



Ánfora

ISSN: 0121-6538

anfora@autonoma.edu.co

Universidad Autónoma de Manizales

Colombia

Urrego Estrada, Gleidy Alexandra

La defensa jurídica y patrimonial del Estado colombiano: un reto institucional en el marco
de la gubernamentalidad

Ánfora, vol. 22, núm. 38, 2015, pp. 61-83

Universidad Autónoma de Manizales

Manizales, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357839273003>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La defensa jurídica y patrimonial del Estado colombiano: un reto institucional en el marco de la gubernamentalidad*

Legal and patrimonial defense of the Colombian State: an institutional challenge in the frame of governmentality

A defesa jurídica e patrimonial do Estado colombiano: um desafio institucional no âmbito da governamentalidade

Recibido el 11 de diciembre de 2014. Aceptado el 12 de abril de 2015

Gleidy Alexandra Urrego Estrada**
Colombia

Resumen

Objetivo: identificar la incidencia y articulación de la defensa jurídica del Estado con la gubernamentalidad, a partir de estrategias orientadas al autogobierno de las conductas de los servidores públicos, según la Ética Pública. **Metodología:** el enfoque del estudio es de carácter deductivo con dos fases transversales: i) revisión de fuentes documentales y ii) análisis de contenido de las fuentes. Se consideraron categorías como institucionalidad, valores éticos y técnicas de gobierno jurídico y las variables: eficacia, eficiencia y autogobierno. Se elaboraron fichas de análisis de información bibliográfica con base en el concepto de

* Artículo derivado de la investigación "Agencia Nacional Jurídica y patrimonial del Estado en Colombia: Ajuste y equilibrio de las finanzas públicas frente a las contingencias y demandas contra el Estado" del grupo de investigación Observatorio Público del Tecnológico de Antioquia-Institución Universitaria.

** Magíster en Hábitat. Profesora e investigadora del Tecnológico de Antioquia-Institución Universitaria. Correo electrónico: gleidy.urrego@gmail.com

gubernamentalidad de Michel Foucault. **Resultados:** se evidenció de articulación e incidencia de la defensa patrimonial y jurídica del Estado desde la gubernamentalidad. Se encontró apremiante establecer una estrategia para gobernar conductas y valoraciones personales en el proceder administrativo de los servidores públicos, a través de un tipo de poder ético que se puede llamar gobierno sobre todos los subordinados. **Conclusiones:** los daños antijurídicos contra el Estado no sólo afectan las finanzas públicas –pues los recursos fiscales que se destinan para resarcirlos no se programan presupuestalmente– sino que también debilitan la credibilidad de las actuaciones de quienes, en nombre del Estado, ejecutan funciones constitucionales. La defensa jurídica y patrimonial del Estado es un tema de competencia, de técnicas y prácticas administrativas; ante todo, de valores éticos en quienes representan al Estado en el quehacer político-administrativo.

Palabras claves: Gubernamentalidad, Defensa jurídica y patrimonial, Estado y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Abstract

Objective: to identify the incidence and articulation of the legal defense of the State with governmentality, based on strategies aimed at the self-government of public officials behavior according to public ethics. **Methodology:** this research has a deductive approach with two transverse phases: i) review of documentary sources and ii) content analysis of the sources. The institution, ethical values and techniques of legal Government and variables such as the effectiveness, efficiency, and self-government were taken into account. The concept of governmentality proposed by Michel Foucault was analyzed based on bibliographic information. **Results:** the articulation and incidence of the patrimonial and legal defense of the State from governmentality was evident. The need to establish a strategy to govern behavior and personal ratings in the administrative actions of public officials, through a kind of ethical power that can be called Government over all docile bodies was also identified. **Conclusions:** damage against the State does not only affect public finances – since fiscal resources allocated for that purpose are not budgeted-, it also weakens the credibility of the actions of those who, on behalf of the State, run constitutional functions. The legal and patrimonial defense of the State is a matter of competition, techniques and management practices, but it is mainly an issue of ethical values of those who represent the State in political and administrative life.

Keywords: Governmentality, legal and patrimonial defense, State and National agency for Legal Defense of the State.

Resumo

Objetivo: identificar a incidência e articulação da defesa jurídica do Estado com a governamentalidade, a partir de estratégias orientadas ao autogoverno das condutas dos servidores públicos, segundo a Ética Pública. **Metodologia:** o foco do estudo é de carácter dedutivo com duas fases transversais: i) revisão de fontes documentais e ii) análise de conteúdo das fontes. Consideraram-se categorias tais como institucionalidade, valores éticos e técnicas de governo jurídico e as variáveis: eficácia, eficiência e autogoverno. Elaboraram-se fichas de análise de informação bibliográfica com base no conceito de governamentalidade de Michel Foucault. **Resultados:** evidenciou-se articulação e incidência da defesa patrimonial e jurídica do Estado desde a governamentalidade. Encontrou-se urgente estabelecer uma estratégia para governar condutas e valorizações pessoais no procedimento administrativo dos servidores públicos, a través de um tipo de poder ético que pode ser chamado governo sobre todos os subordinados. **Conclusões:** os danos antijurídicos contra o Estado não só afetam as finanças públicas – pois os recursos fiscais que se destinam para resarcimentos não se programam orçamentalmente – mas também debilitam a credibilidade das atuações daqueles, que em nome do Estado, executam funções constitucionais. A defesa jurídica e patrimonial do Estado é um tema de competência, de técnicas e práticas administrativas; principalmente, de valores éticos naqueles que representam ao Estado no trabalho político-administrativo.

Palavras-chave: Governamentalidade, Defesa jurídica e patrimonial, Estado e Agência Nacional de Defesa Jurídica o Estado.

Introducción

La creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en el año 2011 (Ley 1444) tiene como propósito la prevención del daño antijurídico, sus efectos, la defensa pública y la protección efectiva del Estado en procesos litigiosos. Especialmente bajo tres componentes principales como: I) prevención del daño antijurídico, II) Protección efectiva del patrimonio público, y III) recuperación de recursos públicos a través de acciones de repetición.

En esa medida, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado tiene tres frentes que van desde el Sistema Único de Información Litigiosa, la Defensa Jurídica de los Intereses Litigiosos del Estado, hasta la formulación de Políticas y Estrategias para la prevención del daño antijurídico. Por la necesidad de actuar, intervenir y defender al Estado, el esfuerzo del gobierno actual se enfatiza en la renovación de la administración pública a través del establecimiento del Estado gerencial, la administración de lo público, la eficiencia, austeridad y los resultados.

De ahí que dicha Agencia es producto de un contexto polémico causado por: a) insuficiencia de recursos financieros, logísticos y de personal para implementar y fortalecer medidas de prevención del daño antijurídico estatal, lo cual reduzca las demandas en contra del Estado; b) ineficaz defensa de los intereses estatales, desde un ámbito técnico, organizacional y funcional, de las instituciones encargadas de la defensa legal; c) la no implementación de mecanismos alternos que solucionarán los conflictos entre la parte demandante y el Estado; d) no unificación de criterios jurídicos para defensa Estatal; y e) dificultad en el control y la consolidación de información de demandas en contra del Estado, que estuvieran en curso.

En esa instancia, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado argumenta que para el 2013, se tiene consolidado el porcentaje y el monto económico de los procesos que se han interpuesto en contra el Estado. En el informe de gestión del mismo año aparece que

El Sector Hacienda y Crédito Público lidera la lista con una participación de 22.8% del total de pretensiones en contra de la Nación. Este sector concentra el mayor valor de pretensiones para septiembre de 2013, las cuales ascienden a \$67 billones. En segundo lugar, el sector Defensa con un total de 139 procesos por encima de 20 mil millones, y tercer lugar la Fiscalía. En la actualidad existen 650

procesos de más de \$20.000 millones con unas pretensiones de \$126.8 billones que equivalen a 66% de las pretensiones en contra de la Nación” (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [ANDJE], 2013, p. 8).

Por su parte, los funcionarios son los principales sujetos activos en la implementación de directrices gubernamentales que busca llevar a cabo la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En primera instancia, estos son sujetos que traen, adoptan comportamientos y decisiones pasivas o ilícitas o ineficaces administrativa y financieramente en nombre del Estado y que recaen en contradicciones que deben ser resarcidas al ciudadano. En segunda instancia, en algunos casos los ciudadanos son pasivos al momento de cumplir su deber de control preventivo sobre las actuaciones de los servidores públicos.

Sin embargo, para los fines del presente artículo, se ahonda en la primera instancia, enfocada en las medidas gubernamentales para resarcir los daños jurídicos y pecuniarios. Esta instancia se centra en el cómo gobiernan los servidores públicos como sujetos que ejercen relaciones de poder en nombre del Estado y la necesidad de que estos mismos servidores autorregulen su conducta bajo los parámetros de ética pública.

Ahora bien, el presente trabajo revisa la excesiva litigiosidad contra el Estado, tal como lo señala la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado:

Durante el periodo 2000 – 2013. En materia de la contribución anual promedio de los sectores frente al pago de Sentencias y Conciliaciones durante los últimos trece años se tiene el siguiente escenario: Seguridad y Defensa 51%, Transporte 14.7%, Interior y Justicia 8.4%, Hacienda 5.5% y Fiscalía 4.7% (ANDJE, 2013, p. 4).

Las medidas para resarcir y/o evitar la litigiosidad se limita por parte de la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado a la identificación de procedimientos o actuaciones administrativas que presentan fallas y se constituyen como hechos generadores de daño jurídico de alcances patrimoniales y pecuniarios. Pero no se considera y articula técnicas y estrategias de gobierno orientadoras de conductas de los hombres que representan al Estado, que eviten, desde el autogobierno como medida de prevención, estos litigios. A modo de pregunta: ¿la falencia administrativa que ocasiona litigiosidad en las entidades públicas colombianas en desarrollo de sus actividades, se relaciona con el imperceptible modelo procedural de gobierno para autoformar las conductas éticas de quienes ejercen funciones en nombre del Estado?

En tanto, la presente investigación busca identificar la incidencia y articulación de la defensa jurídica del Estado con la gubernamentalidad, como condición necesaria para el desarrollo de una forma de gobierno racional, que esté enfocada hacia quienes ejercen funciones estatales, a partir de estrategias de gobierno orientadas al autogobierno de los servidores públicos y sus conductas, por medio de la ética pública.

La pertinencia y relevancia de la investigación se enfoca en reflexionar sobre la defensa jurídica del estado en relación con las actuaciones de los servidores públicos, como un diálogo político-administrativo permanente que se direcciona en la práctica y actividad estatal de gobernar las conductas de los hombres que lo representan, con una finalidad única de evitar demandas y erogaciones del Estado y la sociedad. Traducido al lenguaje de gestión pública, es reflexionar sobre la eficiencia y eficacia gubernamental, de tal forma que incorpore formas y racionalidades políticas en materia de responsabilidad patrimonial y pecuniaria de los servidores públicos.

Metodología

El enfoque del estudio es de carácter deductivo. Como lo muestra la tabla 1, el proceso se respaldó en dos fases transversales: i) revisión de fuentes documentales y ii) análisis de contenido de las fuentes, que consideran categorías como institucionalidad, valores éticos y técnicas de gobierno jurídico. Las variables que orientaron esta indagación fueron la eficacia, eficiencia y autogobierno. Se hizo lectura de documentos como informes de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre medidas estatales para el daño antijurídico y se elaboraron fichas de análisis de información bibliográfica relacionada con gubernamentalidad, respaldados en los planteamientos de Michel Foucault, sobre las formas de gobierno orientadas a ejercer poder, racionalidades políticas, técnicas y procedimientos de gobierno de los hombres. Y otra fuente de documentación fue la Ética Pública tópico en el que se contextualiza este estudio.

Tabla 1. Metodología

Ejes	Fases	Categorías	Variables	Técnica	Instrumentos
Defensa jurídica y patrimonial del Estado	1. Revisión de fuentes documentales 2. Análisis de contenido de las fuentes	Técnicas de gobierno jurídicas	Eficiencia Eficacia	Lectura y documentación	Análisis de información bibliográfica relacionada con gubernamentalidad desde Michel Foucault, ética pública e informes de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.
Gubernamentalidad		Institucionalidad	Autogobierno		
Ética pública		Ética	Valores éticos		

Fuente: elaboración propia

Resultados

A continuación se muestran los resultados desde varios ángulos: en principio la defensa del Estado y la gubernamentalidad. Luego, se trata la incidencia de la gubernamentalidad en la defensa jurídica y patrimonial del Estado, como un modelo que abarca un proceso administrativo de intervención y regulación desde la ética pública en el cumplimiento de las funciones constitucionales otorgadas al Estado.

La defensa del Estado y la gubernamentalidad

La responsabilidad pecuniaria y jurídica es tema que en Colombia no tiene asidero extenso y profundo en debates jurídicos, académicos y sociopolíticos, sobre todo institucionales (Gutiérrez, 2014; Gafe y Strazza, 2014). Un tema que en las esferas políticas se plantea como coyuntura y procedimiento administrativo que recae en sentencias, y el resarcimiento del daño causado por el mismo Estado se ampara en la justicia. Quienes actúan en nombre del Estado y generan un hecho adverso, inmediatamente el Estado entra a resarcirlo. Pero la responsabilidad pecuniaria y penal recae sobre este y pone de manifiesto la inoperatividad del mismo, en la medida que su papel, desde un enfoque administrativo, se limita a subsanar las falencias de su quehacer –garantizar bienestar y legitimidad antes sus gobernados–.

Señala la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en su manual 11 para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico los siguientes procedimientos para consolidar, por parte de los entes territoriales, las demandas contra el Estado:

i) La identificación de un problema; ii) una solución al problema: un plan de acción para eliminar o disminuir las situaciones generadoras de daño; iii) el costeo de dicha solución; iv) el cronograma para el uso de los recursos implicados en la solución y v) un plan para su seguimiento y evaluación. Así, el documento de la política de prevención del daño es un plan de acción integral a llevar a cabo por parte de la entidad para solucionar, mitigar o controlar la problemática generadora del daño (2014, pp. 11-12).

En esa medida, subsanar las falencias en el quehacer público –entiéndase público como lo referente a lo estatal– que como el mismo gobierno nacional ha manifestado a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Decreto 4585 y Decreto 4586 del 2011), conlleva a exteriorizar el deterioro de la legitimidad, y la afectación de las finanzas públicas, puesto que el resarcimiento del daño causado, específicamente por quienes ejercen funciones en nombre del Estado, son por vía económica. Según el Ministerio del Interior y de Justicia:

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 confluynen 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 (2004, p. 2)

De ahí que las finanzas públicas, específicamente el gasto público, en Colombia no se planifican en función de contingencias, obligaciones y responsabilidades emergentes. La programación y ejecución de las finanzas públicas están reglamentadas por el principio de que todo lo que se programa se ejecuta. Por tanto, el resarcimiento del daño por el Estado en el marco del presupuesto público está ante un fenómeno de proporciones económicas, agobiado por restricciones y la racionalización del gasto público. Al respecto, señala la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado:

En el último año se alcanzó un pico histórico para la Nación del orden de \$1.19 billones de pesos. Tan solo entre el 2011 y el 2012 los pagos realizados se incrementaron

en un 40%. Mientras en el año 2000 se cancelaron alrededor de \$201.032 millones, para el 2013 se tienen previstos \$1.07 billones. Para Agosto de 2013 se han realizado pagos por \$565.158 millones, equivalentes a una ejecución del 53%.

En el acumulado de los trece años analizados, el impacto en el Presupuesto General de la Nación alcanzó los \$6.19 billones de pesos. Esta cifra equivale al 3.3% del Presupuesto total apropiado por la Nación para el 2013 y el 14.13% de la apropación presupuestal para inversión del mismo año (2013, p. 4).

En efecto, la responsabilidad del Estado a través del resarcimiento de las demandas interpuestas en contra de él, implica un abultado y aún no cuantificado monto. Por una parte, la revista *Semana* el 30 de enero 2012 anunció la suma de 500.00 millones de dólares que estaría debiendo el Estado en materia de resarcimiento del daño; y por la otra parte, el Ministerio de Hacienda en conjunto con la Agencia Nacional no presenta un consolidado ajustado a la realidad del país. Si bien, las cargas que debe asumir el Estado en materia de obligaciones pecuniarias y penales son una realidad silenciosa, más allá de la afectación presupuestal evidente y la agilidad de la función judicial para determinar el grado de responsabilidad del Estado en los casos que se le imputan, es el reto, a su vez, propuesta de re-plantear el papel del Estado, el cual se instala en una perspectiva, un contexto político, económico y social.

El Conpes 3250 (2003) señala la relación entre las finanzas públicas y las demandas en contra del Estado:

Los datos no se consolidan bajo los mismos parámetros, ni se encuentran todas las entidades que han efectuado pagos. La información se presenta en forma dispersa y no se cuenta con consolidados que respondan a las necesidades de control y seguimiento para la toma oportuna de decisiones en beneficio de las finanzas públicas. No se poseen registros centralizados y confiables que permitan efectuar un seguimiento puntual sobre los procesos que en un momento determinado cursan contra la Nación, ni determinar su número, naturaleza, cuantía, causas que le dieron origen, partes, ni estado actual.

No existe centralización y uniformidad en las cifras de la actividad litigiosa del estado; las entidades no tienen una estimación real de las apropiaciones presupuestales necesarias y suficientes para cubrir el pago de las sentencias y conciliaciones en cada vigencia y, en la mayoría de ellas, no hay coordinación entre la oficina jurídica y las áreas financiera y contable, ya que la primera no informa a las segundas sobre la cuantía de los procesos en curso, ni sobre los fallos en primera instancia o definitivos (Conpes, 2003, pp. 5-6)

Ahora bien, establecer la ruta del Estado colombiano en materia de defensa patrimonial y jurídica es partir de las demandas políticas y económicas de la sociedad contemporánea, desde la capacidad por tomar decisiones de regulación de conflicto de índole administrativo hasta dirigir la dinámica interna hacia la gestión de conocimiento e información del funcionamiento y estructura estatal. Las demandas políticas y económicas son fuertemente incididas por el tipo de Estado que se expande y contrae a partir de la estructura y dirección del poder, derecho, procesos económicos e información, en un contexto de capacidad de cumplimiento de funciones y ámbito competencial. A propósito Foucault indica que:

En primer término, la idea de que el Estado posee en sí mismo una capacidad de expansión, al punto de hacerse cargo por completo de su otro, que es su exterior, su blanco y objeto, la sociedad civil. En segundo término, la creencia de un parentesco, una continuidad genética de implicación evolutiva, entre el Estado benefactor, el burocrático, el fascista, el totalitario. Todos los cuales son para la crítica, ramas sucesivas de un sólo y mismo árbol que crece en su continuidad y su unidad y que es el gran árbol estatal. Cuando en realidad los diferentes tipos de Estado no tienen la misma cepa, no son la misma cosa, ni tienen la misma forma. Estos dos elementos son el lugar común de la crítica actual al Estado (2007, p. 219).

El Estado contemporáneo, especialmente planteado en las inquietudes de Michel Foucault, arremete al re-planteamiento y cuestión de qué Estado estamos hablando, hacia dónde debe ir y cuál debe ser su forma, esencialmente desde técnicas de gobierno para proteger su existencia. Por otra parte, Paolo Portinaro señala que el Estado contemporáneo parte de la “diferenciación de las funciones y la superación del poder político: a) del religioso, b) del económico, c) del militar” (2003, p. 31).

En esa medida, el Estado es el fin último de toda actuación del gobierno en lo administrativo, lo público, el poder representativo y social tal como lo manifiesta Benz: “Dado que el Estado moderno es una institución que se incardina en la sociedad, sus funciones sólo podrán determinarse por referencia a ella misma (2010, p. 169). Ahora bien, el Estado se instala a partir de la institucionalidad, la flexibilidad, el aseguramiento del desempeño –modernidad de la administración pública– y diferenciación de los grados de responsabilidad al interior del mismo. Es decir, lo institucional que sitúa la gestión pública en un marco de saber gobernar como plataforma de un saber hacer.

El Departamento Nacional de Planeación indica que el concepto de gestión pública se asocia a los resultados, y se ha definido como “Proceso dinámico, integral, sistemático y participativo, que articula la planificación, ejecución, seguimiento, evaluación, control y rendición de cuentas de las estrategias de desarrollo económico, social, cultural, tecnológico, ambiental, político e institucional” (2007, p.11).

De lo anterior se infiere que lo institucional está inmerso en el Estado y como tal, la gubernamentalidad enunciada y como lo señala Paula Mussetta “Pat O’Malley fusiona la idea de gobierno con la de mentalidad; se refería a cierta mentalidad de gobierno que emergió en Europa en el siglo XVII (que veía en el autogobierno la auténtica forma de gobierno, forma que debía tener en cuenta el orden autorregulado de las cosas)” (2009, p. 48). En efecto, la gubernamentalidad fuertemente evidenciada en la obra de Foucault, a través del examen del Estado desde un interior y un exterior en función de las relaciones de poder político, social y el control sobre sí, desarrollado en su obra *Nacimiento de la biopolítica*. Ésta, se enfoca, como señala Mussettase “en las certidumbres de los programas de gobierno que se están analizando y eso se vincula al carácter contingente de los eventos (2009, p. 49). De ahí se deprenden las relaciones de macropoderes institucionales-políticos, relaciones y estrategias de los gobernantes sobre los gobernados. Además, cuestionar y profundizar cómo el gobierno ejecuta, administra y regula los fines ampliamente establecidos por la sociedad sobre la que ejerce el Estado como poder soberano.

Foucault señala la gubernamentalidad como:

Con esta palabra aludo a tres cosas. Entiendo el conjunto constituido por las instituciones, los procedimientos, los análisis y las reflexiones, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esa forma bien específica, aunque muy compleja de poder, que tiene por blanco principal la población, por forma mayor de saber la economía política y por instrumento técnico esencial los dispositivos de seguridad. Segundo, por gubernamentalidad entiendo la tendencia, la línea de fuerza que en todo Occidente no dejó de conducir, y desde hace mucho, hacia la preeminencia del tipo de poder que podemos llamar “gobierno” sobre todos los demás: soberanía, disciplina, que indujo, por un lado, el desarrollo de toda una serie de aparatos específicos de gobierno y, por otro, el desarrollo de toda una serie de saberes. Por último, creo que habría que entender la gubernamentalidad como el proceso, o mejor, el resultado del proceso, por el cual el Estado de justicia de la Edad Media convertido en el Estado administrativo durante los siglos XV y XVI, se gubernamentalizó poco a poco (2006, p. 136).

Ahora, la gubernamentalidad se enmarca en la institucionalidad desde el poder estatal que se ejerce sobre los hombres, en este caso los servidores públicos, a través de tácticas y racionalidades políticas de autocontrol y un rol activo de estos sujetos en su propio autogobierno. Esto es, formas y condiciones que se establecen en las relaciones de poder al interior de la institucionalidad estatal, desde el cómo se conduce la conducta de los sujetos para su propio control, disciplinamiento, cumplimiento de deberes constitucionales y en el ejercicio del poder.

Para fines del presente artículo, la gubernamentalidad se define a partir de relaciones de poder, como el mismo Foucault indicó “relaciones de poder – gubernamentalidad– de sí y de los otros –relación con sigo mismo (2002, p. 247). Es decir, en la y desde institucionalidad sea mediada y producida por formas y acciones de conducir las conductas de quienes ejercen funciones del Estado, para que emergan estrategias y técnicas competenciales desde adentro, como un saber qué hacer, capacidades de autogobierno y un qué se puede hacer. El tema de Defensa jurídica y patrimonial tiene asidero en la necesidad de consensuar los intereses singulares de los sujetos que representan al Estado y conducirlos a la protección institucional, bajo el estandarte intencional y de finalidad del bien común.

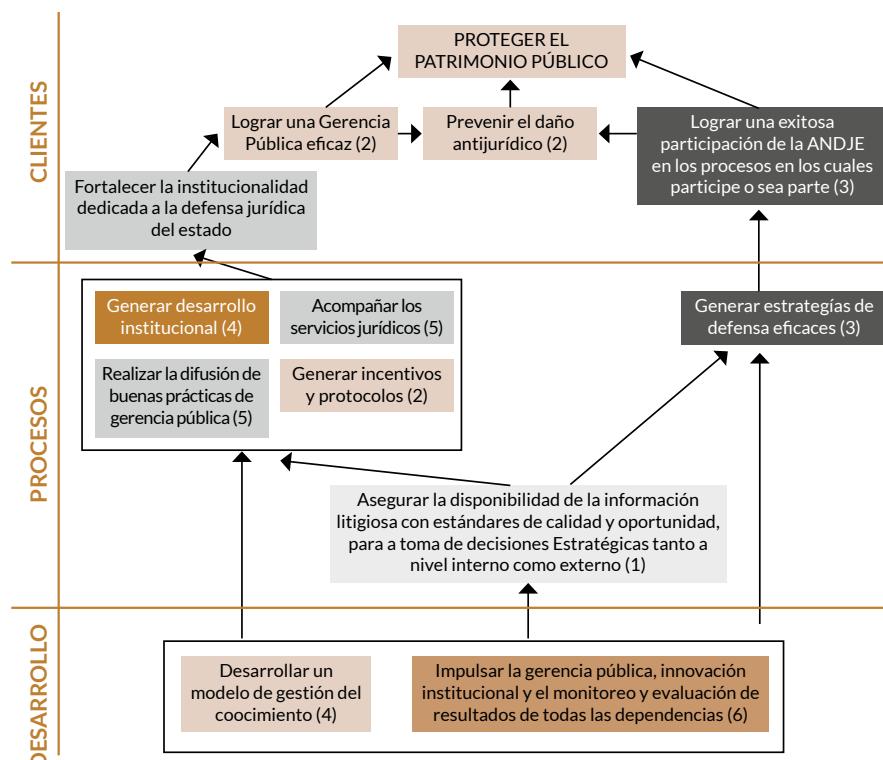
La gubernamentalidad para Colombia tiene como base la institucionalidad. En tanto, la defensa jurídica y patrimonial del Estado se relaciona poco con la gubernamentalidad, como indica Paolo Portinaro (2003) “la consecuencia de este proceso ha sido una cierta privatización del derecho público y el desplazamiento de las decisiones políticamente relevantes fuera del parlamento, hacia la arenas del mercado (p.13). Por su parte, la defensa jurídica y patrimonial del Estado se ha volcado hacia el capital en el contexto de la globalización para menguar él mismo a partir de la institucionalidad, en el incumplimiento e instrumentalización de las políticas gubernamentales, en especial la función judicial, de coerción y bienestar para la población. Al respecto señala Hutchinson:

La función judicial no puede ser inútil, por lo tanto no puede admitirse una pretensión que no tenga por condición un interés tutelado ni puede admitirse que una sentencia no tenga efectos. No se discute en esta época que el Estado se encuentra sometido al derecho y alcanzado por el imperium de los jueces. Todos los procedimientos en las condenas a pagar sumas de dinero en el Estado nacional, han instituido los trámites ante distintos organismos sólo para satisfacer adecuadamente el cumplimiento de las sentencias judiciales y no puede aceptarse que sirva como medio para dilatar injustificadamente su cumplimiento. Sin embargo, luego de dictarse la sentencia judicial se inicia un nuevo procedimiento administrativo en el cual el deudor fija su propia modalidad de cumplimiento sin

respetar las pautas de la sentencia. El régimen de ejecución de demandas contra el Estado es un problema capital del Estado de derecho (2004, pp. 350-351).

La defensa jurídica y patrimonial del Estado en su rol de programa gubernamental hace parte de la agenda pública actual, donde la instrumentalización del auto-gobierno –en un sentido, la gubernamentalidad– a través de la planificación, ejecución y control por parte de la institucionalidad, o como lo plantea el Conpes 3250, se resuma en “el diseño de medidas que tiendan a la prevención del daño antijurídico, la defensa de los intereses del Estado, tanto de índole judicial como patrimonial; la reestructuración sistemática de carácter institucional, de recursos humanos, normativos y de infraestructura tecnológica” (2003, p. 13). En esa medida, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado –ANDJ–, radica en la obtención de la información de las demandas que están en curso contra el Estado, la prevención del riesgo o daño antijurídico y la defensa del Estado, como lo señala la gráfica N°2, la cual se establece los lineamientos estratégicos de la ANDJ.

Gráfica 2. Mapa Estratégico Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado 2013.



Fuente: Tomado del informe de gestión de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado–ANDJ (2013, p. 6).

Incidencia de la gubernamentalidad en la defensa jurídica y patrimonial del Estado

Es la gubernamentalidad en relación con la defensa jurídica y patrimonial del Estado colombiano, el reto, a su vez, propuesta de la institucionalidad, en la medida en que en materia de finanzas públicas, especialmente de la Nación, específicamente la Ley 819 de 2003, en la cual se ordena al Gobierno Nacional presentar e incluir la relación de los pasivos contingentes en el Marco Fiscal de Mediano Plazo de cada vigencia fiscal. En consecuencia, la afectación presupuestal radica en el comportamiento del rubro de pasivos contingentes, a través de las asignaciones, adiciones y ejecución del mismo. En este sentido, la gubernamentalidad se encamina hacia la cohesión de la información jurídica-litigiosa y presupuestal que en materia de demandas contra el Estado se presente.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado señala:

En materia de la contribución anual promedio de los sectores frente al pago de Sentencias y Conciliaciones durante los últimos trece años se tiene el siguiente comportamiento: Seguridad y Defensa 51%, Transporte 14.7%, Justicia el 8.4%, Hacienda 5.5% y Fiscalía 4.7%. A partir del año 2006, el sector Seguridad y Defensa casi duplicó la participación promedio al pasar de 38.5% a 63.5%. Tampoco se puede dejar de lado la relevancia que ha tomado la Fiscalía desde el año 2010, la cual concentra hoy en día el 12.2% de los pagos. Estos dos sectores generan alerta al Estado pues en conjunto suman el 81.5% del total de las erogaciones. Para el año 2013 la apropiación presupuestal para el rubro de sentencias y conciliaciones fue 1.3% superior respecto al 2012 (2013, pp. 7-8).

De ahí que el gobierno, en el marco de la institucionalidad y en conjunto con la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ha desarrollado un nuevo Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado E-Kogui¹. Esto, en términos de gubernamentalidad se traduce en pensar el Estado a partir de la coerción y el uso de tecnologías informativas de control de los procesos institucionales internos. Además, articular las prácticas que Foucault señaló de saber/poder, y con que con el paso del tiempo se traducen en relaciones de estar al tanto/ejercer funcionalidad del Estado, es decir, la responsabilidad de proteger los derechos de la idea de Estado, a su vez, el interés

1. Como lo señala la misma ANDJ "Con este Sistema se logró incrementar en un 88% el monitoreo de la actividad litigiosa pasando de controlar 160 entidades (2010) a más de 282 entidades del orden nacional (2013), haciendo seguimiento a más de 293.000 procesos que cursan en la actualidad contra el Estado por valor de \$190.9 billones en pretensiones, cuyo valor en riesgo de pérdida es de \$102 billones (2013, p. 9).

público del bien colectivo de los gobernados a través de la gubernamentalidad. Señala López:

La responsabilidad del Estado es una categoría del derecho público que amerita una tratamiento diferenciado respecto de la regulación constitucional y legal de la responsabilidad patrimonial estatal, que proteja de forma equilibrada tanto el interés público como los derechos e intereses de los gobernados, a efecto de evitar la presentación temeraria y sin número de demandas contra el Estado (2009, p. 74).

Por supuesto, la gubernamentalidad hace parte de la construcción y ordenamiento discursivo del poder estatal a través de prácticas y acontecimientos administrativos de regulación presupuestario y político sobre la sociedad, en especial –como tema central del presente artículo– del control institucional sobre el mismo Estado. En tanto de la gubernamentalidad se adhiere relaciones de poder, como señala Gilles Deleuze, que “el poder en el Estado se ejerce más que se posee (puesto que sólo se posee bajo una forma determinable, clase, y determinada, Estado); pasa por los dominados tanto como por los dominantes (puesto que pasa por todas las fuerzas en relación)” (1987, p.100).

Ahora bien, la gubernamentalidad que aquí se pretende resaltar radica en una dinámica organicista y en la regularización de quienes representan el Estado –la interioridad institucional– en el desarrollo de mecanismos y técnicas de modelación de sus acciones. Estas acciones radican en las conductas y los eventos de los sujetos –servidores públicos– que intervienen y se envisten de poder estatal para lograr el cumplimiento constitucional. Es decir, sujetos que respondan a un deber político, democrático y, por qué no, burócrata, de finalidades consigo y la institucionalidad que representan.

Al referirse a conductas y eventos de los sujetos que representan lo Estatal, la defensa jurídica y patrimonial del Estado tiene asidero, por supuesto, como forma de funcionamiento de la Gubernamentalidad desde el reconocimiento del Estado y sus servidores como cuerpos singulares que responden a demandas sociales. Esto alude más que a un saber práctico racional-administrativo, a su vez, burocratizado, su sustancia radica en establecer horizontes de sentidos del propio sujeto frente a lo que hace parte, como relación vinculante de su ejercicio público-administrativo. De hecho, una instancia de la gubernamentalidad se desplaza y cohesiona la ética como promesa de libertad y autonomía, pero en este caso se desplaza en el control del Estado sobre el Estado, un control de prácticas de gobierno. En el pensamiento foucaultiano, técnicas de control de los

sujetos por sí mismos en el ejercicio del poder institucional. El paso del gobierno soberano se ve volcado hacia nuevas formas de defender el propio Estado, como re-consideración de la dimensión ética, a través de centrar la voluntad del servidor público para protegerlo.

Lo que se gobierna al interior de las instituciones estatales requiere de soluciones practicables que conlleven a resolver los contrasentidos del actuar administrativo, para preguntarse por las cosas de gobierno y lo público, sobre qué hacer y qué responsabilidades genera las actuaciones. Éste último, concierne con el enfoque institucional de modernización estatal- administrativa que en Colombia paulatinamente se ha implementado. Por tanto, en el marco de la gubernamentalidad, inminentemente es la vinculación de la defensa jurídica del Estado, a través de la ética pública, como la construcción político-administrativa de virtudes y disposición de hacer el bien a quien es debido, en éste caso al Estado. Según Cortina:

Una confianza no se logra sólo multiplicando los controles, sino reforzando los hábitos y las convicciones. Esta tarea es la que compete a una ética de la administración pública: la de generar convicciones, forjar hábitos, desde los valores y las metas que justifican su existencia (1998, p. 160)

Esto conduce a fortalecer la gubernamentalidad en un nivel o a escala de gobierno institucionalizado, a partir de la defensa jurídica y patrimonial del Estado, con un modelo del buen gobierno, el cual contenga un pensamiento, táctica, estrategias y mecanismos para establecer y ejercer técnicas de auto-control. Es decir, formas de gobiernos enfocadas en acciones consientes para producir, conducir y autoformar la conducta de los servidores públicos en un marco de gestión pública eficiente, que se traduce desde y para el servidor público en conducta ética, ya que son quienes ejecutan las funciones del Estado, y sobre los cuales recae el resarcimiento de las fallas cometidas. Aunque, la ética ha sido un tema estudiado desde las políticas de gestión humana en el sector público, aún no ha transcendido de las directrices de capacitación y requisito de estándares de calidad en la modernización gubernamental.

La ética, como indica Nussbaum (2004), “es antropocéntrica en otro sentido más fuerte. Cuando preguntamos por el movimiento, el tiempo o el lugar, empezamos y concluimos dentro de la experiencia: nos limitamos a decir lo que, a través de la experiencia ha penetrado en el discurso de nuestro grupo social” (p. 375) y en el estado contemporáneo dicho ethos está en una tiranía del funcionalismo donde muchas veces los más nobles ideales humanos son

sacrificados en pro del lucro y la moral pisoteada por la lógica del negocio. Por su parte, la ética como señala Max Weber es de responsabilidad “como la que ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia actuación. Quien actúa conforme a una ética de la responsabilidad, por el contrario, toma en cuenta todos los defectos del hombre medio” (1967, p. 165).

En el marco estatal, la gubernamentalidad incide y se articula en la ética a partir de producir, conducir y autoformar responsabilidades por parte del mismo Estado sobre la conducta del hombre que lo representa, para que cree una legitimidad y virtud. Por tanto, la ética parte de la postura, decisiones y actitudes que asume un sujeto actuante; se relaciona con la costumbre y la memoria histórica colectiva de lo que representa el Estado. Hablar de ética trasciende de lo particular al ámbito Estatal, hace referencia como lo señala Bautista (2007) a la ética pública, a “los actos humanos en tanto que son realizados por gobernantes y funcionarios públicos en el cumplimiento del deber” (p. 49). Es decir, el Estado como institucionalidad es representado por sujetos que producen relaciones de poder, a través de un rol activo en su propio autogobierno y en la forma de gobernar los asuntos gubernamentales, en cuanto articula la ética como conocimiento y sentido en la definición de una organización sociopolítica. Al respecto North (1993) indica: “Las instituciones son una creación humana, evolucionan y son alteradas por humanos; por consiguiente nuestra teoría debe empezar con el individuo” (p. 14).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en su informe de gestión 2013, a través del objetivo estratégico “prevenir el daño antijurídico a través de la generación de incentivos y protocolos que permitan lograr una gerencia pública eficaz, para proteger el patrimonio público”, presenta un escenario de posibilidades para la inclusión de la ética pública como protocolo de gubernamentalidad en aspectos como: I) la responsabilidad, quién es él ó los responsables y cuál es su deber ético; y II) establecer principios éticos (ver gráfica N°3) en los servicios estatales prestados a los ciudadano por medio de los trámites administrativos como son las contrataciones y/o garantizar el bienestar.

Gráfica N°3. Frutos de la ética pública en lo público

En los servidores públicos	En las instituciones
<ul style="list-style-type: none">• Fortalece y reivindica la dignidad de los profesionales del servicio.• Despierta el espíritu de cooperación, comunicación y cohesión de grupo.• Eleva la moral y fomenta la motivación.• Crea disposición para la resolución de conflictos.• Fortalece la conciencia sobre lo público.• Forma personal responsable y eficaz en sus tareas.• Forma personal que ejercita el autocontrol. Incorpora y/o fortalece, cuando ya existen, principios y valores.• Aclara los pensamientos ante situaciones de duda o dilemas.• Otorga madurez de juicio.• Reitera los fines del Estado mediante el espíritu de servicio.	<ul style="list-style-type: none">• Fortalece los valores y la filosofía de la institución.• Genera identidad de grupo.• Permite recuperar la confianza de los ciudadanos.• Optimiza el uso de los recursos públicos. Evita el despilfarro de recursos.• Frena o pone un dique a la corrupción.• Fortalece el papel de los funcionarios de carrera frente a los políticos con fines diferentes a los del Estado.• Permite contar con reglas claras que dirijan a los miembros.• Logra mayor alcance de los objetivos y metas en los servicios públicos• Evita prácticas obsoletas.• Inyecta dinamismo y buen ambiente de trabajo.

Fuente: Tomado de Bautista (2007, p. 55).

Conclusiones

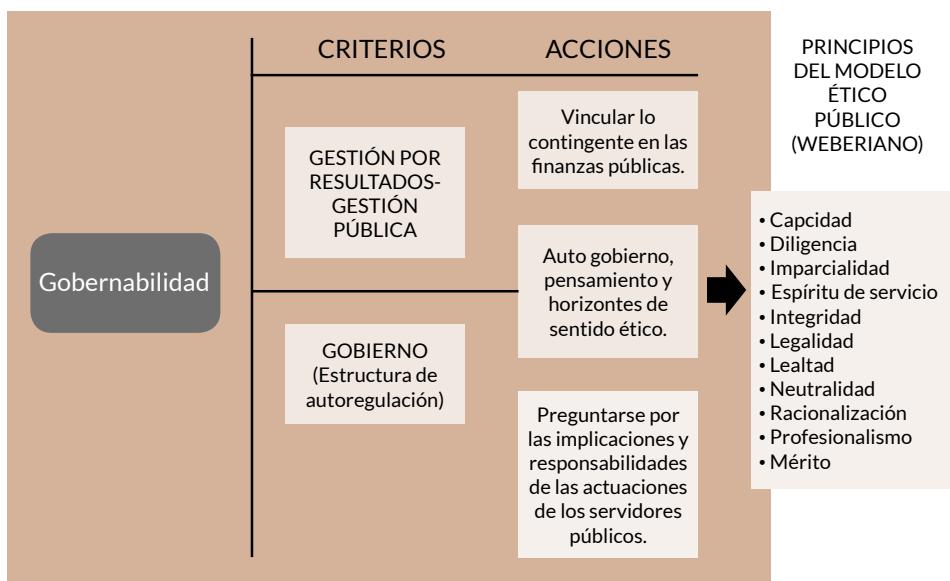
La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado propone el diseño de un derrotero metodológico para corregir los daños antijurídicos como “1. Buscar puntos que generan problemas 2. Enlistar las posibles causas 3. Identificar las causas primarias del problema 4. Diseñar las medidas para corregir el problema 5. Implementar las medidas correctivas 6. Comprobar los resultados 7. Institucionalizar las nuevas medidas” (2014, p. 14).

Sin embargo, lo anterior debe ir equiparado con la gubernamentalidad como ejercicio de poder, forma de autogobierno, racionalidad política y técnica de gobierno, que parte de un cómo se autoforma las conductas de quienes ejercen funciones y la finalidad estatal. Por tanto, es necesario abarcar la defensa patrimonial y jurídica del Estado desde la gubernamentalidad enfocada en la ética, pues implica una forma de autogobierno, conductas y valoraciones individuales del proceder administrativo de los servidores públicos, a través de un tipo de poder ético que se puede llamar gobierno sobre todos los subordinados, es decir sobre quienes representan al Estado, para así gobernar a los ciudadanos.

Referirse a la incidencia y articulación de la defensa jurídica del Estado con la gubernamentalidad es comprender el poder estatal ejercido sobre los hombres (los servidores públicos) desde el desarrollo de saberes o de una idea, racional y gubernamentalmente consiente, como la ética, generadora de virtud en el servicio estatal, por ende, se hablaría de ética pública. En las instituciones públicas colombianas se ha traducido la capacidad de gobierno a un actuar *ex-post* y sin transcendencia. Es decir, establecer estrategias y tácticas después de un hecho, generalmente contrario a las finalidades de la institución pública.

Desde la Agencia se debe promover un marco normativo, en el cual se estudie la gubernamentalidad desde la ética, en razón de cambiar la manera de defender jurídica y patrimonial el Estado, a través de un horizonte de sentido ético que suscite: I)los servidores públicos y su responsabilidad administrativa y penal; II) las obligaciones de los servidores públicos; III) sanciones administrativas y penales; y IV) registro patrimonial de los servidores públicos —la inclusión de la declaratoria de renta y de bienes patrimoniales que hace todo servidor antes de posicionarse en el cargo—. Igualmente, la gubernamentalidad debe abordarse a partir de una serie de criterios y acciones como lo muestra la gráfica N°4, donde la institucionalidad pública lidere su discusión.

Gráfica N°4. La gubernamentalidad en la defensa jurídica y patrimonial el Estado



Fuente: elaboración propia.

La gubernamentalidad alude a una dinámica organicista que le apunta a la funcionalidad del Estado, especialmente bajo un modelo de regulación interna, gobierno del Estado sobre el Estado, necesario para la articulación del gobierno con los poderes estatales-sociales, a través del autocontrol, como resultado de la profesionalización y modernización de la institucionalidad pública. Asimismo, trascendencia en la defensa jurídica y patrimonial estatal, reflejada en la permanencia, saber y resultado administrativo de las funciones constitucionales otorgadas al Estado.

De ahí que, la defensa del Estado es un tema de competencia, de técnicas y prácticas administrativas, ante todo, de valores éticos, y para quienes representan el Estado, un quehacer basado en responsabilidades profesionales, económicas y penales. Esto alude a que el Estado no asuma la responsabilidad penal, puesto que con la implementación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, esta responsabilidad sea asumida por el servidor público que generó el daño jurídico-económico. En tanto, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como estrategia institucional pretende responder a un problemática de deterioro y deslegitimación estatal; defiende los intereses del Estado. Desde luego, la defensa patrimonial y jurídica del Estado no sólo tiene incidencia negativa en las finanzas públicas, ya que los recursos que se destinan para reparar el daño jurídico, son recursos fiscales no planificados en la programación presupuestal de un periodo de gobierno, sino que los daños antijurídicos debilitan la credibilidad de las actuaciones del Estado.

Por tanto, la propuesta de abordar la gubernamentalidad como modelo conceptual abarca un reto en el quehacer político-administrativo del gobierno colombiano, una reflexión del Estado desde su interior, a través de conducir las conductas de los servidores públicos a favor de sus intereses constitucionales. Especialmente, gobernar las conductas de los servidores públicos, a través de resaltar e implicar la ética pública como tema de permanente discusión y que esté vigente en la determinación de las capacidades institucionales, dadas en el marco del Nueva Gestión Pública, como planteamiento de horizonte de sentido ético. Es decir, es plausible que determine valores y principios éticos, y desde estos se sancione las actuaciones públicas, un trabajo coordinado entre la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación.

Referencias

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ANDJE, (2014). *Manual para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico*. Recuperado de http://defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla11_250814.pdf
- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ANDJE, (2013). *Informe de gestión 2013*. Recuperado de <http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes-gestion/Paginas/default.aspx>
- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ANDJE, (2013). *Informe sobre la actividad litigiosa de la nación*. Recuperado de http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informe-gestion-judicial-agencia-consejo-ministros/Lists/Informe%20de%20Gestin%20Judicial%20de%20la%20agencia%20para%20cons/Attachments/1/informe_actividad_litigios.pdf
- Bautista, Ó. (2007). *La ética en la gestión pública: fundamentos, Estado de la cuestión y proceso para la implementación de un sistema ético integral en los gobiernos*. (Tesis doctoral) Universidad complutense de Madrid. Facultad de ciencias políticas y sociología. Departamento de Ciencia Política y de la Administración. Madrid, España.
- Benz, A. (2010). *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico*. Madrid, España: Centro de estudios políticos y constitucionales
- Brugue, Q. y Subirats, J. (1996). *Lecturas de Gestión Pública, MAP*, Madrid, España.
- Cortina, A. (1998). *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*. Madrid, España: Editorial Taurus
- Deleuze, G. (1987). *Foucault*. Barcelona, España: Editorial Paidós
- Departamento Nacional de Planeación y la Escuela Superior de Administración Pública (2007). Gestión Pública Local. Bogotá D.C. Recuperado de: <http://mecicalidad.dafp.gov.co/documentacion/Componente%20Direccionamiento%20Estrategico/GestionlocalDNP-ESAP.pdf>

Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social (2003). CONPES 3250. *Líneas de acción para el fortalecimiento de la defensa legal de la nación y para la valoración de pasivos contingentes*. Bogotá. Recuperado de: <http://www.ekogui.gov.co/SiteCollectionDocuments/politica-publica-ciclo-defensa/1.%20Conpes%203250%20de%202003.pdf>

Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (2006). *Seguridad, territorio y población*. México: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (2002). *La hermenéutica del sujeto*. México: Fondo de Cultura Económica.

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. Disponible en: <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2014/13447.pdf>

Gutiérrez O. J. (2014). *Estructura reglamentaria de la agencia para la defensa jurídica y patrimonial del Estado en Colombia*. Revista VIA IURIS N°16. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273933373004>

Hutchinson, T. (2004). El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado. *Revista Latinoamericana de Derecho* 1(1), 289-335

Ministerio del Interior y de Justicia (2004). *Cartilla instructiva para la identificación de tipologías de daño antijurídico* Dirección de Defensa Judicial de la Nación, 1-34

Mussetta, P. (2009). Foucault y los anglofoucaultianos: una reseña del Estado y la gubernamentalidad. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, (205), 37-55. Recuperado de: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42112421003>

North, D. (1993). *Institución, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica

Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*. Madrid, España: Ed. La balsa de la Medusa

Portinario, P. (2003). *Estado. Léxico de Política*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones nueva visión.

Revista Semana (2012). *1.000 billones de pesos es la cifra que deberá pagar el Estado si prosperan las demandas en su contra*. Medellín, Colombia

Rodríguez-Arana, J. (1993). *Principios de ética pública*. Madrid, España: Montecorvo

Weber, M. (1967). *El político y el científico*. Madrid, España: Alianza Editorial