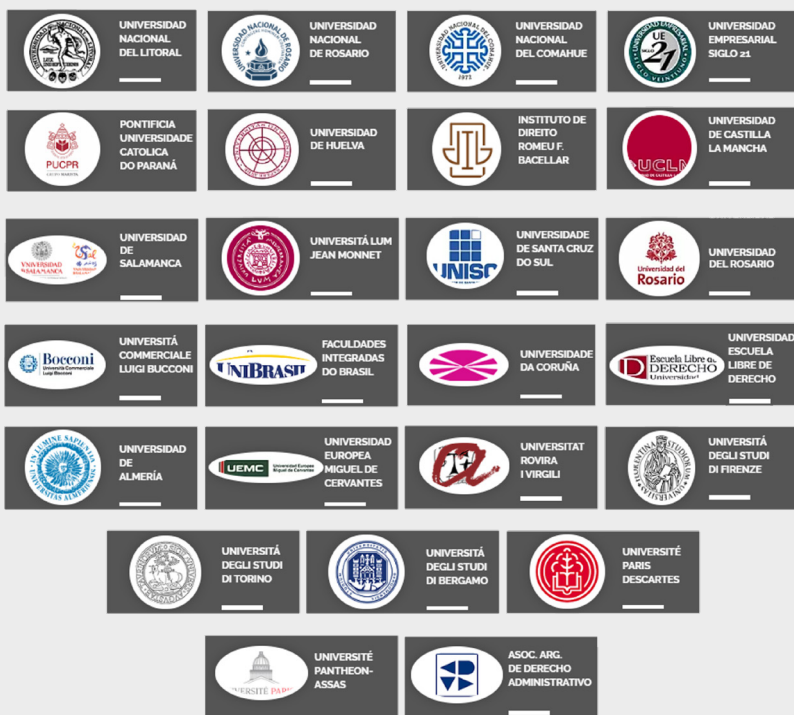


REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 8 | N. 1 | ENERO/JUNIO 2021 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



La responsabilidad patrimonial del Estado y la protección del patrimonio público en Colombia. La cultura de la anticipación como elemento central y articulador de una conciliación urgente, necesaria y posible

The patrimonial liability of the State and the protection to the public patrimony in Colombia. The culture of anticipation as a central and articulating element of an urgent, necessary and possible conciliation

JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ ^{1,*}

¹ Universidad Externado de Colombia (Bogotá D.C, Colombia)

juan.pelaez@uexternado.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-8307-2936>

Recibido el/Received: 10.01.2021 / January 10th, 2021

Aprobado el/Approved: 24.04.2021 / April 24th, 2021

RESUMEN:

Frente al cuestionamiento acerca de cómo se debe abordar jurídicamente, en el marco de la Defensa Jurídica Pública en Colombia, la problemática derivada de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y la protección del Patrimonio Público como extremos en conflicto, nuestra respuesta es contundente. La manera de abordar jurídicamente la problemática derivada de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y la protección del Patrimonio Público como extremos en conflicto, en el marco de la

ABSTRACT:

Faced with the question of how the problem arising from the patrimonial liability of the State and the protection to the public patrimony as conflicting extremes should be addressed legally, in the framework of the Public Legal Defense in Colombia, our response is strong. The legal way to address the problem arising from the patrimonial liability of the State and the protection to the public patrimony as conflict extremes, within the framework of the Public Legal Defense in Colombia, is from the perspective of the Culture

Como citar este artículo | *How to cite this article:* PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La responsabilidad patrimonial del Estado y la protección del patrimonio público en Colombia. La cultura de la anticipación como elemento central y articulador de una conciliación urgente, necesaria y posible. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 1, p. 189-232, ene. /jun. 2021. DOI 10.14409/redoeda.v8i1.9565.

* Profesor Titular de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá D.C, Colombia). Doctorat en Droit, Université Paul Cézanne Aix-Marseille 3; Diplôme d'Études Approfondies en Droit Public Interne (D.E.A.), Université Panthéon Assas - Paris 2; Diplôme Supérieur de l'Université, Université Panthéon Assas - Paris 2; Especialización en Derecho Administrativo, Universidades Externado de Colombia y Autónoma de Bucaramanga; Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Presidente de MÉTODOS & MÉTODOS (empresa de asesorías en materia de Metodología de la Investigación Científica). Abogado litigante y Consultor en temas de Derecho Público. Ex Conjuez del Consejo de Estado, Miembro del Consejo Científico de la Academia Internacional de Derecho Constitucional con sede en Túnez. E-mail: juan.pelaez@uexternado.edu.co.



Defensa Jurídica Pública en Colombia, es desde la perspectiva de la *Cultura de la Anticipación* como elemento central y articulador de una conciliación urgente, necesaria y posible.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial del Estado; protección del patrimonio público; cultura de la anticipación; derecho anticipativo; ponderación constitucional; defensa jurídica pública.

of Anticipation as a central and articulating element of an urgent, necessary and possible conciliation.

Keywords: *Patrimonial liability of the State; protection to the public patrimony; culture of anticipation; anticipatory law; constitutional weighting; public legal defense.*

SUMARIO:

1. Introducción; **2.** El deber ser en materia de defensa jurídica pública; **2.1.** La defensa jurídica pública debe ser una política pública de Estado resultado de un ejercicio de ponderación constitucional; **2.2.** La defensa jurídica pública debe estar fundamentada un un modelo de gerencia jurídica pública; **2.3.** La defensa jurídica pública debe ser concebida como un mecanismo complementario de protección de derechos humanos; **3.** La defensa jurídica pública en Colombia: hacia una lectura adecuada del artículo 90 constitucional a la luz de la *cultura de la anticipación*; **3.1.** El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia: una innovación constitucional mayor; **3.1.1.** La responsabilidad patrimonial del Estado. Una larga tradición en Colombia; **3.1.2.** La constitucionalización y convencionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado. Un legado de la Constitución Política de 1991; **3.2.** El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia: una innovación constitucional mayor hasta ahora restringida al ámbito de la reparación y de la restitución; **3.2.1.** El daño antijurídico. Un problema de recepción de derecho; **3.2.2.** El daño antijurídico. una lectura hasta ahora restringida; **3.3.** El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia: una innovación constitucional mayor que hace de la cultura de la anticipación de daños antijurídicos uno de sus elementos esenciales; **4.** Conclusión. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se presenta una propuesta original, novedosa y útil frente a la actual problemática generada por el conflicto que surge entre la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y la protección del Patrimonio Público, en el marco de la Defensa Jurídica Pública en Colombia. El modelo de Defensa Jurídica Pública presenta avances innegables. Sin embargo, estos son insuficientes e incluso en algunos casos contraproducentes. Las respuestas estatales frente a esta situación han estado fundamentadas en la necesidad de proteger el Patrimonio Público frente a su gran afectación generada por las altas, múltiples y recurrentes condenas en contra del Estado colombiano y por el inmenso pasivo contingente relacionado con los



asuntos litigiosos en curso¹. Esto es lobale pero no necesariamente se constituye en la correcta aproximación del problema que permita adoptar las mejores soluciones que nos acerquen a la utopia del deber ser en materia de Defensa Jurídica Pública. La respuesta estatal se fundamenta en la aproximación tradicional y en nuestro sentir equívoca, según la cual, los extremos en conflicto, la Responsabilidad Patrimonial del Estado, y el Patrimonio Público, son excluyentes y, por lo tanto, o se protege el uno, o se protege el otro. A partir de ello, la Defensa Jurídica Pública en Colombia se edifica con el objetivo, insistimos, altruista pero no por ello correcto, de proteger el Patrimonio Público, sin consideración alguna acerca de la urgente necesidad de tender puentes de comunicación y entendimiento con la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y lo que ella representa para una y en una democracia. Nuestra postura es diferente y aporta elementos de originalidad, novedad y utilidad. La Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y la protección del Patrimonio Público son los extremos en conflicto pero, en ningún caso, son excluyentes. Se deben crear canales de comunicación y diálogo. La *Cultura de la Anticipación* surge como el elemento central y articulador de una conciliación urgente, necesaria y posible. Esta lógica parte de nuestra premisa creada y actualmente en desarrollo y consolidación por el autor de este estudio, según la cual es necesario transitar de un derecho reactivo hacia un *Derecho Anticipativo* de tal manera que este se convierta en la regla y, aquel, simplemente en la excepción. Un *Derecho Anticipativo* como instrumento de creación, desarrollo y consolidación de una *Cultura de la Anticipación*².

Sobre el aspecto conceptual, relacionado con las definiciones de Responsabilidad Patrimonial del Estado, Patrimonio Público, defensa jurídica pública prevención del

¹ Ver: PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La defensa jurídica pública en Colombia: un importante camino recorrido, un largo camino por recorrer. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 7, n. 2, p. 89-135, jul./dic. 2020. DOI 10.14409/redoeda.v7i2.9564

² Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **El Derecho Administrativo como Derecho Anticipativo**: hacia la creación y consolidación de una Cultura de la Anticipación (video). Bogotá: Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. Junio de 2020. Disponible en: <https://www.facebook.com/watch/?v=540455466830719> Acceso el: 28 de agosto de 2020; PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Derecho Administrativo y COVID 19**: un escenario de reflexión (video). Bogotá: Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. Abril de 2020. Disponible en: <https://www.facebook.com/administrativouext/videos/246663459856001/> Acceso el: 29 de junio de 2020; PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **La Responsabilidad Patrimonial del Estado en tiempos de COVID 19**: la necesidad de una lectura responsable. (video). Bogotá: Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Abril de 2020. Disponible en: <https://www.facebook.com/administrativouext/videos/2552848174982228/> Acceso el: 29 de junio de 2020; PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La pretensión de reparación directa, la responsabilidad patrimonial del Estado y el operador judicial: una bella historia de amor. In PIMIENTO, Julián Andrés (Editor). **Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 131-211; y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Los presupuestos jurídicos de la educación para la paz en Colombia: hacia una cultura de paz. Conclusión. In MONTAÑA PLATA, Alberto; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Ed). **La constitucionalización del derecho administrativo**: el derecho administrativo para la paz. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 885-947.



daño antijurídico, remitimos a la parte introductoria de nuestro estudio evocado, la defensa jurídica pública en Colombia: un importante camino recorrido, un largo camino por recorrer³.

Así las cosas, el Objeto de Investigación del presente estudio es la Responsabilidad Patrimonial del Estado y la protección del Patrimonio Público en Colombia en el marco de la Defensa Jurídica Pública, desde la perspectiva de la *Cultura de la Anticipación* como elemento central y articulador de una conciliación urgente, necesaria y posible⁴.

En el marco de dicho Objeto de Investigación, hemos descubierto e identificado el problema jurídico central que formulamos de la siguiente manera: ¿Cómo se debe abordar jurídicamente, en el marco de la Defensa Jurídica Pública en Colombia, la problemática derivada de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y la protección del Patrimonio Público como extremos en conflicto?

Nuestra respuesta al problema de investigación planteado es contundente. La manera de abordar jurídicamente la problemática derivada de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y la protección del Patrimonio Público como extremos en conflicto, en el marco de la Defensa Jurídica Pública en Colombia, es desde la perspectiva de la *Cultura de la Anticipación* como elemento central y articulador de una conciliación urgente, necesaria y posible.

Desde la perspectiva de la *Cultura de la Anticipación*, la Defensa Jurídica Pública en Colombia debe ser el resultado de un ejercicio de ponderación constitucional y estar fundamentada en un modelo de Gerencia Jurídica Pública que le permita ser concebida como un mecanismo complementario de protección de Derechos Humanos, acorde con la construcción antropocéntrica de la Constitución de 1991. Esta corrección conceptual nos permitirá avanzar hacia una Defensa Jurídica Pública ponderada, eficiente, eficaz, y efectiva (2.). Para lograrlo, se hace necesaria y urgente una lectura adecuada del artículo 90 constitucional a la luz de la *Cultura de la Anticipación* (3.).

³ Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La defensa jurídica pública en Colombia: un importante camino recorrido, un largo camino por recorrer. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 7, n. 2, p. 89-135, jul./dic. 2020. DOI 10.14409/redoeda.v7i2.9564

⁴ La génesis de este estudio hay que buscarla en experiencias académicas y profesionales anteriores materializadas en diferentes documentos elaborados, entre otros, en el marco del Programa sobre Gerencia Jurídica Pública y Conciliación Administrativa de la Escuela Superior de Administración Pública y de la Procuraduría General de la Nación, en el Proyecto de Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los órganos de control fiscal territorial, y en la Universidad Externado de Colombia. Una fuente importante es: PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública, Responsabilidad del Estado, y Prevención del Daño Antijurídico**. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública y Procuraduría General de la Nación, 2014. p. 76. Documento elaborado en el marco del Programa sobre Gerencia Jurídica Pública y Conciliación Administrativa de la Escuela Superior de Administración Pública y de la Procuraduría General de la Nación. El origen de este estudio hay que buscarlo también en las actividades investigativas realizadas por el autor de este estudio, en el marco de la línea de investigación La Responsabilidad Extracontractual del Estado que tengo el honor de dirigir desde el año 2008, en la Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Administrativo, Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, modalidad investigativa. En este escenario, el autor de este estudio ha creado y desarrollado la Escuela de Pensamiento acerca del *Derecho Anticipativo* como instrumento de creación, desarrollo y consolidación de una *Cultura de la Anticipación*.



2. EL DEBER SER EN MATERIA DE DEFENSA JURÍDICA PÚBLICA

Partiendo de los logros alcanzados y ante los errores identificados en la Defensa Jurídica Pública en Colombia, los riesgos asociados, y el largo camino que aún resta por recorrer⁵, es el momento de preguntarnos cuál es el deber ser en materia de Defensa Jurídica Pública. Se hace necesario revisar lo que hasta ahora se ha considerado en Colombia como Defensa Jurídica Pública. Esta debe ser el resultado de un ejercicio de ponderación constitucional y estar fundamentada en un modelo de Gerencia Jurídica Pública que le permita ser concebida como un mecanismo complementario de protección de Derechos Humanos, acorde con la construcción antropocéntrica de la Constitución de 1991. Esta corrección conceptual nos permitirá, bajo la luz de la *Cultura de la Anticipación*, avanzar hacia una Defensa Jurídica Pública ponderada, eficiente, eficaz, y efectiva.

2.1. LA DEFENSA JURÍDICA PÚBLICA DEBE SER UNA POLÍTICA PÚBLICA DE ESTADO RESULTADO DE UN EJERCICIO DE PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL

Una primera premisa es aquí necesaria. La Defensa Jurídica Pública debe ser una política pública de Estado, “resultado de un importante ejercicio de ponderación constitucional que [permita] conciliar, a partir de la función preventiva del Derecho, los dos extremos de rango constitucional en conflicto: la necesaria protección del Patrimonio Público y la obligatoria reparación por parte del Estado de los daños antijurídicos que le sean imputables”⁶. Es aquí donde “la dimensión preventiva del Derecho se erige como la herramienta fundamental para lograr realizar con éxito tan complejo ejercicio de ponderación”⁷. Nuestras investigaciones a lo largo de los años nos han permitido ir más allá, hacia la dimensión anticipativa del Derecho, hacia ese novedoso Derecho de la

⁵ Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La defensa jurídica pública en Colombia: un importante camino recorrido, un largo camino por recorrer. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 7, n. 2, p. 89-135, jul./dic. 2020. DOI 10.14409/redoeda.v7i2.9564

⁶ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 21. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.

⁷ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La dimensión preventiva del artículo 90 constitucional: elemento central en la ponderación entre la protección del patrimonio público y la reparación de los daños antijurídicos imputables al Estado. Ponencia presentada el 2 de septiembre de 2011. In CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Segundo Foro Experiencias y Retos del Control Fiscal. **La Infraestructura en Colombia**: vicisitudes del régimen contractual. Bogotá: Contraloría General de la República, 2011; y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado**: una construcción jurídica compleja. Curso impartido en las Maestrías y Especializaciones en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.



anticipación, el *Derecho Anticipativo*, el cual se erige como un instrumento de creación, desarrollo y consolidación de una *Cultura de la Anticipación*⁸.

El artículo 90 constitucional es enfático y precisa que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”⁹. Así las cosas, “el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas”¹⁰. Dos precisiones son aquí necesarias frente a este tópico. Primero, es muy importante insistir en que dicha disposición normativa debe leerse, no sólo como la Cláusula General de Responsabilidad Patrimonial del Estado¹¹, de esencia reparadora, sino, además y sobre todo, como un mecanismo complementario de protección de Derechos Humanos, en consonancia con la naturaleza garantista y antropocéntrica de la Constitución de 1991 y del *nuevo Paradigma Normativo* que ella representa¹². Segundo, la labor del juez de lo Contencioso Administrativo se debe limitar a darle plena aplicación al artículo 90 constitucional, Cláusula General de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. En ese contexto, debe garantizar, en cada caso concreto, que el Estado responda patrimonialmente por los Daños Antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, sin consideración de elementos de atribución o de modulación de responsabilidad ajenos al precepto constitucional. Se debe limitar

⁸ Ver, por ejemplo, PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **El Derecho Administrativo como Derecho Anticipativo:** hacia la creación y consolidación de una Cultura de la Anticipación (video). Bogotá: Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. Junio de 2020. Disponible en <https://www.facebook.com/watch/?v=540455466830719>. Acceso el: 28 de agosto de 2020.

⁹ ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. Ver COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html Acceso el: 26 de agosto de 2020.

¹⁰ “En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, [...]”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C-333/96 de agosto 1º de 1996**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm> Acceso el: 29 de agosto de 2020).

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C-333/96 de agosto 1º de 1996**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm> Acceso el: 29 de agosto de 2020.

¹² PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La dimensión preventiva del artículo 90 constitucional: elemento central en la ponderación entre la protección del patrimonio público y la reparación de los daños antijurídicos imputables al Estado. Ponencia presentada el 2 de septiembre de 2011. In CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Segundo Foro Experiencias y Retos del Control Fiscal. **La Infraestructura en Colombia:** vicisitudes del régimen contractual. Bogotá: Contraloría General de la República, 2011; y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado:** una construcción jurídica compleja. Curso impartido en las Maestrías y Especializaciones en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.



a determinar si en el proceso está o no probada la existencia de un daño antijurídico sufrido por la víctima e imputable al Estado, y decidir en consecuencia. El contenido del artículo 90 constitucional es claro y no incluye y, por lo tanto excluye, como criterio de atribución o de modulación de responsabilidad patrimonial para el Estado, cualquier tipo de valoración acerca del problema presupuestal que generan los litigios contra el Estado Colombiano. Este tópico debe ser objeto de análisis en otros escenarios, ajenos a la labor del juez de lo Contencioso Administrativo y propios de otras Ramas del Poder Público: el diseño, implementación y seguimiento de la política pública de Estado en materia de Defensa Jurídica Pública¹³.

En el otro extremo, también de rango constitucional, encontramos el Patrimonio Público. Aquí es clave reconocer que el Patrimonio Público “es un concepto de derecho público, de amplio espectro, que supera en su contenido al de Patrimonio Estatal [...] El concepto atañe a la ciencia de la administración pública y es fundamental en el campo del derecho público administrativo”¹⁴. Por una parte, “constituye objeto de gestión”¹⁵ y, por la otra, “objeto de preservación para evitar atentados contra el mismo, remediar situaciones creadas, o intervenir judicialmente para su restauración o recomposición”¹⁶. El Patrimonio Público es “aquello que está destinado, de una u otra manera a la comunidad y que está integrado por los bienes y servicios que a ella se le deben como sujeto de derechos”¹⁷. Como corolario de lo anterior, es importante diferenciar el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Público, “en cuya defensa se legitima el ciudadano común y corriente”¹⁸. La protección del Patrimonio Público busca entonces “que los recursos del

¹³ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado**: una construcción jurídica compleja. Curso impartido en las Maestrías y Especializaciones en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012; y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública, Responsabilidad del Estado, y Prevención del Daño Antijurídico**. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública y Procuraduría General de la Nación, 2014. p. 35.

¹⁴ CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María. Del patrimonio público: una aproximación al concepto y a su contenido. **Prolegómenos Derechos y Valores**, Bogotá, vol. IX, n. 17, p. 23-34, ene./jun., 2006. p. 23. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2581/2282> Acceso el: 24 de agosto de 2020.

¹⁵ CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María. Del patrimonio público: una aproximación al concepto y a su contenido. **Prolegómenos Derechos y Valores**, Bogotá, vol. IX, n. 17, p. 23-34, ene./jun., 2006. p. 23. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2581/2282> Acceso el: 24 de agosto de 2020.

¹⁶ CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María. Del patrimonio público: una aproximación al concepto y a su contenido. **Prolegómenos Derechos y Valores**, Bogotá, vol. IX, n. 17, p. 23-34, ene./jun., 2006. p. 23. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2581/2282> Acceso el: 24 de agosto de 2020.

¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C-449/95 de octubre 4 de 1995**. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-449-95.htm> Acceso el: 29 de agosto de 2020.

¹⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. **Sentencia de 10 marzo de 2005, expediente AP 25000-23-25-000-2.002**. Acción Popular de María Eugenia Sarquez contra Departamento de Cundinamarca y Otro; y COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. **Sentencia del 2 de junio de 2005, expediente AP 25000-23-26-000-2.004-00183-01**. Acción Popular de William Parías contra Banco del Estado. Apartes transcritos en CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María. Del patrimonio público: una aproximación al concepto y a su contenido. **Prolegómenos Derechos y Valores**, Bogotá, vol. IX, n. 17, p. 23-34, ene./jun., 2006. p. 23. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2581/2282> Acceso el: 24 de agosto de 2020.



Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales”¹⁹. Así las cosas, la regulación legal de la defensa del Patrimonio, tiene una finalidad garantista, “la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda la actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la Acción Popular”²⁰. Para el Consejo de Estado, “el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa [...]”²¹. En este escenario, la función preventiva del Derecho, la prevención de daños antijurídicos, el *Derecho Anticipativo*, la *Cultura de la Anticipación*, enmarcados en una política pública de Estado, surgen, sin lugar a duda, como elementos centrales para la protección del Patrimonio Público.

En este difícil y complejo escenario de conflicto constitucional, los extremos identificados parecen excluirse irremediamente. Sin embargo, se trata de una contradicción sólo aparente. Una adecuada política pública de Estado en materia de Defensa Jurídica Pública debe propender por encontrar una fórmula a través de la cual se garantice la obligación constitucional para el Estado Colombiano de reparar los Daños Antijurídicos que le sean imputables por la acción o la omisión de las autoridades públicas y, al mismo tiempo, se proteja el Patrimonio Público frente al problema presupuestal mayor que plantean las múltiples y muy elevadas condenas en contra del Estado, así como las altísimas pretensiones de los asuntos litigiosos en curso. En ese difícil panorama, la función preventiva del Derecho, la prevención de Daños Antijurídicos, y en general el *Derecho Anticipativo* y al *Cultura de la Anticipación*, plasmados en una política

¹⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. **Sentencia de 10 marzo de 2005, expediente AP 25000-23-25-000-2.002.** Acción Popular de María Eugenia Sarquez contra Departamento de Cundinamarca y Otro; y COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. **Sentencia del 2 de junio de 2005, expediente AP 25000-23-26-000-2.004-00183-01.** Acción Popular de William Parias contra Banco del Estado. Apartes transcritos en CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María. Del patrimonio público: una aproximación al concepto y a su contenido. **Prolegómenos Derechos y Valores**, Bogotá, vol. IX, n. 17, p. 23-34, ene./jun., 2006. p. 28. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2581/2282> Acceso el: 24 de agosto de 2020.

²⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. **Sentencia de 10 marzo de 2005, expediente AP 25000-23-25-000-2.002.** Acción Popular de María Eugenia Sarquez contra Departamento de Cundinamarca y Otro; y COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. **Sentencia del 2 de junio de 2005, expediente AP 25000-23-26-000-2.004-00183-01.** Acción Popular de William Parias contra Banco del Estado. Apartes transcritos en CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María. Del patrimonio público: una aproximación al concepto y a su contenido. **Prolegómenos Derechos y Valores**, Bogotá, vol. IX, n. 17, p. 23-34, ene./jun., 2006. p. 28. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2581/2282> Acceso el: 24 de agosto de 2020.

²¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. **Sentencia de 10 marzo de 2005, expediente AP 25000-23-25-000-2.002.** Acción Popular de María Eugenia Sarquez contra Departamento de Cundinamarca y Otro; y COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. **Sentencia del 2 de junio de 2005, expediente AP 25000-23-26-000-2.004-00183-01.** Acción Popular de William Parias contra Banco del Estado. Apartes transcritos en CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María. Del patrimonio público: una aproximación al concepto y a su contenido. **Prolegómenos Derechos y Valores**, Bogotá, vol. IX, n. 17, p. 23-34, ene./jun., 2006. p. 28. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2581/2282> Acceso el: 24 de agosto de 2020.



pública de Estado, permiten que se concilien adecuadamente los extremos en conflicto. La disminución de la producción absurda y cotidiana de daños antijurídicos por parte de las autoridades públicas debe ser una premisa básica para que el Estado Colombiano pueda responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, sin que ello genere una afectación grave del Patrimonio Público. Así las cosas, una adecuada Defensa Jurídica Pública debe propender por la auto sostenibilidad del sistema a través de una política pública de Estado que haga de la función preventiva del Derecho y de la Prevención de Daños Antijurídicos²², bajo la luz del *Derecho Anticipativo* y de la *Cultura de la Anticipación*, su eje articulador.

En ese escenario de conciliación de los extremos constitucionales en conflicto, es fundamental que el concepto de Defensa Jurídica Pública se conciba en sentido amplio y omnicompreensivo. El primer y más importante obstáculo al que se ve enfrentada la Defensa Jurídica Pública en Colombia surge, como a menudo sucede, de un problema conceptual. Partiendo de una aproximación general, la defensa se define como la “alegación o discurso con el que se defiende a un acusado en un juicio”²³ o la “razón o motivo que se alega en juicio para contradecir o desvirtuar la pretensión del demandante”²⁴. En el Decreto 4085 de 2011 “Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado”²⁵, modificado por el Decreto 915 de 2017²⁶, a su turno modificado por el Decreto 2269 de 2019²⁷, se define la defensa jurídica de la Nación de manera muy restringida. Primero, ella se refiere sólo a uno de los extremos constitucionales en conflicto. En efecto, la define como “el conjunto de

²² PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa jurídica pública, responsabilidad del Estado, y prevención del daño antijurídico**. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública y Procuraduría General de la Nación, 2014. p. 35.

²³ LEXICO. **Oxford English and Spanish Dictionary, Thesaurus, and Spanish to English Translator**. Disponible en: <https://www.lexico.com/es/definicion/defensa> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

²⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. Edición del Tricentenario. Actualización 2019. Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición. Disponible en: <https://dle.rae.es/defensa> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

²⁵ COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 4085 de noviembre 1° de 2011**: por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Diario Oficial No. 48.240 de 1 de noviembre de 2011. Bogotá: Ministerio de Justicia y Derecho, 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4085_2011.html Acceso el: 24 de agosto de 2020.

²⁶ COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 915 de mayo 30 de 2017**: por el cual se modifica parcialmente las funciones y estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa del Estado. Diario Oficial No. 50.249 de 30 de mayo de 2017. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 2017. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=81857> Acceso el: 25 de agosto de 2020.

²⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 2269 de diciembre 13 de 2019**: por el cual se modifican parcialmente las funciones y estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Bogotá: Presidencia de la República y Ministerio de Justicia y del Derecho, 2019. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%202269%20DEL%2013%20DICIEMBRE%20DE%202019.pdf> Acceso el: 24 de agosto de 2020.



las actuaciones dirigidas a la garantía de los derechos de la Nación y del Estado y de los principios y postulados fundamentales que los sustentan, y a la protección efectiva del patrimonio público²⁸. Obsérvese que la definición transcrita olvida por completo el otro extremo constitucional en conflicto: la obligación del Estado Colombiano de reparar los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Segundo, ella olvida igualmente que la dimensión preventiva del derecho, la prevención de daños antijurídicos, bajo la égida del *Derecho Anticipativo* y de la *Cultura de la Anticipación*, son los elementos centrales y articuladores de una verdadera política pública de Estado en materia de Defensa Jurídica Pública. Este error conceptual lleva a una segunda equivocación al definir de manera restrictiva y reductora otro aspecto fundamental de la Defensa Jurídica Pública, la Gerencia Jurídica Pública. Esta, de manera limitada, se concibe como “el conjunto de acciones, políticas y medidas encaminadas a la eficaz y eficiente defensa de los intereses patrimoniales y judiciales de los entes estatales²⁹, e incurre en los errores evocados anteriormente con respecto a la defensa jurídica de la Nación. Así las cosas, es imperativo que una verdadera política pública de Estado se sustente en unas bases conceptuales sólidas. Por una parte, la Defensa Jurídica Pública debe ser objeto de una definición amplia y omnicompreensiva que le dé el contenido y alcance adecuados. Es decir, ella debe comprender los dos extremos constitucionales en conflicto y, además, incorporar la dimensión preventiva del derecho, la prevención de daños antijurídicos, el *Derecho Anticipativo* y la *Cultura de la Anticipación*, como elementos fundamentales que permiten llevar a cabo el ejercicio de ponderación en debida forma. En este contexto, la Defensa Jurídica Pública puede definirse como el conjunto de estrategias institucionales relacionadas con la defensa eficiente, eficaz y efectiva de los intereses litigiosos del Estado y con la prevención del daño antijurídico, articuladas a la luz de la *Cultura de la Anticipación*³⁰. A su turno, la Gerencia Jurídica Pública, a partir de una aproximación que incorpora elementos novedosos en materia de *anticipación*, puede definirse como aquella Gerencia Jurídica

²⁸ COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 4085 de noviembre 1° de 2011**: por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Diario Oficial No. 48.240 de 1 de noviembre de 2011. Bogotá: Ministerio de Justicia y Derecho, 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4085_2011.html Acceso el: 24 de agosto de 2020.

²⁹ MAYA VILLAZÓN, Edgardo. El fortalecimiento de la gerencia jurídica pública como herramienta para la protección del patrimonio público. Intervención como Procurador General de la Nación. In: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. **Segundo Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública**. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2005. Ver también: MAYA VILLAZÓN, Edgardo. El fortalecimiento de la gerencia jurídica pública como herramienta para la protección del patrimonio público. Intervención como Procurador General de la Nación. In: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. **Segundo Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública**. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá. Subdirección Imprenta Distrital, 2006. p. 3.

³⁰ La génesis de esta definición la encontramos en PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 34. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.



asociada a las entidades públicas en la que deben primar, bajo la luz articuladora de la *Cultura de la Anticipación*, los principios de prevención, de precaución, y de gestión del riesgo, así como el principio y derecho fundamental a la buena administración, para la eficiente, eficaz y efectiva defensa de los intereses litigiosos del Estado y la prevención del daño antijurídico³¹.

2.2. LA DEFENSA JURÍDICA PÚBLICA DEBE ESTAR FUNDAMENTADA EN UN MODELO DE GERENCIA JURÍDICA PÚBLICA

Una segunda premisa, corolario de la anterior, nos lleva a afirmar que una política pública de Estado en materia de Defensa Jurídica debe estar fundamentada en un modelo dual de Gerencia Jurídica Pública, estructurado en dos dimensiones: la prevención del daño antijurídico y la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la respectiva autoridad pública³². El eje central y articulador de dicha política pública debe ser el *Derecho Anticipativo* y la *Cultura de la Anticipación*, el cual, no se limita a la dimensión relativa a la prevención de daños antijurídicos, sino que se extiende a la integralidad de la Defensa Jurídica Pública. El *Derecho Anticipativo* y la *Cultura de la Anticipación* deben ser instrumentos, no sólo de prevención de daños antijurídicos, sino también, de defensa y protección eficiente, eficaz y efectiva de los intereses litigiosos del Estado y de sus autoridades públicas. En este contexto, un aspecto inédito, esencial en una política pública de Estado en materia de Defensa Jurídica Pública, debe ser la incorporación, como ejes o criterios transversales que permitan avanzar hacia la creación, desarrollo y consolidación de una *Cultura de la Anticipación*, de los principios de Precaución, de Prevención, y de Gestión del Riesgo, así como del principio y derecho fundamental a una buena Administración³³. Ello implica un complejo ejercicio que per-

³¹ La génesis de esta definición la encontramos en PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 35. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.

³² PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 12. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.

³³ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 12. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.



mita la adaptación y la utilización de dichos principios en lo Público y, por supuesto, en la Defensa Jurídica Pública³⁴.

Resaltamos el pionero Decreto Distrital 654 de diciembre 28 de 2011, por el cual se adoptó el Modelo de Gerencia Jurídica Pública para las entidades, organismos y órganos de control del Distrito Capital³⁵. Modificado por el artículo 23 del Decreto Distrital 527 de 2014³⁶ y derogado por el artículo 65 del Decreto Distrital 430 de 2018³⁷. El Modelo de Gestión Jurídica Pública distrital³⁸, ambicioso y de amplia trayectoria, muestra el camino a seguir, en un escenario nacional y territorial muy poco desarrollado en este tópico.

El destacado liderazgo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica Pública con su vocación de coordinación y direccionamiento en materia de Defensa Jurídica Pública es esencial para avanzar en estos modelos de Gerencia Jurídica Pública, fundamento de las políticas públicas en materia de Defensa Jurídica Pública. En dicho contexto, en el año 2014 se diseñó el Modelo Óptimo de Gestión de la Defensa Jurídica del Estado (MOG). Con este Modelo se busca resolver situaciones problemáticas de las oficinas jurídicas de las entidades del Estado tales como la organización ineficiente de los equipos, la ausencia de procesos y procedimientos, así como la falta de trazabilidad de la información³⁹. Es un primer paso hacia una Gerencia Jurídica Pública.

³⁴ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 12. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.

³⁵ ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. **Decreto 654 de diciembre 28 de 2011**: por el cual se adopta el Modelo de Gerencia Jurídica Pública para las entidades, organismos y órganos de control del Distrito Capital. Bogotá: Registro Distrital 4805 de enero 2 de 2012. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45159> Acceso el: 24 de agosto de 2020.

³⁶ ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. **Decreto 527 de noviembre 21 de 2014**: por el cual se adopta el Modelo de Gerencia Jurídica Pública para las entidades, organismos y órganos de control del Distrito Capital. Por medio del cual se crean las instancias de coordinación del Sector Administrativo Mujeres, se determina la participación de la Secretaría Distrital de la Mujer en las instancias de coordinación existentes en el Distrito Capital, y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Registro Distrital 5478 del 25 de noviembre de 2014. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60027#23> Acceso el: 24 de agosto de 2020.

³⁷ ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. **Decreto 430 de julio 30 de 2018**: por el cual se adopta el Modelo de Gestión Jurídica Pública del Distrito Capital y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Registro Distrital 6365 del 2 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=80062#65> Acceso el: 24 de agosto de 2020.

³⁸ ALCALÍA MAYOR DE BOGOTÁ. **Modelo de Gestión Jurídica Pública**: Decreto 430 de 2018. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2018. Disponible en: https://www.secretariajuridica.gov.co/sites/default/files/micrositio/EI%20Modelo%20de%20Gestión%20Jur%C3%ADdica%20Pública_0.pdf Acceso el: 30 de agosto de 2020.

³⁹ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. **Documento Conpes 3971**: concepto favorable a la Nación para contratar un empréstito externo con la banca multilateral hasta por usd15 millones, o su equivalente en otras monedas, destinado a financiar el programa de fortalecimiento de la agencia nacional de defensa jurídica del Estado. Bogotá: Gaceta General, 2019. p. 17 - 18. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Economicos/3971.pdf> Acceso el: 23 de agosto de 2020.



La Gerencia Jurídica Pública es de capital importancia dadas las precarias condiciones que viven muchas de las entidades públicas colombianas en materia de defensa jurídica. En aquellos casos, recurrentes por lo demás, en los cuales no se pudieron prevenir los daños antijurídicos, el Estado colombiano aún “muestra una baja capacidad para defender de manera efectiva sus Intereses Litigiosos, en detrimento de su legitimidad como forma de organización política y del Patrimonio Público”⁴⁰. La situación es particularmente grave en los pequeños municipios de 4ª, 5ª y 6ª categoría. Este escenario problemático para las finanzas del Estado se explica, entre otras, por las siguientes razones. Primero, en algunas ocasiones, “el litigio es interpretado como una forma de extraer recursos del Estado a través de estrategias jurídicas que aprovechan su baja capacidad técnica, entre otros factores”⁴¹. Segundo, “la escasa formación técnica y la alta rotación del personal encargado de la Defensa Jurídica de los Intereses litigiosos del Estado”⁴². Esta triste situación, consecuencia de unos precarios procesos de selección, así como de unas difíciles condiciones laborales, llevan a que, así como sucede en otras áreas del Estado, haya una tasa de aprendizaje bastante lenta en las instituciones públicas⁴³. A ello hay que sumarle la mala remuneración y la carga excesiva de trabajo, fuentes de desmotivación de los servidores públicos encargados de la defensa de los intereses litigiosos de las entidades públicas. Tercero, es palpable la ausencia de una real Gerencia Jurídica en muchas de las entidades del Estado. La situación actual muestra que la defensa jurídica de los intereses litigiosos del Estado a menudo es llevada de forma marginal por las autoridades públicas, especialmente en los pequeños municipios, sin que exista muchas veces una estructura especializada que reconozca la

⁴⁰ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 12. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.

⁴¹ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 21. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.

⁴² PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 21 y 22. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.

⁴³ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 21 y 22. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.



importancia del tema y que cuente con todas la herramientas para manejarlo de manera eficiente, eficaz y efectiva⁴⁴.

Este oscuro escenario confirma la importancia de esta segunda premisa, una política pública de Estado en materia de defensa jurídica debe estar fundamentada en un modelo de Gerencia Jurídica Pública que permita avanzar hacia una Defensa Jurídica Pública protectora de los derechos humanos.

2.3. LA DEFENSA JURÍDICA PÚBLICA DEBE SER CONCEBIDA COMO UN MECANISMO COMPLEMENTARIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Los razonamientos anteriores nos permiten llegar a una última premisa: “la Defensa Jurídica Pública concebida como un mecanismo de protección de derechos humanos en sus dimensiones colectiva e individual”⁴⁵. La Defensa Jurídica Pública debe ser un mecanismo complementario de protección de derechos humanos. Desde una perspectiva colectiva, ella debe ser un instrumento eficiente, eficaz, y efectivo de garantía del derecho constitucional colectivo de protección del Patrimonio Público, por medio de la función preventiva del Derecho, del *Derecho Anticipativo* y de la *Cultura de la Anticipación*. Desde una perspectiva individual, la Defensa Jurídica Pública debe garantizar, no sólo la prevención de daños antijurídicos, sino también, la reparación por parte del Estado de aquellos daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En este contexto, la Defensa Jurídica Pública se convierte en un instrumento de protección y garantía de los derechos humanos. Esto es una consecuencia lógica de otra premisa que trasciende las fronteras de la Defensa Jurídica Pública y que permite afirmar que el Derecho de la Responsabilidad Patrimonial del Estado es, a su turno, un mecanismo complementario de protección de derechos humanos, dada la relación inescindible entre la causación de daños antijurídicos y la vulneración de derechos humanos⁴⁶.

⁴⁴ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 22. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.

⁴⁵ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado**: una construcción jurídica compleja. Curso impartido en las Maestrías y Especializaciones en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013; PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado**. Línea de Investigación en el marco de la Maestría Investigativa en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013; y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública, Responsabilidad del Estado, y Prevención del Daño Antijurídico**. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública y Procuraduría General de la Nación, 2014. p. 40.

⁴⁶ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La dimensión preventiva del artículo 90 constitucional: elemento central en la ponderación entre la protección del patrimonio público y la reparación de los daños antijurídicos imputables al Estado. Ponencia presentada el 2 de septiembre de 2011. In: CONTRALORÍA GENERAL DE LA



Entendida así, una política pública de Estado en materia Defensa Jurídica Pública, debe estar perfectamente alineada con el *nuevo paradigma normativo* plasmado en la Constitución Política de 1991, es decir, con el carácter antropocéntrico de esta⁴⁷. Así las cosas, le Defensa Jurídica Pública debe ser concebida, finalmente, como un instrumento clave en la implementación del Estado Social de Derecho y en la garantía de la centralidad del Ser Humano en sus dimensiones individual y colectiva⁴⁸.

En Colombia debemos aprender de los errores cometidos, apoyarnos en los importantes logros alcanzados, y avanzar hacia una Defensa Jurídica Pública humanizada, simple, ponderada, eficiente, eficaz, y efectiva, a la luz del *Derecho Anticipativo* y de la *Cultura de la Anticipación*. Para ello, es fundamental transitar hacia una lectura adecuada del artículo 90 constitucional a la luz de esa *Cultura de la Anticipación*.

3. LA DEFENSA JURÍDICA PÚBLICA EN COLOMBIA: HACIA UNA LECTURA ADECUADA DEL ARTÍCULO 90 CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LA CULTURA DE LA ANTICIPACIÓN

Han transcurrido casi treinta años desde la adopción de la Constitución Política de 1991. Sin embargo, en el derecho colombiano aún no se hace una lectura adecuada acerca del contenido, alcance y campo de aplicación del artículo 90 constitucional⁴⁹.

REPÚBLICA. Segundo Foro Experiencias y Retos del Control Fiscal. **La Infraestructura en Colombia:** vicisitudes del régimen contractual. Bogotá: Contraloría General de la República, 2011; y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado:** una construcción jurídica compleja. Curso impartido en las Maestrías y Especializaciones en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020. Sobre el artículo 90 constitucional, génesis, contenido y alcance, ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¿una cuestión altamente compleja! In: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La responsabilidad extracontractual del Estado:** XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 780-842.

⁴⁷ Sobre el *Nuevo Paradigma Normativo*, ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado:** una construcción jurídica compleja. Curso impartido en las Maestrías y Especializaciones en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020; y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Las Acciones Constitucionales.** Curso impartido en las Maestrías y Especializaciones en Derecho Administrativo y en Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

⁴⁸ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial:** un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. *passim*. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.

⁴⁹ Sobre la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia ver SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Tratado de derecho administrativo, derecho de víctimas y responsabilidad del Estado.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. Ver igualmente, SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública.** Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, 2006; HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Presentación General de la Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. In: Universidad Externado de Colombia. **Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. P. 732 y ss.; HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. In: **Congreso Internacional de**



Ello impide que esa Cláusula General de Responsabilidad Patrimonial del Estado⁵⁰ instaurada por el Constituyente, cumpla con su importante objetivo. Se trata de un obstáculo importante que debe ser superado si queremos avanzar en la dirección correcta en materia de Defensa Jurídica Pública. En efecto, a pesar de tratarse de una innovación mayor en el ordenamiento constitucional colombiano, hasta la fecha sólo se ha hecho una lectura parcial de dicho artículo, lo cual exige una modificación inmediata de dicha postura, a fin de lograr una ponderación adecuada de los extremos en conflicto: la necesaria protección del Patrimonio Público, por una parte y, la imperativa reparación por parte del Estado de los daños antijurídicos que le sean imputables, por otra parte.

3.1. EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA: UNA INNOVACIÓN CONSTITUCIONAL MAYOR

En Colombia existe una gran tradición en materia de responsabilidad patrimonial del Estado⁵¹, la cual se refuerza con la constitucionalización y convencionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado como gran legado de la Constitución Política de 1991⁵². En dicho escenario, el artículo 90 constitucional aparece como una innovación constitucional mayor, resultado de grandes conquistas garantistas, acordes con la naturaleza antropocéntrica del *nuevo paradigma normativo*. Es por ello que, como

derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio, Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Consejo Superior de la Judicatura, 1997; y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¡una cuestión altamente compleja! In: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La responsabilidad extracontractual del Estado:** XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 780-842. Sobre la responsabilidad administrativa en Francia, ver MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif.** Paris: L.G.D.J. 2015; MORAND-DEVILLER, Jacqueline (traducción de RINCON ARDILA, Zoraida y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos). **Derecho Administrativo, Curso, Temas de Reflexión, Comentarios y Análisis de Fallos.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

⁵⁰ Ver COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C-333/96 de agosto 1° de 1996.** Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm> Acceso el: 29 de agosto de 2020.

⁵¹ Ver SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública.** Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, 2006. p. 141 y ss. Ver igualmente PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¡una cuestión altamente compleja! In: HENAO, Juan Carlos y OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La responsabilidad extracontractual del Estado:** XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 780-842. p. 783 y ss.

⁵² SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública.** Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, 2006. p. 139 y ss. Para un detallado estudio del proceso de constitucionalización y convencionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¡una cuestión altamente compleja! In: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La responsabilidad extracontractual del Estado:** XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 780-842.



lo hemos reiterado a desde hace varios años⁵³, es un garrafal error concebir como una estrategia de Defensa Jurídica Pública, la restricción, no solo del derecho constitucional y convencional fundamental de acceso a la administración de justicia, sino también, del derecho a la responsabilidad patrimonial del Estado y, por ende, de la obligación del Estado de reparar, integralmente, los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas⁵⁴. El yerro es de talla si se tiene en cuenta que el Estado de Derecho se fundamenta en dos grandes axiomas: el principio de legalidad, hoy de juridicidad, para significar el tránsito del Estado legal al Estado constitucional y convencional, y el principio de responsabilidad, directa y estrechamente ligados con la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado⁵⁵.

3.1.1 La responsabilidad patrimonial del Estado. Una larga tradición en Colombia

En Colombia, los regímenes legislativos de reparación de perjuicios causados por obras y trabajos públicos es una tradición jurídica que antecede a la propia República. Ya en el Siglo XVI, la Legislación de Indias contemplaba la posibilidad para las víctimas de reclamar ante las Audiencias de los agravios gubernativos⁵⁶. En 1617, Felipe IV con-

⁵³ Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 21. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020; y Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La defensa jurídica pública en Colombia: un importante camino recorrido, un largo camino por recorrer. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, vol. 7, n. 2, p. 89-135, jul./dic. 2020. DOI 10.14409/redoeda.v7i2.9564

⁵⁴ Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 21. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020); y Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La defensa jurídica pública en Colombia: un importante camino recorrido, un largo camino por recorrer. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, vol. 7, n. 2, p. 89-135, jul./dic. 2020. DOI 10.14409/redoeda.v7i2.9564

⁵⁵ "La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente. Al ciudadano cuando acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en demanda de justicia, no le interesa tanto obtener una declaración de nulidad de un acto administrativo como si la imposición de una condena al Estado para que se le indemnice integralmente una lesión o daño antijurídico". COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, **Sentencia C-832/01 de agosto 8 de 2001**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

⁵⁶ Ver SOTO KLOSS, Eduardo. **Derecho Administrativo**. Bases Fundamentales Tomo 2. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996. Disponible en: <https://books.google.com.co/books?id=OyHrWefMyw4C&pg=PA258&lpg=PA258&dq=los+daños+o+agravios+que+se+produjeren+a+los+súbditos+&hl=es-419#v=onepage&q=los%20daños%20o%20agravios%20que%20se%20produjeren%20a%20los%20súbditos&f=false> Acceso el: 20 de agosto de 2020).



sagraba la obligación de reparar “los daños o agravios que se produjeren a los súbditos ‘por el hecho propio nuestro o por órdenes que hayamos dado’”⁵⁷.

En los albores de la nueva República, el artículo 34 de la Ley 1ª de julio 31 de 1823 confirmó esta tradición y consagró que “Si algunos terrenos, molinos, acequias de regadío u otros establecimientos de cualquier especie, se desmejoraren o inutilizaren por causa de obra pública, aunque esta no ocupe parte de ellos, se indemnizará a los propietarios de todos los daños que experimenten”⁵⁸. Textos normativos posteriores confirman dicha orientación garantista. Así, las leyes relativas a la reparación de las víctimas de las guerras civiles del Siglo XIX y parte del Siglo XX, aquellas destinadas a garantizar la reparación de víctimas de catástrofes naturales y, finalmente, las leyes y decretos relativos a la reparación de las víctimas del conflicto armado interno, ilustran dicho panorama⁵⁹.

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, Colombia cuenta igualmente con una larga tradición. Se identifican tres momentos históricos que marcan el desarrollo de la responsabilidad patrimonial del Estado y que muestran, con fuerte influencia de la construcción pretoriana francesa, el tránsito de la Corte Suprema de Justicia hacia el Consejo de Estado colombiano⁶⁰. Primero, la Competencia de la Corte Suprema de Justicia y la aplicación del Código Civil y, muy tímidamente, de construcciones jurisprudenciales francesas (fallas del servicio), ajenas al derecho privado. Segundo, a partir del

⁵⁷ Ver SOTO KLOSS, Eduardo: **Derecho Administrativo**. Bases Fundamentales, Tomo 2. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996. Disponible en: <https://books.google.com.co/books?id=OyHrwEfmYw4C&pg=PA258&lpg=PA258&dq=los>. Acceso el: 20 de agosto de 2020. p. 258 y 259.

⁵⁸ LINO DE POMBO. **Recopilación de leyes de la Nueva Granada**. Tratado I, parte IV. Bogotá: Imprenta de Zoilo Salazar, 1845. Citado por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública**. Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, 2004. p. 95.

⁵⁹ Ver, SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública**. Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, 2004.; PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado: una construcción jurídica compleja**. Curso impartido en las Maestrías y Especializaciones en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.; y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¿una cuestión altamente compleja! In: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La responsabilidad extracontractual del Estado: XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 780-842. p. 785.

⁶⁰ Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La pretensión de reparación directa, la responsabilidad patrimonial del Estado y el operador judicial: una bella historia de amor. In: PIMIENTO, Julián Andrés (Editor), **Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo**. Bogotá: 2019, Universidad Externado de Colombia. p. 131-211. p. 145-155. Para una clasificación diferente, ver HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Presentación General de la Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. In: Universidad Externado de Colombia. **Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 730-803; SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública**. Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, 2004.; y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Terrorisme et Droit: étude comparée des moyens juridiques de lutte contre le terrorisme en droit interne français et colombien**. Aix-en-Provence : 2004, 766 f. Thèse de doctorat, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique.



año 1964, la Competencia del Consejo de Estado y la aplicación de normas diferentes a las del Código Civil, es decir, la plena aplicación de los cuatro postulados del Fallo Blanco en materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado⁶¹. En esta segunda etapa, desde 1964 y hasta 1991, se observa una clara y fuerte influencia, en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, del derecho pretoriano francés de la responsabilidad extracontractual del Estado. Todo ello en un marco normativo que denota, a pesar del artículo 16 de la anterior Constitución de 1886, la ausencia de una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado. Esta situación cambió de manera significativa con el artículo 90 de la Constitución Colombiana de 1991 que marca el tercer y actual momento histórico de la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia.

3.1.2 La constitucionalización y convencionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado. Un legado de la constitución política de 1991

La responsabilidad patrimonial del Estado fue un tema central en la Asamblea Nacional Constituyente, a tal punto que se destinó un artículo constitucional para regular dicha materia⁶².

La presentación de diversos y variados proyectos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado reflejó dentro de la Asamblea Nacional Constituyente el “interés por darle a la responsabilidad estatal un expreso respaldo constitucional”⁶³. La voluntad del Constituyente fue hacer del daño antijurídico y de su imputación a la autoridad pública, el fundamento gravitacional de la responsabilidad patrimonial del Estado. Trasladar el análisis de la la antijuridicidad de la conducta de la autoridad pública al daño mismo, ampliar los horizontes del derecho de la responsabilidad patrimonial del Estado, y consagrar constitucionalmente la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas⁶⁴. La voluntad

⁶¹ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¡una cuestión altamente compleja! In: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La responsabilidad extracontractual del Estado: XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 780-842. p. 786.

⁶² Para un estudio detallado y profundo del proceso de constitucionalización y convencionalización del Derecho de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y del contenido y alcance del primer inciso del artículo 90 constitucional, ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¡una cuestión altamente compleja! In: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La responsabilidad extracontractual del Estado: XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 780-842.

⁶³ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública**. Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, 2004. p. 141.

⁶⁴ Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¡una cuestión altamente compleja! In: HENAO, Juan Carlos y



del Constituyente de modernizar la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado fue clara⁶⁵. Sobre los debates de la Asamblea Nacional Constituyente relacionados con el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado, es oportuno resaltar tres aspectos de singular importancia para el tema de la Defensa Jurídica Pública. Primero, la concepción que tuvo el Constituyente de la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado como un mecanismo de protección de Derechos Humanos⁶⁶. Segundo, en consonancia con lo anterior, la voluntad del Constituyente de 1991 de ampliar los horizontes de la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado⁶⁷. Tercero, los límites que el propio Constituyente instituyó para la responsabilidad estatal. Se trata de una construcción muy acorde con uno de los postulados del Fallo Blanco de 1873 del Tribunal de Conflictos Francés, según el cual la Responsabilidad Patrimonial del Estado no es general ni absoluta⁶⁸. Aseveración de suma utilidad para una política

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La responsabilidad extracontractual del Estado**: XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., 2015. p. 780-842.

⁶⁵ "El régimen que se propone en materia de responsabilidad del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que además incorpora los más modernos criterios sobre la materia... En otras palabras, se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social". COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Informe de Ponencia referente a Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y Orden Jurídico**: la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas y del Estado. Bogotá: Gaceta Constitucional, 20 de mayo de 1991. Transcrito por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública**. Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, 2004. p. 143.

⁶⁶ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Informe de Ponencia referente a Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y Orden Jurídico**. La responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas y del Estado. Bogotá: Gaceta Constitucional, 20 de mayo de 1991. Transcrito por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública**. Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, 2004. p. 143. Ver igualmente, Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: juna cuestión altamente compleja! In: HENAO, Juan Carlos y OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La responsabilidad extracontractual del Estado**: XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 780-842. p. 806 y ss.

⁶⁷ "Tal como se ha redactado el artículo, cabe perfectamente la posibilidad, hacia la cual claramente se está inclinando el derecho moderno, de extender el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado a aquella que se deriva de los yerros de la administración de justicia y eventualmente en un futuro, también a la responsabilidad que pueda derivarse de la función legislativa. La instauración concreta de una u otra quedaría, como corresponde, en manos de la ley y la jurisprudencia". SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública**. Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, 2004. p. 142.

⁶⁸ El Fallo Blanco proferido por el Tribunal de Conflictos Francés en 1873 constituye un pilar fundamental del Derecho de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Su legado en este campo se materializa en cuatro grandes aportes: El Estado sí puede ser declarado patrimonialmente responsable. Esa responsabilidad, sin embargo, no es general ni absoluta. El derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado debe regirse por reglas diferentes a las del Código Civil. La competencia para conocer de estos asuntos corresponde al juez de lo contencioso administrativo. La transcripción en Francés es la siguiente: *Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier;*



pública de Estado en materia de Defensa Jurídica Pública, resultado de un adecuado ejercicio de ponderación constitucional. Al respecto, el Constituyente fue enfático en cuanto a los límites de la responsabilidad y, una vez más, al rol regulador de la ley y de la jurisprudencia⁶⁹.

Como resultado de esta voluntad férrea del Constituyente, “la responsabilidad del Estado quedó, por primera vez en Colombia, reconocida en forma expresa en el cuerpo de la Constitución Política”⁷⁰, en su célebre artículo 90⁷¹. Esta consagración normativa plasma, sin lugar a duda, un gran legado: la constitucionalización y convencionalización de las instituciones colombianas de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y de los servidores públicos. Legado que a pesar de constituir una innovación constitucional mayor, hasta ahora no ha sido objeto de una lectura integral, con lo cual se desconoce la *Cultura de la Anticipación* que le es inherente, y perjudica enormemente a la Defensa Jurídica Pública.

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; qu'elle à ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés; Que dès lors [...] l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître. Transcripción tomada de MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**. Édition 2013, Paris: LGDJ Lextenso Éditions, 2013, p. 704.

⁶⁹ “Por lo que hace a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. La determinación de las condiciones necesarias para para el efecto quedará, naturalmente, en manos de la Ley y la jurisprudencia, pero no sobra anotar aquí que se excluye la imputabilidad en los casos de fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa concurrente de la víctima, o cuando el perjuicio no se produce como consecuencia o con ocasión de una actividad de servicio público”. COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Informe de Ponencia referente a Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y Orden Jurídico**: la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas y del Estado. Bogotá: Gaceta Constitucional, 20 de mayo de 1991. Transcrito por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública**. Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, 2004. p. 144.

⁷⁰ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Informe de Ponencia referente a Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y Orden Jurídico**: la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas y del Estado. Bogotá: Gaceta Constitucional, 20 de mayo de 1991. Transcrito por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública**. Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, 2004. p. 145.

⁷¹ ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. Ver COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html Acceso el: 26 de agosto de 2020.



3.2. EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA: UNA INNOVACIÓN CONSTITUCIONAL MAYOR HASTA AHORA RESTRINGIDA AL ÁMBITO DE LA REPARACIÓN Y DE LA RESTITUCIÓN

El artículo 90 constitucional al consagrar la responsabilidad patrimonial, tanto del Estado, como del servidor público, se constituye, al lado del principio de legalidad, en el otro pilar del Estado Social de Derecho⁷². Sin embargo, en un escenario problemático de recepción de derecho, este artículo constitucional ha sido restringido al ámbito reparatorio y restitutorio, y se le ha desconocido su gran contenido *anticipativo*. Ello se constituye en un obstáculo mayor para la implementación de una verdadera política pública de Estado en materia de defensa jurídica.

3.2.1 El daño antijurídico. Un problema de recepción de derecho

Esta lectura restringida del artículo 90 constitucional encuentra explicación, al menos tangencial, en el problema de recepción de derecho que se generó en su momento en torno al contenido, alcance y campo de aplicación del concepto de daño antijurídico. Desde el año 1964 “se observa una clara y fuerte influencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, del derecho pretoriano francés de la responsabilidad extracontractual del Estado y, desde 1991, del derecho español por medio de la lesión resarcible⁷³ del maestro Eduardo García de Enterría⁷⁴. Esta transición constitucional ge-

⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, **Sentencia C-832/01 de agosto 8 de 2001**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

⁷³ Sobre este aspecto ver el artículo 121 de la ley española de expropiación forzada del 16 de diciembre de 1954 y el artículo 106.2 de la Constitución española de 1978. Ver igualmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II. 3. ed. Madrid: Thomson Covitas, 2008. Para un análisis detallado del artículo 90 constitucional y de su clara influencia española, ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: juna cuestión altamente compleja! In: HENAO, Juan Carlos y OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La responsabilidad extracontractual del Estado: XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 780-842.

⁷⁴ El Maestro Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Catedrático de Derecho Administrativo de las Universidades de Valladolid y Complutense de Madrid, falleció en Madrid el 16 de septiembre de 2013, a los 90 años. Con este estudio rendimos un homenaje a tan insigne jurista, humanista e historiador, de quien tuve el honor de ser su discípulo en Atenas-Grecia, en el Centro Europeo de Derecho Público (EPLC, por sus siglas en inglés), hoy Organización Europea de Derecho Público (EPLD, por sus siglas en inglés). Sobre esta Organización, véase <https://eploacademy.eu/academia-de-derecho-publico-europeo/> Acceso el: 30 de agosto de 2020. De igual manera queremos rendir un sentido homenaje con este escrito al eminente Profesor Emérito y Maestro de Derecho Público de la Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne y de la Université de Pau et des Pays de l'Adour en Francia, Franck MODERNE, quien falleció en el 19 de marzo de 2017. Franck MODERNE fue un gran amigo de Colombia y de América Latina. El Maestro Frank MODERNE fue jurado de la Tesis Doctoral del autor de este escrito, y amigo. Es también un honor rendir homenaje con este estudio a otro gran Profesor Emérito y Maestro de Derecho Público de la Université de Paris 2 Panthéon-Assas, Jacques MOREAU, de quien tuve también el honor de ser su alumno en esa casa de estudios. El Profesor MOREAU falleció el 24 de junio del año 2019.



neró grandes inquietudes jurídicas sobre lo que sería el futuro del derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado. ¿El nuevo artículo constitucional implicaba la objetivización del régimen jurisprudencial en cuestión? ¿Cómo conciliar toda una tradición jurisprudencial fundada sobre el modelo francés con la nueva disposición constitucional de clara orientación española? Con respecto a estos interrogantes, el juez administrativo ha sabido encontrar el justo equilibrio. De una primera etapa jurisprudencial de fuerte tendencia hacia la objetivización, grandemente influenciada por la doctrina española y, particularmente, por los profesores García de Enterría y Léguiña Villa⁷⁵, “ella fue encontrando su punto de regresión al entrar a solucionar los casos concretos”⁷⁶, estimando que la falla del servicio “ha sido y continúa siendo en nuestro derecho el principal título de imputación (fundamento) para declarar responsable al Estado”⁷⁷. Estos correctivos jurisprudenciales no han permitido, sin embargo, ir más allá del contenido reparatorio y restitutorio del artículo 90 constitucional.

3.2.2 El daño antijurídico. Una lectura hasta ahora restringida

El artículo 90 constitucional es el resultado de una larga evolución jurisprudencial, centrada en una concepción garantista y antropocéntrica del Derecho y del Estado como forma de organización política. Se trata, sin lugar a duda, de una innovación constitucional mayor que se vislumbra como una materialización del *nuevo paradigma normativo* consignado en la Constitución Política de Colombia del año 1991. Sin embargo, después de casi 30 años de haber nacido a la vida jurídica, el artículo 90 constitucional ha sido restringido al ámbito reparatorio y restitutorio, lo cual, al descartar su naturaleza preventiva, *anticipativa*, representa un obstáculo importante para la adopción de una verdadera política pública de Estado en materia de Defensa Jurídica. El artículo 90 constitucional se estructura en dos incisos complementarios.

⁷⁵ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. In: **Congreso Internacional de derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Consejo Superior de la Judicatura, 1997. p. 745 y 746. Citado por Juan Carlos PELÁEZ GUTIÉRREZ. **Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 28 y 29.

⁷⁶ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. In: **Congreso Internacional de derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Consejo Superior de la Judicatura, 1997. p. 746. Citado por PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 28 y 29.

⁷⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, **Sentencia No 8163**, en donde el Estado fue declarado patrimonialmente responsable sobre el fundamento de la falla del servicio por los perjuicios causados a un usuario del sistema penitenciario. Citado por PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 28 y 29.



El primero establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas⁷⁸.

Como lo hemos expresado con orgullo en múltiples ocasiones, “en esta maravillosa fórmula se concretan y positivizan, en el más alto rango normativo, las importantes conquistas jurídicas logradas por la jurisprudencia a lo largo de muchos años frente al dogma, intocable hasta bien entrado el siglo XIX, de la irresponsabilidad patrimonial del Estado”⁷⁹. El Órgano de Cierre en materia constitucional reconoce el alcance del legado constitucional⁸⁰. Desentrañando el contenido reparatorio del primer inciso constitucional, desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado “armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración”⁸¹. Así las cosas, esta concepción de la posibilidad de reparación de un daño antijurídico, incluso causado por una actividad lícita del Estado, “armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas”⁸².

⁷⁸ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html Acceso el: 26 de agosto de 2020.

⁷⁹ Ver, PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública, Responsabilidad del Estado, y Prevención del Daño Antijurídico**. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública y Procuraduría General de la Nación. p. 50.

⁸⁰ “El inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual”. Siguiendo la doctrina española y su gran influencia en el proceso constituyente de 1991, la Corte Constitucional ha definido el daño antijurídico “no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C- 333 de 1996**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm> Acceso el: 23 de agosto de 2020.

⁸¹ “Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C- 333 de 1996**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm> Acceso el: 23 de agosto de 2020.

⁸² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C- 333 de 1996**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm> Acceso el: 23 de agosto de 2020.



El segundo inciso del artículo 90 determina, a su turno, que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste⁸³. Este inciso hace necesarias ciertas precisiones.

En primer lugar, La Corte Constitucional, con mucho acierto, identifica las dos dimensiones de la norma e indica que “es evidente que el artículo 90 constitucional consagra una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad que igualmente es posible deducir a sus agentes”⁸⁴. En el primer caso, “la responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de éstos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo”⁸⁵.

En segundo lugar, la jurisprudencia insiste, de manera reiterativa, en otro aspecto importante que quedó ampliamente dilucidado en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991⁸⁶: el carácter subsidiario y restrictivo de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos⁸⁷.

En tercer lugar, la naturaleza restitutoria del segundo inciso del artículo constitucional evocado, ha sido claramente identificada⁸⁸. No se trata entonces de una acción

⁸³ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html Acceso el: 26 de agosto de 2020).

⁸⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C-430/00 de abril 12 de 2000**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-430-00.htm> Acceso el: 30 de agosto de 2000).

⁸⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C-430/00 de abril 12 de 2000**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-430-00.htm> Acceso el: 30 de agosto de 2000).

⁸⁶ Ver SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública**. Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, 2004. p. 144 y 145.

⁸⁷ En efecto, “no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones. En consecuencia si la responsabilidad del agente público no se configura en dichos términos, resulta improcedente que el Estado ejerza la acción de repetición, porque ésta sólo se legitima en la medida en que éste sea condenado a reparar el daño y los agentes estatales resulten igualmente responsables”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C-430/00 de abril 12 de 2000**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-430-00.htm> Acceso el: 30 de agosto de 2000. Así las cosas, “Según la Constitución, sólo en el evento de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial del daño antijurídico, que haya sido determinado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, puede aquél repetir lo pagado contra éste. Ello significa, en consecuencia, que los perjudicados no pueden reclamar directamente del funcionario la indemnización por el daño. Con ello se garantiza, de un lado, la reparación al perjudicado, porque queda debidamente asegurada con el respaldo patrimonial del Estado, y, de otro, se consigue que pueda establecerse dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario en los hechos dañosos, para efectos de la acción de repetición”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C-430/00 de abril 12 de 2000**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-430-00.htm> Acceso el: 30 de agosto de 2000).

⁸⁸ La Acción de Repetición “se dirige a obtener el desembolso por parte de los servidores públicos o ex-servidores públicos que con su conducta dolosa, es decir, intencionada, o gravemente culposa, en el desempeño de sus funciones, dieron lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado por



reparatoria, indemnizatoria o sancionatoria, sino, por el contrario, de una figura constitucional de naturaleza retributiva⁸⁹. Desde una óptica procesal, es importante precisar que “la pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública”⁹⁰.

En cuarto lugar, el cumplimiento de lo consagrado en el segundo inciso del artículo 90 constitucional, no es facultativo⁹¹.

En último lugar, es fundamental para este estudio hacer notar la íntima relación que existe entre el segundo inciso del artículo 90 y la protección del Patrimonio Público. En efecto, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público, la protección del patrimonio público, “el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. [...]”⁹².

haber causado un daño, concretado en una condena judicial, una conciliación o por cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos”. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. **Derecho Procesal Administrativo**. Sexta Edición, Bogotá: Librería Jurídica Sánchez Ltda., 2006.

⁸⁹ Esta acción busca que “Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado”. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 1437 de enero 18 de 2011**: por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Bogotá: Congreso de la República, 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html Acceso el: 26 de agosto de 2020).

⁹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 1437 de enero 18 de 2011**: por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Bogotá: Congreso de la República, 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html Acceso el: 26 de agosto de 2020).

⁹¹ El constituyente, “a través de esta disposición consagró el deber del Estado, de repetir contra sus funcionarios o antiguos funcionarios, cuando como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de éstos, ha sido condenado judicialmente a reparar los daños antijurídicos causados a los ciudadanos”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, **Sentencia C-832/01 de agosto 8 de 2001**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm> Acceso el: 30 de agosto de 2020). Es por ello que “Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño”. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 1437 de enero 18 de 2011**: por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Bogotá: Congreso de la República, 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html Acceso el: 26 de agosto de 2020).

⁹² Es por ello que “si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, **Sentencia C-832/01 de agosto 8 de 2001**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm> Acceso el: 30 de agosto de 2020).



Esta lectura restrictiva del artículo 90 constitucional se ha convertido en un gran obstáculo para el diseño, implementación, consolidación y seguimiento de una verdadera política pública de Estado en materia de defensa jurídica. Además de las dimensiones reparadora y restitutoria, es absolutamente imperativo, para avanzar en la dirección correcta, desentrañar también el componente preventivo, *anticipativo*, de dicha norma constitucional.

3.3. EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA: UNA INNOVACIÓN CONSTITUCIONAL MAYOR QUE HACE DE LA CULTURA DE LA ANTICIPACIÓN DE DAÑOS ANTIJURÍDICOS UNO DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES

El propio artículo 90 constitucional consagra los elementos necesarios, a partir de la dimensión preventiva y *anticipativa* del derecho, y de la *Cultura de la Anticipación*, para avanzar en la dirección correcta. Lograr una verdadera política pública de Estado en materia de defensa jurídica que sea el resultado de un adecuado ejercicio de ponderación constitucional entre los extremos en conflicto, la protección del Patrimonio Público y la obligación estatal de reparar los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En efecto, la evocada norma constitucional, en sus dos incisos, presenta una naturaleza preventiva, *anticipativa*, y, como eje transversal, una *Cultura de la Anticipación* y, con ello, contribuye de manera importante a la sostenibilidad financiera del instituto de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. Lamentablemente, esta innovación constitucional mayor, sólo ha sido objeto de una lectura restringida. Hasta ahora, únicamente se ha identificado la naturaleza reparatoria y restitutoria del artículo 90 constitucional, en detrimento de su importante vocación preventiva, *anticipativa*, la cual, reiterémoslo, es intrínseca, tanto al contenido de su inciso primero, como al de su inciso segundo. Los esfuerzos en materia de Defensa Jurídica Pública deben ir incluso más lejos y buscar la articulación del artículo 90 constitucional con otros escenarios que desarrollen la dimensión preventiva del Derecho y más allá de ello, el *Derecho Anticipativo* y, por supuesto, la *Cultura de la Anticipación*.

El primer inciso del artículo 90 constitucional es la Cláusula General de Responsabilidad Patrimonial del Estado. Sin embargo, su alcance no se limita a su aspecto reparatorio. Es necesario desentrañar y reconocer en él la dimensión preventiva, *anticipativa*, del Derecho de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. Para ello, es imperativo aceptar que las condenas en contra del Estado deben cumplir, no sólo una función reparadora, sino también preventiva, *anticipativa*.

En ese contexto, se deben tener en cuenta dos aspectos fundamentales.



Primero, el rol preponderante de la falla del servicio en materia de prevención de daños antijurídicos como régimen general de responsabilidad patrimonial del Estado. Recordemos que, afortunadamente, el Consejo de Estado Colombiano en su momento corrigió el rumbo y reconoció que, a pesar de la adopción de la noción de daño antijurídico en el artículo 90 constitucional, la falla del servicio “ha sido y continúa siendo en nuestro derecho el principal título de imputación (fundamento) para declarar responsable al Estado”⁹³. Así las cosas, es importante que los actores involucrados en la litis, las partes, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, los procuradores judiciales, y el juez como encargado de administrar Justicia, reconozcan y tengan en cuenta la función de control de la Administración que ejerce el juez por medio de sus sentencias condenatorias, aprobación de acuerdos conciliatorios, laudos arbitrales, etc., cuando estos encuentran su fundamento en la falla del servicio. En ese contexto, esas sentencias, acuerdos conciliatorios, laudos arbitrales, etc., se convierten en insumos importantes que permiten identificar las fuentes de los daños antijurídicos generados e imputables a la autoridad pública respectiva, y ser la base de una política pública institucional de prevención de daños antijurídicos, en la cual, los comités de conciliación juegan un rol institucional de primer orden⁹⁴. Es por ello que, cuando existe una falla del servicio, el juez administrativo debe condenar por falla del servicio. De no hacerlo así, se estaría renunciando a esta función de control, se desconocería la función preventiva, *anticipativa* del primer inciso del artículo 90 constitucional, y se haría nugatoria, para la autoridad pública condenada, la posibilidad de repetir en los términos del segundo inciso del artículo constitucional evocado.

Segundo, el rol subsidiario, no por ello menos importante, que cumplen los regímenes objetivos de responsabilidad patrimonial del Estado en materia de prevención de daños antijurídicos. El artículo 90 provee en su primer inciso, una dimensión preventiva, *anticipativa*, incluso cuando, excepcionalmente, se utilizan regímenes objetivos de responsabilidad. Es por ello que el alcance de la Defensa Jurídica Pública debe comprender, no sólo lo establecido por el derecho positivo, es decir, “todas las actividades relacionadas con: (i) la identificación y prevención de conductas antijurídicas por parte

⁹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, **Sentencia No 8163**, en donde el Estado fue declarado patrimonialmente responsable sobre el fundamento de la falla del servicio por los perjuicios causados a un usuario del sistema penitenciario. Citado por PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 28 y 29.

⁹⁴ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015**: por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho. Bogotá: Presidencia de la República y Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015. Numeral 1, Artículo 2.2.4.3.1.2.5. “Funciones., 1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.” Antes regulado en el artículo 19 del Decreto 1716 de 2009, numeral 1. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62503> Acceso el: 30 de agosto de 2020.



de servidores y entidades públicas [...]”⁹⁵, sino también, *la identificación y prevención de conductas jurídicas por parte de servidores y entidades públicas, generadoras de daños antijurídicos*. Así las cosas, al igual que en lo relativo a la falla del servicio, es importante que los actores involucrados en la litis, las partes, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, los procuradores judiciales, y el juez como encargado de administrar Justicia, reconozcan y tengan en cuenta la función de control de la Administración que ejerce el juez a través de sus sentencias condenatorias, acuerdos conciliatorios, laudos arbitrales, etc., incluso cuando estas encuentran su fundamento en regímenes objetivos de responsabilidad, piénsese, por ejemplo, en el daño especial o en el riesgo excepcional⁹⁶. En ese contexto, al igual que en la falla del servicio, esas sentencias, acuerdos conciliatorios, laudos arbitrales, etc., se convierten en insumos importantes que permiten identificar las fuentes de los daños antijurídicos generados e imputables a la autoridad pública respectiva, y ser la base de una política pública institucional de prevención de daños antijurídicos, en la cual, reiterémoslo, los comités de conciliación juegan un rol institucional de primer orden⁹⁷.

Ahora bien, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, es imperativo que la función garantista de la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, materializada en las reparaciones de las víctimas de daños antijurídicos, esté acompañada de una Política Pública de Estado en materia de prevención de daños Antijurídicos. Esta no es ni ha sido, desafortunadamente, la realidad en Colombia. Se prometió lo divino y lo humano en el artículo 90 constitucional pero, lamentablemente, a

⁹⁵ COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 4085 de noviembre 1° de 2011**: por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Diario Oficial No. 48.240 de 1 de noviembre de 2011. Bogotá: Ministerio de Justicia y Derecho, 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4085_2011.html Acceso el: 24 de agosto de 2020.

⁹⁶ Ver, por ejemplo, PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Responsabilidad Extracontractual del Estado por Actos de Terrorismo. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 1994, expediente No 8577. In: OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editor). **Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 211-230.; y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¿una cuestión altamente compleja! In: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La responsabilidad extracontractual del Estado: XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 780-842. Ver igualmente, MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**, Paris: L.G.D.J. 2015; MORAND-DEVILLER, Jacqueline (Traducción de RINCON ARDILA, Zoraida y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos), **Derecho Administrativo, Curso, Temas de Reflexión, Comentarios y Análisis de Fallos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 771 y ss.; y MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**. Édition 2013, Paris: LGDJ Lextenso Éditions, 2013. p.701 y ss.

⁹⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015**: por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho. Bogotá: Presidencia de la República y Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015. Numeral 1, Artículo 2.2.4.3.1.2.5. “Funciones., 1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.” Antes regulado en el artículo 19 del Decreto 1716 de 2009, numeral 1. Disponible en: <https://www.alcaldiaibogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62503> Acceso el: 30 de agosto de 2020.



pesar de las exigencias del derecho positivo en la materia⁹⁸, muy poco se ha hecho en materia de prevención de daños antijurídicos en aras de garantizar, a mediano y a largo plazo, la sostenibilidad financiera del sistema.

En su rol de coordinación, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ha implementado lineamientos, protocolos y líneas generales tendientes a que las entidades públicas avancen en la prevención de daños antijurídicos. Bien que importantes, aún hay un larguísimo camino por recorrer⁹⁹.

El segundo inciso del artículo 90 consagra la Responsabilidad patrimonial de los servidores públicos. Sin embargo, su alcance no se limita a su función restitutoria. Este inciso contiene un importante componente en materia de prevención, de *anticipación*, el cual juega un rol preponderante en la defensa jurídica pública pues contribuye, de manera directa, a la sostenibilidad financiera del Instituto de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. En ese contexto, es imperativo e impostergable que se identifique, desarrolle, e implemente la función preventiva, *anticipativa* del derecho de la responsabilidad patrimonial del servidor público consagrada en el segundo inciso del artículo 90 constitucional. En efecto, la acción de repetición, que comprende tanto la acción de repetición propiamente dicha como el llamamiento en garantía, cumple no sólo una función restitutoria sino también preventiva, *anticipativa*, tendiente a que esas conductas dolosas o gravemente culposas de los servidores públicos, no se vuelvan a repetir en la entidad pública. Primero, ello debe contribuir a la concientización del servidor público acerca de la necesidad y conveniencia de evitar a futuro, ese tipo de conductas pues perjudican, no sólo el patrimonio de la víctima del daño antijurídico y de la autoridad pública condenada, sino también su propio patrimonio e, incluso, su responsabilidad disciplinaria, penal, y/o fiscal¹⁰⁰. Segundo, la acción de repetición debe permitir a la autoridad pública identificar las tipologías de las actuaciones dolosas o gravemente culposas de sus servidores públicos fuentes de daños antijurídicos imputados a ella. Tercero, la acción de repetición debe permitir a la autoridad pública implementar las medidas necesarias para evitar a futuro este tipo de actuaciones dolosas o gravemente

⁹⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015**: por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho. Bogotá: Presidencia de la República y Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015. Numeral 1, Artículo 2.2.4.3.1.2.5. "Funciones., 1. Formular y ejecutar ropolíticas de prevención del daño antijurídico." Antes regulado en el artículo 19 del Decreto 1716 de 2009, numeral 1. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62503> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

⁹⁹ Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La defensa jurídica pública en Colombia: un importante camino recorrido, un largo camino por recorrer. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, vol. 7, n. 2, p. 89-135, jul./dic. 2020. DOI 10.14409/redoeda.v7i2.9564

¹⁰⁰ Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Verónica; PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La acción de repetición y la acción fiscal: complementariedad y concurrencia desde la perspectiva del derecho anticipativo. In: CASTAÑO DANIEL (Editor). **El Derecho Administrativo: el Derecho Administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 221-266.



culposas de sus servidores públicos, a través de los comités de conciliación, de conformidad con la imperativa normativa existente¹⁰¹.

La función *anticipativa* del derecho va mucho más allá del artículo 90 constitucional. La *anticipación* es algo inherente al derecho, sobre todo en un escenario garantista como la construcción antropocéntrica que guía nuestra Norma de Normas. Así las cosas, la necesaria e importante articulación del artículo 90 constitucional con otros escenarios de la función *anticipativa* del derecho, es igualmente una cuestión imponderable, si se quiere avanzar hacia una verdadera Política Pública de Estado en materia de Defensa Jurídica Pública producto de un ejercicio de ponderación de los extremos constitucionales en conflicto, la protección del Patrimonio Público y la reparación integral por parte del Estado de los daños antijurídicos que le sean imputables. Es allí donde el *Derecho Anticipativo* debe cumplir un rol fundamental en la creación, desarrollo y consolidación de una *Cultura de la Anticipación*, la cual, trasciende ampliamente las fronteras de la dimensión preventiva del derecho y de la prevención de daños antijurídicos.

En ese contexto, los principios de precaución, de prevención y de gestión del riesgo, así como el principio y derecho fundamental a una buena Administración son, entre otros, instrumentos importantes de prevención de daños antijurídicos que deben ser traídos a la Administración Pública y a las demás autoridades públicas de las otras Ramas del Poder Público, de los órganos de control y, por supuesto, al seno de la defensa jurídica pública. Se trata de ejes o criterios transversales que permitan avanzar hacia la creación, desarrollo y consolidación de esa *Cultura de la Anticipación*, elemento central y articulador de la Defensa Jurídica Pública.

El Principio de Prevención se aplica en escenarios en los cuales los daños provienen de riesgos comprobados¹⁰², es decir, cuando su existencia está demostrada o es conoci-

¹⁰¹ El numeral 1 del artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015 dispone: funciones 1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015**: por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho. Bogotá: Presidencia de la República y Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015. Numeral 1, Artículo 2.2.4.3.1.2.5. "Funciones., 1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico." Antes regulado en el artículo 19 del Decreto 1716 de 2009, numeral 1. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62503> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

¹⁰² "La diferencia entre riesgo potencial y riesgo comprobado es el fundamento de la distinción entre precaución y prevención. La precaución hace alusión a los riesgos potenciales y la prevención a aquellos que son comprobados. Tenemos la tendencia a confundir precaución y prevención. Pensamos que los riesgos potenciales son poco probables y los asimilamos inconscientemente a los riesgos comprobados que tienen tan poca probabilidad de ocurrir que son bien administrados. Esto es doblemente inexacto. Para comenzar, las probabilidades no tienen la misma naturaleza (en el caso de la precaución, se trata de una probabilidad de que la hipótesis sea exacta, en el caso de la prevención, la peligrosidad está establecida y se trata más bien de la probabilidad de su ocurrencia). Además de esto y aún más importante, los riesgos potenciales, a pesar de su carácter hipotético, pueden tener una alta probabilidad de realización. En la práctica, sin embargo, la precaución puede ser entendida como la prolongación de los métodos de prevención aplicados a los riesgos inciertos". VINEY, Geneviève; KOURILSKY, Philippe. **Le principe de précaution**. Rapport au Premier ministre.



da empíricamente, incluso en ocasiones es posible estimar la frecuencia en que sucede. Así, por ejemplo, el riesgo nuclear, frente al cual la incertidumbre no es sobre el riesgo que se corre sino sobre la realización del daño¹⁰³. El recurso al principio de prevención “obliga a tomar medidas y estrategias, teniendo en cuenta que se conoce la información necesaria y los riesgos son comprobados e inminentes”¹⁰⁴.

Por otro lado, tenemos que el Principio de Precaución “se aplica a los riesgos hipotéticos, que aún no se han confirmado científicamente, pero cuya posibilidad de existencia puede identificarse a partir de conocimientos empíricos y científicos”¹⁰⁵. Así las cosas, tenemos que el Principio de Precaución se compone de dos elementos esenciales: “una constante que se refiere al hecho de tratarse de una situación de incertidumbre respecto de la existencia de un riesgo de daño grave e irreversible y, como segundo elemento, la exigencia de tomar medidas prematuras, proporcionadas y aptas para evitar el daño sospechado”¹⁰⁶. El primer elemento del principio de precaución es la incertidumbre con respecto al riesgo, “y si bien debe existir una razón que despierte

Paris, La Documentation française, 1999. p. 11. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/004000402.pdf> Acceso el: 30 de agosto de 2020). Traducido y citado por TRONCOSO, María Isabel. El Principio de precaución y la responsabilidad civil. In: **Revista de Derecho Privado n. 18**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 205-220. p. 209. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/407> Acceso el: 30 de agosto de 2020).

¹⁰³ TRONCOSO, María Isabel. El Principio de precaución y la responsabilidad civil. In: **Revista de Derecho Privado n. 18**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 205-220. p. 209. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/407> Acceso el: 30 de agosto de 2020). Citado por PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p.122 y 123.

¹⁰⁴ Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 37.

¹⁰⁵ “Como los que representan, por ejemplo, el desarrollo de los organismos genéticamente modificados (OGM), la nanotecnología, las emisiones de los teléfonos celulares, etc. Esta distinción permite identificar el campo en el que está llamado a actuar el principio de precaución”. TRONCOSO, María Isabel. El Principio de precaución y la responsabilidad civil. In: **Revista de Derecho Privado n. 18**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 205-220. p. 209. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/407> Acceso el: 30 de agosto de 2020). Citado por PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 123.

¹⁰⁶ TRONCOSO, María Isabel. El Principio de precaución y la responsabilidad civil. In: **Revista de Derecho Privado n. 18**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 205-220. p. 210. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/407> Acceso el: 30 de agosto de 2020). Citado por PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 123.



esta sospecha¹⁰⁷, no es necesario un estudio con resultados ciertos e irrefutables; pues, de ser así, el escenario sería diferente al de la precaución¹⁰⁸. El segundo elemento del principio de precaución exige tomar medidas proporcionadas y aptas para evitar el daño. Se trata de una cuestión compleja. La proporcionalidad de las medidas es un factor esencial. Está orientado a conservar una situación favorable para la actividad que origina el riesgo. Es decir, “lo que se busca es que la empresa o la persona involucrada no se vean gravemente afectadas si no es estrictamente necesario. Además, las medidas deben ser aptas, es decir, deben ser capaces de eliminar el riesgo”¹⁰⁹.

Por su parte, la Gestión del Riesgo se refiere a: “[...] la identificación, evaluación y priorización de riesgos seguida [de la] aplicación económica de los recursos para minimizar, monitorear y controlar la probabilidad y / o el impacto de acontecimientos desafortunados”¹¹⁰. Una ilustración de la aplicación de este principio la podemos observar en la legislación y las políticas existentes en torno a la protección a los derechos

¹⁰⁷ Por ejemplo en Francia, el caso del medicamento distribuido por el Instituto Pasteur como remedio para los problemas de crecimiento de los niños, que consistía en la aplicación de la hipófisis extraída de cadáveres, que causó un degeneramiento del sistema nervioso y tuvo como consecuencia final la muerte de varios infantes. En este caso había ya noticia de varios niños que habían desarrollado los mismos síntomas después de haber estado expuestos al mismo tratamiento, sin embargo, no se actuó con precaución, y en cambio se siguió administrando el medicamento. Si al haber observado este fenómeno se hubieran tomado las medidas necesarias, como retirar el medicamento del mercado y hacer las investigaciones necesarias, se hubiera evitado la muerte de varios niños. He aquí un ejemplo en el que el simple seguimiento de un producto puede indicar la existencia de un riesgo.

¹⁰⁸ TRONCOSO, María Isabel. El Principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado n. 18**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 205-220. p. 210. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/407> Acceso el: 30 de agosto de 2020). Citado por PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 123.

¹⁰⁹ TRONCOSO, María Isabel. El Principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado n. 18**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 205-220. p. 210. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/407> Acceso el: 30 de agosto de 2020). Sobre el Principio de Precaución, ver igualmente, BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio. **El principio de precaución en una sociedad de riesgos ambientales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017; VINEY, Geneviève; KOURILSKY, Philippe. **Le principe de précaution. Rapport au Premier ministre**. Paris: La Documentation française, 1999. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/004000402.pdf> Acceso el: 30 de agosto de 2020); y EWALD F.; GOLLIER, C.; DE SADELEER C. **Le principe de précaution**. Paris: PUF, Que sais-je?, 2001.

¹¹⁰ Gestión de Riesgos. Transcrito en PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 124.



a la seguridad y a la prevención de desastres previsibles técnicamente¹¹¹, como, por ejemplo, la Ley 400 de 1997¹¹².

Finalmente, el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra el derecho fundamental a una buena administración¹¹³. Esta positivización muestra que en Europa, el derecho a una buena administración ha trascendido los linderos de la jurisprudencia, su habitat original, y se ha ubicado en los más altos niveles normativos. El derecho fundamental a una buena administración, vinculante para todas las autoridades de la Unión Europea¹¹⁴, “trae consigo un replanteamiento del derecho administrativo en su conjunto”¹¹⁵. La centralidad del ciudadano y su participación activa en la conformación de los intereses generales implica una reformulación del derecho administrativo y de sus principales categorías¹¹⁶. La relevancia de los derechos fundamentales “sugiere nuevas formas de comprender el sistema del derecho

¹¹¹ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 124.

¹¹² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 400 de agosto 19 de 1997**: por la cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes. Diario Oficial No. 43.113, del 25 de agosto de 1997. Bogotá: Congreso de la República, 1997. Entró en vigencia seis meses después de su sanción, en enero de 1998. Bogotá: Congreso de la República, 1997. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0400_1997.html Acceso el: 30 de agosto de 2020. Notas de vigencia: Modificada por COLOMBIA CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 1796 de 2016**: por la cual se establecen medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda, el incremento de la seguridad de las edificaciones y el fortalecimiento de la Función Pública que ejercen los curadores urbanos, se asignan unas funciones a la Superintendencia de Notariado y Registro y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.933 de 13 de julio de 2016. Bogotá: Congreso de la República, 2016. Modificada por COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. **Decreto 19 de 2012**: por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012. Bogotá: Departamento Administrativo de la Función Pública, 2012. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012.html Acceso el: 30 de agosto de 2020. Modificada por COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 1229 de 2008**: por la cual se modifica y adiciona la Ley 400 el 19 de agosto de 1997. Diario Oficial No. 47.052 de 16 de julio de 2008. Bogotá: Congreso de la República, 2008. Ver http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1229_2008.html Acceso el: 20 de agosto de 2020.

¹¹³ PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA; COMISIÓN EUROPEA. **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1. Niza: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea, 2000. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf Acceso el: 30 de agosto de 2020).

¹¹⁴ GALLOTTI, Alejandro. La dimensión del derecho a una buena administración. **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**, Caracas, n. 11, p. 167-190, ene./abr. 2017. p. 169. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2018/02/La-dimension-del-derecho-a-una-buena-administracion-AG.pdf> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

¹¹⁵ RODRIGUEZ ARANA, Jaime. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. **Revista de Derecho y Ciencias Sociales**, Bogotá, n. 6, p.23-56, ene./dic. 2013. p. 23. Disponible en: <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/340/630> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

¹¹⁶ RODRIGUEZ ARANA, Jaime. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. **Revista de Derecho y Ciencias Sociales**, Bogotá, n. 6, p.23-56, ene./dic. 2013. p. 23. Disponible en: <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/340/630> Acceso el: 30 de agosto de 2020.



administrativo”¹¹⁷. El fundamento de este derecho es lograr construir “una concepción más justa y humana del poder, que como consecuencia del derecho de los ciudadanos a gobiernos y administraciones adecuados, se erijan en instrumentos idóneos a al servicio objetivo del interés general”¹¹⁸. Así las cosas, la buena administración describe un estándar de administración¹¹⁹. Con ello se busca “establecer como principio que no basta que la administración se subordine a la Ley en su actividad”. La subordinación, debe permitir ir más allá. Propender a “la adopción de decisiones eficaces y eficientes que de manera efectiva sirvan a los ciudadanos favoreciendo su activa participación.”¹²⁰.

Bajo esta perspectiva, un aspecto inédito a destacar en el Documento Técnico de Base del proyecto de Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República que tuvimos el honor de elaborar, es la incorporación como ejes o criterios transversales del Proyecto, de los Principios de Precaución, de Prevención, y de Gestión del Riesgo. “Ello implica un complejo ejercicio que permita la adaptación y la utilización de dichos Principios en la Función Pública, particularmente en la Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial”¹²¹.

El artículo 90 constitucional es una innovación constitucional mayor, resultado de un largo proceso pretoriano que trasciende las fronteras colombianas y se inscribe en escenarios garantistas y humanistas del Viejo Continente. Sin embargo, dicho precepto normativo se ha visto hasta ahora restringido al ámbito de la reparación y de la restitución. Si en Colombia queremos avanzar hacia el deber ser en materia de Defensa Jurídica Pública, se hace urgente e imperativo rescatar la dimensión preventiva, *anticipativa*,

¹¹⁷ RODRIGUEZ ARANA, Jaime. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. **Revista de Derecho y Ciencias Sociales**, Bogotá, n. 6, p.23-56, ene./dic. 2013. p. 23. Disponible en: <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/340/630> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

¹¹⁸ RODRIGUEZ ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p. 73-93, jul./dic. 2014. p. 73. Disponible en: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/4619/7069> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

¹¹⁹ SPANO TARVIO, Pedro. El Principio de transparencia de la gestión publica en el marco de la teoría del buen gobierno y la buena administración. La transformación de la Administración Pública para la tutela de los derechos fundamentales a propósito de la provincia de Santa Fe. **Revista Digital Asociación Argentina de Derecho Administrativo**, Santa Fe, n. 01, p. 225-268, ene./jun. 2016. p. 230. Disponible en: www.dx.org/10.14409/aada.v0i15.6071 Acceso el: 30 de agosto de 2020.

¹²⁰ SPANO TARVIO, Pedro. El Principio de transparencia de la gestión publica en el marco de la teoría del buen gobierno y la buena administración. La transformación de la Administración Pública para la tutela de los derechos fundamentales a propósito de la provincia de Santa Fe. **Revista Digital Asociación Argentina de Derecho Administrativo**, Santa Fe, n. 01, p. 225-268, ene./jun. 2016. p. 230. Disponible en: www.dx.org/10.14409/aada.v0i15.6071 Acceso el: 30 de agosto de 2020.

¹²¹ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción**. Documento Técnico de Base del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 15 y ss. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co/> (biblioteca- Publicaciones institucionales) Acceso el: 23 de agosto de 2020.



tanto del artículo 90 constitucional, como del derecho. Este camino nos permitirá avanzar de un *derecho reactivo* hacia un *Derecho Anticipativo* que se constituya en un instrumento de creación, desarrollo y consolidación de una *Cultura de la Anticipación*, elemento central y articulador de la Defensa Jurídica Pública.

4. CONCLUSIÓN

En el marco del Objeto de Investigación, en el presente estudio descubrimos, identificamos y formulamos el siguiente problema jurídico central: **¿Cómo se debe abordar jurídicamente, en el marco de la Defensa Jurídica Pública en Colombia, la problemática derivada de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y la protección del Patrimonio Público como extremos en conflicto?**

Nuestra respuesta al problema de investigación planteado es contundente y fue rigurosamente demostrada en este escrito. La manera de abordar jurídicamente la problemática derivada de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y la protección del Patrimonio Público como extremos en conflicto, en el marco de la Defensa Jurídica Pública en Colombia, es desde la perspectiva de la *Cultura de la Anticipación* como elemento central y articulador de una conciliación urgente, necesaria y posible.

La Defensa Jurídica Pública en Colombia debe ser el resultado de un ejercicio de ponderación constitucional y estar fundamentada en un modelo de Gerencia Jurídica Pública que le permita ser concebida como un mecanismo complementario de protección de derechos humanos, acorde con la construcción antropocéntrica de la Constitución de 1991. Esta corrección conceptual nos permitirá avanzar hacia una Defensa Jurídica Pública humanizada, ponderada, eficiente, eficaz, y efectiva. Para lograrlo, se hace necesaria y urgente una lectura adecuada del artículo 90 constitucional a la luz de la *Cultura de la Anticipación*.

El reto es mayor. La innovadora *Cultura de la Anticipación* se erige, sin lugar a duda, como el elemento central y articulador que permite realizar con éxito el difícil ejercicio de ponderación constitucional evocado. Como lo hemos indicado en varias oportunidades, es necesario, urgente y posible, transitar de la dimensión tradicional de nuestro Derecho, es decir, de un *derecho reactivo*, hacia un escenario novedoso como lo es el *Derecho Anticipativo*. Así las cosas, el Derecho Administrativo se debe pensar como un instrumento de paz, como un instrumento de creación, desarrollo y consolidación de una *Cultura de Paz* que nos permita caminar por ese camino de convivencia y de solución pacífica y democrática de nuestros conflictos¹²². Bajo esa premisa, la Defensa Jurídica Pública debe ser precisamente eso, un escenario de paz y no de confrontación,

¹²² PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Los presupuestos jurídicos de la educación para la paz en Colombia: hacia una cultura de paz. Conclusión. In: MONTAÑA PLATA, Alberto; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La constitucionalización del derecho administrativo: el derecho administrativo para la paz.** Tomo II. Bogotá: 2016, Universidad Externado de Colombia. p. 885-947. p. 941 y 942.



un escenario que permita conciliar la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y la protección del Patrimonio Público, bajo la luz de la *Cultura de la Anticipación*. El Derecho Administrativo y, más allá, el Derecho Público, debe convertirse, desde la óptica del Principio de Legalidad, hoy de Juridicidad, en el escenario principal de la *educación en la legalidad y para la legalidad*, de la *educación en los derechos humanos y para los derechos humanos*, de la *educación en la democracia y para la democracia*¹²³, de la *educación en la protección del Patrimonio Público y para la protección del Patrimonio Público*!¹²⁴. Se hace necesario educar en el convencimiento y con el convencimiento de que *la legalidad paga y debemos apostarle y de que ser vivo es ser legal*. Esta es la única forma de poder pasar de un *derecho reactivo* a un *Derecho Anticipativo* de tal manera que este se convierta en la regla y, aquel, solo en la excepción¹²⁵.

Desde la academia se hace necesario concebir, desarrollar y sentar las bases para la concepción, implementación y consolidación del novedoso *Derecho Anticipativo* como instrumento de creación, desarrollo y consolidación de una *Cultura de la Anticipación*. Esta labor ya la hemos iniciado desde hace varios años. Hemos dado los primeros pasos, somos pioneros en la materia, pero falta un largo camino por recorrer. La ambición es grande. Consolidar una Escuela de Pensamiento que marque el derrotero de lo que tendrá que ser el norte del derecho público, un *Derecho de la Anticipación*, un *Derecho Anticipativo*, una *Cultura de la Anticipación*, garantistas de la *centralidad del Ser Humano*, tanto en su dimensión individual como colectiva, acorde con el *nuevo paradigma normativo* plasmado en la Constitución Política de 1991. Este actuar desde la *anticipación* debe permear y guiar el proceder en todos los niveles del Estado, el Ejecutivo, el Legislativo, la Justicia, los Órganos de Control, las entidades territoriales ... y, por supuesto, la Sociedad Civil. El *Derecho Anticipativo* debe ser la regla, el derecho reactivo, la excepción. Se hace necesario crear, desarrollar y consolidar la *Cultura de la Anticipación y para la Anticipación*.

Existe la urgente necesidad de que cada entidad del Estado adopte una política institucional en materia de Defensa Jurídica Pública. La situación de las entidades territoriales es particularmente grave. Ello, sin embargo, implica una profunda reingeniería en el Sector Público. La pregunta que surge es si existe la voluntad política de avanzar

¹²³ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Los presupuestos jurídicos de la educación para la paz en Colombia: hacia una cultura de paz. Conclusión. In: MONTAÑA PLATA, Alberto; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La constitucionalización del derecho administrativo**: el derecho administrativo para la paz. Tomo II. Bogotá: 2016, Universidad Externado de Colombia. p. 885-947. p. 942.

¹²⁴ Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Verónica; PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La acción de repetición y la acción fiscal: complementariedad y concurrencia desde la perspectiva del derecho anticipativo. Conclusión. In: CASTAÑO DANIEL (Editor). **El Derecho Administrativo**: el Derecho Administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 221-266.

¹²⁵ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Los presupuestos jurídicos de la educación para la paz en Colombia: hacia una cultura de paz. Conclusión. In: MONTAÑA PLATA, Alberto; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La constitucionalización del derecho administrativo**: el derecho administrativo para la paz. Tomo II. Bogotá: 2016, Universidad Externado de Colombia. p. 885-947. p. 942.



hacia ese nuevo sendero humanizado, ponderado, democrático, garantista, y antropocéntrico. Se trata finalmente de lograr, con *el Derecho de la Anticipación*, con *el Derecho Anticipativo*, con la *Cultura de la Anticipación*, un "Derecho al derecho"¹²⁶, la "humanización del Derecho por medio del derecho simple"¹²⁷, es decir, caminar en la dirección del *Derecho de Doña Marta*¹²⁸.

REFERENCIAS

BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio. **El principio de precaución en una sociedad de riesgos ambientales**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2017.

CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María. Del patrimonio público: una aproximación al concepto y a su contenido. **Prolegómenos Derechos y Valores**, Bogotá, vol. IX, n. 17, p. 23-34, ene./jun., 2006. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2581/2282>. Acceso el: 24 de agosto de 2020.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Informe de Ponencia referente a Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y Orden Jurídico**. La responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas y del Estado. Bogotá: Gaceta Constitucional, 20 de mayo de 1991.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Disponible en: http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 400 de agosto 19 de 1997**: por la cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes. Diario Oficial No. 43.113, del 25 de agosto de 1997. Bogotá: Congreso de la República, 1997. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0400_1997.html

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 1229 de julio 16 de 2008**: por la cual se modifica y adiciona la Ley 400 el 19 de agosto de 1997. Diario Oficial No. 47.052 de 16 de julio de 2008. Bogotá: Congreso de la República, 2008. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1229_2008.html

¹²⁶ Frase del Profesor Juan Carlos PELÁEZ GUTIÉRREZ, acuñada a lo largo de muchos años de docencia universitaria, de investigación científica, y de ejercicio profesional como abogado y consultor.

¹²⁷ Frase del Profesor Juan Carlos PELÁEZ GUTIÉRREZ, acuñada a lo largo de muchos años de docencia universitaria, de investigación científica, y de ejercicio profesional como abogado y consultor.

¹²⁸ *Doña Marta* es un ser maravilloso a quien el autor de estas líneas admira y ama. Doña Marta, con su segundo año de educación primaria, víctima y desplazada de la violencia absurda que lamentablemente sigue imperando en Colombia, viuda y madre cabeza de hogar, se ha convertido para mí en una fuente maravillosa e infinita de conocimiento y de paz. Cuando me enfrente a una problemática jurídica aparentemente compleja, ella, desde su sabiduría, me aporta soluciones inimaginables gracias a dones que le son inherentes y por ello conserva, *el sentido común, la simplicidad, la humanidad* ¡Doña Marta, de corazón, gracias! Ver PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **El Derecho Administrativo como Derecho Anticipativo**: hacia la creación y consolidación de una Cultura de la Anticipación (video). Bogotá: Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. Junio de 2020. Disponible en: <https://www.facebook.com/administrativouext/videos/540455466830719/> Acceso el: 28 de agosto de 2020.



COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 1437 de enero 18 de 2011:** por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Bogotá: Congreso de la República, 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

COLOMBIA CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 1796 de julio 13 de 2016:** por la cual se establecen medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda, el incremento de la seguridad de las edificaciones y el fortalecimiento de la Función Pública que ejercen los curadores urbanos, se asignan unas funciones a la Superintendencia de Notariado y Registro y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.933 de 13 de julio de 2016. Bogotá: Congreso de la República, 2016.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Decreto 1716 de mayo 14 de 2009.** Bogotá: Presidencia de la República, 2009. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36199#30>

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 4085 de noviembre 1° de 2011:** por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Diario Oficial No. 48.240 de 1 de noviembre de 2011. Bogotá: Ministerio de Justicia y Derecho, 2011. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4085_2011.html Acceso el: 24 de agosto de 2020).

COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. **Decreto 19 de enero 10 de 2012:** por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012. Bogotá: Departamento Administrativo de la Función Pública: 2012. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012.html

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015:** por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho. Bogotá: Presidencia de la República y Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015. Numeral 1, Artículo 2.2.4.3.1.2.5. "Funciones., 1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico." Antes regulado en el artículo 19 del Decreto 1716 de 2009, numeral 1. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62503> Acceso el: 30 de agosto de 2020).

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 915 de mayo 30 de 2017:** por el cual se modifica parcialmente las funciones y estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa del Estado. Diario Oficial No. 50.249 de 30 de mayo de 2017. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 2017. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=81857> Acceso el: 25 de agosto de 2020).

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. **Decreto 2269 de diciembre 13 de 2019:** por el cual se modifican parcialmente las funciones y estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Bogotá: Presidencia de la República y Ministerio de Justicia y del Derecho, 2019. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%202269%20DEL%2013%20DICIEMBRE%20DE%202019.pdf> Acceso el: 24 de agosto de 2020).



COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C-449/95 de octubre 4 de 1995**. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-449-95.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C-333/96 de agosto 1° de 1996**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C-430/00 de abril 12 de 2000**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-430-00.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, **Sentencia C-832/01 de agosto 8 de 2001**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm>

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. **Sentencia de 10 marzo de 2005, expediente AP 25000-23-25-000-2.002**. Acción Popular de María Eugenia Sarquez contra Departamento de Cundinamarca y Otro.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. **Sentencia del 2 de junio de 2005, expediente AP 25000-23-26-000-2.004-00183-01**. Acción Popular de William Parías contra Banco del Estado.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. **Sentencia de 10 marzo de 2005, expediente AP 25000-23-25-000-2.002**. Acción Popular de María Eugenia Sarquez contra Departamento de Cundinamarca y Otro.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, **Sentencia No 8163**. Citado por PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

EWALD F. ; GOLLIER, C. ; DE SADELEER C. **Le principe de précaution**. Paris: PUF, Que sais-je?, 2001.

GALLOTTI, Alejandro. La dimensión del derecho a una buena administración. **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**, Caracas, n. 11, p. 167-190, ene./abr. 2017. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2018/02/La-dimension-del-derecho-a-una-buena-administracion-AG.pdf> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II. 3. ed. Madrid: Thomson Covitas, 2008.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. *In: Congreso Internacional de derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia/ Consejo Superior de la Judicatura, 1997.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Presentación General de la Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. *In: Universidad Externado de Colombia. Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LEXICO. **Oxford English and Spanish Dictionary, Thesaurus, and Spanish to English Translator**. Disponible en: <https://www.lexico.com/es/definicion/defensa>.



LINO DE POMBO. **Recopilación de leyes de la Nueva Granada**. Tratado I, parte IV. Bogotá: Imprenta de Zoilo Salazar, 1845.

MAYA VILLAZÓN, Edgardo. El fortalecimiento de la gerencia jurídica pública como herramienta para la protección del patrimonio público. Intervención como Procurador General de la Nación. *In*: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. **Segundo Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública**. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2005.

MAYA VILLAZÓN, Edgardo. El fortalecimiento de la gerencia jurídica pública como herramienta para la protección del patrimonio público. Intervención como Procurador General de la Nación. *In*: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. **Segundo Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública**. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá. Subdirección Imprenta Distrital, 2006.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**. Édition 2013, Paris : LGDJ Lextenso Éditions, 2013.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**, Paris: L.G.D.J. 2015.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Derecho Administrativo**. Curso, Temas de Reflexión, Comentarios y Análisis de Fallos. Trad. RINCON ARDILA, Zoraida y PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. **Derecho Procesal Administrativo**. Sexta Edición, Bogotá: Librería Jurídica Sánchez Ltda., 2006.

PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA; COMISIÓN EUROPEA. **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1. Niza: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea, 2000. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf Acceso el: 30 de agosto de 2020).

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Terrorisme et Droit**: étude comparée des moyens juridiques de lutte contre le terrorisme en droit interne français et colombien. Aix-en-Provence : 2004. Thèse de doctorat, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La dimensión preventiva del artículo 90 constitucional: elemento central en la ponderación entre la protección del patrimonio público y la reparación de los daños antijurídicos imputables al Estado. Ponencia presentada el 2 de septiembre de 2011. *In*: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Segundo Foro Experiencias y Retos del Control Fiscal. **La Infraestructura en Colombia**: vicisitudes del régimen contractual. Bogotá: Contraloría General de la República, 2011.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado**: una construcción jurídica compleja. Curso impartido en las Maestrías y Especializaciones en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial**: un desarrollo del Programa Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal contra la Corrupción. Documento Técnico de Base



del Proyecto. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. Disponible en: <https://www.auditoria.gov.co>.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Responsabilidad Extracontractual del Estado por Actos de Terrorismo. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 1994, expediente No 8577. *In*: OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editor). **Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 211-230.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Defensa Jurídica Pública, Responsabilidad del Estado, y Prevención del Daño Antijurídico**. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública y Procuraduría General de la Nación, 2014.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¿una cuestión altamente compleja! *In*: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La responsabilidad extracontractual del Estado**: XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 780-842.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Los presupuestos jurídicos de la educación para la paz en Colombia: hacia una cultura de paz. *In*: MONTAÑA PLATA, Alberto; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editores). **La constitucionalización del derecho administrativo**: el derecho administrativo para la paz. Tomo II. Bogotá: 2016, Universidad Externado de Colombia. p. 885-947.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La pretensión de reparación directa, la responsabilidad patrimonial del Estado y el operador judicial: una bella historia de amor. *In*: PIMIENTO, Julián Andrés (Editor), **Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo**. Bogotá: 2019, Universidad Externado de Colombia. p. 131-211.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Derecho Administrativo y COVID 19**: un escenario de reflexión (video). Bogotá: Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. Abril de 2020. Disponible en: <https://www.facebook.com/administrativouext/videos/246663459856001/>.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **La Responsabilidad Patrimonial del Estado en tiempos de COVID 19**: la necesidad de una lectura responsable. (video). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Abril de 2020. Disponible en: <https://www.facebook.com/administrativouext/videos/2552848174982228/>

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **El Derecho Administrativo como Derecho Anticipativo**: hacia la creación y consolidación de una Cultura de la Anticipación (video). Bogotá: Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. Junio de 2020. Disponible en: <https://www.facebook.com/administrativouext/videos/540455466830719/>.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La defensa jurídica pública en Colombia: un importante camino recorrido, un largo camino por recorrer. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, vol. 7, n. 2, p. 89-135, jul./dic. 2020. DOI 10.14409/redoeda.v7i2.9564



PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **Las Acciones Constitucionales**. Curso impartido en las Maestrías y Especializaciones en Derecho Administrativo y en Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado**: una construcción jurídica compleja. Curso impartido en las Maestrías y Especializaciones en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, Verónica; PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. La acción de repetición y la acción fiscal: complementariedad y concurrencia desde la perspectiva del derecho anticipativo. In: CASTAÑO DANIEL (Editor). **El Derecho Administrativo**: el Derecho Administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. Edición del Tricentenario. Actualización 2019. Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición. Disponible en: <https://dle.rae.es/defensa>

RODRIGUEZ ARANA, Jaime. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. **Revista de Derecho y Ciencias Sociales**, Bogotá, n. 6, p.23-56, ene./dic. 2013. Disponible en: <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/340/630> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

RODRIGUEZ ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p. 73-93, jul./dic. 2014. Disponible en: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/4619/7069> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública**. Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, 2004.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. **La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública**. Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, 2006

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Tratado de derecho administrativo, derecho de víctimas y responsabilidad del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

SOTO KLOSS, Eduardo. **Derecho Administrativo**. Bases Fundamentales, Tomo 2. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996. p. 258. Disponible en: <https://books.google.com.co/books?id=OyHrwEfMyw4C&pg=PA258&lpg=PA258&dq=los+daños+o+agravios+que+se+produjeren+a+los+súbditos+&hl=es419#v=onepage&q=los%20daños%20o%20agravios%20que%20se%20produjeren%20a%20los%20súbditos&f=false>

SPANO TARVIO, Pedro. El Principio de transparencia de la gestión pública en el marco de la teoría del buen gobierno y la buena administración. La transformación de la Administración Pública para la tutela de los derechos fundamentales a propósito de la provincia de Santa Fe. **Revista Digital Asociación Argentina de Derecho Administrativo**, Santa Fe, n. 01, p. 225-268, ene./jun. 2016. Disponible en: www.dx.org/10.14409/aada.v0i15.6071 Acceso el: 30 de agosto de 2020



TRONCOSO, María Isabel. El Principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado n. 18**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 205-220. p. 210. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/407> Acceso el: 30 de agosto de 2020.

VINEY, Geneviève; KOURILSKY, Philippe. **Le principe de précaution. Rapport au Premier ministre**. Paris: La Documentation française, 1999. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/004000402.pdf>

danças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 369-422.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulos: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 93-157.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.