada en vigencia de la agencia jurídica y patrimonial en el Estado colombiano, ha pasado de largo en la propia esfera estatal, gubernamental y del sector público. Más que procurar su defensa, está en mora de avanzar para que efectivamente el marco del Estado Social de Derecho sea palpable, realizable y visible en la realidad del país, pero que ello no implique necesariamente la reducción del Estado por cuenta de las exorbitantes demandas que debe repostar. Si bien, la defensa del Estado hace parte del andamiaje, la encrucijada sobre dicho frente está enraizada en la combinación eficaz de sus fines y funciones estatales.

**Tabla 1. Tipología de modelos de gestión de defensa jurídica**

| CONCENTRADO<br>(Una sola institución responsable) | HIBRIDO<br>(Una institución reguladora/<br>supervisora/<br>coordinadora de<br>varias instituciones/<br>personas responsables) | DESCONCENTRADO        |
|---|---|-----------------------|
| Brasil  |   |                       |
| Chile   |   |                       |
| Ecuador   |   |                       |
| España  | Perú  | Colombia (hasta 2011) |
| Italia  | Colombia<br>(desde 2012)  | México                |
| Estados Unidos<br>(Federal)                       |   | Francia               |
| Venezuela   |   |                       |

**Fuente: ANDJE (2012b). En: Carrillo y Varela (2013:129)**

El sendero que debe tomar la agencia en términos prácticos implica de manera puntual, que las diferentes áreas gubernamentales y del sector público se deben acoger en el marco de sus estatutos, propósitos y reglamentaciones. Si bien, la agencia está enclaustrada en el papel de defender en los estrados judiciales al Estado, es imperante que se atienda la capacitación y formalización de los preceptos de la agencia en los diferentes estamentos e instituciones del Estado. Ese este marco de reglamentación el que aún no encuentra un escenario jurídico y de políticas públicas desde las que efectivamente dicho precepto sea transferible hacia ellos.

**Marcos de referencia de la agencia en las entidades centrales y descentralizadas en Colombia**

El impacto de los objetivos y propósitos establecidos en la agencia corre por cuenta del andamiaje estatal e institucional sobre las que efectivamente hace visible su gestión. En cuanto al Estado, el componente gubernamental y público, sirve de base para analizar la capacidad de defensa jurídica de quienes lo representan. Igualmente, el aparato de justicia, es quien provee los elementos prácticos para amparar al Estado, aún bajo sentencia condenatoria, y en cuanto



al legislativo, acusando la Constitución y Derechos, debe velar por la estabilidad económica y jurídica frente a las demandas instauradas con perjuicio de la nación.

Hemos visto que la responsabilidad del Estado ha tenido una notable evolución a lo largo de la historia, distintas teorías han sido elaboradas para permitir la reparación del daño sufrido por los administrados, algunas subjetivas y otras más modernas de corte objetivo. Pero algo es claro, y es que en nuestro país mientras el legislador no se pronuncie expresamente sobre el régimen de responsabilidad que rige a nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia tienen la indelegable y loable tarea de resolver aquello. (González, 2006, p. 14).

El Estado, en tanto gobierno como sector público, es quien se encuentra a mayor exposición judicial. La gestión que en ambos aspectos se caracteriza por estar al frente de las políticas tras de las que el Estado refrenda la Constitución y los Derechos. No obstante, dicha discrecionalidad está constituida por diferentes estamentos e instituciones que conforme a su carácter comercial, industrial o técnico, pueden generar dificultades directas al Estado que termina por atender dichos llamados a través de la vía judicial, pero que en términos generales, no debe ser el fin positivo de lo que implica para el aparato estatal hacer su gestión.

Por tanto, una causa de imputabilidad para el Estado, es la culpa del servidor público, que implica que si se demuestra plenamente que hubo dolo o culpa grave en el agente que prestó el servicio o dejó de prestar el servicio público que se le encomendó de acuerdo con sus atribuciones reguladas en la ley o reglamento o que son inherentes a esa norma que debe regir su actuación, el Estado debe responder como un garante, en forma directa, solidariamente del daño causado, con la obligación de reparar, y puede y debe repetir contra el servidor público. (López, 2005, p. 155).

El sistema jurídico en Colombia ha venido adaptando criterios procedentes de la cultura anglosajona y francesa en materia de defensa jurídica del Estado. No obstante, aún se encuentran inmersos en la idea de hacer velar los derechos individuales o el resarcimiento de los mismos, incluso por encima del bien general. Las decisiones emanadas en las distintas Cortes y jueces en diferentes casos en contra del Estado, no consultan la economía y la legislación, sino el orden constitucional que de manera contingente en diversos artículos también establece la necesidad

de velar por la estabilidad económica y jurídica del Estado – nación.

En el ámbito internacional se han realizado varios adelantos en cuanto a la Defensa Jurídica Pública. Como referencia tomamos experiencias como la de Chile, España y Francia; Estados que han realizado avances importantes en este campo. En el caso chileno por ejemplo, existe una Entidad Nacional que preserva y articula la experiencia del Estado desde 1895, conocida como Consejo de Defensa del Estado, antes llamada Consejo de Defensa Fiscal. El Consejo de Defensa del Estado “es un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica, bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República e independiente de los diversos Ministerios”. Su Misión es “Defender, representar y asesorar judicial y extrajudicialmente al Estado, en materias de carácter patrimonial y no patrimonial, a través del ejercicio de las acciones y defensas judiciales que correspondan, en beneficio de los intereses del Estado. Además, otorgar el servicio de mediación establecido en la Ley No. 19.966, a usuarios y prestadores del sistema público de salud, a través de la designación de mediadores, con el objetivo de propender a su solución extrajudicial”. (Peláez, 2013, p. 19).

La disposición de los propios órganos del Estado de refrendar a la par con el Estado de derecho la legítima defensa del Estado en diferentes tópicos, ha servido de piso para hacer comprender a los regentes del Derecho y juristas, que el estamento debe ser cuidado, protegido y respetado aún en las más amplias y estrechas dificultades. Si en esencia, la búsqueda del resarcimiento del Estado es allanado por diversas vías, sin importar las consecuencias, es más que claro, el papel que cumple el Estado en cuanto a la refrendación de derechos, sin que ello ponga en entredicho, la capacidad para responder en cuanto a sus fines y funciones.

A partir del año 2000 se puede observar, por parte del Consejo de Estado la idea de replantear el concepto de responsabilidad del Estado, tomando como punto de partida el artículo 90 de la Constitución. Dicho replanteamiento se ha hecho precisando aspectos tales como, ¿qué contiene?, ¿cuál es el alcance del daño antijurídico? y ¿Cómo opera en ese sentido la imputación de éste al Estado? Así mismo, hace precisión sobre la naturaleza que este régimen de responsabilidad establece. Por tal razón, en el momento actual se define el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado basándose en el artículo

90 Constitucional, sin dejar de lado la aplicación de los regímenes de responsabilidad elaborados antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. Dentro de este planteamiento se puede citar, por ejemplo, el caso de la responsabilidad objetiva, la cual continúa utilizando conceptos de imputación, tales como la teoría del riesgo excepcional o el daño especial. Armenta (2008, p. 102).

El Senado y la Cámara de Representantes tampoco han hecho mayor cosa por fundamentar a través de la legislación, elementos que permitan hacer una revisión profunda frente a lo implica en términos sociales y transaccionales, que el Estado desembolse una cantidad importante de recursos que conforme a las circunstancias, podrían poner en riesgo diferentes obligaciones y responsabilidades, que también podrían generar otras demandas. Si bien las reservas para contingencias o demandas, hacen parte de la legislación fiscal y presupuestal, debe analizarse efectivamente el daño que implican estos anticipos.

El derecho comparado actual tiende abiertamente a reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial y legislativo. El fundamento actual de la responsabilidad estatal es el estado de derecho y sus presupuestos, cuya finalidad última es proteger a los gobernados en sus derechos. La responsabilidad del Estado en sus facetas Estado-Legislador, Estado-Juzgador y Estado-Administrador, viene a constituir un principio rector y por lo tanto, parte integrante de su sistema de garantías sociales políticas. La consideración, disposición y evaluación para su análisis, consideración y evaluación ha pasado desapercibido. (Amaya, 2009, p. 13).

La referencia básica sobre la que debe engendrarse los marcos de referencia y mecanismos para ilustrar el alcance y la capacidad de impacto de los preceptos estimados en la agencia, están definidos en la propia elaboración de los planes de desarrollo, nación y territoriales. En muchos casos, los planes se plantean por fuera de la trazabilidad constitucional y legal establecida en el país, correspondiendo más a intereses individuales vinculados a mostrar gestión en una administración, aunque implique desaciertos que conduzcan a demandas por cuenta de la no gestión jurídica pública de los planes de desarrollo elaborados.

Artículo II. Objetivo. La Agencia tendrá como objetivo el diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar cumplimiento a las políticas de defensa jurídica de la Nación y del Estado definidas por el

Gobierno Nacional; la formulación, evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren la adecuada implementación de las mismas, para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación. Ministerio de Justicia y de Derecho (Decreto 4085, pp. 1-2).

La razón de peso para la internalización de la agencia en las entidades centrales y descentralizadas en Colombia, corre por cuenta precisamente de las dificultades que se tienen en los territorios para acercar la institucionalidad estatal, circunstancia en las que acaecen las demandas que hoy llegan a la agencia. En este sentido, la transversalidad del ejercicio jurídico dispuesto a través de la misma está ligada a la capacidad que tienen los entes territoriales (centrales y descentralizados), para orientar su quehacer a la definición de los planes de desarrollo, con un claro diseño y estructura conforme a la gerencia jurídica estatal.

Una vez analizados los títulos jurídicos de imputación bajo los cuales está llamado a responder patrimonialmente el Estado cuando ocasiona un daño antijurídico, podemos señalar que hoy en Colombia dicho régimen de responsabilidad no obedece a un esquema objetivo como inicialmente se quiso presentar por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, sino que por el contrario, lo que esta norma constitucional consagra es que la responsabilidad del Estado sigue siendo subjetiva, por cuanto debe probarse la existencia de un daño antijurídico, el cual debe ser imputable al Estado, y esta imputación se hace mediante los llamados títulos jurídicos de imputación ya analizados. (Armenta, 2008, p. 110).

La inviabilidad a la que está expuesto el Estado colombiano por cuenta del incesante cumulo de demandas inspiradas en la exclusiva responsabilidad directa de este, insta al desarrollo propositivo del tema. El contexto magro de la hacienda y las finanzas públicas en Colombia, no resisten la posibilidad de continuar respondiendo con indemnizaciones, que además de desproporcionadas, impiden la efectiva realización de otras obligaciones y/o reparaciones. La Agencia Nacional Para la Defensa Jurídica y Patrimonial del Estado, está orientada a responder ante los requerimientos judiciales en el tema, pero igualmente, a solventar al Estado, de manera igualmente justa, frente a las reclamaciones a las que se deba.

El presidente Juan Manuel Santos presentó la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado, que buscará reducir la cifra de 260 mil procesos que existen contra la Nación y que representan 1.028 billones de pesos, casi dos veces el Producto Interno Bruto de Colombia. “Hoy por hoy el Estado enfrenta pretensiones ante instancias judiciales en más de 260 mil procesos, por más de 1.028 billones de pesos, es tan grande que resulta difícil imaginársela”, aseguró el mandatario. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha calculado que el monto que deberá asumir el Estado, ante una eventual condena sancionatoria, es de 431 billones de pesos. Santos aclaró que ese cálculo, incluye un viejo proceso contra el Ministerio de Agricultura, cuya reclamación supera los 594 billones, este caso se encuentra actualmente en segunda instancia ante el Consejo de Estado, luego de que la Nación saliera “bien librada” en la sentencia de

primera instancia (Ver recuadro: El pleito de los 594 billones). Según el Presidente, desde el año 2000 hasta el 2011 se han pagado 3,6 billones de pesos como indemnización a particulares. (La Patria, 2011, p. 1).

El grueso de demandas en contra del Estado colombiano constituye una de las principales cuentas a fenecer de forma directa. El contingente de obligaciones y responsabilidades a las que está expuesto, han dejado maltrechas las arcas y los presupuestos públicos. Es entendible que se pretenda resarcir los impactos del accionar o de las omisiones establecidas por este, pero no es consecuente el concretar dichas pretensiones en cifras que escapan a cualquier lógica, aún bajo legalidad. La posibilidad de orientar los fines y funciones del Estado pasan no solo por el rasero constitucional y normativo, sino por el financiero y presupuestal.

### Tabla 2. Andamiaje jurídico de la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado en Colombia

Posterior a la expedición de la Constitución Política, el Gobierno Nacional, en procura de coordinar estrategias para racionalizar y modernizar las instituciones que conforman la administración pública, expidió la Directiva Presidencial 03 del 20 de marzo de 1997, en la que se ordenó a las entidades del orden nacional la creación de los COMITÉS DE DEFENSA JUDICIAL Y CONCILIACIÓN, integrado por funcionarios del más alto nivel, que se responsabilizaran de adoptar medidas tendientes a asegurar una defensa idónea de los intereses litigiosos de cada entidad y de diseñar estrategias de prevención del daño antijurídico.

DECRETO 1214 DE 2000:

El artículo 75 de la Ley 446 de 1998 ordenó a todas las entidades públicas conformar Comités de Conciliación. El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1214 de 2000 y reglamentó la norma señalando las funciones que deben desarrollar.

LEY 790 DE 2002

Mediante esta ley se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública. En el capítulo IV se precisa la dependencia que se encarga de la Defensa Judicial de la Nación y con relación a la prevención del daño señala:

“El Gobierno Nacional fortalecerá la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio del Interior y de Justicia, la cual desarrollará dentro de sus funciones las de prevención del daño antijurídico, profesionalización de la defensa de los intereses litigiosos del Estado y la recuperación de los dineros que con ocasión de las conductas dolosas o gravemente culposas de sus funcionarios o ex funcionarios haya pagado el Estado, así como las de coordinación, seguimiento y control de las actividades de los apoderados que defienden al Estado en las entidades del orden nacional, mediante la implementación y consolidación de un sistema integral de información que de manera transversal alerte sobre las eventualidades judiciales a que se expone el Estado.

DECRETO 200 DE 2003.

Como funciones específicas de la DDJN se determinó en el Decreto 200 de 2003 las siguientes:

“ (.....)

1. Contribuir al diseño de una política general de defensa judicial de la Nación.
2. Diseñar propuestas de prevención del daño antijurídico estatal.
3. Analizar de manera permanente las causas de mayor conflictividad litigiosa y proponer estrategias para resolverlas”.

DIRECTIVA PRESIDENCIAL 02 DE 2003.

Esta directiva se ocupa de instruir a los representantes legales de todas las entidades del orden nacional en sus niveles central y descentralizado, para que solucionen las controversias surgidas entre entidades estatales a través de la adopción de los mecanismos alternos de solución de conflictos, de tal manera que su implantación evite llevar a la jurisdicción los conflictos entre entidades públicas.

**Fuente: Ministerio de Justicia y de Derecho (2011: Decreto 4085: Compendio páginas de la 5 a la 11).**

El desarrollo de la agencia pasa por la claridad de las entidades centrales y descentralizadas, en cuanto a lo que implica ubicar la defensa jurídica y patrimonial del Estado como uno de sus principios. Al respecto, el régimen jurídico estamental y público debe mediar a la hora de asimilar el papel de gestión jurídica de las actuaciones que a través de las diferentes instituciones

se realizan, y que de paso, puede traer consecuencias patrimoniales. La agencia debe profundizar el carácter defensivo al que se expone por el de mecanismo institucional de defensa estatal, para que se sobrentienda el carácter jurídico y patrimonial impreso en los actos.

Ver Tabla 3.

**Tabla 3. Sistema de Información y Litigob de la Agencia para la Defensa Jurídica y Patrimonial del Estado.**

Sistema Informativo del Gobierno SIG. Presidente Santos presentó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. **El Mandatario aseguró que con la nueva agencia el Gobierno busca unificar las políticas de defensa e información del Estado en casos de interés estratégico. La entidad contará con tres direcciones: de Defensa Jurídica, de Políticas y Estrategias de Defensa Jurídica, y de Gestión de la Información. “Será una agencia moderna, innovadora, con gran apoyo en las tecnologías de la información”, explicó Santos. Bogotá, 1º nov (SIG).** El Presidente Juan Manuel Santos presentó este martes al país la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, que estará adscrita al Ministerio de Justicia. De acuerdo al Mandatario, el objetivo de la agencia es lograr un orden cohesionado y racionalizado en la representación jurídica del Estado en las instancias nacionales e internacionales. “Con la Agencia buscamos unificar las políticas de defensa e información y, además, coordinar –y en determinadas ocasiones ejecutar- la defensa del Estado en casos de interés estratégico, mejorando nuestro desempeño en los estrados judiciales”, dijo el Presidente Santos. Explicó que esta agencia se creó haciendo uso de las facultades extraordinarias que el Congreso confirió al Gobierno para modificar la estructura de la Administración Pública en el sector justicia. “Hemos trabajado por más de un año, con el acompañamiento del Banco Interamericano de Desarrollo –que nos dio un crédito de 10 millones de dólares para la puesta en marcha de la agencia- y con un equipo multidisciplinario del Gobierno liderado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, para diseñar no sólo la entidad sino el sistema de defensa judicial de la Nación”, indicó el Jefe de Estado. Sala de Prensa – Presidencia de la República (noviembre 01 de 2011).

**La misión de la nueva Agencia será evitar las demandas contra el Estado y detener el desangre del patrimonio nacional. Bogotá, 1 de noviembre de 2011. Reducir la cifra de 260.000 procesos que existen actualmente contra la Nación y superar ampliamente el porcentaje de sentencias favorables para el Estado, serán dos de las metas que cumplirá la nueva Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Con la Agencia se logra por fin, definir y unificar las políticas de defensa e información, pero además, coordinar y, en ocasiones específicas, ejecutar la defensa del Estado en casos de interés estratégico. Según el LITIGOB, sistema actual de información sobre litigios administrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, a julio de 2011 se contaba con 2.699 abogados y en promedio cada uno de ellos lleva 56 casos. Sin embargo, hay entidades donde la carga laboral por abogado excede los 300 casos, como el caso de la Policía Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Fuente: Ministerio del Interior. (Noviembre 01 de 2011).

- *El resaltado es destacado por las propias fuentes de información.*

El sistema jurídico de la mano con el legislativo deben procurar orientar al Estado respecto de lo que implica resarcir efectivamente los derechos, y no dejarlos exclusivamente a mecanismos de compensación que en la mayoría de los casos, terminan en grandes sumas de dinero en contra de las arcas públicas. La activación de

alternativas distintas a las económicas puede ayudar a mermar en cierta medida el grueso de obligaciones a las que debe sino atender y amparar el Estado. En dicho frente, la bondad estriba en evaluar la naturaleza del hecho imputable al Estado, y que tanto, puede resarcirse a través de diversas opciones. Ver Tabla 3.

**Tabla 3. Directivas Presidenciales Agencia para la Defensa Jurídica del Estado en Colombia.**

**Directiva Presidencial No. 02 del 28 de febrero de 2003.** Orden sobre métodos alternativos de solución de conflictos entre las entidades estatales.

- **Directiva Presidencial No. 01 del 30 de marzo de 2004.** Orden presidencial sobre información relacionada con pasivos contingentes y con la actividad litigiosa cargo del Estado.

**Directiva Presidencial No. 01 del 18 de febrero de 2005.** Ordenes en materia de racionalización y simplificación del ordenamiento jurídico.

- **Directiva Presidencial No. 02 del 11 de mayo de 2005.** Ordenes en materia de defensa internacional del Estado.

- **Directiva Presidencial No. 03 del 22 de mayo de 2009.** Información sobre árbitros de tribunales de arbitramento.

- **Directiva Presidencial No. 04 del 22 de mayo de 2009.** Estricto cumplimiento al derecho de petición.

- **Directiva Presidencial No. 05 del 22 de mayo de 2009.** Instrucciones para el adecuado ejercicio de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo.

**Fuente: Del Castillo (2009).**

La agencia está en mora de ubicar de manera central la defensa jurídica y patrimonial del Estado. Hacia dicho sentido, el componente institucional proferido por el propio análisis económico del Derecho, los costos sociales de transacción, las externalidades y la teoría de la firma, deben tener un espacio de comprensión para que las distintas unidades centrales y descentralizadas del Estado colombiano, inicien el proceso de internalización de dichos elementos para argumentar y complementar los requerimientos planteados, respecto a lo que implica el ubicar la defensa del Estado como principio fundamental de este mismo.

### **La formalización y reglamentación de la agencia para la defensa del Estado en Colombia**

La formalización y reglamentación de la agencia para la defensa jurídica y patrimonial del Estado, pasa por el andamiaje constitucional y el acervo legal. En cada área de trabajo del gobierno y del sector público están contemplados dichos criterios. Lo anterior, en cuanto a la responsabilidad del sistema jurídico para que el país y el propio Estado, no sea conducido a la inestabilidad y de paso, la legislación provea mecanismos para sobrellevar las dificultades que debe atender. En sí, el diseño de la agencia reclama una nueva visión del Estado respecto al derecho creado por los diferentes actores que lo recusan, para que responda o se obligue.

La gestión de la defensa jurídica del Estado está siendo de manera insistente el centro de atención en varios países latinoamericanos, debido a sus impor-

tantes implicaciones tanto jurídicas como fiscales. En efecto, algunas de las actuales agencias de defensa jurídica en la región tienen su origen en la preocupación de los Estados por los riesgos patrimoniales que pudieran derivarse de sentencias contrarias a los intereses públicos en los tribunales. Una gran parte de la carga de trabajo de organismos de defensa jurídica del Estado tiene efectos económicos para las arcas públicas y, por lo tanto, una deficiente gestión de los servicios jurídicos del Estado puede tener una evidente repercusión en los costos para las cuentas públicas, máxime en un contexto generalizado de creciente litigiosidad contra el Estado. (Grafe y Strazza, 2014, p. 2).

La agencia para la defensa jurídica y patrimonial cuenta con herramientas constitucionales e instrumentos legales para hacerse cotejar en cada órgano del poder público del país. En este aspecto, el llamado por ampliar su reglamentación o la constitución de un pleno marco jurídico es un tanto improcedente, si efectivamente se coteja la disposición que en ambos escenarios (constitucional y legal) establecen desde diversos órdenes, las obligaciones y responsabilidades que tienen los empleados, funcionarios y servidores públicos. En dicho sentido, la agencia debe analizar plenamente los criterios en los que a saber debe apoyarse.

La verdadera importancia del trabajo reside en la demostración que se hace de la necesidad de contar con una verdadera política de defensa del Estado; que como toda política deberá ser integral. Por eso se quiso hacer énfasis en la necesidad de crear un

marco conceptual que luego de la racionalización normativa pueda dar verdadero soporte filosófico y académico frente al tema. Precisamente lo que se quiere prevenir es la tendencia a crear aparentes soportes como sucede con muchos de los aspectos en donde se sustenta la política de seguridad democrática. Mejía (2007, p. 54).

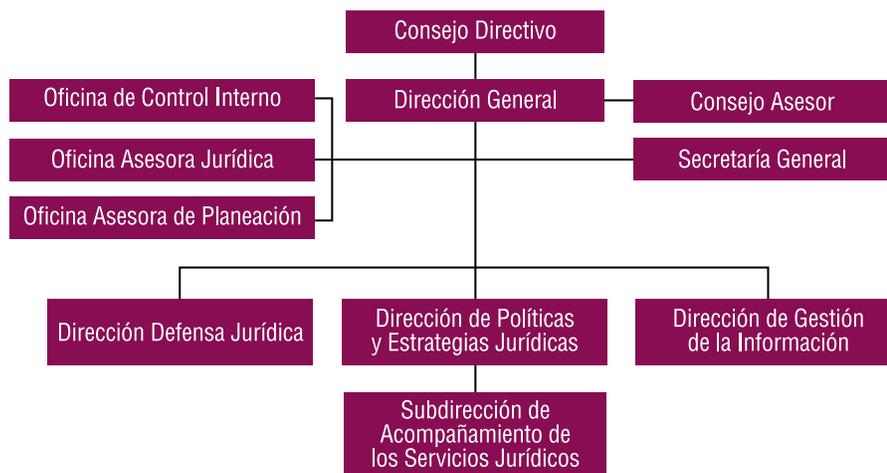
El Estado colombiano ha venido paulatinamente promoviendo por la vía legislativa una infinidad de fundamentos legales con los cuales ubica a la gestión pública y la transparencia como eje central de la acción de todos los órganos de poder del país. En este sentido, a pesar de la prevalencia de diferentes mecanismos constitucionales y legales para defender los intereses de la nación, de manera un tanto aislada o soslayada se tienen criterios jurídicos que bien contemplados podrían establecer el pleno marco jurídico que requiere la agencia para su desempeño, conforme a la gestión y labor que debe desempeñar el aparato estatal.

La defensa jurídica del Estado debe ser proactiva y no reactiva. Desde este punto de vista, la función fundamental del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, consiste no en “apagar incendios” sino en plantear

estrategias de mediano y largo plazo en las que el Estado incrementa su capacidad de prever y prevenir conflictos jurídicos, reducir el daño antijurídico causado, coadyuvar a la prestación más eficientemente de los servicios estatales y, finalmente, hacer del Sistema un recurso adicional en los procesos de democratización política y económica de la ciudadanía dentro de su órbita de competencia. Para lograr estos objetivos, además de un replanteamiento de la estructura y funciones de coordinación del Sistema, se necesita también de un mejoramiento de los procesos de reclutamiento, conservación y “capacitación” del Abogado-Procurador Público. Vásquez (2012, p. 2).

La labor de la agencia está enfocada a elevar el carácter jurisprudencial sobre los actos, decisiones y políticas del Estado, más no su sola preclusión legal. Hacia dicho frente, es la propia estructura de la agencia la que debería ilustrar a cada uno de los elementos de la esfera estatal, lo que implica la disposición de documentos de decisión o Resolución entre otros, respecto a lo que podría ocasionar, en cuanto a los mismos una demanda en su defecto, o si es del caso, elevar una especie de salvaguarda jurídica ante lo descrito y prescrito en los documentos que conforme a la labor del Estado son susceptibles de encausarse hacia la vía legal.

Gráfico 1. Estructura de la ADJE

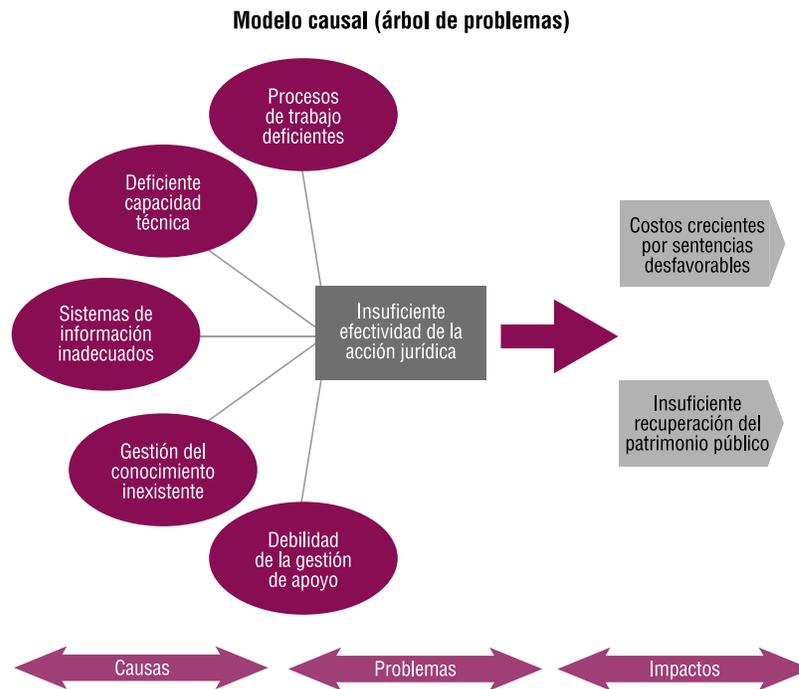


En: (Veleño, 2012, p. 13).

Es relevante que con cada fin y función estimada en los órganos de poder pueda establecerse directamente las condiciones, posibilidades y requerimientos, tanto constitucionales como legales, a los que podría estar expuesto el estamento o institución, enfocado a cumplir los mandatos frente al Estado Social de Derecho que reina en Colombia.

Así que, el entregar con cada documento un acto público de naturaleza jurídico – económica sobre la que podría clarificarse o extenderse la fundamentación legislativa y presupuestal a la que debe obedecer el Estado, podría servir para superar las demandas dirigidas a la revisión de los actos de este. Ver Gráfico 2.

Grafico 2. Árbol del problema



En: Graffe y Strazza (2014, p. 19)

Sin embargo, sobre recusaciones de mayor trascendencia el Estado debe elevar el carácter analítico y evaluativo de los elementos que podrían generarle contingencias por acción, omisión o prevaricato. En dicho frente, es necesario que el Estado en general, no solo espere a la reproducción de demandas a granel, sino que en la revisión de las mismas, se prepare permanente para lo que implica defender jurídicamente al Estado. Siendo una tarea en esencia nueva, por ella deben pasar no solo los defensores del Estado, sino de todo aquel que considere que el Estado ha violado sus derechos y/o requiere reparación por alguna índole.

La Constitución y la Ley 448 de 1998, entre otras disposiciones legales, han generado el desarrollo de un marco normativo que permitió crear las condiciones básicas para la gestión de los pasivos contingentes y de esta manera mostrar con total transparencia la realidad fiscal de la Nación. Estas condiciones han llevado a la Subdirección de Riesgos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a llevar a cabo un proceso de desarrollo de diferentes metodologías que le permitan cumplir de la mejor manera posible, las obligaciones enmarcadas dentro de la regulación vigente y, así, contribuir a un desarrollo fiscal de largo plazo. En este orden de ideas, desde 1998 con la

expedición de la Ley 448, la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional inicia la primera etapa del desarrollo de las metodologías, que le permiten a la Nación conocer el valor esperado a cubrir de sus eventuales contingencias y centrar su atención en el manejo de los pasivos contingentes. En el año 2003, la Ley 819 de "Responsabilidad y Transparencia Fiscal", hace expresa la obligación de incluir las obligaciones contingentes originadas por sentencias y conciliaciones (litigios) dentro del Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP). Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2011:12-13).

La capacitación en materia de defensa jurídica y patrimonial del Estado también pasa por la observancia de los sujetos que a través de la vía institucional acusan al Estado. Al respecto, las garantías jurídicas para dicha salvedad corren por cuenta precisamente, por la necesidad de no conducir al Estado a pérdidas de recursos innecesarios en casos en los que efectivamente pueden existir otras vías distintas a las instancias jurídicas para solventar el daño contractual o extracontractual del que se le acusa. Es importante que se busque la formación, igualmente, al otro lado de la defensa en cuanto a la responsabilidad del Estado. Ver Tabla 4.

Tabla 4. Modelos de defensa jurídica del Estado

| Modelo institucional | Aspecto                            | Oportunidades  | Desafíos   |
|----------------------|------------------------------------|--|--|
| Centralizado         | Coodinación                        | Menores costos por la centralización de funciones y atribuciones en un único actor (institucionalidad no insular).   |  |
|                      | Desarrollo y seguimiento del ciclo | Mayor posibilidad de gestionar el ciclo completo gracias a la (potencial) mayor coherencia interna y a las capacidades de formulación y ejecución.   |  |
|                      | Gestión de RR.HH.                  | Posibilidad de articular políticas internas coherentes y funcionales a los objetivos de la agencia.  |  |
|                      | Gestión de la información          | La centralización brinda mejor posibilidad de crear y gestionar sistemas para producir información sobre la defensa jurídica.  |  |
|                      | Implantación                       |  | Mayor inversión (financiera, temporal, institucional, etc.). Se crea una institución “de cero” y que debe insertarse con recursos propios en el entramado organizacional existente.  |
| Mixto                | Coordinación                       |  | Costos en aumento por la suma de nuevos actores en el sistema.   |
|                      | Especialización                    | Al descentralizar se aprovecha la experiencia del servicio jurídico en el tema de su jurisdicción.   |  |
|                      | Carga de trabajo                   | La descentralización de la función de asesoramiento aliviana la carga de trabajo de la agencia central.  |  |
|                      | Construcción e implantación        | Inversión media. Se crea una institución con numerosas funciones pero algunas de ellas pueden ser canalizadas por los servicios jurídicos particulares de las organizaciones públicas.   |  |
| Descentralizado      | Coordinación                       |  | Altos costos de coordinación para la agencia central debido a la multiplicidad de actores. Dificultad para imponer estrategias a ser ejecutadas por los servicios, jurídicos sectoriales. Desacople entre formulación y ejecución. Peligro de insularidad. |
|                      | Capacidades organizacionales       |  | Las heterógeneas capacidades organizacionales de las oficinas jurídicas sectoriales pueden afectar la eficacia de la representación.   |
|                      | Gestión de la información          |  | Mayores costos para generar y recopilar información debido a la descentralización y la heterogeneidad de capacidades organizacionales.   |
|                      | Carga de trabajo                   | Descargable en la periferia, pero capitalizable solo si se dispone de capacidades.   |  |
|                      | Construcción e implantación        | Se aprovecha la capacidad jurídica instalada en las organizaciones para la ejecución (siempre que existan capacidades en la periferia). La inversión de recursos se concentra en la agencia central cuya función es la rectoría. |  |

En: Graffe & Strazza (2014, p. 35).

El demandante del Estado como quien defiende al Estado debe tener herramientas más exactas para evidenciar las dificultades u obstáculos sobre las que han considerado evidenciar la falta o la supresión de la misma por parte de este. Es imperante dada la naturaleza de múltiple criterio sobre el que se extiende de lado y lado la argumentación, el poder disponer de elementos que de manera clara establezcan un panorama sensato frente a lo que implica adentrarse en un proceso en contra del Estado y lo que implica efectivamente para las partes entrar a la contienda, revisión y sentencia conforme a los estrados.

Podemos definir este concepto como el conjunto de estrategias institucionales relacionadas con la Defensa Efectiva de los Intereses Litigiosos del Estado y con la Prevención del Daño Antijurídico. En el Decreto 4085 de 2011, se entiende como defensa jurídica de la Nación “el conjunto de las actuaciones dirigidas a la garantía de los derechos de la Nación y del Estado y de los principios y postulados fundamentales que los sustentan, y a la protección efectiva del patrimonio público. La defensa jurídica de la Nación comprende todas las actividades relacionadas con:

- i) La identificación y prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas y del daño antijurídico generador de responsabilidad patrimonial para el Estado.
- ii) La administración, control y procesamiento de la información relativa a la Defensa Jurídica del Estado.
- iii) La utilización de los mecanismos alternativos de Resolución de conflictos.
- iv) La participación en procesos judiciales y administrativos en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada o deban intervenir.
- v) La definición de estándares para la defensa judicial de las entidades públicas.
- vi) La evaluación de los resultados de la defensa jurídica del Estado y del cumplimiento de sentencias y conciliaciones.
- vii) La recuperación de dineros públicos por la vía de la acción de repetición” Peláez (2013:43).

En las instancias territoriales se requiere una cualificación superior para lo que implica el orientar las actividades desde los indicadores y parámetros sometidos a la defensa jurídica del Estado. Es el escenario propicio, para que sean incubadas las diversas contravenciones o demandas a las que el Estado en Colombia se expone. De allí que, no solo es la incubación de la gerencia pública en las administraciones territoriales, además, la gerencia jurídica del estamento es crucial a la hora de entender el papel que deben cumplir las

alcaldías y gobernaciones en las que la acción del Estado, poca o limitada esté entre sus fines y funciones.

Se entiende como modelo de Gerencia Jurídica Pública el “sistema de gestión, orientación y control a la gestión en el ámbito jurídico, que define marcos de política pública en relación con la prevención del daño antijurídico, los asuntos normativos, los conceptos jurídicos, el control disciplinario, la defensa judicial, la contratación pública, las personas jurídicas sin ánimo de lucro, los estudios y la informática jurídica a las entidades, organismos y órganos; y que se orienta a resolver problemáticas y discusiones jurídicas con una visión omnicompreensiva y a largo plazo, que posibilite políticas claras, de reacción inmediata, pero estructuradas, para la administración efectiva de los recursos públicos. (Peláez, 2013, p. 45).

La defensa del Estado y la responsabilidad del Estado deben ser esfuerzos compartidos por las partes en litigio. El desgaste de cada proceso, ha permeado la eficacia del propio aparato de justicia, que advirtiendo el debido proceso y los términos de las mismas, se escapa o pasa a segunda prioridad en el caso en cuestión. La desatención al caso en esencia, corre por cuenta, por la aprehensión que tiene cada una de las partes en cuanto a la acción de la contraparte. El Estado, bajo la consigna de la defensa, y el demandante de la reparación, dejando la conciliación o la rápida negociación como estrategias poco planteadas en sí.

**ACUERDO NÚMERO 006 DE 2012** (octubre 11). *Por el cual se precisan las formas de intervención por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y los criterios de intervención obligatoria en los procesos judiciales.* El Consejo Directivo, en ejercicio de sus facultades legales, en especial las establecidas en el parágrafo 2° del numeral 3 del artículo 6° y el numeral 13 del artículo 10 del Decreto ley 4085 de 2011, y CONSIDERANDO: Que en virtud del parágrafo del artículo 5° de la Ley 1444 de 2011 se creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como una Unidad Administrativa Especial, y, en el literal f) del artículo 18 ídem se concedieron facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para fijar los objetivos y estructura de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. Que en dicha disposición se concibió la Agencia en los siguientes términos: “Créase la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación como una Unidad Administrativa Especial, que como entidad descentralizada del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, tendrá como objetivo la estructuración, formulación, aplicación, evaluación y difusión de

las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación, en las actuaciones judiciales de las entidades públicas, en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa. Para ello, tiene como misión planificar, coordinar, ejercer, monitorear y evaluar la defensa efectiva de la Nación, a fin de prevenir el daño antijurídico y fomentar el respeto de los derechos fundamentales". (Resaltado fuera de texto). Que el Gobierno Nacional, en ejercicio de las citadas facultades, profirió el Decreto-ley 4085 de 2011, por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2012, p. 14).

La captura pública del Estado atraviesa las pretensiones que desde diferentes vertientes conciben a este como fórmula económica para obtener beneficios. No obstante, es de aclarar que al articular la defensa del Estado se pretende más que evadir o eludir responsabilidades a cargo de sus fines o funciones, lo que se espera de ello, es que en atención de la propia ejecución de los casos o sentencias, efectivamente también se tengan en la cuenta los principios de equilibrio y estabilidad que debe tener cualquier acción del Estado, y que implica para las Cortes, la revisión tanto en Derecho y en Economía, al llevar a este último a juicio.

## CONCLUSIONES

La Defensa Jurídica del Estado a la par con la Responsabilidad del Estado deben ser banderas de un mismo propósito, más que la consumación de un caso, sobre sí alguna de las partes pierde. La realidad es que la brecha prevaleciente entre ambos frentes, no permite comprender lo que implica efectivamente que en el marco de la Constitución y la Ley, ambas terminen beneficiadas en términos generales de lo que implica llevar el Estado a juicio, para la demanda como para la defensa, en tanto, a través de dichos juicios se pretende resarcir no solo un daño, sino orientar la labor del Estado, quien está expuesto ante todo lo que debe hacer.

La formación jurídica y técnico jurídico se convierte en un imperativo para la administración de justicia, en tanto, muchos de los temas en los que se basan las demandas frente al Estado tienen un origen más de carácter técnico que en otros aspectos. No obstante, los contemplados en materia de Derechos Humanos o violación a Derechos Civiles o en otros frentes, contienen un gran porcentaje de argumentación técnica, que en el caso colombiano, no hace parte del fuero académi-

co e intelectual de los regentes del Derecho, quien en ambos espacios, se ven compelidos por la comprensión plena sobre el caso al que es llevado el Estado.

Es importante que la ADJE profundice en materia de las obligaciones que tienen los entes territoriales de refrendar lo concerniente a instrumentos y mecanismos de defensa del Estado. No solo, en correspondencia con los intereses de carácter nacional e internacional, sino, bajo las disposiciones y obligaciones a las que están expuestos los estamentos públicos que representan al Estado. Así que, el tema no solo pasa por la concepción en el frente central, sino en la exploración que debe hacerse en materia de la connotación que trae dicho proceso en los fines y funciones públicos territoriales.

Se desconoce el derecho a la plena defensa jurídica y patrimonial del Estado, en particular, en el marco del sistema jurídico continental europeo frente al sistema common law (anglosajón). En este sentido, es de reiterar que la idea por ejemplo del derecho administrativo es el de informar al Estado, precisamente para corregir, enmendar o facultarlo para que comprenda los diversos requerimientos a los que está expuesto por parte del ciudadano o la sociedad, por cuanto el Estado no lo sabe todo, y como tal, cualquier bache o circunstancia no puede convertirse en una demanda o querrela en contra de este. Por ende, es de comprender que en ningún caso el Estado puede evadir la responsabilidad cuando está sea evidente o demostrada en casos concretos, sin embargo, el tratamiento sobre ellos debe ser consecuente con la realidad económica, fiscal, jurídica y política del país, aspectos que poco son consultados a la hora de proceder a sentenciar al Estado.

El papel del Consejo de Estado en la materia y de las autoridades e instancias encargadas de velar por la gestión del Estado en diversos trámites y propósitos, deben alertar precisamente en cuanto a las implicaciones que tiene para el Estado, la negligencia o inconformidad con respecto a sus actuaciones respecto. Por ende, es relevante que los análisis sujetos a la teoría de la información hagan carrera en la administración pública estatal, debilidad que es la más evidente a la hora de tener claro las razones por las cuales es demandado, o en su defecto, salir en defensa del Estado. De allí, que hoy más que ante, el análisis sobre elección racional, el riesgo moral, la selección adversa, la teoría de la imposibilidad de Arrow KJ, entre otros, como el constitucionalismo jurídico de Olson M., recobra la importancia debida para analizar estos temas, tras los cuales está explícita la estabilidad general de la nación.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2012). Acuerdo Número 006 de 2012. Diario Oficial. Edición 48.623 (Nov. 23 de 2012).
- Amaya, C. R. (2009). *Responsabilidad patrimonial del Estado, su impacto en el poder judicial de baja California*. México: Instituto de la Judicatura del Estado.
- ANDJE. (2012). *Propuesta de política pública de defensa jurídica del Estado*. Bogotá: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Dirección de Políticas y Estrategias.
- Armenta, A. A. M. (2008). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación. *Revista Vía Iuris*. (Nº 6), pp. 88-112.
- Carrillo, F. F. & Varela, S. D. F. (2013). Hacia un Sistema Integrado de Defensa Jurídica Estatal: situación y perspectivas de una política pública en Colombia. *Revista CLAD Reforma y Democracia*. (Nº 56), pp. 123-176.
- Cepeda, E. M. J. (2004). Las sentencias de la corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo. XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario. Magistrado Corte Constitucional. 18, 19 y 20 de febrero de 2004. Bogotá (Colombia).
- Del Castillo, R. E. (2009). Foro: "por una Colombia bien gobernada, 2008-2011 demandas contra el estado: cómo tapan la vena rota". Defensa jurídica del Estado ¿cuáles son las políticas y sí están funcionando? La prevención, la defensa y el control de la corrupción. Secretaría Jurídica Presidencia de la República. 29 de septiembre de 2009. Bogotá (Colombia).
- Dirección de defensa jurídica del Estado. (2010). Una Aproximación a la eficacia e impacto de la Conciliación como requisito de procedibilidad en lo Administrativo. Documento 5876. Grupo de Conciliación. Informe sobre la Actividad Conciliatoria de las Entidades Estatales.
- Gómez, L. I. D. (2012). *El derecho de la contratación pública*. 1ª ed. Colombia: Legis.
- González, M. O. (2006). *Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado. Derecho Administrativo*. Chile: Universidad Central de Chile.
- Grafe, F. & Strazza, L. (2014). ¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado? Perspectivas sobre la gestión del riesgo fiscal en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo. Instituciones para el Desarrollo. División de Capacidad Institucional del Estado. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.

- La Patria (2011). El Estado enfrenta demandas por más de mil billones de pesos. Recuperado 02 de noviembre de 2011 en <http://consulta.lapatria.com/story/el-estado-enfrenta-demandas-por-m%C3%A1s-de-mil-billones-de-pesos>
- López, R. N. (2005). La responsabilidad extracontractual del estado mexicano notas de apoyo para la conferencia sobre responsabilidad extracontractual del estado en México, dictada el 29 de marzo de 2005 en el seminario sobre "la nueva ley federal de responsabilidad patrimonial del estado", organizado por el instituto de la judicatura federal. 79-155. México.
- Meléndez, J. I. (2009). *La responsabilidad contractual en el Derecho público de los contratos estatales. Tomo I*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- Mejía, A. J. C. (2007). Situación, perspectivas y estrategias frente a la defensa del Estado. *Prolegómenos. Vol. 10 (N° 20)*, pp. 27-55.
- Decreto 4085 de 2011. Por el cual se establecen los objetivos y de la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. 1 de noviembre de 2011. D. O. 48240.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2011). Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional Metodología "Valoración de Pasivos Contingentes por procesos judiciales y conciliaciones en contra de las Entidades Estatales". Bogotá: Ministerio de Hacienda.
- Ministerio del Interior y de Justicia (2004). Dirección de Defensa Judicial de la Nación. Cartilla instructiva para la identificación de tipologías de daño antijurídico. Recuperado 2 noviembre 2012 en [http://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/Boletines-prensa/Documents/manual\\_preveni%C3%B3n\\_v4\\_imprensa.pdf](http://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/Boletines-prensa/Documents/manual_preveni%C3%B3n_v4_imprensa.pdf)
- Peláez, G. J. C. (2013). Auditoría General de la República. Oficina de estudios especiales y apoyo técnico. Documento técnico de base del proyecto "defensa jurídica pública de la auditoría general de la república y de los órganos de control fiscal territorial: un desarrollo del programa 'pedagogía, prevención y control social en la lucha frontal contra la corrupción'" contrato 048 de 2012. Bogotá.
- Pérez, L. M. (2008). La responsabilidad patrimonial del Estado bajo la lupa de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. N° 28.
- Vásquez, R. F. (2012). Situación del Sistema de Defensa Jurídica del Estado: ¿Es un Sistema proactivo? Retos y perspectivas de cambio. Perú: Gestión Pública y Desarrollo.
- Veleño, Q. M. Y. (2012). Agencia de defensa jurídica del estado (2012). "Jornadas internacionales de derecho penal". Universidad del Rosario. Octubre 10 de 2012. Bogotá.