

# El daño antijurídico del Estado y los medios alternativos de solución de conflictos-Estado del arte\*

The State unlawful damage and alternative dispute resolution - State of the art

Recibido: 28 de mayo de 2010 - Revisado: 5 de junio de 2010 - Aceptado: 28 de junio de 2010

Andrés Fajardo Arturo\*\*  
Camilo Guzmán Gómez\*\*\*

## Resumen

El presente texto tiene como objeto realizar la descripción del estado actual de la investigación respecto del daño antijurídico imputable al Estado y de la conciliación como método de solución de conflictos en los litigios contra el Estado. En él se exponen los distintos estudios, y se resumen los aportes en materia de diagnóstico de la situación y de recomendaciones respecto de los temas de estudio.

## Palabras clave

Derecho Administrativo, Responsabilidad del Estado, Daño Antijurídico, Métodos Alternativos de Solución de Conflictos

## Abstract

This text is intended to make the description of the current state of research on the unlawful damage attributable to the State and conciliation as a method of dispute resolution in litigation against the state. It sets out the various studies, and summarizes the contributions in the diagnosis of the situation and recommendations on the topics of study.

## Keywords

Public law, State Responsibility, unlawful damage, Alternative Dispute Resolution.

\* Artículo resultado de investigación.

\*\* Director del Departamento de Derechos Humanos e Investigador del Grupo De las Casas de la Universidad Sergio Arboleda. Con la colaboración de la Investigadora Julieta Arenas, y los estudiantes Marlene Quintero y Federico Zapata.

Director of Human Rights Department and Research Group De las Casa ,Sergio Arboleda University. With the collaboration of the Researcher Julieta Arenas, and students Marlene Quintero and Federico Zapata.

Correo electrónico:  
andres.fajardo@usa.edu.co

\*\*\* Director del Departamento de Derecho Público y del Grupo Crear de la Universidad Sergio Arboleda. Director of the Public Law Department of and CREAR research Group Sergio Arboleda University.

Correo electrónico:  
camilo.guzman@usa.edu.co

## I. Marco lógico y metodología

La realización del presente documento se llevó a cabo buscando la mayor eficiencia en la consecución del objeto del mismo, que es el de servir como línea de base en materia investigativa para la construcción de nuevos conocimientos respecto del objeto de trabajo con el fin de generar propuestas de solución a las problemáticas que motivan la consultoría.

En ese sentido, el presente Estado del Arte constituye igualmente el marco teórico y legal que permite guiar la investigación de la consultoría a través de toda la documentación actualmente existente en la materia.

El estudio que dio como resultado el presente documento siguió una metodología compleja con la cual se pretendió no solo recopilar la documentación existente, agotando al máximo posible el estado de la investigación en la materia, sino analizar desde diferentes perspectivas todos los insumos recolectados, organizando y clasificando tanto el material en sí mismo como los diagnósticos y conclusiones que en ellos se encontraba.

Para tal efecto, el paso preliminar al inicio de la metodología fue la determinación del marco temporal y conceptual de los documentos a estudiar con el fin de establecer la ventana de observación del Estado del Arte. A tal efecto, se determinó que los textos finales debían tener como objeto directo o indirecto el estudio del daño antijurídico del Estado y de la conciliación, se analizarían todo tipo de documentos publicados, tanto en medios virtuales como en papel así como los estudios accesibles. Se exceptuó la literatura gris o de difusión, con la cual se realizó una tabla anexa<sup>1</sup> y los artículos informativos.

Inicialmente, se había pensado en limitar el estudio a los textos del año 2000 en adelante, pero luego de una revisión previa se encontró que muchos textos se remitían a estudios de los

años noventa, por lo cual se abrió la ventana a textos de 1991 en adelante.

### 1. Recolección de material

Con esa determinación previa, en un primer momento se realizó un barrido preliminar de Internet y de biblioteca con el fin de escoger dos documentos ‘hito’ que cumplieran con las características de pertinencia, especialización y actualidad. Los dos documentos que en primera instancia se escogieron como los más especializados y recientes sirvieron de base para, desde su lectura y bibliografía, empezar la búsqueda en reversa de los demás documentos que constituyen el Estado del Arte en la materia.

A tal efecto, la metodología detallada de recolección de material consistió en:

1. La búsqueda de los textos usados para referencias bibliográficas en estos dos documentos fueron clasificados de acuerdo al tema. Aquellos textos cuyo objeto de estudio era similar fueron analizados y de su bibliografía se partió a una nueva búsqueda.

2. La metodología siguió este mismo camino hasta una cuarta etapa, en la que las referencias bibliográficas se repitieron sin arrojar nuevos resultados.

3. Se adelantaron nuevas búsquedas por Internet, encontrando nuevos textos no citados (monografías, ensayos, artículos de revista) y sobre ellos se procedió a buscar las referencias hasta agotar completamente las referencias.

4. Se construyó con los documentos una base de reseñas en Excel, con los datos de identificación de los textos, su objeto, el resumen y los párrafos más pertinentes a ser citados<sup>2</sup>.

### 2. Análisis de los documentos encontrados

Con el material recolectado, se procedió a adelantar el análisis cuantitativo y cua-

litativo del material, a partir del objeto de la investigación. Para tal efecto, con base en el cuadro inicial de reseñas, se construyó una tabla de clasificación de estos<sup>3</sup>, a partir de sus contenidos, que sirvió de primer instrumento de análisis.

En seguida, se adelantaron las tareas de organización y graficación de la información cuantitativa a fin de evidenciar las dinámicas de investigación y producción documental respecto del factor temático y temporal.

Paralelamente, se adelantó el análisis de los contenidos de los escritos, buscando inicialmente crear un estudio estadístico de coincidencias respecto de las consideraciones de los escritos. Sin embargo, la diversidad de enfoques, la diferencia de las fuentes de información y la variedad de conclusiones hicieron impertinente el estudio cuantitativo de los contenidos de los documentos estudiados.

Posteriormente, el estudio de los textos se concentró en los dos elementos que se identificaron como más relevantes para la determinación del Estado del Arte: diagnósticos y conclusiones.

Se realizó un estudio comparativo de los diagnósticos de los distintos textos, procurando identificar los puntos comunes y con base en ellos se realizó el análisis. De igual forma, se procedió en materia de recomendaciones.

Finalmente, de los textos encontrados se sustrajo la información respecto de la normatividad que constituye el marco jurídico del daño antijurídico estatal y la conciliación en Colombia.

### **3. Construcción y estructura del texto**

Recolectado y analizado el material, se procedió a redactar los capítulos que constituyen los resultados de la investigación. Para tal

efecto, se distribuyó el texto de forma que no solo quedará evidenciado el número y contenido de los documentos realizados en la materia hasta enero de 2010, sino los elementos que sus diagnósticos y recomendaciones generan para una nueva investigación; igualmente, se anexaron e incluyeron las tablas e insumos realizados en la investigación.

## **II. Resultados**

El texto resultado de la investigación realizada en materia de Estado del Arte se divide en cuatro capítulos principales: el primero de ellos hace un barrido sobre los textos analizados a partir de sus contenidos, en dicho capítulo se insertan las conclusiones y gráficas del estudio cuantitativo realizado y se describen los principales hallazgos, con un listado de reseñas de los textos más destacados en la materia. En el segundo capítulo se analizan las conclusiones que traen los distintos documentos respecto del diagnóstico de la situación en Colombia, construyendo con ello un diagnóstico propio. En el tercer capítulo se analizan las recomendaciones que los documentos analizados hacen. Finalmente, en el último capítulo se construyen las recomendaciones en materia de investigación para la consultoría.

### **1. La investigación actual en materia de conciliación del daño antijurídico del Estado**

El tema que ocupa la presente investigación recorre transversalmente distintas áreas del Derecho y, por ende, hace parte de estudios diversos y heterogéneos, tanto en su estructura y objeto como en sus temáticas. Por ello se hizo necesario hacer un examen preliminar de los documentos encontrados, lo que dio como resultado un número limitado pero suficiente de documentos con los cuales se pudo construir todo el examen. Como puede observarse en la Gráfica No. 1. Dichos documentos fueron enumerados y clasificados de tal forma que de su análisis surgieron las siguientes conclusiones:

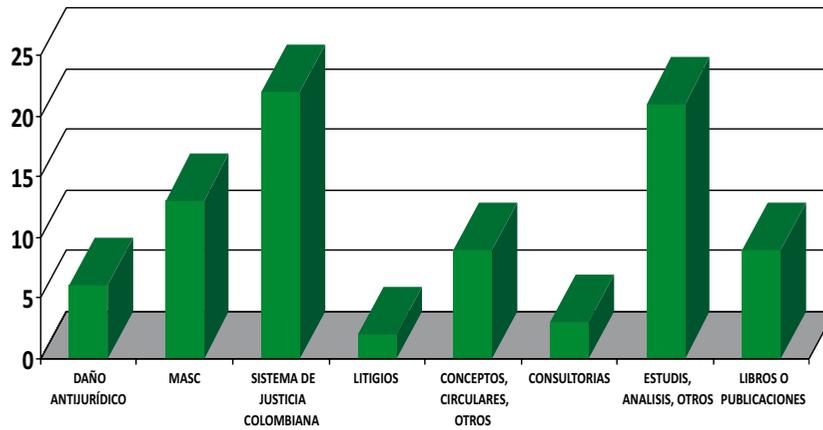


Gráfico No. 1. Temática de los documentos

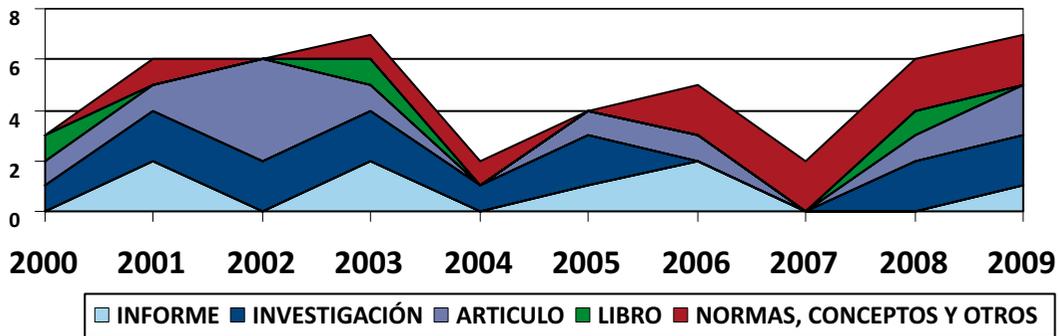


Gráfico No. 2. Tipos de estudios realizados de 2000 a 2009

La incidencia documental en la última década se concentra en los textos normativos, mientras que los textos de investigación son relativamente escasos.

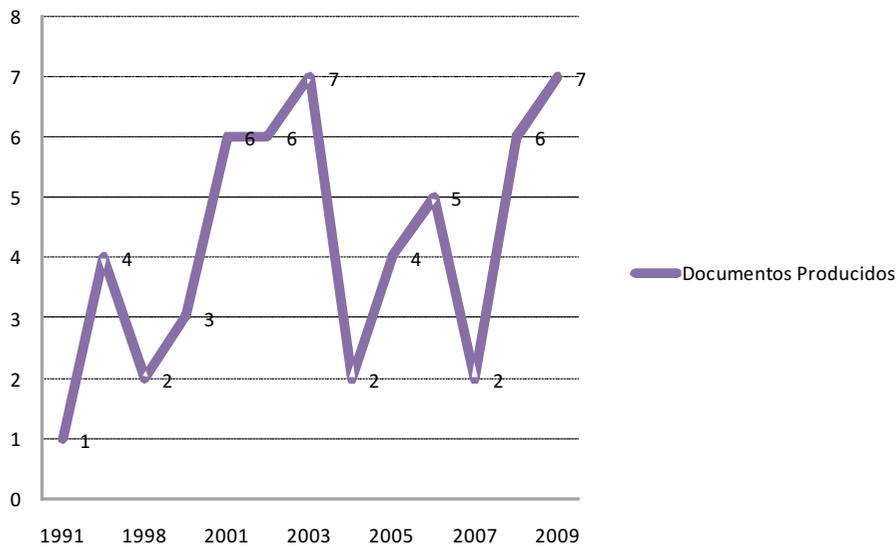
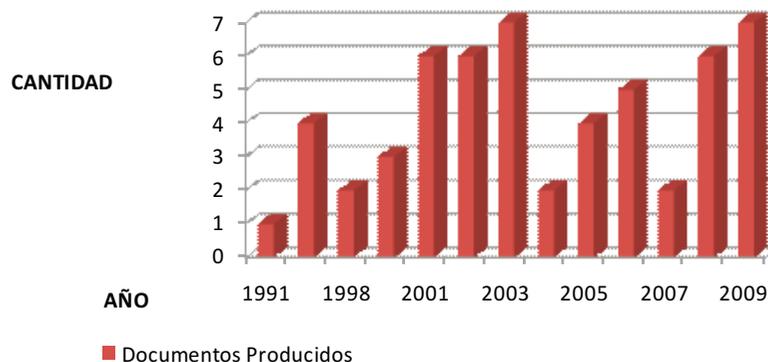


Gráfico No. 3. Estudios realizados por año de 1991 a 2009

En la Gráfica No. 3, es posible observar cómo desde 1998 hasta 2003 hubo un crecimiento acelerado de producción documental en la materia, mientras que de 2003 hasta 2007 el crecimiento decreció para reiniciar su acenso entre 2007 y 2009.



Gráfica No. 4. Total de estudios realizados por año de 1991 a 2009

En 1997 se realizaron diversos estudios, entre los cuales se distingue aquel realizado por el Cijus de la Universidad de los Andes. Dichos estudios se basaron en los esfuerzos que el Ministerio de Justicia adelantaba con el fin de promover una política de gestión jurídica del Estado. Entre 2001 y 2003, en especial como insumo de las medidas en la materia, se produce la mayor concentración de estudios sobre el tema. (Gráfica No. 4).

A continuación, en la Tabla No. 1, se enumeran los textos que fueron la base para la realización de las gráficas anteriores y que sirvieron para el análisis de los capítulos en cuanto a diagnóstico y recomendaciones. Dichos textos dan cuenta del estado actual de la investigación en la materia.

Tabla No. 1. Textos base para la investigación

DOCUMENTO	AÑO	DAÑO ANTIJURÍDICO	MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	SISTEMA DE JUSTICIA COLOMBIANO	LITIGIO CONTRA EL ESTADO	TIPO DE DOCUMENTO			
						CIRCULARES, CONCEPTOS, DECRETOS, RESOLUCIONES Y NORMAS	CONSULTORÍAS	ESTUDIOS, ANÁLISIS E INVESTIGACIONES	LIBROS O PUBLICACIONES
JUSTICIA ADMINISTRATIVA	1997	X	X						X
SITUACIÓN, PERSPECTIVAS Y ESTRATEGIAS FRENTE A LA DEFENSA DEL ESTADO	2007	X		X					X
DEFENSA JUDICIAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS	2000		X						X
DISEÑO DE MODELOS DE GESTIÓN	2006	X					X		
2019 VISIÓN COLOMBIA	2008		X				X		
ANALISIS DE LITIGOB	2006			X		X			
CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD	2009		X						X

EL JUEZ, DIRECTOR DEL PROCESO	2006				X				X
CONCILIACIÓN EN DERECHO, ARBITRAJE Y MEDIACIÓN	2008		X					X	
HACIA LA REFORMA DE LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA	2003			X			X		
MINISTERIO INTERIOR Y JUSTICIA 02/04/2008	2008					X			
MINISTERIO INTERIOR Y JUSTICIA 11/03/2009	2009					X			
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	2005	X						X	
DECRETO 581/2007	2007					X			
DECRETO 2484/2008	2008					X			
DIRECTIVA PRESIDENCIAL	2003					X			
APUNTES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO Y LOS DESAFÍOS DE LA JUSTICIA	2005			X					
LA CONCILIACIÓN, MARCO LEGAL	2008		X					X	
LEY 23/ 1991	1991					X			
LEY 640/ 2001	2001					X			
DIAGNÓSTICO SOBRE LA DEFENSA JUDICIAL DEL ESTADO COLOMBIANO	2005			X				X	
RESOLUCIÓN 2620/ 2009	2009					X			
DOCUMENTO DE METODOLOGÍA	2009			X			X		
PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO EN COLOMBIA	2009		X					X	
CONCEPTO PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO	2006					X			
¿JUSTICIA MEDIANTE LITIGIO?	2005			X	X			X	
ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO DE LA JUSTICIA	2003			X				X	
LA MEDIACIÓN, UN MEDIO PACÍFICO PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	1997		X						X
MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	1997		X						X
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ESTATAL – DAÑO ANTIJURÍDICO	2003	X							X
ESTUDIOS JURÍDICOS I	2008		X					X	
GASTO PÚBLICO Y DESEMPEÑO DE LA JUSTICIA	1997			X				X	
REFORMA JUDICIAL EN LATINOAMÉRICA; PREMISAS PARA EL CAMBIO	1998			X					X

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	1998		X					X
JUSTICIA Y COMPETITIVIDAD –EN JUSTICIA Y DESARROLLO	2000			X			X	
CUANDO EL SECTOR PRIVADO SE SIENTE AFECTADO POR EL ESTADO	2000			X			X	
COMPROMISO CIUDADANO POR LA EXCELENCIA EN LA JUSTICIA	2001			X			X	
INFORME ANUAL DE LA JUSTICIA 2001	2001			X		X		
MODERNIZACIÓN URGENTE PARA EL SECTOR JUSTICIA	2001			X			X	
REMIRADA A LA JUSTICIA EN COLOMBIA	2009			X			X	
ESTADO ACTUAL DE LA JUSTICIA COLOMBIANA	2003			X				X
CALEIDOSCOPIO DE LAS JUSTICIAS	2001			X				X
EL MUNDO REAL DE LOS ABOGADOS Y DE LA JUSTICIA	2001			X	X			X
¿CÓMO LA JUSTICIA PUEDE OBSTACULIZAR LA PROPIA JUSTICIA?	2002			X			X	
SENTENCIAS Y CONCILIACIONES EN LAS ENTIDADES DEL SECTOR DEFENSA, JUSTICIA Y SEGURIDAD	2004		X	X			X	
APROXIMACIÓN A UN ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LA JUSTICIA COLOMBIANA	2003			X			X	
RESPUESTAS NO CONFLICTIVAS A LOS CONFLICTOS	2003				X		X	
DESCONGESTIÓN DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	2002			X			X	
NATURALEZA DE LAS REFORMAS JUDICIALES EN AMÉRICA LATINA	2002			X			X	
QUINCE AÑOS DE LA REFORMA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA	2002			X			X	
RETO S DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA	2002			X			X	
EVOLUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	2002			X			X	
INFORME AL CONGRESO – PLANEACIÓN NACIONAL	2005					X	X	
EQUILIBRIO ECONÓMICO Y SU EFECTO SOBRE LA LITIGIOSIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA	2009			X			X	

De los textos analizados, algunos fueron considerados como muy relevantes, al punto que se consideró necesario realizar una descripción sucinta de los mismos, con una breve reseña de aquellos puntos que resultan más importantes para el presente estudio.

### **1. Doctrina sobre el daño antijurídico del Estado y los MASC en Colombia**

Buena parte de los estudios analizados consagran sus esfuerzos a establecer el diagnóstico de la situación antes de aventurarse a hacer recomendaciones sobre la misma. En ese sentido, los valiosos aportes de los libros y artículos en la materia permiten un ahorro sustancial de esfuerzos, en especial en lo atinente a aquellas conclusiones de diagnóstico que se reiteran en distintos escritos. Las que a continuación se exponen son, justamente, aquellas conclusiones que por su reiteración en distintos textos, se podrían considerar como convalidadas y suficientemente sólidas para construir sobre ellas nuevas recomendaciones.

#### **Percepción general de las conclusiones del Estado del Arte sobre la materia**

El material obtenido en el curso de la investigación permite realizar un estudio y análisis desde la perspectiva cuantitativa y cualitativa acerca de los procesos que en materia de responsabilidad extracontractual, y relacionados con el daño antijurídico, debe atender el Estado colombiano.

En primer lugar, es necesario comprender que el Estado se considera un litigante frecuente ya que así es considerado quien acude de manera repetida a los estrados judiciales. Sin embargo, escriben los autores e investigadores sobre el tema que todo aquel considerado litigante frecuente normalmente desarrolla una experiencia judicial, aprendiendo de los errores, diseñando nuevas estrategias de defensa, que le permite adquirir destreza jurídica, contactos jurídicos estratégicos y, por consiguiente, se vuelve un buen

litigante. Siendo esto así, la pregunta que surge es la siguiente: ¿cuál es la falencia en la defensa judicial del Estado que es condenado reiteradamente por responsabilidad extracontractual con fundamento en el daño antijurídico?

El daño antijurídico tiene su fundamento en el Art. 90 de la Constitución Política y son tres (3) los requisitos que consagra la carta para exigir del Estado la indemnización de los perjuicios que por su acción u omisión haya causado a los particulares. Estos requisitos son: 1. La existencia de un daño antijurídico. 2. Que dicho daño haya sido ocasionado por la acción o la omisión de la autoridad pública. 3. Que dicho daño sea imputable al Estado. De igual manera, con fundamento en el Art. 90 de la Carta Política y por creación jurisprudencial existen tres (3) teorías para clasificar la responsabilidad del Estado y estas son: 1. Teoría de la falla en el servicio. 2. Teoría del daño especial. 3. Teoría del riesgo excepcional.

Helena Alviar García y Diego López Medina, en el año 2003, presentaron un informe a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá llamado ‘Hacia la reforma de la gestión jurídica pública’ en el que afirmaron que “El Estado es un actor jurídico frecuente, lo que obliga a que existan abogados permanentes y externos que atiendan las demandas en contra del Estado.” De esta forma, por ser un actor frecuente, debería obtener unos mejores resultados en cuanto que la experiencia obtenida le genera ventajas en los procesos que se adelanten en contra del Estado. De acuerdo con esto, el Estado debería tener una gran experiencia en procesos jurídicos. No aprovecha las economías de escala que genera su inmensa actividad jurídica, con altos niveles de rotación de los abogados permanentes y una baja capacidad de reclutamiento de nuevos.

En directa relación con lo expuesto por Helena Alviar García y Diego López Medina, el doctor Rodrigo Uprimny Yepes en su *Diagnóstico sobre la defensa judicial del Estado colombiano*, realizado en el año 2005, sostiene

que existen esfuerzos tanto a nivel local, como nacional, por la defensa del Estado, creando unas estrategias de defensa que le permiten ser preventivo y generar resultados positivos en la administración pública. Sin embargo, es de anotar que en las falencias en la defensa judicial los defensores del Estado juegan un papel principal y debido a esto es importante analizar aspectos relevantes como lo concerniente a la remuneración, la sobrecarga laboral y los incentivos, entre otros temas.

Para un desarrollo adecuado de los procesos en los frentes de asesoría jurídica, producción normativa, defensa judicial y contratación es necesario que las entidades cuenten con una serie de bases de datos que contengan, entre otra información, los conceptos emitidos por la entidad y todos sus antecedentes, la normatividad vigente relativa a su competencia, todos los procesos de defensa que ha llevado cada una de ellas y los respectivos procesos de contratación. Estas bases de datos deben ser completas, consistentes, de fácil acceso, actualizadas de manera permanente, alimentadas de manera correcta por los funcionarios y controladas por los coordinadores o jefes de área. Igualmente, existen elementos exógenos al sistema que lo afectan, como la falta de coherencia en la jurisprudencia, y otros endógenos como la no inclusión de procesos inactivos que pueden servir para los índices e indicadores. Este último resulta ser uno de los mayores defectos del sistema, que no arroja indicadores útiles. En general, se percibe una falta de interés de todas las entidades por identificar aquellas necesidades y requerimientos tecnológicos que podrían generar cambios y facilitar la labor de las áreas jurídicas de las mismas. Es pertinente tomar el ejemplo de la corriente mundial en manejo y estrategia de la gestión jurídica pública cuya tendencia es evitar los conflictos jurídicos en los que se involucre el patrimonio del Estado.

*Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia* es un documento de estado de investigación del Centro de Investigaciones Socioju-

ridicas (CIJUS), de la Universidad de los Andes, escrito en el año 1997 por César Rodríguez G., Rodrigo Uprimny y Mauricio García en el que se establece que tras la reforma constitucional de 1991, se observó un papel decisivo en los temas políticos y jurídicos por parte de los jueces. A pesar de los esfuerzos por encontrar un sistema jurídico más eficiente llevando a un nivel más elevado la investigación en Colombia, se ha llegado a investigaciones que comprometen la responsabilidad gubernamental.

En lo relacionado con la responsabilidad patrimonial del Estado en lo concerniente al daño antijurídico hay que tener presente que el error jurisdiccional puede ser de hecho o de derecho. Es error de hecho cuando el juez equivocadamente razona y da por establecido un hecho no ocurrido o da por no establecido un hecho que sí ocurrió, y que además está plenamente demostrado. Y es un error jurisdiccional de derecho cuando el juez decide con desconocimiento del derecho, o se revela y no aplica la ley que regula el hecho, o interpreta erróneamente la norma que aplica.

Una vez explicada la diferenciación, es importante analizar la imputabilidad al órgano estatal: para que sea imputable el daño causado debe guardar relación con el bien jurídico vulnerado, pero esta imputación se hace sin necesidad de identificar el agente estatal o el servidor público ya que se sigue con un criterio de anonimato. La lesión causada es antijurídica, por lo cual es necesaria la existencia de una relación de causalidad. El fundamento de la responsabilidad administrativa desplaza el concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

Los métodos alternativos de solución de conflicto fueron también objeto de la presente in-

investigación y respecto al tema se puede concluir con fundamento en estudios jurídicos que se reflejan las características de la justicia impuesta y la justicia no adversarial. La primera tiene como característica que judicializa el conflicto, silogismo jurídico para encontrar solución, lo justo está en normas, el juez siempre debe fallar, debate probatorio dirigido a probar la verdad, la solución solo alcanza el caso concreto, no repara la relación social, la reparación alcanzada es estrictamente jurídica, solución gana-pierde, se busca la verdad posicional para aplicar la norma, posibilidad de más conflictos y esfuerzo fiscal vs. Congestión: resultados no satisfactorios. La segunda, solo se judicializa ante la imposibilidad del acuerdo, negociación para encontrar solución, lo justo está en el acuerdo, el acuerdo solo se produce a voluntad de las partes respetando el orden público, la solución alcanza el interés de las partes, si repara la relación social, la reparación no es solo jurídica sino que trasciende a la sociedad, es una solución gana-gana, no se busca la verdad sino lo justo y tiende a disminuir el número de conflictos.

Según otros estudios realizados en Colombia, se presentó un incremento de 33% en el costo de la justicia para el Estado, en el lapso de tiempo comprendido entre 1998 y 2006. Si bien se han destinado altos recursos para la administración de justicia, es necesario hacer inversiones que garanticen el acceso a la misma, que continúa siendo uno de los factores determinantes en la calificación que se le puede hacer a la justicia colombiana. En la Constitución se extiende facultades a particulares con el fin de agilizar los procesos y es así como surgen los métodos alternativos de solución de conflictos, como el arbitramento, la conciliación y mediación. Denominados operadores no formales de la justicia.

La mediación surge como mecanismo facilitador de solución de una controversia que tiene similitud con el arbitramento y la conciliación. La mediación es la fórmula menos reglamentada, no está limitada por precedentes legales. No es mecanismo completamente nuevo en

Colombia, a pesar de la falta de normatividad al respecto. La mediación es, por principio y sobre todo, un proceso que trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver, como alternativa a la violencia, la autoayuda o el litigio. Es un proceso mediante el cual los actores del conflicto, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, alternativas y llegar a un acuerdo mutuo, que se ajuste a sus necesidades. Dentro de los fines de la mediación encontramos que es una instancia destinada a la desjudicialización de los conflictos, es uno de los medios más ágiles, eficaces y económicos para la superación de situaciones conflictivas. Mediante este proceso, se busca esencialmente: reducir la hostilidad entre las partes, ayudar a las partes a comprender las necesidades del otro, formular interrogantes que permitan esclarecer los intereses, coadyuvar al planteamiento y aclaración de cuestiones que no han sido resueltas. Es un proceso en el que una tercera parte neutral ayuda a las partes a llegar a un acuerdo. En este momento existen varias etapas, las cuales analizaremos: introducción; el mediador debe proporcionar la estructura inicial, obtener la confianza y cooperación de los participantes y fomentar su intervención en el proceso, así mismo debe recabar de las partes información acerca de las percepciones del litigio, sus metas y expectativas.

Respecto de la efectividad de la conciliación salen a la vista varios aspectos:

1) Temor de los servicios públicos de comprometer el patrimonio de las entidades públicas.

2) Se encuentra el hecho de que en Colombia todavía se educa a los abogados para concebir el litigio como único mecanismo beneficioso a los intereses de la parte que representan.

3) La poca orientación por parte de los jueces en el proceso conciliatorio.

A pesar de las restricciones del campo en que es viable, la conciliación ha tenido un fuerte impacto en asuntos contractuales y de reparación directa en 9,1%; por otra parte los asuntos contractuales resueltos mediante la conciliación en 14,3%.

Conciliación prejudicial: amparado en las siguientes normas, ley 23 de 1991, ley 80 de 1993, se abrió la posibilidad en Colombia de que las acciones de reparación directa, contractuales, de nulidad y restablecimiento del derecho puedan resolverse mediante el mecanismo de la conciliación.

Retomando el tema de responsabilidad, del Estado es importante tener presente las fallencias del sistema que obstaculizan la efectividad como la falta de planificación en la contratación estatal, la administración se fija en el cumplimiento de formalidades pequeñas obstaculizando el funcionamiento. Adicional a esto, en el control de ejecución se aplican facultades excepcionales que tienen un trasfondo de arbitrariedad, porque la entidad la ejerce para que después el juez decida. Igualmente, es necesario tener en cuenta que en la responsabilidad contractual el principio de reparación no es el principio de reparación integral y que los perjuicios que son indemnizables son solo aquellos que pudieron preverse al momento de la contratación, son los procesos previsibles.

Finalmente, los resultados arrojados por este proceso de análisis e investigación se centran en que en Colombia se han dado importantes avances en la búsqueda de una eficaz administración de justicia en materia contencioso administrativa, como la implementación de formas de resolución alternativas de conflictos a través de la Ley 23 de 1991. A pesar de esto, es evidente la existencia de una gran congestión en los estrados judiciales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este se debe a las razones ya expuestas a lo largo de esta investigación, donde lo que se puede considerar relevante son factores como el mejoramiento del

sistema de información de pleitos de la nación, sobrecarga de procesos a los profesionales que litigan para el Estado, la ineficacia de la justicia, el fortalecimiento de los métodos alternativos de solución de conflictos, el mejoramiento de las políticas y estrategias de la defensa judicial del Estado y la existencia de litigios innecesarios y extractivos en contra del Estado.

### **Conclusiones del diagnóstico de los textos estudiados**

#### **1. Sobrecarga de procesos a los profesionales que litigan para el Estado.**

“La carga de trabajo por las demandas de tutela es alta en los tribunales superiores, si se tiene en cuenta que el número de ellos es muy inferior al de los juzgados municipales o del circuito. El número de tutelas que llegan en primera instancia ante los tribunales superiores explica el alto número que llega, por vías de impugnación, a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado”. (Uprimny, R. 2005. *Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia*. Pág. 28)<sup>4</sup>.

Esta conclusión se evidencia en la mayoría de los documentos que hacen un diagnóstico de la organización de la defensa jurídica del Estado e implica consecuencias graves en el accionar de los abogados que tienen a su cargo los asuntos contra el Estado, con las correspondientes consecuencias para destino de los asuntos y el efecto de las sentencias. Así pues, sostiene Uprimny en un texto posterior: “Existe cierto cansancio en el litigio por parte de los defensores del Estado. Lo anterior se refiere a que, cuando se presenta la demanda la responden, en la mayoría de los casos, pero de manera extemporánea. Sin embargo, cuando se llega a los alegatos de conclusión parece que ya los abogados, por sobrecarga, están un poco más cansados y, entonces, en un número significativamente mayor de casos, no hay alegatos de conclusión. En una segunda instancia no hay

alegatos sólidos y eso se traduce en que, en un número más significativo de casos, el Estado es más condenado en segunda que en primera instancia”<sup>5</sup>.

Esta situación se contrasta incluso en las mismas instituciones según lo sostiene el mismo autor: “En una entrevista del Ministerio de la Protección Social se habla de 2600 casos que debían ser atendidos por cinco abogados, y en el Ministerio de Educación se habla de que el promedio era 500 casos por abogado”<sup>6</sup>.

En el mismo sentido, concluyen este diagnóstico Helena Alviar, Diego López y César Rodríguez en el estudio que “De Justicia” realizó en el año 2005 sobre la materia: “Aunque tradicionalmente el problema de la congestión es analizado desde el punto de vista judicial, este punto fue mencionado en la mayoría de las entrevistas y se refiere a la gran cantidad de procesos que deben llevar los abogados internos de los organismos del Estado. Según esta queja constante, no existe una proporción adecuada entre el número de procesos en los que el Estado es parte (en su gran mayoría como parte demandada) y el número de abogados que lo representan. Así por ejemplo, el Ministerio de la Protección Social reportó la existencia de 2600 procesos que deben ser atendidos por tan solo cinco abogados. Por su parte, el jefe de la oficina jurídica del Ministerio de Educación sostuvo que en dicha dependencia se ha alcanzado, en ocasiones, la cifra de 500 procesos por abogado. Así mismo, los representantes de la Fiduciaria la Previsora (la cual administra el fondo de prestaciones sociales del magisterio) que fueron entrevistados, informaron que para la defensa de dicho fondo en los estrados judiciales cuentan con 18 abogados, cada uno encargado de 780 procesos aproximadamente”<sup>7</sup>.

2. **La necesidad de mejorar el sistema de información de pleitos de la Nación.** En ese orden de ideas, la herramienta de obtención de información debe ser cuidadosamente diseñada a

fin de incluir las variables necesarias y suficientes para la construcción de los indicadores de gestión que permitan, a la postre, el mejoramiento de la defensa judicial estatal. Pero, desde luego, el punto central radica en el diseño y operación del sistema de indicadores apropiado, aspecto que al parecer no se ha desarrollado en el estado actual de avance de LITIGOB<sup>8</sup>.

Otro aspecto de principal relevancia en la materia es la necesidad imperiosa de establecer un sistema coordinado de información, con variables bien definidas e información actualizada que permita medir la eficiencia de la defensa jurídica del Estado y contar con estadísticas claras al respecto.

Sobre este punto, son reiterativas las coincidencias con otros textos, así por ejemplo, Uprimny sostiene que “En materia de información, a pesar de que se ha avanzado en estrategias de sistematización de la información hay, sin embargo, problemas de sistematización de la información que dificultan estrategias más proactivas y estructurales de gestión jurídica del Estado. En términos de archivos judiciales es mucho lo que hay que avanzar a pesar de no ser un asunto del ejecutivo, sino más del Consejo Superior de la Judicatura”<sup>9</sup>.

Y es que al respecto, como antes lo ha sostenido esta misma institución, “La carencia de un sistema de información que contabilizara y unificara el número de procesos en los que se encontraba involucrado el Distrito Capital. La falta de instrumentos y métodos que permitieran llevar un control sobre el movimiento de los procesos y de los términos procesales. La inexistencia de una ‘historia institucional de la defensa judicial’ que permitiera identificar las principales causas de condenas proferidas contra el Distrito. Esta falta de memoria institucional, o de una base de datos jurisprudencial, llevaba a que fuera imposible diseñar políticas a largo plazo cuyo objetivo fuera prevenir futuras demandas”<sup>10</sup>.

- 3. Litigios innecesarios y extractivos en contra del Estado.** “Lo que se encontró es que hay litigantes muy frecuentes frente al Estado, estos litigantes no eran tan inocentes es decir tan ocasionales. No correspondía simplemente a la imagen del ciudadano atropellado en sus derechos y busca a un abogado para que lleve el caso, lo que se encontró es que hay litigantes muy frecuentes frente al Estado, es lo que se denomina estrategias de litigio extractivo frente a los recursos públicos y por parte de ciertas grandes oficinas de abogados. Se observa que en un número muy significativo las demandas laborales e individuales contra el Estado, se manejaban por las mismas oficinas de siempre”<sup>11</sup>.

Dentro de los problemas exógenos que se analizan en diversos estudios, uno de los que más frecuentemente se nombran es el de la estructuración de una forma de negocio que consiste en litigar sistemáticamente contra el Estado. La falta de defensa organizada y profunda por parte de las entidades estatales, las dificultades en el conocimiento de las normas que resultan tan prolíficas como confusas y los elevados montos de la reparación administrativa se convierten en incentivos bastante atractivos para que ciertos abogados hagan del litigio contra el Estado una forma de negocio.

- 4. La ineficacia de la justicia y de los profesionales que litigan para el Estado.** “Pese a ser un litigante permanente, el Estado parece desconocer la técnica jurídica y pierde en la mayoría de los litigios, esto es muestra de una falta de preparación adecuada de los defensores o por lo menos de una falta de aprehensión de la experiencia que permitiría no volver a cometer los mismos errores”<sup>12</sup>.
- 5. Desequilibrio entre las indemnizaciones por pleitos de origen contrac-**

**tual y aquellas por pleitos laborales o extracontractuales administrativos.** En Colombia, las leyes y jurisprudencias sobre indemnizaciones contractuales son muy generosas con los contratistas particulares y exceden incluso los estándares europeos; por el contrario, las leyes sobre indemnizaciones laborales y por responsabilidad extracontractual son relativamente razonables y acordes con las posibilidades de un país de escasos recursos como Colombia<sup>13</sup>.

Según el autor, eso se debe al mayor poder de presión de los contratistas particulares, que son grandes empresarios, en comparación con la falta de cabildeo de las víctimas individuales y ocasionales de la falla del Estado en materia laboral o extracontractual. No existe una política pública de indemnizaciones, sino que el actual Estado del Arte en la materia es consecuencia de las conquistas de los intereses privados.

Efectivamente, como lo explica el Dr. Correa (2003: 26) “las diferentes clases de procesos tienen distinto peso en el monto de las condenas, así: un estudio hecho por la Contraloría General para el período comprendido entre 1995 y 1997 arrojó el siguiente resultado: por todas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho se pagaron treinta mil millones en 3397 procesos, desagregados así: por acciones laborales se pagaron veintidós mil millones en 3036 procesos y por las acciones diferentes a las laborales (por ejemplo multas) se pagaron ocho mil millones en 361 procesos. Por reparación directa se pagaron ciento veinte mil millones en 1988 procesos, casi todos en el sector defensa. Y por acciones contractuales se pagaron setenta y ocho mil millones de pesos en 278 procesos”.

- 6. Existe una proliferación y dispersión normativa que genera incertidumbre sobre el marco jurídico que rige el sistema de responsabilidad del**

**Estado en Colombia, lo que afecta la seguridad jurídica. Dicha proliferación viene tanto de la parte normativa como de la falta de una jurisprudencia coherente en la materia.** “Uno de los problemas jurídicos más graves que tiene Colombia es el relacionado con la polución normativa; (...). Básicamente durante la vigencia de la Constitución Política de 1991 se ha disparado la producción normativa, tendencia que viene en incremento desde el año 1986, año en el cual se comenzó con la elección popular de alcaldes. Entre el año 1986 y el año 2004 se expidieron en Colombia 8176 normas y apenas en ocho años, entre 1996 y el 2004, salieron 4090 normas” (Mejía, 2007: 33)<sup>14</sup>.

Según Mejía (2007) en su libro, con base en el informe de la tercera reunión Intersectorial de Gestión Jurídica del Estado, es evidente que existe una proliferación exorbitante de normas que regulan el tema de la responsabilidad administrativa, lo cual a su vez ataca la seguridad jurídica, dificulta la posibilidad de estrategias de defensa y genera el ambiente para que se den casos de corrupción.

- 7. Inexistencia de información exacta y actualizada sobre los litigios estatales.** Hasta el año 2005 no existían cifras medianamente consolidadas sobre sectores demandados, valor de las retenciones por sector y la discriminación sobre cada uno de los organismos y las entidades que conforman un determinado fragmento de la administración pública, con sus respectivas demandas y procesos en curso. (...) No obstante, hasta el momento no se tiene totalmente consolidada la información, habida cuenta que muchas entidades y organismos no contestaron la encuesta enviada por el Ministerio del Interior y de Justicia. (*Diagnóstico y*

*situación de la gestión judicial.* (2004, junio). Fuente: Ministerio del interior y de Justicia)<sup>15</sup>.

Al fenómeno de la falta de información adecuada y suficiente en la materia, se le suma una evidente desorganización que va desde: “falta un esfuerzo por conceptualización sobre lo que entendemos por una adecuada defensa judicial del Estado”<sup>16</sup>, hasta la falta de una política pública concreta en la materia, todo ello, claro está, en razón de la falta de conocimientos concretos sobre el alcance de la situación.

- 8. Entre las entidades demandadas, es el Ministerio de Defensa la entidad con mayor número de casos y respecto de las causas más frecuentes de litigio se destaca el tema laboral administrativo y el extracontractual<sup>17</sup>.**

Como lo muestran las tablas a continuación, creadas por el Dr. Mejía Azuero con base en la información del Ministerio del Interior y Justicia del año 2005, el Ministerio con mayor número de demandas es el de Defensa, de las cuales incluso es posible extraer la gran mayoría de casos que terminan en estrados internacionales. Por otra parte, el monto más elevado de las demandas se da en las relaciones contractuales y es el Ministerio de Transporte quien debe pagar mayores cifras.

Esta información se reitera con lo visto en el informe presentado por Helena Alviar García y Diego López Medina en el año 2003 a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá llamado *Hacia la reforma de la gestión jurídica pública*, se logró recuperar la siguiente información: la existencia de 4708 procesos en contra del Distrito. No se logró recaudar la información completa de la totalidad de procesos, el número de procesos con la información completa al término de la investigación fue 3680. De los 3680 procesos con información completa, el estudio concluyó que 3392 están representados por abogados funcionarios de la

Oficina de Asuntos Judiciales y 288 por abogados externos. De una muestra de 129 sentencias se encontraron las siguientes conclusiones en cuanto a los tipos de procesos: el 56% de los procesos eran de naturaleza laboral, la mitad de conflictos laborales ordinarios y la otra mitad a procesos laborales contencioso administrativos; el 2% eran procesos especiales por fuero sindical; el 19% eran conciliaciones, y el 8% eran acciones populares y de reparación directa.

- 9. Necesidad del fortalecimiento a los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos.** La mayoría de los autores coinciden en la necesidad de fortalecer el uso de los MASC como un medio para aligerar la justicia y aminorar los costos de defensa del Estado en Colombia, al tiempo que son conscientes de que existe una mejoría palpable en el uso de los mismos.

Al respecto, resulta sumamente interesante el siguiente extracto del texto de De Justicia del año 2005<sup>18</sup>:

El viraje en la defensa judicial del Estado hacia los MASC es típica de comienzos del siglo XXI y tiene como fuente la intención de atacar uno de los problemas fundamentales que desincentivaban la contratación con el Estado así como la inversión extranjera en sectores estratégicos de la economía nacional. Este problema se relacionó con la congestión y demora en la administración estatal de justicia. Sin embargo, la aplicación de los MASC a litigios donde el Estado es parte no ha sido fácil: en estos se ha señalado una pretendida tensión entre la defensa celosa de los intereses público-estatales y las técnicas pragmáticas e informales de resolución de conflictos que usualmente se incorporan a los MASC. Es por esta tensión, que el giro legal hacia los MASC en el país, realizado desde el comienzo de la década de los noventa, introdujo im-

portantes talanqueras legales a que dichas técnicas fueran utilizadas en conflictos en los que el Estado era parte. Aunque estos límites legales se han venido removiendo con el tiempo, es todavía frecuente oír la queja de la incompatibilidad cultural existente entre el litigio de los intereses del Estado y la aplicación de técnicas provenientes de los MASC. De acuerdo con este argumento, la defensa de los intereses del Estado debe procurarse de la manera más estricta y rigurosa posible de forma tal que solo puede establecerse la responsabilidad, falta, culpa o error del Estado luego del desarrollo de un proceso judicial completo.

Este giro legal se dio a través de expedición de normas como la ley 23 de 1991 “por la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, y se dictan otras disposiciones”; la ley 446 de 1998 “por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”; y el decreto 1818 de 1998 “por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”. En materia de arbitraje dentro de procesos contractuales, fue fundamental la ley 80 de 1993 que en su artículo 70 estableció las condiciones que debían cumplir las cláusulas compromisorias en los contratos estatales y en sus artículos 226 y siguientes determinó las condiciones en que se desarrolla este mecanismo en materia contractual. Sobre este punto puede consultarse el documento de la contraloría delegada para el sector Defensa, Justicia y Seguridad, titulado *Sentencias y conciliaciones en las entida-*

*des del sector Defensa, Justicia y Seguridad: ¿El Estado condenado?*. Bogotá, abril de 2003.

**10. Mejoramiento de las políticas y estrategias de la Defensa Judicial del Estado (D.J.E.).** El reconocimiento de la importancia del diseño de estrategias, la reorganización institucional, la búsqueda de una gestión jurídica más proactiva estructural, preventiva más que puramente reactiva y coyuntural y que responda a las demandas de los ciudadanos<sup>19</sup>.

Al parecer, existe un avance notable y una preocupación creciente por parte del Estado para establecer estrategias que le permitan lograr una defensa jurídica adecuada y eficiente. Casos locales como el del Distrito Capital pueden servir de ejemplo a la hora de crear tácticas que permitan mejorar la gestión de los litigios.

“El Estado colombiano ha empezado a reflexionar de manera sistemática, aunque con alguna tardanza, sobre la manera como se satisface su inmensa demanda de servicios jurídicos. La vanguardia en estos procesos ha sido tomada por la nación de un lado y por el Distrito Capital del otro<sup>20</sup> con el patrocinio activo de las instituciones multilaterales que promueven estrategias de ‘good governance’ en América Latina. Es relativamente claro que en los años venideros el Estado colombiano ampliará los esfuerzos dedicados a diseñar e implementar una reforma más o menos integral a la Gestión Jurídica Estatal<sup>21</sup>.”

## 2. Recomendaciones

1. Es necesario establecer una política preventiva del daño antijurídico. Dada la existencia de una repetición constante de demandas por situaciones similares, es posible anticiparse para evitar que se sigan cometiendo este tipo de hechos<sup>22</sup>.

2. Una de las recomendaciones concordantes con el trabajo actual es la de realizar una consultoría jurídica especializada, que a partir de tipificar los distintos tipos de negocios judiciales que llevan las entidades, defina los *indicadores básicos* que son requeridos, para dotar a la nación de políticas y estrategias preventivas en esta materia, y con base en los cuales se debe solicitar la información a las entidades públicas<sup>23</sup>.
3. En materia del funcionamiento del Litigob “una pieza fundamental para el diseño de políticas preventivas es el *conocimiento organizado de los datos históricos*; de esta manera, deben existir indicadores que permitan describir la historia de lo actuado, y *clasificar los procesos* teniendo en cuenta no solo su etapa actual, sino si están activos, fallados o archivados<sup>24</sup>.”
4. Para el buen funcionamiento de Litigob, la herramienta de obtención de información debe ser cuidadosamente diseñada, a fin de incluir las variables necesarias y suficientes para la construcción de los indicadores de gestión que permitan a la postre el mejoramiento de la defensa judicial estatal<sup>25</sup>.
5. Estructurar el sistema de información de manera que ninguna entidad deba generar o registrar información en distintos formatos para distintos organismos, sino en una sola herramienta que debe alimentar las necesidades del conjunto de elementos constitutivos del sistema<sup>26</sup>.
6. Para resolver el cuello de botella creado por la alimentación del sistema es fundamental generar incentivos a los responsables de dicha alimentación. A manera de ejemplo, podría pensar-

se condicionar el pago a los abogados externos al cumplimiento de esta obligación<sup>27</sup>.

7. Para un desarrollo adecuado de los procesos en los frentes de asesoría jurídica, producción normativa, defensa judicial y contratación es necesario que las entidades cuenten con una serie de bases de datos que contengan, entre otra información, los conceptos emitidos por la entidad y todos sus antecedentes, la normatividad vigente relativa a su competencia, todos los procesos de defensa que ha llevado cada una de ellas y los respectivos procesos de contratación. Estas bases de datos deben ser completas, consistentes, de fácil acceso, actualizadas permanentemente, alimentadas por los funcionarios de manera correcta, y controladas por los coordinadores o jefes de área<sup>28</sup>.
8. Es muy importante que el Ministerio del Interior y de Justicia, como máxima autoridad administrativa, siga produciendo doctrinas sobre conciliación para continuar orientando la labor de conciliadores y fijando criterios técnicos a los centros de conciliación<sup>29</sup>.
9. Es necesario que las entidades públicas del orden nacional se integren y participen en la construcción de la línea institucional de conciliación para configurar así una línea sectorial<sup>30</sup>.
10. Es necesario aumentar el número de abogados y así disminuir la sobrecarga laboral. Cuando se presenta la demanda la responden, en la mayoría de los casos, pero de manera extemporánea. Sin embargo, cuando se llega a los alegatos de conclusión parece que ya los abogados, por sobrecarga, están un poco más cansados y, entonces, en

un número significativamente mayor de casos, no hay alegatos de conclusión. En una segunda instancia no hay alegatos sólidos y eso se traduce en que, en un número más significativo de casos, el Estado es más condenado en segunda que en primera instancia<sup>31</sup>.

11. Sería recomendable estructurar oficinas más eficientes para la defensa jurídica de las entidades públicas en donde, por ejemplo, se escojan los casos según criterios de pretensiones y fondo, de tal manera que exista una planta permanente para los casos corrientes y para los casos más complejos, la entidad pueda contratar abogados externos de alto nivel que garanticen una alta calidad de la defensa de la entidad. Así por ejemplo, recomienda el Dr. Uprimny que para los procesos de segunda instancia en donde se condene al Estado en primera instancia, hacer una contratación externa de abogados expertos en estas etapas procesales con el fin de hacer una gestión jurídica de defensa adecuada y coherente con la política del GJE. Colocando al Estado en igualdad de condiciones frente a las oficinas de abogados litigantes extractivos, quienes sabemos son litigantes frecuentes en contra del Estado y obtienen un beneficio económico de esta serie de demandas administrativas. Con la contratación de abogados externos se disminuye la carga laboral que deben asumir los abogados litigantes de Estado, permitiendo que de esta manera las primeras instancias procesales sean asumidas responsablemente, y llevadas hasta su última etapa procesal de esta manera. Sin embargo, para que esto sea posible es necesario hacer un adecuado control sobre la contratación que se realice a dichos abogados externos, en cuanto se refiere a los recursos destinados para ello, y de igual manera que no

se contrate abogados que tengan algún tipo de impedimento en el proceso para el cual son solicitados.

12. Con la experiencia adquirida por las entidades, a través de los litigios en que han sido demandadas y según los resultados de los mismos, es posible para las mismas hacer una priorización de temas, para escoger en qué casos vale la pena continuar con el litigio y en qué casos resultaría más beneficioso para la entidad acudir a la conciliación. La experiencia debe ser continuamente revisada porque constituye un insumo básico para establecer criterios de escogencia y tácticas de litigio.
13. Entregar bonificaciones a los servidores públicos que litigan para el Estado, y a los que en la gestión jurídica de defensa obtengan un buen resultado para este, consistentes en dinero o días libres. Esto con el fin de motivar al abogado litigante del Estado que vea en su esfuerzo por defender los intereses de este un incentivo suficiente para asumir el caso como suyo, pues como sabemos el erario público no tiene doliente, concepción que debe ser abolida por los servidores públicos y los ciudadanos en general.
14. Practicar un control y veeduría pública a los recursos destinados a los planes y estrategias de la gestión jurídica del Estado, pues de allí se proveerían los bienes necesarios para la contratación de abogados externos que asuman una defensa del Estado, el control que se realice sobre estos dineros públicos deberían tener el mismo control que los dineros destinados a los entes territoriales. No solo se protegerían los recursos para la contratación externa sino también para mejorar la sistema-

tización de la información de los procesos a nivel nacional.

15. Diseñar políticas fuertes en la estrategia de la gestión jurídica del Estado frente a las oficinas de abogados litigantes extractivos que deterioran el erario público. Frenando con esto las oleadas de demandas en contra del Estado y en general contra las entidades públicas, buscando implementar una defensa jurídica del Estado *proactiva* y no *reactiva*.
16. Diseñar una normatividad que obligue a los litigantes frecuentes en contra del Estado a realizar un aporte tributario que se determinará porcentualmente dependiendo de lo que gane como resultado del litigio frente al Estado. El producto de este impuesto puede destinarse a un fondo que sirva para pagar las condenas.

### 3. Recomendaciones en materia de investigación

1. Las investigaciones existentes se basan, en su gran mayoría, en cifras y estadísticas del Ministerio del Interior y Justicia que, según los mismos textos, resultan tener poca exactitud. Los textos más recientes basan sus conclusiones en fuentes indirectas que son, o bien estudios anteriores o bien las citadas cifras del ministerio. En ese sentido, habida cuenta de que las investigaciones realizadas desde fuentes directas tienen más de cinco años de antigüedad, se hace indispensable que una nueva investigación construya sus propias cifras adelantando sus barridos de información desde fuentes directas.
2. El fenómeno de estudio es complejo, implica factores endógenos y exógenos de la institucionalidad del Estado, implica elementos sociológicos y éticos que no

- pueden ser desatendidos, y especialmente implica una comprensión global de la problemática nacional antes de adelantar cualquier conclusión. En ese sentido, es indispensable una investigación que incorpore una visión holística de la problemática. No es suficiente con una visión econométrica del problema ni con una recomendación de tipo tecnológico, sino que la indagación de las causas debe pretender abarcar todos los aspectos implicados posibles y las recomendaciones deben tener en cuenta tanto la perspectiva social como la perspectiva jurídica, económica, política y toda aquella que resulte pertinente.
3. Es importante que se construyan investigaciones propositivas. Hasta ahora buena parte de las investigaciones tienen como fin hacer diagnósticos de la situación y se concentran en hacer explícita la problemática sin que el esfuerzo en el parte de recomendaciones sea equilibrado, al menos en lo que en metodología trata. Se hace necesario que las nuevas investigaciones estén destinadas a proponer formulas de solución y que concentren su esfuerzo metodológico en esa parte, a través de la convalidación de sus propuestas, de la investigación comparada y del análisis de relación entre costo y efecto.
  4. Las causas del daño antijurídico no han sido suficientemente analizadas, por lo cual se hace necesaria una investigación a partir de fuentes primarias, que permitan comprender con claridad las razones del mismo y proponer formulas de solución. La concentración de las investigaciones ha estado dedicada al efecto del daño antijurídico, a los costos de las reparaciones, pero el tema de las causas ha sido dejado de lado. Sin lugar a dudas, es indispensable partir de una investigación que distinga las *causas* de las causales y que realice un esfuerzo por determinar las principales *causas* del daño antijurídico estatal.
  5. Es necesario realizar un trabajo de investigación con una metodología coherente, explícita y convalidada. La complejidad del caso así lo hace necesario. Existe una enorme cantidad de documentos basados en estudios someros o descriptivos, pero hay una carencia notable de estudios profundos, con metodologías claras, que permitan ser contrastados y que generen conclusiones nuevas.

## Referencias

- Alviar García, H. & López Medina, D. (2003). *Hacia la reforma de la gestión jurídica pública*. Bogotá. Informe final presentado a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá. 43 páginas.
- Bermúdez Muñoz, M. G. *Gerencia jurídica pública* Memorias del 2.º Seminario Internacional.
- Bernal Cuéllar, J. (2003). *Estado actual de la justicia colombiana*. 2.º Foro estado actual de la justicia en Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- De Sousa Santos, B. & García Villegas, M. (2001). *Caleidoscopio de las justicias en Colombia Tomo I*. Bogotá. Universidad de los Andes.
- Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Cijus. Universidad de los Andes - Ministerio De Justicia Y del Derecho. (1997). *Justicia administrativa*. Bogotá. Editorial Imprenta Nacional de Colombia.
- Corporación Excelencia en la Justicia. *Gasto público y desempeño de la justicia*, Informe n.º 1 (1997).
- Informe n.º 4 (1998). *Reforma judicial en Latinoamérica; premisas para el cambio*.
- Informe n.º 13 (1998). *Justicia y competitividad –en justicia y desarrollo*.

- Informe n.º 18 (1998). *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*.
- Informe n.º 17 (2001). *Compromiso ciudadano por la excelencia en la justicia*.
- Apuntes sobre el funcionamiento y los desafíos de la justicia*.
- Departamento Nacional de Planeación – DNP (2005). *INFORME AL CONGRESO*. p. 36 y ss. Gestión jurídica pública.
- Gorbaneff, Y. & Cabarcas, G. (2009). *Equilibrio económico y su efecto sobre la litigiosidad en la contratación pública en Colombia*. Bogotá.
- Medellín, C.; Malagón, C; Henao, J. C. & Veeduría Distrital (2000). *Defensa judicial de las entidades públicas*. Alcaldía Mayor de Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá.
- Mejía Azuero, J. C. *Situación, perspectivas y estrategias frente a la defensa del Estado. Hacia una propuesta integral de defensa del Estado*, 259 páginas. Editorial Biblioteca Jurídica Diké, dirigida por Eduardo Quiceno Álvarez. 1ª edición. \_
- Ministerio del Interior y de Justicia (2008). *Conciliación en derecho, arbitraje y mediación*. Bogotá.
- Monroy Cabra, M. G. (2007). *Métodos alternativos de solución de conflictos*. Oxford University Press. Colección textos jurídicos Oxford University Press.
- Parra Gutiérrez, W. R. (2003). *Responsabilidad patrimonial estatal – daño antijurídico. Responsabilidad objetiva doctrina y jurisprudencia*. Universidad Autónoma de Colombia. Grupo Editorial Ltda. Bogotá.
- Peña Sandoval, H. (2008). *La conciliación-Marco Legal en Colombia*. Bogotá.
- Peñafort Garcés, X., viceministra del Interior y de Justicia. (2006). *Concepto procedimiento conciliatorio*.
- Robayo Castillo, G. A. (1997). *La mediación, un medio pacífico para la solución de conflictos*. Defensoría del Pueblo. Serie texto de divulgación n.º 18.
- Silva García, G. (2001). *El mundo real de los abogados y de la justicia*. Universidad Externado de Colombia - ILSA Bogotá.
- Universidad Sergio Arboleda, Cámara de Comercio y el Instituto de Seguridad Jurídica y Probidad. (2009). *Producto n.º 1 documento de metodología y alcance de la consultoría componente dos*.
- Uprimny, R. (2005). *Diagnóstico sobre la defensa judicial del Estado colombiano*. Memorias del 2.º Seminario Internacional. Bogotá.
- Ureña Sánchez, M. I; Escobar S, J. A.; Velandia S, A. & Rodríguez, S. J. (2008). *Estudios jurídicos I*. Universidad la Gran Colombia. Bogotá.

#### Documentos consultados en medio virtual

- Aldana Valdés, E. (2009). *Remirada a la justicia en Colombia*. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: <http://www.revisitaaleph.com.co/component/k2/item/343-remirada-a-la-justicia-en-colombia>,
- Ariza de Zapata, B. (2006). El juez, el director del proceso en la jurisdicción contencioso administrativa. Mejoras prácticas para una pronta y cumplida justicia. *Revista Estudio Socio-jurídicos* Universidad del Rosario, enero-junio, año/vol. 8, número 001. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. p. 18. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/733/73380106.pdf>

- Contraloría General de la República. *Sentencias y conciliaciones en las entidades del sector defensa, justicia y seguridad*. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: [http://www.contraloriagen.gov.co/html/RevistaEC/pdfs/289\\_6finanzas\\_2sentencias.pdf](http://www.contraloriagen.gov.co/html/RevistaEC/pdfs/289_6finanzas_2sentencias.pdf)
- Contraloría General de la República (2003). *Aproximación a un análisis sistemático de la justicia colombiana*. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: [http://www.contraloriagen.gov.co/html/publicaciones/publicaciones\\_inicio.asp?contenido=http://www.contraloriagen.gov.co:8081/internet/html/publicaciones/por\\_dependencia\\_y\\_clase.jsp?dependencias=14&titulo\\_pagina=Defensa,%20Justicia%20y%20Seguridad](http://www.contraloriagen.gov.co/html/publicaciones/publicaciones_inicio.asp?contenido=http://www.contraloriagen.gov.co:8081/internet/html/publicaciones/por_dependencia_y_clase.jsp?dependencias=14&titulo_pagina=Defensa,%20Justicia%20y%20Seguridad)
- Contraloría General de la República (2003). *Respuestas no conflictivas a los conflictos*. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: [http://www.contraloriagen.gov.co:8081/internet/central\\_doc/Archivos/26/respuestas%20no%20conflictivas.pdf](http://www.contraloriagen.gov.co:8081/internet/central_doc/Archivos/26/respuestas%20no%20conflictivas.pdf)
- DNP. *2019 Visión Colombia. II Centenario - Garantizar una justicia eficiente*. Documento elaborado por: DNP. Dirección de Justicia y Seguridad. Imprenta Nacional de Colombia. Departamento Nacional de Planeación, 2008. ISBN: 958-8025-75-3, 100 páginas. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/2019/Documentos/Garantizar%20una%20justicia%20eficiente.pdf>
- DJS Aviar, H; López Medina, D. & Rodríguez, C. (2005). *Justicia mediante litigio*, 224 páginas. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: [http://74.125.47.132/search?q=cache:pRlcnYkY9J4J:dejusticia.org/adminfile.php%3Ftable%3Ddocumentos\\_publicacion%26field%3Darchivo%26id%3D40+%C2%BFJusticiamediantelitigio%2f&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://74.125.47.132/search?q=cache:pRlcnYkY9J4J:dejusticia.org/adminfile.php%3Ftable%3Ddocumentos_publicacion%26field%3Darchivo%26id%3D40+%C2%BFJusticiamediantelitigio%2f&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co)
- Documento de Transparencia por Colombia basado en el informe Final de la consultoría contratada con la Unión Temporal Marta Madrid Malo – Luz Emilse Rincón. *Análisis del Litigob. Sistema de información litigiosa y pasivos contingentes*. (2006, marzo). Revisión y edición: Badel, M; Rozo, M. de Transparencia por Colombia. Bogotá-Colombia. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: [www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/descargas/.../litigob.pdf](http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/descargas/.../litigob.pdf)
- Hammergren, L. (2002). *Quince años de la reforma judicial en América Latina*. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti.htm>
- Palomar Olmeda, A. ¿Cómo la justicia puede obstaculizar la propia justicia? Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/109187/justiciaobstaculiza3.pdf.2.002>
- Pedraza, D. (2002). *Descongestión de la justicia contencioso administrativa*. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti.htm>
- Peña Sandoval, H. (2009). *Procedimiento conciliatorio en Colombia*, 55 páginas. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: <http://www.monografias.com/trabajos-pdf2/conciliacion-requisito-procedibilidad/conciliacion-requisito-procedibilidad.pdf>
- Peña Sandoval, H. (2009). *La conciliación como requisito de procedibilidad -Línea Jurisprudencial-* Consultor MASC, 32 páginas. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: <http://www.monografias.com/trabajos-pdf2/conciliacion-requisito-procedibilidad/conciliacion-requisito-procedibilidad.pdf>

- Proyecto: PRAP-/PNUD-00042565. Contrato – 0000002387. *Diseño de modelos de gestión jurídica pública*. (2006, 6 de octubre). Documento final de la fase de evaluación crítica. Cuarto Informe. Diagnóstico de 40 entidades. Bogotá D.C., 361 páginas. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: [www.mij.gov.co/eContent/.../Doc-NewsNo1313DocumentNo3532.DOC](http://www.mij.gov.co/eContent/.../Doc-NewsNo1313DocumentNo3532.DOC)
- Rodríguez G, C; Uprimny, R; García, M. (2003). *Análisis sociojurídico de la justicia-*, 51 páginas. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: [http://www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=102:entreeprotagonismoylarutina&catid=10:textosjuridicos&Itemid=7](http://www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&id=102:entreeprotagonismoylarutina&catid=10:textosjuridicos&Itemid=7)
- Sáenz, F. (2002). *Naturaleza de las reformas judiciales en América Latina*. Consultado el 26 de febrero de 2010 desde: <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti.htm>