



**¿Es efectiva la defensa
jurídica del Estado?
Perspectivas sobre la gestión
del riesgo fiscal en América
Latina**

**Fernando Grafe
(con la colaboración de
Luciano Strazza)**

**Banco
Interamericano de
Desarrollo**

Instituciones para el
Desarrollo

División de Capacidad
Institucional del
Estado

DOCUMENTO DE DEBATE

IDB-DP-338

Febrero 2014

¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado?

Perspectivas sobre la gestión del riesgo fiscal en América Latina

Fernando Grafe
(con la colaboración de Luciano Strazza)



Banco Interamericano de Desarrollo

2014

<http://www.iadb.org>

Las opiniones expresadas en esta publicación son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista del Banco Interamericano de Desarrollo, de su Junta Directiva o de los países que ellos representan.

El uso comercial no autorizado de los documentos del Banco está prohibido y puede ser sancionado de acuerdo con las políticas del Banco y/o las leyes aplicables.

Copyright © 2014 Banco Interamericano de Desarrollo. Todos los derechos reservados. Puede reproducirse libremente para fines no comerciales.

Contacto: Lina Marmolejo, linam@iadb.org

Resumen

La gestión de la defensa jurídica del Estado está siendo de manera insistente el centro de atención en varios países latinoamericanos, debido a sus importantes implicaciones tanto jurídicas como fiscales. Este documento hace una revisión de algunas de las actuales agencias de defensa jurídica en la región que en su mayoría tienen su origen en la preocupación de los Estados por los riesgos patrimoniales que pudieran derivarse de sentencias contrarias a los intereses públicos en los tribunales. En la región existe una gran diversidad en los distintos modelos organizacionales que se han ensayado para hacer frente a la tarea de defender jurídicamente los intereses del Estado. Esta multiplicidad no solamente responde a las distintas tradiciones institucionales de los países, sino también al grado de prioridad que ellos le han asignado a esta función. Sin embargo, a pesar de las variaciones entre los distintos casos, pueden identificarse tres modelos organizativos principales: centralizado, mixto y descentralizado. Del análisis de los modelos institucionales y de los arreglos de las agencias de defensa en el marco de la institucionalidad del Estado, el estudio extrae conclusiones concretas e identifica recomendaciones de política para lograr enfrentar la creciente complejidad de las relaciones entre el sector público y la ciudadanía, y entre el sector público y el sector empresarial privado, reduciendo eventuales costos fiscales o aumentando los ingresos fiscales.

Códigos JEL: K40

Palabras clave: Defensa jurídica, Procuraduría, Administración de justicia, Poder judicial, Reparaciones civiles, Mecanismo alternativo de solución de conflictos, Daño antijurídico, Litigio contra el Estado

RESUMEN EJECUTIVO

La gestión de la defensa jurídica del Estado está siendo de manera insistente el centro de atención en varios países latinoamericanos, debido a sus importantes implicaciones tanto jurídicas como fiscales. En efecto, algunas de las actuales agencias de defensa jurídica en la región tienen su origen en la preocupación de los Estados por los riesgos patrimoniales que pudieran derivarse de sentencias contrarias a los intereses públicos en los tribunales. Una gran parte de la carga de trabajo de organismos de defensa jurídica del Estado tiene efectos económicos para las arcas públicas y, por lo tanto, una deficiente gestión de los servicios jurídicos del Estado puede tener una evidente repercusión en los costos para las cuentas públicas, máxime en un contexto generalizado de creciente litigiosidad contra el Estado.

La tendencia al alza de casos judiciales en los que el Estado es parte procesal comenzó a hacerse notable en el contexto de las profundas reformas normativas e institucionales que tuvieron lugar en América Latina en las dos últimas décadas, y en particular las modificaciones legales que se introdujeron para extender el ámbito de los derechos públicos al conjunto de la ciudadanía, así como también la notable mejora del acceso de la población a los servicios de los tribunales. Más recientemente, otros factores han contribuido al continuo aumento de casos en los que el Estado es parte. Así, los procesos de reforma del Estado que comenzaron en los años noventa, las inversiones directas de compañías extranjeras y la persecución más intensa de la improbidad han sido identificados como factores explicativos de la creciente importancia que para el fisco representan las querellas judiciales que involucran al Estado.

En la gran mayoría de los casos, las demandas interpuestas contra el Estado vienen acompañadas de pretensiones económicas en la forma de indemnizaciones o reparaciones por el daño supuestamente infligido por la administración pública. Esto está comenzando a extender la preocupación de los responsables de las cuentas públicas –básicamente en los ministerios de Hacienda o Finanzas– por cuantificar estas pretensiones y traducirlas en riesgos fiscales en forma de pasivos contingentes. En efecto, en ausencia de un control adecuado de los pasivos contingentes y de los factores que los originan, los efectos sobre los costos de captación de recursos en los mercados financieros internacionales pueden ser elevados como consecuencia de un incremento de la prima de riesgo y de una rebaja en el grado de inversión del país.

Este panorama pone en evidencia la importancia crucial que tienen los servicios jurídicos del Estado para reducir el riesgo fiscal que representan las demandas contra el Estado, y para aumentar los ingresos fiscales en los casos en los que el Estado es demandante. La efectividad de los organismos de defensa jurídica puede entonces medirse por su capacidad de incrementar los beneficios y de reducir los costos asociados a los litigios, lo cual implica tener éxito en todo el “ciclo de defensa jurídica” y, obviamente, en los litigios planteados en los tribunales. Este éxito puede medirse con las sentencias favorables para el Estado en las controversias judiciales planteadas. Sin embargo, la tasa de éxito como indicador explicativo tiene limitaciones, por lo que es recomendable complementarla con otro indicador adicional: “pagos evitados sobre el total de pretensiones” en sentencias definitivas.

En cuanto al llamado ciclo de defensa jurídica, puede observarse que, aun cuando a menudo la función de defensa jurídica del Estado suele asociarse a la tarea de representación en sede judicial como demandante o demandado, la función de los organismos de defensa jurídica no comienza ni finaliza en esa labor ante los tribunales. Por el contrario, la defensa jurídica puede ser modelada como un ciclo compuesto por las siguientes etapas:

- *Prevención del daño antijurídico.* En esta etapa se procura anticiparse a la ejecución de actos administrativos lesivos a los intereses del Estado ya sea por acción u omisión. Se deben fomentar prácticas administrativas basadas en criterios jurídicos rigurosos mediante protocolos claros y generalmente aceptados de manera de evitar actuaciones del Estado que puedan dar pie a demandas exitosas contra el mismo.
- *Uso de métodos alternativos de resolución de conflictos.* Esto se refiere, básicamente, a evitar mediante la conciliación que las controversias tengan que resolverse en un costoso proceso ante los tribunales. En los países observados se ha podido apreciar que los procedimientos de mediación se utilizan relativamente poco, lo cual representa una oportunidad perdida de aminorar los costos de casos eventualmente resueltos de manera desfavorable para el Estado en sede judicial.
- *Representación del Estado en juicio.* Esta etapa implica dos fases distinguibles entre sí: en primer lugar, están los trabajos preparatorios de las acciones ante los tribunales que fijan las estrategias de defensa de los intereses del Estado, lo cual requiere un alto grado de capacidad técnica por parte de los abogados y herramientas de trabajo de alto valor agregado que permitan aprovechar el conocimiento acumulado (antecedentes judiciales de casos similares, éxito o fracaso de otras estrategias, etc.). Es segundo lugar está la personación, a través de los abogados, en la causa en sede judicial. Esto implica la elaboración de escritos de acuerdo con los procedimientos y trámites judiciales y en concordancia con las estrategias de defensa, como hilos conductores de la acción de los abogados.
- *Cobranza o pago luego de la sentencia judicial.* Esta última etapa tiene lugar cuando debe gestionarse el cobro o pago (una vez que se haya resuelto el juicio en los tribunales) y procede a la ejecución de la sentencia definitiva, sea en un sentido favorable o no. En el caso del Estado demandado, los pagos que se derivan de la sentencia desfavorable se realizan a través de las autoridades económicas del Poder Ejecutivo. En los casos del Estado demandante es crucial que se anticipen acciones mediante la solicitud de medidas cautelares (embargos preventivos) sobre los bienes que pueden constituir la garantía de restitución en caso de fallo judicial favorable. Una deficiente gestión de esta etapa puede suponer fuertes costos adicionales para el Estado. En efecto, en demandas exitosas contra el Estado, los pagos por intereses y mora pueden llegar a duplicar el valor de las pretensiones. Por otro lado, si el Estado es el demandante, una incorrecta acción cautelar puede invalidar todo el proceso de recuperación patrimonial.

El análisis del ciclo de defensa jurídica permite identificar los procesos troncales de trabajo que deben desempeñar las agencias, de acuerdo con lo que establezca su mandato legal. La efectividad de la acción de la agencia, en términos de su capacidad para evitar erogaciones de recursos económicos fiscales o para recuperar patrimonio público, dependerá del modelo de gestión de los procesos, y no tanto de si tiene asignadas todas las etapas del ciclo. Pretender resolver los eventuales problemas de efectividad asumiendo nuevas funciones competenciales a través de un rediseño institucional supone en la gran mayoría de los casos una modificación legal con resultados inciertos, pero seguramente costosos, en términos del esfuerzo de instalación de nuevos procesos de trabajo. Esto implica que las instituciones responsables de la defensa de los intereses públicos deben tener las capacidades técnicas necesarias para afrontar los desafíos de sus procesos de trabajo, pero sobre todo tienen que comprender en qué eslabones de sus flujos de trabajo se encuentran las principales vulnerabilidades que afectan a los resultados medidos en términos de efectividad.

En general, cuando se observa que la efectividad de la acción jurídica es insuficiente, esto puede explicarse en virtud de los problemas que subyacen en todo el ciclo de defensa jurídica. Algunos de los factores contribuyentes que afectan al conjunto de los procesos de trabajo vinculados con la gestión jurídica incluyen: deficiencias en los procesos de trabajo, capacidades técnicas limitadas, sistemas de información inadecuados, deficiente gestión del conocimiento y debilidades en las funciones de apoyo. Aunque esta clasificación no presenta un cuadro exhaustivo de todos los hallazgos encontrados en las agencias analizadas durante el presente estudio, sí permite apreciar los hechos más característicos que recorren de forma transversal las instituciones que se ocupan de la gestión de los asuntos jurídicos del Estado, e ilustran la importancia de utilizar el ciclo de gestión de la defensa como herramienta conceptual para identificar los nudos de problemas.

Una revisión de los distintos modelos organizacionales que se han ensayado en la región para hacer frente a la tarea de defender jurídicamente los intereses del Estado demuestra la existencia de considerable heterogeneidad. Esta diversidad no solamente responde a las distintas tradiciones institucionales de los países, sino también al grado de prioridad que ellos le han asignado a la función. Sin embargo, a pesar de las variaciones entre los distintos casos, pueden identificarse tres modelos organizativos principales: centralizado, mixto y descentralizado. En conjunto, estos modelos conforman una suerte de gradiente que se extiende desde la concentración de atribuciones, funciones y mando, hasta un esquema en el cual estas cuestiones se hallan más repartidas a lo largo de la institucionalidad del Estado. En el medio, el modelo mixto es un tipo de esquema con centralización de funciones pero que al mismo tiempo ofrece cierto margen de autonomía al resto de las organizaciones públicas (a través de sus oficinas jurídicas).

Cada una de estas alternativas ofrece ventajas y desafíos que se analizan en el estudio. De ese análisis se concluye que ninguno de los modelos presenta ventajas suficientes en términos de eficacia y eficiencia en la defensa de los intereses del Estado que puedan recomendarlo para su replicación uniforme en la región. Por el contrario, es muy probable que los determinantes de la efectividad de la agencia sean otros factores no vinculados al diseño organizacional sino más bien unidos al modelo de gestión; por ejemplo: la definición de los productos estratégicos, la claridad de los procesos de trabajo, la pertinencia de la organización con los flujos de trabajo, los sistemas de información, la capacidad de reclutar personal abogado experto y el modelo de gestión del conocimiento.

En este sentido, las instituciones rectoras de la defensa jurídica del Estado de algunos países de la región han emprendido al menos cuatro estrategias coincidentes con el fin de lograr reducir eventuales costos fiscales o aumentar los ingresos fiscales. Estas estrategias se resumen a continuación:

- *Mejor control de los riesgos contingentes fiscales.* En otras palabras, se trata de procurar tener un control lo más exacto posible del valor económico de las pretensiones que están dilucidándose en los tribunales. Esto supone que la institución responsable de la defensa jurídica del Estado tenga protocolos claros de captura de los datos y actualización de la información económica, así como también que cuente con sistemas de información adecuados, de tal forma que los datos disponibles sobre las pretensiones sean sólidos, oportunos y susceptibles de su posterior cuantificación en valores reales. Los ministerios de Hacienda son los principales receptores de esta información.
- *Mejora de la efectividad ante los tribunales.* Con esta estrategia se pretende lograr que los resultados de la acción judicial de los servicios jurídicos sean más eficaces, o en otros términos: que tengan mejores tasas de éxito en los tribunales. Una mejora sustancial en la

efectividad ante los tribunales supone, por un lado, una reducción de los pagos que el Estado debería asumir por los litigios (o un aumento de los ingresos en caso de recuperación de fondos y bienes públicos), y por otro lado, la emisión de señales a otros actores acerca de la fortaleza de la acción jurídica del Estado en el caso de que piensen en resolver sus diferencias litigando en los tribunales. La experiencia acumulada indica que la efectividad en la gestión jurídica no radica exclusivamente en la acción directa en los tribunales, sino que los aspectos de prevención del daño antijurídico desempeñan un papel importante. La racionalización de los procedimientos administrativos y una mejor capacitación de los funcionarios públicos deberían servir para reducir las acciones antijurídicas y, por lo tanto, las demandas contra el fisco que suponen en realidad gran parte de la carga jurídica de los servicios de abogacía del Estado.

- *Mejora de la eficiencia.* Con ello se pretende optimizar la productividad de las agencias de defensa del Estado en un escenario de demandas crecientes. En un marco de restricciones presupuestarias, la estrategia de mejora de los servicios de defensa jurídica del Estado deberá apuntar a construir un modelo de gestión que ofrezca resultados a costos razonables, lo que implica que las fórmulas burocráticas de gestión de los recursos más clásicas probablemente deban sufrir cambios notables en los próximos años. En este sentido, cabría esperar que las agencias redujeran su tamaño, o al menos estabilizaran su planta de personal, para tratar de aprovechar recursos expertos que pueden encontrarse en el mercado a costos más asumibles, y pudiesen seleccionar mejor las estrategias de defensa para tratar de reducir los costos de litigar.
- *Intensificación de la acción judicial para recuperar las deudas en favor del Estado.* En un contexto de mayor transparencia de la gestión pública, y en parte determinado por la mayor sensibilización de las opiniones públicas de los países de la región, muchos países han comenzado a desarrollar políticas públicas más activas en la recuperación de los patrimonios públicos damnificados como consecuencia de casos de corrupción y/o malversación de fondos públicos. Si bien en los casos de denuncias penales por casos de corrupción la responsabilidad directa por la persecución del delito recae en las instituciones del Ministerio Público o de la Fiscalía, para los servicios jurídicos del Estado esta estrategia se ha traducido en una creciente actividad de promoción de acciones tendentes, por un lado, a optimizar la calidad de la información patrimonial de la parte demandada para poder solicitar medidas cautelares previas, y por otro lado, a mejorar los procesos de cobranza cuando la sentencia sea favorable para el Estado.

Índice

Lista de acrónimos	7
Introducción	8
Agradecimientos	9
1. La efectividad de las agencias y los modelos de gestión	10
1.1. Contexto general	10
1.2. Incremento de la litigiosidad: factores explicativos	11
1.3. Los impactos fiscales	15
1.4. La efectividad de las agencias	16
1.5. Debilidades observadas: factores explicativos	18
2. Los modelos de gestión de las agencias	22
2.1. La gestión del ciclo de defensa	22
2.2. Funciones asociadas con la gestión del ciclo de defensa jurídica: organigramas	26
3. Modelos organizacionales para la defensa jurídica del Estado ensayados en la región	27
3.1. Modelos organizativos de la institucionalidad	27
3.2. Conclusiones	33
4. Lineamientos para una mejora de la defensa jurídica del Estado	36
4.1. Recomendaciones de política	36
4.2. Lineamientos de mejora de gestión de las agencias	38
4.3. Pertinencia de las soluciones diseñadas	39
Referencias bibliográficas y normativa consultada	44
Sítios web institucionales consultados	45

Lista de acrónimos

AGU-BR	Advogacia Geral da União
ANDJE	Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Colombia)
CDE-CH	Consejo de Defensa del Estado (Chile)
CDJE	Consejo de Defensa Judicial del Estado (Perú)
Dipres/MH-CH	Dirección de Presupuestos / Ministerio de Hacienda (Chile)
MASC	Medios alternativos de solución de conflictos
MHCP-COL	Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Colombia)
ONG	Organización no gubernamental
OSC	Organización de la sociedad civil
PGBC	Procuradoria Geral do Banco Central (Brasil)
PGF	Procuradoria Geral Federal (Brasil)
PGFN	Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (Brasil)
PGU	Procuradoria Geral da União
PGR-CR	Procuraduría General de la República (Costa Rica)
Siproj	Sistema de Información de los Procesos Judiciales (Alcaldía Mayor de Bogotá)
SUDA	Sistema Único de Deuda Activa (Brasil)

Introducción

La gestión de la defensa jurídica del Estado está ocupando de manera insistente la atención en varios países latinoamericanos debido a sus importantes implicaciones tanto jurídicas como fiscales. En efecto, aun cuando el desempeño de esta función ha sido tradicionalmente asociado con el ejercicio del Derecho y, por lo tanto, atribuido a abogados al servicio del sector público, lo cierto es que una inadecuada defensa de los intereses del Estado puede resultar en altos costos fiscales provenientes de pagos por reparaciones ordenadas por sentencias judiciales.

En general parece poco probable que los factores que determinan la cantidad de demandas a ser atendidas por las instituciones responsables de la defensa jurídica de los Estados cambien de forma drástica. Tal vez al contrario, cabría esperar un incremento de los litigios, y muy especialmente del monto de las pretensiones económicas y de su dificultad técnica, como consecuencia de la creciente complejidad de las relaciones entre el sector público y la ciudadanía, y entre el sector público y el sector empresarial privado. Todo ello puede agravar el impacto de la actividad litigiosa del Estado en términos del costo fiscal.

Dado este panorama, la defensa jurídica del Estado se convierte en un asunto con indudables connotaciones fiscales y económicas que afectan a todos los ciudadanos como contribuyentes. Cuando se presentan deficiencias en el modelo de gestión de las instituciones responsables de la defensa jurídica, estas acaban repercutiendo en el patrimonio público. Por lo tanto, parece evidente que una mejora de la gestión de la acción jurídica es una inversión con claros retornos económicos.

Así, pues, el análisis de la eficiencia con que los Estados defienden su posición jurídica necesariamente incluye temas de variada índole, como la importancia de garantizar que la actuación de los poderes públicos esté ajustada al Derecho, la necesidad de desarrollar políticas e instituciones públicas que aseguren la calidad de la actuación procesal del Estado en procesos judiciales, la importancia de estimar los posibles costos de esta actividad litigiosa (y gestionar los riesgos fiscales consiguientes), y la necesidad de sistematizar la información disponible, unificar las estrategias de defensa y determinar los criterios de actuación y seguimiento.

Esta perspectiva implica superar la común concepción de la función de defensa jurídica del Estado como una tarea exclusivamente asociada a la representación de los intereses públicos en sede judicial, para reconocer otras facetas también fundamentales. Consecuentemente, para efectos de este estudio, la defensa jurídica se entenderá como un ciclo compuesto por diferentes etapas, incluidas la prevención de actos antijurídicos que puedan provocar demandas exitosas contra el Estado, la actuación a través de métodos alternativos de solución de conflictos, la representación ante sede judicial y la cobranza o el pago a partir de la decisión de los tribunales.

El presente informe, que busca aportar elementos para el análisis de los sistemas de defensa jurídica del Estado en la región, se estructura en cuatro capítulos. En el primero se examina la efectividad de los organismos encargados de la defensa jurídica del Estado en la región y sus posibles factores explicativos, para lo cual se tratan en primer lugar los diferentes indicadores que proveen una mejor aproximación a la eficacia (aun cuando deben reconocerse las limitaciones impuestas por la escasez de información confiable, ya que todavía son pocos los países que han comenzado a publicar estadísticas de forma sistemática). Dentro del mismo capítulo se analizan los datos disponibles acerca de la

efectividad de las agencias como demandantes o demandadas, y los factores explicativos en términos de debilidades observadas en los modelos de gestión, así como también los impactos fiscales que el incremento de las demandas contra el Estado pueden estar ocasionando en la evolución del riesgo país.

En el segundo capítulo se describen los modelos de gestión de las agencias, especialmente la gestión que engloba el denominado ciclo de defensa. Una vez analizado el manejo del ciclo, el capítulo se focaliza en la descripción de las funciones misionales que adoptan las agencias, de muy diversa estirpe, observadas en la región.

En el tercer capítulo se describen los principales modelos organizacionales actualmente existentes en la región en materia de defensa jurídica del Estado. Para ello se seleccionó un conjunto de parámetros a partir de los cuales se analizaron los rasgos y los perfiles básicos de los casos regionales. En tal sentido, no se buscó detallar el modelo adoptado por cada país sino de examinar esos modelos conjuntamente para extraer pautas organizacionales comunes que ayuden a dibujar el mapa regional de la defensa jurídica del Estado. Con la finalidad de encontrar regularidades y diferencias que permitan identificar modelos y pautas frecuentes, se trabajó con un universo de 21 países.

Por último, en el cuarto capítulo se muestran los lineamientos implementados en los diversos proyectos de mejora de la gestión jurídica del Estado en los que ha participado de forma activa el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Igualmente, se analiza la pertinencia de las soluciones diseñadas tomando para ello como modelo de referencia el plan de fortalecimiento de los servicios jurídicos que la Alcaldía Mayor de Bogotá impulsó especialmente entre 2000 y 2005.

La recolección de información para este estudio se inició en el contexto del diseño de tres proyectos financiados por el BID en los últimos cuatro años para la mejora de la gestión institucional de organismos especializados existentes (Chile y Brasil) y para la construcción de una nueva institucionalidad rectora (caso de Colombia). Posteriormente, se realizó el relevamiento de sitios web de otras instituciones dedicadas a la defensa jurídica del Estado, portales de organismos internacionales y el análisis de distintos documentos y normas jurídicas sobre el tema. Por tratarse de una política pública relativamente incipiente en la región, existe bastante heterogeneidad de país a país en cuanto a la disponibilidad y la calidad de la información. Debido a ello, el presente documento incluye información relevada en forma directa o inferida, razón que explica el hecho de que no se hayan incluido todos los países de la región en la totalidad de los ejes de análisis. Desde ya, la alta heterogeneidad de la información puede ser considerada como meta-indicador de la prioridad y del grado de implantación que la defensa jurídica del Estado tiene en los diversos países de la región.

Agradecimientos

Este informe no hubiera sido posible sin el impulso de Carlos Santiso, Jefe de la División de Capacidad Institucional del Estado del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Sus colegas, Carlos Cordovez, Juan Carlos Cortazar, Robert Panzer y Arnaldo Posadas formaron parte de diversos equipos de proyectos que contribuyeron a articular una lógica de intervención en un sector crecientemente importante para los Estados, y que hasta entonces no había sido objeto de especial atención. Muchas de las ideas reflejadas en este documento provienen de sus aportaciones.

Asimismo, este informe es deudor de los apoyos expertos de Mariana Martínez Cuéllar, Martha Rivera, Diego Hernán Pérez, Raúl Castro y Danilo Rojas, y muy especialmente de Luciano Strazza, por su contribución a la sistematización de la información. Finalmente, estas páginas no se habrían plasmado sin la activa participación de las autoridades y funcionarios del Consejo de Defensa Jurídica de Chile, de la Advogacia Geral da União ni de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Colombia, instituciones con las que tuvimos la oportunidad de intercambiar muchos de los planteamientos expresados aquí. A todos ellos, muchas gracias.

1. La efectividad de las agencias y los modelos de gestión

1.1. Contexto general

1. La larga trayectoria histórica de algunas de los actuales organismos o agencias de defensa jurídica tiene su origen en la preocupación de los Estados por los riesgos patrimoniales que pudieran derivarse de sentencias contrarias a los intereses públicos en tribunales.¹ Una gran parte de la carga de trabajo de los organismos de defensa jurídica del Estado tiene efectos económicos para las arcas públicas y, por lo tanto, una deficiente gestión de los servicios jurídicos del Estado puede tener una evidente repercusión en los costos para la Hacienda pública, máxime en un contexto generalizado de creciente litigiosidad contra el Estado como el que existe en la región.

Recuadro 1 **Soluciones de defensa jurídica**

En la región existe una diversidad de soluciones en materia de defensa jurídica, en función de las materias de que se trate. Normalmente los asuntos civiles y contenciosos son asumidos por la agencia (abogacía o procuraduría), pero no en todos los casos. Es relativamente frecuente encontrar en la región que los asuntos tributarios o de pensiones sean competencia de las oficinas jurídicas de los organismos responsables (administraciones tributarias o previsionales), o que los litigios internacionales se asuman en los servicios jurídicos de los ministerios de Relaciones Exteriores. Lo mismo cabría decir para los asuntos de índole militar o de Defensa, los que suelen quedar en la jurisdicción militar con intervención de abogados castrenses.

2. En efecto, las profundas reformas normativas y judiciales llevadas a cabo en la región de América Latina en las dos últimas décadas, y en particular las modificaciones legales introducidas para extender el ámbito de los derechos públicos al conjunto de la ciudadanía, así como también la notable mejora del acceso de la población a los servicios judiciales, han tenido como efecto notable un fuerte auge de los litigios en los que el Estado está involucrado como demandante y principalmente como demandado. Este comportamiento comenzó de forma particularmente intensa a partir de finales de los años ochenta, cuando una parte significativa de los países de la región recobró la democracia, y otros modificaron su Constitución y sus leyes para ampliar el campo de los derechos civiles. En poco tiempo el Estado comenzó a ser susceptible de ser demandado por parte de la ciudadanía y perseguido por los ministerios públicos, tanto en los casos de denuncias por violaciones a los derechos humanos, como por actos propiamente administrativos que suponían abusos o incumplimiento deliberado de la legislación y de los contratos por parte de la administración pública.

1.2. Incremento de la litigiosidad: factores explicativos

3. De acuerdo con Hammergren (2007), pueden identificarse los siguientes factores explicativos del fuerte aumento de las demandas contra el Estado en la década de 1980, básicamente

¹ En cierto modo esta preocupación por los asuntos de la Hacienda pública explica el hecho de la formación del actual cuerpo de abogados del Estado en España, o el origen del Consejo de Defensa del Estado de Chile y su vinculación administrativa con el Ministerio de Hacienda. Asimismo, en el caso de Brasil, la Procuraduría Geral da Fazenda Nacional (PGFN), actualmente adscrita a la Advogacia Geral da União (AGU), con casi 2.000 abogados procuradores, respondía directamente a la necesidad de defender los intereses fiscales, asumiendo las labores consultivas en las entidades y las acciones contenciosas ante los tribunales.

relacionados con la consolidación de los derechos en un contexto de ampliación del espacio democrático en muchos países:

- (i) *Incremento de la oferta de servicios judiciales.* La mejora del acceso a los servicios de justicia ha posibilitado que un número creciente de ciudadanos acudan a los tribunales para tratar de obtener satisfacción a lo que consideraban una lesión a sus derechos.
 - (ii) *Expansión de los derechos garantizados constitucionalmente y de los medios para defenderlos.* En las reformas constitucionales de finales de los años ochenta y principio de los noventa se impulsaron los derechos políticos y civiles, para lo cual se estableció toda una serie de instrumentos jurídicos que facilitaron que la ciudadanía ejerciera de forma efectiva estos derechos (amparos, tutelas, etc.) En algunos países los poderes judiciales respectivos trataron de dar respuesta positiva a estas demandas, lo que por otra parte implicó crecientes compensaciones económicas por parte del Estado.
 - (iii) *Extensión de los servicios judiciales.* Particularmente importante para entender el incremento de las demandas judiciales ha sido la extensión de los servicios judiciales de cercanía a amplias capas de la población.²
 - (iv) *Mayor presencia de agencias u organismos de defensa de los derechos civiles.* También se ha observado un incremento de la presencia de la sociedad civil organizada, que a través de diferentes agencias trata de restablecer los derechos y garantías.
 - (v) *Impulso a la legislación de interés público.* La presión ejercida por organizaciones de la sociedad civil (OSC) en las diversas instancias judiciales, promoviendo interpretaciones favorables para los grupos más vulnerables, también ha tenido un efecto en el aumento de los juicios interpuestos contra el Estado.
 - (vi) *Aumento de abogados litigantes.* Finalmente, la democratización del acceso a los estudios universitarios, y en particular de derecho, ha generado un fuerte incremento de la cantidad de egresados que pueden obtener la habilitación de abogados litigantes.³
4. Sin perjuicio de lo anterior, debe reconocerse que desde finales de los años noventa hasta la actualidad las motivaciones para demandar al Estado se han modificado parcialmente. Así, empiezan a observarse acciones contra la Hacienda pública mucho más relacionadas con el (in)cumplimiento de contratos y reglas por parte del Estado. Esta nueva ola de demandas surgidas al amparo de los procesos de reforma del Estado, de apertura de las economías a la

² En diversos países se instalaron nuevos juzgados de paz (en Perú existen más de 5.000), así como otros tipo de juzgados para causas de menor cuantía, pero también ejercieron un rol importante iniciativas sociales que facilitaron la derivación de determinados asuntos menores hacia los servicios de justicia. En este sentido, la figura del facilitador comunitario de Nicaragua permite dar un soporte institucional a la función de mediación en un contexto comunitario, y se extiende a otros países a partir de la experiencia exitosa. Es indudable que todo ello impactó en una mayor carga de trabajo para los servicios judiciales y en crecientes demandas contra el Estado. Otra cuestión es si estos comportamientos obtuvieron o no los resultados esperados por los demandantes. Para una síntesis de las estrategias de acceso a la justicia adoptadas, puede consultarse Grafe (2008).

³ Para el caso de Perú puede consultarse el informe de Pásara (2004). Sus conclusiones son en gran parte extrapolables a un buen número de países de la región.

inversión exterior y de consolidación fiscal podría catalogarse como de segunda generación. Sus causas concretas son diversas, pero pueden identificarse al menos cinco factores que pueden ser relevantes para entenderlas:

- (i) *Reforma del Estado.* Durante los años noventa se impulsó una profunda transformación del rol de la administración pública y del peso relativo del Estado en la economía, en el marco de las nuevas políticas auspiciadas bajo el esquema del denominado Consenso de Washington. Estos cambios vinieron acompañados de modificaciones en los roles de determinadas instituciones, la reducción de la presencia del sector público en la provisión de determinados servicios, y reformas en los regímenes contractuales de las administraciones públicas, bajo el argumento dominante en aquellos momentos de lograr una mayor eficacia y eficiencia en el gasto público en un contexto de mayor equilibrio de las cuentas fiscales. En muchos países de la región las decisiones adoptadas alteraron la estructura de impuestos, introdujeron nuevas tarifas sobre los servicios públicos (agua, electricidad, etc.), y modificaron los mecanismos de indexación de los salarios y pensiones, lo que supuso, entre otros efectos, un significativo incremento de las demandas contra el Estado en el entendido que los derechos contractuales preexistentes no podían ser alterados de forma unilateral por parte de la administración pública.
- (ii) *Retos burocráticos.* Aún persisten debilidades para ejercer el buen gobierno en los asuntos públicos. Si los apoyos jurídicos sobre los que deben fundamentarse las resoluciones administrativas presentan insuficiencias, ello facilita que las partes afectadas se apoyen en estas debilidades para lograr fallos favorables en los tribunales.
- (iii) *Creciente complejidad técnica de la contratación pública.* La región ha producido transformaciones en las modalidades de contratación del Estado y en las fórmulas de relación del sector público con el sector privado. Este fenómeno abarca desde la progresiva “agencialización” de determinadas áreas de la administración pública (en muchos casos con su privatización), pasando por la creciente regulación de mercados en un contexto de retirada de la provisión pública, hasta contratos de concesiones en infraestructura, o formas contractuales derivadas de subastas públicas (de espectros radioeléctricos, por ejemplo). En este contexto, los asuntos que se presentan en forma de demanda ante los tribunales ostentan una mayor complejidad técnica, y en muchos casos carecen de antecedentes doctrinales y jurídicos suficientes para poder basar estrategias de defensa coherentes. Las demandas en estas áreas suelen ser de gran cuantía en términos económicos, con lo que los riesgos fiscales asociados pueden alcanzar montos considerables.
- (iv) *Inversiones directas del exterior.* Otro de los cambios en el entorno que comenzó a perfilarse a comienzos de la década de 2000, pero que se ha generalizado intensamente en los últimos años, es la creciente apertura de las economías de la región al comercio internacional y a la inversión extranjera directa (IED), frecuentemente acompañadas de procesos de privatización. De acuerdo con los distintos países, esta apertura ha adoptado la forma de tratados de libre comercio (TLC), o de acuerdos de tarifas o regímenes preferenciales, de carácter sectorial o multisectorial. Este proceso coincidió además con una creciente entrada de IED en sectores estratégicos, que suelen caracterizarse por ser

mercados regulados que en su gran mayoría requieren políticas específicas sobre la cobertura de la demanda y la calidad de las prestaciones de los servicios, tarifas, regulaciones ambientales y regímenes tributarios especiales (regalías e impuestos particulares). Ejemplos de todo ello pueden ser las concesiones públicas a agentes privados, nacionales e internacionales, en los sectores de minería, telecomunicaciones, o infraestructura (autopistas, puertos, aeropuertos, etc.).

En este contexto, de forma muy similar al caso descrito anteriormente, las agencias de defensa jurídica del Estado deben enfrentarse a nuevos asuntos de mucha mayor complejidad temática y potencialidad litigiosa, alejados de las tradicionales controversias en materia contencioso-administrativa. Por un lado, se detecta la necesidad de ofrecer *asesoramiento* experto a las instituciones y organismos públicos en materia de contratos y regulación. Este aspecto es central para una buena política de prevención y de fijación de garantías de seguridad jurídicas en los actos contractuales. Por otro lado, en muchos de los casos, especialmente cuando se trata de contratos con empresas u organismos internacionales, el ámbito de los litigios se traslada de los foros judiciales nacionales a los foros internacionales, e incluye las soluciones de arbitraje de tipo de controversias en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Todo ello implica cambios sustanciales en la gestión jurídica y nuevos retos para las agencias de defensa.

- (v) *Mayor intensidad de la persecución de la improbidad.* Por último, también en los últimos años se está produciendo, en algunos casos tímidamente, una actividad más intensa de lucha contra las prácticas corruptas en el seno de la administración pública (malversación de fondos públicos, principalmente), y una mayor beligerancia para reducir el soborno en los contratos de adquisición de bienes y servicios con el Estado. El escrutinio público en favor de una mayor transparencia de la acción política y de la gestión pública ha logrado que en buena parte de los países de la región la lucha contra el soborno y la corrupción forme parte de las prioridades políticas y sociales, por lo que cabe prever que en los próximos años se intensifiquen las acciones en defensa de los intereses públicos afectados por prácticas corruptas. En general, los organismos o agencias de defensa jurídica deben adoptar una posición activa en la defensa de los intereses del Estado, promoviendo la interposición de las demandas correspondientes, así como también asumiendo la cobranza de los montos malversados y la recuperación de los mismos mediante el embargo definitivo de bienes.
5. En resumen, del análisis de los factores explicativos del aumento de la litigiosidad contra el Estado pueden identificarse dos grandes tendencias: por un lado, la existencia de una lenta pero perceptible *migración* de las demandas relacionadas con la recuperación de los derechos civiles y la mejora de la calidad de vida, mayoritariamente presentes durante las décadas de 1980 y 1990, hacia nuevas demandas contra decisiones gubernamentales y actos administrativos en materia de derechos laborales y previsionales presuntamente conculcados; y por otro lado, un fuerte aumento de las demandas relacionadas con la actividad económica del Estado, el cumplimiento de los contratos, la provisión de servicios públicos por parte del sector privado y la regulación de determinados mercados.

1.3 Los impactos fiscales

1.3.1 Los costos como Estado demandado

6. En la gran mayoría de los casos, las demandas interpuestas contra el Estado por las razones expuestas en la sección anterior vienen acompañadas de pretensiones económicas en la forma de indemnizaciones o reparaciones por el daño supuestamente infligido por la administración pública o por las empresas públicas. A pesar de que la información disponible acerca del monto total pretendido en los tribunales es escasa, se está comenzando a extender la preocupación de los responsables de las cuentas públicas, básicamente en los ministerios de Hacienda o Finanzas, por cuantificar estas pretensiones y traducirlas en riesgos fiscales en forma de pasivos contingentes.

7. A partir de estas severas limitaciones, en el cuadro 1 pueden observarse los datos existentes. La información proviene de los ministerios de Hacienda, que por iniciativa propia (en el caso de Chile) o por iniciativa del Poder Legislativo (en el caso de Colombia) publican datos desde hace algunos años sobre la evolución de obligaciones fiscales derivadas de los juicios contra el Estado y sus implicaciones en términos de compromisos futuros de pagos fiscales. En el caso de Costa Rica la fuente consultada es la Procuraduría General de la República (PGR-CR).

Recuadro 2 Qué son los pasivos contingentes

Se entiende por pasivos contingentes las obligaciones fiscales potenciales que surgen de hechos pasados y cuya materialización será confirmada solo por la ocurrencia o no ocurrencia de uno o más hechos futuros inciertos que pueden no caer enteramente dentro del control de la entidad pública.

Los criterios para la conversión de las pretensiones a contingencias fiscales son diferentes de acuerdo con la normativa de contabilidad pública de cada país. Por ejemplo, en el caso de Chile la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda (Dipres-MH) opta por considerar como pasivos contingentes a todas las pretensiones registradas en los tribunales contra el Estado. En el caso de Colombia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) utiliza el procedimiento de asignar a todas las pretensiones una probabilidad de ocurrencia mediante un modelo probabilístico construido sobre los antecedentes de fallos judiciales en casos similares. En otros países, tan solo se contabilizan como pasivos contingentes las pretensiones que el Estado haya perdido en los tribunales en

Cuadro 1
Pasivos contingentes en países seleccionados de América Latina

	Costa Rica	Chile	Colombia
Pasivos contingentes (dólares de EE.UU.)	5.504.000	6.380.880.562	48.750.000.000
Porcentaje del PIB	13,3	3,0	18,4
Año	2011	2011	2010
Fuente:	PGR-CR	Dipres-MH-CH	MHCP-COL

8. Lo que es importante extraer de la experiencia de estos tres países es que en los tribunales se dilucidan montos importantes desde un punto de vista económico y, por lo tanto, es crucial que haya una institucionalidad sólida, capaz de defender al Estado en estos juicios, para no afectar a su credibilidad financiera de las haciendas públicas.

1.3.2 Los beneficios como Estado demandante

9. En el caso de aquellos juicios en los que el Estado interviene como demandante, hay aún menos información disponible, y la existente está sujeta a diferencias metodológicas notables entre los pocos países en los que se ha tenido acceso a los datos, por lo que no pueden establecerse comparaciones rigurosas. Tampoco la calidad de los datos disponibles permite obtener una estimación *confiable* acerca de la envergadura del eventual impacto económico, medido en términos de potencial de recaudación por producto interno bruto (PIB), u otro indicador similar.
10. En el cuadro 2 se presentan los datos de Brasil y Chile correspondientes a la tasa de recuperación de patrimonio sobre el total de montos involucrados en los procedimientos de recuperación (Brasil), y la tasa de recuperación tras una sentencia firme favorable al Estado (Chile). Esto permite ilustrar el orden de magnitud del esfuerzo que se realiza en materia de restitución por daños patrimoniales contra los bienes patrimoniales públicos.

Cuadro 2
Tasa de recuperación en Brasil y Chile

	Brasil	Chile
Tasa de recuperación (porcentaje total de los montos involucrados)	4,8	n.d.
Tasa de recuperación (porcentaje total de montos por sentencia favorable)	n.d.	68,2
Año:	2010	2009
Fuente:	AGU-BR	CDE-CH

n.d. = no se dispone de datos.

1.4 La efectividad de las agencias

1.4.1 La efectividad en los casos del Estado demandado

11. Los datos observados en la sección anterior son concluyentes acerca de la importancia crucial que tienen los servicios jurídicos del Estado para reducir el riesgo fiscal en aquellas demandas contra el Estado, y para aumentar los ingresos fiscales en aquellos casos donde el Estado es demandante. En este sentido, la efectividad de la agencia de defensa jurídica podría medirse por su capacidad de incrementar los beneficios y de reducir los costos, lo que implica tener éxito en todo ciclo de defensa jurídica y obviamente en los litigios planteados en los tribunales.⁴ Este éxito puede medirse en última instancia en sentencias favorables para el Estado en las controversias judiciales planteadas.
12. Desde este punto de vista, una elevada efectividad de los servicios jurídicos que tuvieran bajo su responsabilidad todo el ciclo de defensa jurídica debería permitir que se generen economías como consecuencia de las acciones de prevención del daño antijurídico, por la adopción de estrategias claras y previsibles tendientes a la conciliación previa, y por los ahorros por reparaciones e indemnizaciones a no pagar como consecuencia de fallos favorables en los tribunales. Todo este paquete de economías generadas por la efectividad de la agencia sobre todo el ciclo de defensa podría englobarse bajo el nombre de *pagos evitados*.

⁴ Sobre el ciclo de defensa jurídica, véase la sección 2.1.

13. Pero además de los mencionados efectos directos que genera una elevada efectividad, existen *efectos indirectos* importantes que conviene tener en consideración. En primer lugar, una elevada tasa de éxito en tribunales puede ser un factor disuasorio para que eventuales litigantes oportunistas entren a pleitear contra el Estado sin riesgo alguno, reduciendo de este modo el riesgo fiscal. Esto significa que una estrategia de defensa exitosa debe ser muy visible para que existan estos efectos disuasorios. En segundo lugar, los potenciales demandantes contra el Estado que observen que hay alto riesgo de perder en tribunales el pleito planteado pueden optar por no demandar, con lo que se reducen los costos de litigio (tanto para la agencia como para los servicios judiciales). Y en tercer lugar, en el caso de que se opte por una solución conciliada, una tasa de éxito alta en tribunales por parte del Estado creará incentivos para que en las negociaciones la parte potencialmente demandante opte por un acuerdo extrajudicial menos costoso para el fisco antes que litigar con elevadas probabilidades de perder todo.
14. Lamentablemente la información disponible sobre la efectividad de las agencias en cada una de las etapas del ciclo de defensa es muy escasa. Tan solo se dispone del indicador “tasa de éxito en tribunales” confiable para tres países, y en los tres casos los datos provienen de los trabajos preparatorios realizados por los equipos del BID, en el marco de sendas operaciones de préstamo. No obstante estas carencias, en el cuadro 3 pueden observarse los datos de este indicador para Brasil, Chile y Colombia. En este punto es importante precisar que la tasa de éxito se refiere a las sentencias *definitivas* favorables al Estado, y que en ningún caso supone desembolso para el fisco. Es decir: las sentencias que suponen desembolsos parciales para el Estado son consideradas como no exitosas efectos de la tasa, aunque supongan ahorros con respecto a las pretensiones iniciales.

Cuadro 3
Tasa de éxito, sentencias definitivas favorables al Estado

	Brasil	Chile	Colombia
Tasa de éxito judicial (porcentaje)	41,1	82,1	27,0
Año:	2010	2009	2011
Fuente:	AGU	CDE-CH	Litigob: 20 mayores entidades

15. La tasa de éxito como indicador explicativo tiene también sus limitaciones, especialmente cuando existe una gran variabilidad entre el número de pleitos y la cantidad pretendida en ellos. En otros términos, es habitual que las mayores pretensiones se concentren en pocas demandas, mientras que existen muchas demandas que llevan implícitos valores económicos reducidos. El indicador tasa de éxito se limita a medir el número de demandas con sentencias favorables sobre el total de demandas.
16. Para superar esta limitación, es conveniente incorporar otro indicador al análisis, como el de “pagos evitados sobre el total de pretensiones” en sentencias definitivas (véase el cuadro 4). Se cuenta con esta información para tres países. Los resultados permiten concluir de forma provisional, y con las necesarias reservas, que una buena capacidad técnica de la agencia de

defensa jurídica para obtener éxito en términos de sentencias favorables también tiene un impacto positivo en los costos que el fisco tiene que asumir en términos económicos.⁵

Cuadro 4
Pagos evitados en tres países seleccionados

	Costa Rica	Brasil	Chile
Pagos evitados (porcentaje sobre total pretensiones)	91,4	46,0	85,0
Año:	2011	2010	2010
Fuente:	PGR-CR	PGU/DCP/GU	CDE-CH

1.4.2 La efectividad en los casos del Estado demandante

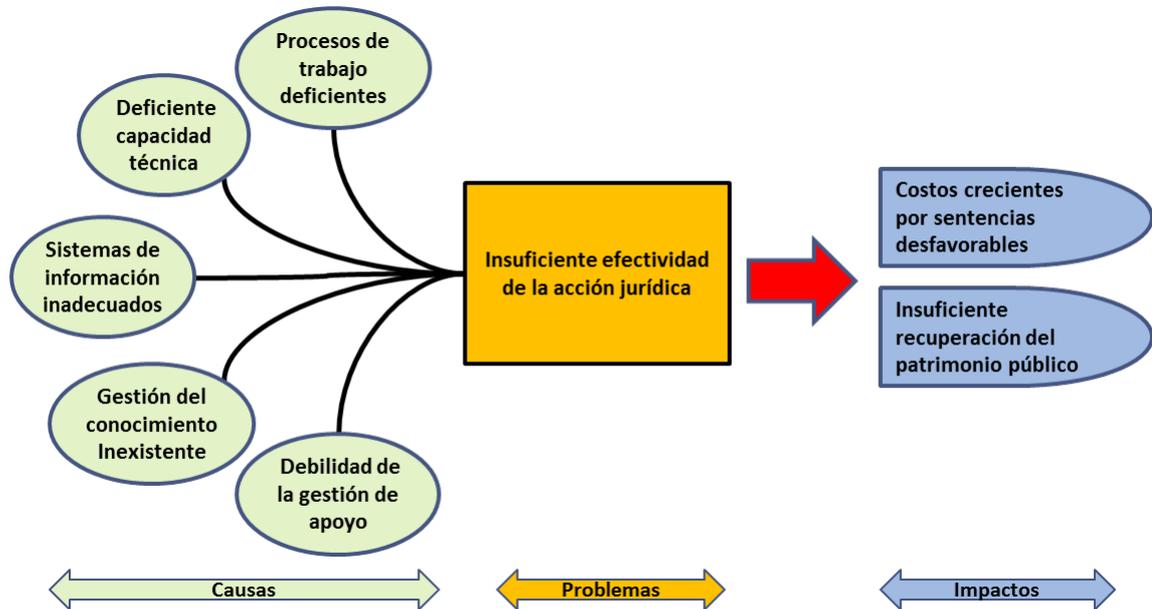
17. En los casos del Estado demandante, cabría esperar que una elevada efectividad permitiría mejorar los ingresos para el fisco gracias a la mejora en la cobranza de deudas de las agencias y fundaciones públicas, así como también los ingresos por recuperación de patrimonio del Estado en casos de corrupción y malversación de fondos públicos. Estos son los efectos directos, que sería posible medir en el caso de contar con adecuados sistemas de información, lo que no es el caso en la gran mayoría de los países. Pero además de ellos, existen otros efectos *indirectos* que merecen ser descritos por su importancia, pero que resultan aún más difíciles de medir a partir de la información generada. Dos de ellos se relacionan con la ejecución del cobro efectivo de las deudas y con la recuperación patrimonial en los casos de improbidad: en ambos casos, una actividad proactiva por parte de la institución responsable permite generar una *percepción real de riesgo*, frente a la percepción actual de impunidad.

1.5 Debilidades observadas: factores explicativos

18. Los problemas de efectividad observados en algunas de las agencias de defensa jurídica tienen un evidente impacto en términos fiscales. En ausencia de un control adecuado de los pasivos contingentes y de los factores que los originan, los efectos sobre los costos de captación de recursos en los mercados financieros internacionales pueden ser elevados como consecuencia de un incremento de la prima de riesgo y de una rebaja en el grado de inversión del país.
19. Por todo lo expuesto, es comprensible la creciente preocupación de las autoridades económicas de diversos países acerca de la necesidad de mejorar la gestión jurídica del Estado. El gráfico 1 puede ayudar a comprender el modelo causal de problemas que de forma más recurrente se ha podido constatar en los diversos países analizados.

⁵ Futuras investigaciones en las cuales estén involucrados más países deberían poder profundizar en esta relación, especialmente en el comportamiento de la relación tasa de éxito y pagos evitados. Es obvio que una tasa de éxito del 100% supone el 100% de los pagos evitados (lo mismo sucede en el otro extremo). Lo que no está tan claro es el comportamiento de ambas variables y su estructura funcional. En otros términos, existe una alta probabilidad de poder encontrar una relación de causalidad entre ambas variables, pero los datos disponibles no permiten estimar el grado de correlación.

Gráfico 1
Modelo causal (árbol de problemas)



En general, la insuficiente efectividad de la acción jurídica se explica por los problemas que subyacen en todo el ciclo de defensa jurídica. Con el fin de sistematizarlos, a continuación se exponen algunos de los considerados nudos críticos que afectan al conjunto de los procesos de trabajo vinculados con la gestión jurídica.

1.5.1 Deficiencias en los procesos de trabajo

20. Ante el fuerte aumento de las demandas contra el Estado en los tribunales, las agencias ensayaron diferentes respuestas, que pueden sintetizarse en dos, que no son incompatibles entre sí. La reacción primaria fue contratar más abogados, ante la convicción de que la capacidad de producción de las agencias estaba al límite. Esta respuesta fue particularmente impulsada por la AGU, que en el período 2005-2010 incrementó su planta de abogados en un 36,5%, tratando de mantener la carga de trabajo en niveles considerados razonables. Sin embargo, esta mayor dotación de abogados no se tradujo en aumentos sustanciales de la efectividad, entendida como una reducción significativa de los fallos desfavorables, o parcialmente desfavorables, para el Estado en los tribunales.
21. La segunda respuesta consistió en modificar el modelo de gestión mediante la introducción de estrategias de prevención del daño antijurídico –a través de un rediseño de los procedimientos administrativos y la capacitación de los funcionarios públicos–, la instalación de nuevos sistemas de información para facilitar una gestión más eficaz de los procesos de trabajo y del conocimiento (antecedentes, jurisprudencia, etc.), y una mejor comprensión por parte de los abogados de las estrategias de defensa ante los tribunales.⁶

⁶ Cabe señalar que el Consejo de Defensa del Estado (CDE) de Chile, como ejemplo de institución con gran efectividad, otorga mucha importancia a la elección de la correcta estrategia de defensa para cada caso, sobre

1.5.2 Deficientes capacidades técnicas

22. Otra de las debilidades constatada que incide en la efectividad tiene que ver con las capacidades técnicas de los abogados, tanto en el caso de aquellos que desempeñan labores consultivas como en el de los que intervienen en juicios contenciosos. En general se ha observado que una deficiente gestión del asesoramiento jurídico aumenta la probabilidad de que una decisión administrativa acabe finalizando en litigio contra el Estado. A falta de una evidencia más clara, puede conjeturarse que lo crucial no es tanto tener el proceso de consultoría/asesoramiento y el proceso de elaboración de estrategias de defensa en una única estructura organizativa, sino tener criterios jurídicos uniformes y contrastados.

1.5.3 Sistemas de información inadecuados

23. Un problema que se observa de forma generalizada en todas las agencias analizadas es la gran debilidad de los sistemas de gestión disponibles para el trabajo de los abogados y funcionarios. Existen sistemas registrales instalados que teóricamente deberían permitir realizar una captura correcta de los datos básicos de cada demanda, y supuestamente deberían servir para hacer un seguimiento detallado del itinerario de cada uno de los casos. Incluso en alguno de los sistemas analizados es posible utilizar plantillas o formatos predefinidos, con el fin de aliviar la carga de trabajo de los abogados, o realizar consultas a bases de datos externas en materia de legislación y jurisprudencia. Sin embargo, el uso de estos sistemas es deficiente, incluso esporádico, y su rendimiento decepcionante en cuanto a la información que son capaces de proveer, como puede fácilmente comprobarse al tratar de obtener indicadores de gestión.
24. Gran parte del problema se explica por el diseño deficiente de la herramienta: se trata en general de sistemas que suponen un esfuerzo adicional para el abogado, que debe registrar su actividad, y no lo interpreta como un instrumento de su trabajo. En realidad, los sistemas instalados operan en gran mayoría bajo lógicas de *registro* de hechos (entradas, salidas, destino, etc.), y no bajo el criterio de generar un *ambiente de trabajo* útil y necesario para el abogado. Pasar de sistemas de seguimiento a sistemas de gestión es, sin duda, el reto que deberán afrontar las agencias en materia tecnológica en los próximos años.
25. Hay un aspecto particularmente importante relacionado con los sistemas de información: el perfil de los clientes de estos sistemas y su relación con otros sistemas gubernamentales. Podría pensarse que los sistemas de gestión de una agencia deberían limitarse a generar información relevante para el trabajo de la propia agencia. Sin embargo, hay datos que se originan en la actividad jurídica (valor de las pretensiones, sentido de las sentencias, por ejemplo) que son fundamentales para la gestión de los riesgos fiscales y, por tanto, para la generación de información susceptible de ser aprovechada por los ministerios de Hacienda para sus estimaciones de los pasivos contingentes.

todo en aquellas demandas que por su gravedad económica o relevancia social requieren una cuidadosa atención. En estos casos especiales, dentro del CDE existen determinados procedimientos de trabajo que permiten filtrar las propuestas de estrategias y decidir finalmente la que se llevará a los tribunales. Entre otros efectos positivos, ello permite que el abogado del CDE responsable de la representación en tribunales tenga el respaldo institucional suficiente.

1.5.4 Deficiente gestión del conocimiento

26. Hoy en día, el abogado del Estado debe exhibir alta calidad en su trabajo y suficiente capacidad de respuesta para poder cumplir con los estándares de calidad y con los plazos comprometidos. Para ello puede disponer, además, de todo un amplio arsenal de instrumentos de consulta que facilitan la incorporación de conocimiento de valor agregado al expediente o al caso que tenga bajo su responsabilidad. Sin embargo, en muchos de los países esto no se está produciendo en la realidad. Se ha podido detectar que en la gran mayoría de las agencias analizadas, la denominada gestión del conocimiento no forma parte de los procesos de trabajo institucionales. En general, el abogado trabaja de forma aislada y obtiene la información de la mejor manera que puede, y es muy raro, por ejemplo, que pueda consultar de forma sistemática y eficiente los antecedentes de estrategias de defensa habidos en el pasado ante casos similares.⁷

1.5.5 Debilidades en los procesos de trabajo de apoyo a lo esencial

27. Por último, otra de las áreas donde se han observado debilidades es en la parte administrativa de las agencias, que engloba varios procesos relacionados con la gestión presupuestaria y de costos, los recursos humanos, compras, sistemas de información, monitoreo y evaluación. Es importante señalar que un cambio en el modelo de gestión de los servicios de defensa jurídica no puede limitarse exclusivamente a poner el énfasis en los procesos esenciales o misionales (consultoría, representación legal, etc.). En efecto, los servicios de apoyo son determinantes en muchas fases de estos procesos: por ejemplo, la decisión de seleccionar una estrategia de defensa frente a otras posibles no sería factible si los sistemas de información y las bases de datos no estuvieran adecuadamente diseñadas y mantenidas. Otro tanto se puede decir acerca de la gestión de personal cualificado: la ausencia de información sobre las competencias más convenientes para un perfil determinado de funcionario público puede hacer que la institución no reclute a las personas más apropiadas para su gestión. En relación con la decisión de optar por medios alternativos de solución de conflictos (MASC), la información sobre costos de litigar versus costos de desistir y/o conciliar no podría generarse si no existieran procesos de identificación de costos vinculados a los procesos de trabajo sustantivos.

1.5.6 Conclusiones parciales

28. Para concluir, las debilidades señaladas no pretenden proporcionar un panorama exhaustivo de todos los hallazgos encontrados en las agencias que se han analizado. Al contrario, el objetivo es mostrar los hechos más característicos que recorren de forma transversal a las instituciones que se ocupan de la gestión de los asuntos jurídicos del Estado, y con ello subrayar también la

⁷ También a modo de ejemplo, en ausencia de un procedimiento de gestión del conocimiento, el CDE de Chile tiene establecido un procedimiento de filtrado de estrategias y fijación de criterios de defensa con presencia personal del abogado y de los consejeros que analizan el caso. Este procedimiento es costoso en términos de dedicación de personal muy experto, y podría ser más eficiente mediante un buen sistema informatizado de gestión que permita garantizar que todos los requisitos que conforman los estándares de calidad, en especial en cuanto a los insumos consultados de información y conocimiento, han sido cumplidos al elaborar una estrategia de defensa o un dictamen jurídico.

importancia de tener claridad acerca de utilizar el ciclo de gestión de la defensa como herramienta conceptual para identificar los nudos de problemas.

29. La defensa jurídica del Estado es un asunto que en la actualidad tiene indudables connotaciones fiscales y económicas que afectan a todos los ciudadanos como contribuyentes. Las deficiencias en el modelo de gestión de las instituciones responsables de la defensa jurídica acaban afectando directamente a la efectividad de la misma, y sus impactos terminan repercutiendo en el patrimonio público. Por lo tanto, parece evidente que una mejora de la gestión de la acción jurídica es una inversión con retornos evidentes.

2 Los modelos de gestión de las agencias

2.1 La gestión del ciclo de defensa

30. A menudo se suele asociar la función de defensa jurídica del Estado a la tarea de representación en sede judicial como demandante o demandado en favor o en contra de los intereses públicos. Sin embargo, la función de las agencias de defensa jurídica no comienza ni finaliza en esa labor ante los tribunales, sino que reconoce otras tareas también importantes. Desde esta perspectiva, la defensa jurídica puede ser modelada como un ciclo compuesto por diferentes etapas, aunque no todas las agencias tienen responsabilidades en cada una de ellas. Ello dependerá básicamente del mandato legal y de las características de los códigos procesales en materia civil y contenciosa que existen en cada país. En el gráfico 2 pueden observarse las diversas etapas y la participación de las agencias de los diferentes países en cada una de ellas.



2.1.1 Prevención

31. La primera de las etapas es la de asesoramiento preventivo, o de *prevención* del daño antijurídico. Independientemente del modelo organizativo que se adopte, los servicios jurídicos o la agencia central procurará anticiparse a la ejecución de actos administrativos lesivos a los intereses del Estado, los cuales pueden ocurrir por dos vías:

- (i) *Por acción*, es decir: a través de operaciones de funcionarios públicos o instituciones del Estado encaminadas al cumplimiento de sus fines pero eventualmente disparadoras de demandas judiciales contra decisiones del Ejecutivo. Estas decisiones pueden ser de muy diversas características: por ejemplo, se elimina o reduce la dotación de personal en un contexto de reingeniería institucional, no se actualiza el valor de las pensiones de acuerdo

con un índice prestablecido, o ciertas acciones de las fuerzas de seguridad pública causan daños colaterales.

- (ii) *Por omisión*, esto es: cuando el Estado no protege debidamente los derechos de la ciudadanía y eso se traduce en reclamos judiciales. Posibles ejemplos que entrarían dentro de esta categoría serían las denuncias por dejación por parte del Estado de determinadas responsabilidades o por no haber realizado acciones preventivas (control de aguas para consumo humano). En estos casos, la acción preventiva de los servicios jurídicos o de la agencia central se vuelve determinante para reducir el nivel de denuncias y, por tanto, los riesgos de litigiosidad.

32. Es importante señalar que no en todos los países analizados, aunque sí en la mayoría, las agencias de defensa jurídica del Estado desempeñan funciones de asesoramiento o de consultoría para los funcionarios que intervienen en los procesos de tomas de decisiones, y en muchos menos casos se establece el requisito de control previo de legalidad por parte de la agencia que ejerce la abogacía pública. En los casos en los que no interviene la agencia en la función de asesoramiento, son los servicios jurídicos de las entidades (ministerios, empresas públicas, etc.) los que realizan la tarea de consultoría y asesoramiento. De todos modos, los ejemplos exitosos de prevención no han venido tanto del establecimiento de controles previos, que en algunos casos lo único que logran es enlentecer el proceso político de toma de decisiones, sino del hecho de fomentar prácticas administrativas basadas en criterios jurídicos rigurosos mediante protocolos claros y generalmente aceptados. Por ello, en cualquier proceso de mejora de la prevención es una prioridad la mejora de los procedimientos administrativos y la capacitación del encargado de la toma de decisiones y del funcionario público.

Recuadro 3
¿Por qué no se concilia más?

Llama la atención el escaso uso de los medios alternativos de resolución de conflictos. Incluso en aquellos países donde la conciliación es obligatoria, la tasa de resolución es muy baja. Por lo tanto, tal y como se entiende en la actualidad la conciliación, esta deja de ser un instrumento de desjudicialización de los litigios, para convertirse en una etapa rutinaria sin beneficios concretos, pero con elevados costos de transacción.

Obviamente este es un indicador de que los incentivos para la conciliación están defectuosamente diseñados, máxime en un escenario judicial donde existe una notable demora en los procesos contenciosos y administrativos. En cuanto a la parte demandante, los abogados tienen intereses obvios en judicializar, y si el juicio va a tener una larga duración (8,5 años de promedio en Colombia) puede resultar atractivo desde un punto de vista económico *comprar* el juicio al demandante con un buen descuento sobre el valor de las pretensiones. En algunos países existen *mercados* de demandas contra el Estado.

Por el lado del demandado, en este caso el Estado, las autoridades optan por continuar con el proceso judicial, incluso siendo conscientes de que la probabilidad de éxito en tribunales es muy baja. Una de las razones principales para ello es que así difieren en el tiempo el gasto actual aunque después tengan que asumir sobrecostos por intereses y mora. Es decir: tras un juicio lento en tribunales, los costos por sentencia desfavorable firme deberán ser asumidos por otra administración y no la causante de la contingencia.

De todos modos, en aquellos casos en los que la conciliación es requisito procesal, e incluso en los casos en los que no lo es, parece conveniente tener claridad sobre los costos y beneficios económicos antes de cualquier toma de decisiones sobre conciliar o no.

2.1.2 Medios alternativos de solución de conflictos (MASC)

33. La segunda etapa corresponde al uso de los medios alternativos de solución de conflictos (MASC), básicamente a la *conciliación*, con la pretensión de evitar el juicio en los tribunales. Esta instancia puede realizarse por iniciativa de las dos partes (demandante y demandada), que buscan a una tercera como árbitro que dilucide la justeza de las reclamaciones. En algunos países, y en los procesos civiles y administrativos, la conciliación es una etapa obligatoria previa a su entrada en la justicia formal y posterior toma en consideración en juicio. En otros países, la conciliación puede surgir por iniciativa de las partes.
34. En cualquiera de los casos, los procedimientos de mediación se utilizan relativamente poco, e incluso en aquellos países donde la conciliación prejudicial es obligatoria, la frecuencia de los acuerdos es muy baja.⁸

2.1.3 Representación judicial

35. La tercera etapa corresponde a la *representación del Estado en el juicio* propiamente dicho, tanto en los casos en los que el Estado sea demandado como en los que actúe en el rol de demandante. Aquí es conveniente distinguir dos fases dentro de esta etapa:
- (i) La primera se refiere a los *trabajos preparatorios* de las acciones ante los tribunales, cuando básicamente se fijan las estrategias que la agencia va a promover a través de sus abogados (propios o contratados) en defensa de los intereses del Estado. En algunas agencias, la definición de estrategias queda circunscrita al abogado asignado al caso, pero en otras, sobre todo en aquellas demandas consideradas *críticas* por las dimensiones de las pretensiones económicas o por su carácter emblemático, las estrategias de defensa tienen filtros previos de control de calidad, normalmente con equipos colegiados que discuten las posiciones que se van a adoptar ante los tribunales. Esta fase requiere no solo un alto grado de capacidad técnica por parte de los abogados, sino también herramientas de trabajo de alto valor agregado que permitan aprovechar el conocimiento acumulado en la agencia (antecedentes judiciales de casos similares, éxito o fracaso de otras inestrategias, etc.).

⁸ Por ejemplo, en el caso de Colombia, donde la etapa de conciliación es un requisito para proceder en la demanda, tan solo el 4,9% de las solicitudes se conciliaron. En un estudio realizado sobre la defensa jurídica del Estado en dicho país, los datos muestran que en el 32% de los casos que terminaron en segunda instancia (Consejo de Estado) no hubo acuerdo de conciliación por la ausencia de ánimo conciliatorio por parte del demandado, el 15% por ausencia de oferta –normalmente del demandado– y el 13% del total por la no comparecencia del demandado. Es decir: la actitud pasiva o negativa de la parte demandada, normalmente el Estado, en la fase de conciliación explica el 60% de las razones de su fracaso. Alviar García, López Medina y Rodríguez Garavito (s/f) consideran que estos datos deben interpretarse con cautela, pues podrían conducir a una conclusión errónea. Una buena parte de los conflictos que involucran a las entidades demandadas terminan en sentencias absolutorias, lo que indica que, en un número importante de casos, existen razones de fondo para no ceder a las pretensiones del demandante y, en lugar de ello, continuar el proceso en búsqueda de una sentencia favorable al Estado. Sin embargo, incluso en estos casos, sería aconsejable conocer si los beneficios de ganar el juicio pueden no compensar los costos implícitos de haber mantenido el litigio.

- (ii) La segunda fase dentro de esta etapa de representación ante los tribunales es la personación de la agencia, a través de los abogados, en la causa en sede judicial. En este caso, el trabajo consiste, principal pero no exclusivamente, en elaborar escritos de acuerdo con los procedimientos y trámites judiciales, y tomando en cuenta las peticiones provenientes del juez y de las partes involucradas en el juicio. Se entiende que las estrategias de defensa permanecen invariables como hilos conductores de la acción de los abogados.

2.1.4 Cobranza o pago tras la resolución judicial

- 36. La última etapa tiene lugar cuando debe gestionarse el cobro o pago una vez que se ha resuelto el juicio. En el caso del Estado demandado, los pagos que se derivan de la sentencia desfavorable se realizan a través de las autoridades económicas del Ejecutivo, y las agencias de defensa jurídica no suelen intervenir directamente en este proceso. En el caso del Estado demandante, el cobro o la recuperación puede implicar la participación de la agencia, aunque ello depende de los procedimientos de ejecución de sentencias de cada país. En los casos del Estado demandante es crucial que la agencia anticipe sus acciones mediante la solicitud de medidas cautelares (embargos preventivos) sobre los bienes que pueden constituir la garantía de restitución en caso de fallo judicial favorable.
- 37. Una deficiente gestión de esta etapa puede suponer altos costos adicionales para el Estado. En el caso de demandas contra el Estado perdidas en tribunales, los pagos por intereses y mora pueden llegar a duplicar el valor de las pretensiones. La coordinación con las autoridades económicas del Estado es importante para tratar de minimizar costos de este tipo. Por otro lado, cuando el Estado es el demandante, una incorrecta acción cautelar puede invalidar todo el proceso de recuperación patrimonial. En estos casos, es fundamental que se cuente con registros patrimoniales actualizados.

2.1.5 Conclusiones sobre las etapas del ciclo de defensa jurídica

- 38. El análisis del ciclo de defensa jurídica permite identificar los *procesos troncales de trabajo* que deben desempeñar las agencias, en función de lo que se establezca en su mandato legal. La efectividad de la acción de una agencia, en términos de su capacidad para evitar erogaciones de recursos económicos fiscales o recuperar patrimonio público, dependerá del modelo de gestión de los procesos, y no tanto de si tiene asignadas todas las etapas del ciclo. Pretender resolver los eventuales problemas de efectividad asumiendo nuevas funciones competenciales a través de un rediseño institucional supone en la gran mayoría de los casos una modificación legal con resultados inciertos, pero seguramente costosos en términos del esfuerzo de instalación de nuevos procesos de trabajo.
- 39. Esto implica que las instituciones responsables de la defensa de los intereses públicos deben tener las capacidades técnicas necesarias para afrontar los desafíos de sus procesos de trabajo, pero sobre todo tienen que comprender en qué eslabones de sus flujos de trabajo se encuentran las principales vulnerabilidades que afectan a los resultados medidos en términos de efectividad.

2.2 Funciones asociadas con la gestión del ciclo de defensa jurídica: organigramas

40. Como se verá en el capítulo siguiente, los modelos organizacionales de los sistemas de defensa jurídica del Estado presentan una amplia variedad en cantidad y denominación. Las relaciones jerárquicas y funcionales dependen mucho de si el sistema se encuentra organizado como una agencia única que concentra todas las funciones o como un sistema de servicios jurídicos bajo un esquema de delegación. Sin embargo, a pesar de esta variedad, en la gran mayoría de los casos se perciben cinco niveles organizativos con funciones específicas y nivel jerárquico propio.

2.2.1 Unidades directivas

41. Estas unidades son las máximas autoridades del sistema de defensa jurídica del Estado, usualmente bajo la figura del procurador, o abogado general o presidente del consejo. Este suele ser nombrado a propuesta del Poder Ejecutivo, pero en algunos países su nombramiento puede requerir un acuerdo del Legislativo. En función del caso, su remoción puede producirse tras un lapso predefinido de tiempo (por ejemplo, cuatro o seis años, con posibilidad o no de renovación) o por causales del estatuto administrativo. En algunos países (Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Venezuela, España, entre otros), este nivel incluye la figura del abogado o procurador adjunto, que tiene la tarea de apoyar a la máxima autoridad y remplazarla cuando ello sea necesario. En algunos casos específicos (por ejemplo, Colombia), junto a la máxima autoridad directiva puede ubicarse un órgano colegiado integrado por diferentes ministros del Poder Ejecutivo.

2.2.2 Cuerpos colegiados

42. En ocasiones (por ejemplo en Brasil, Chile y Perú) a la máxima autoridad de la agencia le sigue un cuerpo colegiado de abogados que colabora con su superior en la conducción y que incluso puede contar con la participación del propio procurador o abogado general. Este consejo suele tener vinculación funcional con las unidades sustantivas para asuntos de alta complejidad o de importancia relevante por la cuantía de las pretensiones económicas, aun cuando necesariamente no exista dependencia jerárquica formal (por ejemplo, en el caso chileno las procuradurías regionales dependen jerárquicamente de la División de Defensa Estatal).

2.2.3 Unidades de asesoría

43. En determinados países (por ejemplo, Brasil, Colombia, El Salvador, México, Perú, Estados Unidos, etc.), las máximas autoridades cuentan con equipos de asesores directos que los ayudan a elaborar pareceres, informaciones y lineamientos, así como también a llevar a cabo el seguimiento de su función. Si bien se trata de estructuras que ofrecen *apoyo*, estas se diferencian de las unidades de apoyo administrativas en el hecho de que sus funciones de asesoramiento se extienden a cuestiones sustantivas que requieren alta especialización. En algunos casos estas unidades pueden percibir remuneraciones regulares, y en otros casos su actividad de asesoramiento es *ad honorem*.

2.2.4 Unidades sustantivas o misionales

44. Son las unidades encargadas de asesorar en asuntos jurídicos a las distintas instituciones del Estado, o de asumir de forma directa la representación judicial en las demandas emitidas o recibidas por el Estado. Por lo general se las llama procuraciones, procuradurías o servicios jurídicos, y la división del trabajo puede estar organizada a partir de diversos criterios.
45. Como ya se mencionó anteriormente, a grandes rasgos se pueden identificar tres criterios diferentes. En algunos casos la distribución de las unidades se organiza por temas (corrupción, tributario y previsional, narcotráfico, etc.) o por sector de política pública, y por lo tanto las procuraciones tienen oficinas propias en los diferentes ministerios (o bien se las conforma *ad hoc* si el tema es muy específico) y/o vinculación directa con sus equipos legales. Un segundo criterio es la distribución por regiones para lograr cobertura geográfica en todo el territorio nacional y en los diferentes niveles de gobierno y de jurisdicción judicial. Por último, como tercer criterio hay casos en los cuales la organización, formal o informal, de las procuradurías se realiza por tipo de proceso o materia: contencioso administrativo, penal, civil, etc. (por ejemplo, el Consejo de Defensa de Chile, Costa Rica, Venezuela, entre otros).
46. Cabe destacar que no necesariamente los criterios de organización son mutuamente excluyentes, ya que en ocasiones los parámetros de distribución coexisten entre materias jurídicas y criterios geográficos (Brasil y Perú son ejemplos de esta modalidad). Otra cuestión a tener presente es que en los modelos de gestión centralizado o mixto pero, sobre todo, en el caso del descentralizado (véase próximo capítulo), las unidades encargadas de llevar a cabo las tareas relacionadas con los procesos de asesoramiento, conciliación y representación pueden no estar localizadas en la agencia central sino en las instituciones públicas, en cuyo caso estas últimas pasan a tener una relación de dependencia funcional de los niveles centrales de la agencia.

2.2.5 Unidades de apoyo

47. Por último, en todos los casos la agencia de defensa jurídica del Estado se sirve del apoyo de unidades que se ocupan de cuestiones transversales que colaboran para que la organización pueda llevar adelante sus procesos. Las unidades de apoyo más habituales son las de planificación, administrativas, de archivo y documentación, financiera, de recursos humanos y de información.

3 Modelos organizacionales para la defensa jurídica del Estado ensayados en la región

3.1 Modelos organizativos de la institucionalidad

48. En la región existe considerable heterogeneidad en lo relativo a la institucionalidad de la defensa jurídica del Estado. Todos los países relevados son, en mayor o menor medida, diferentes entre sí. Esta diversidad no solamente responde a las diferentes tradiciones institucionales que poseen los países, sino también al grado de prioridad que ellos le asignan a la función. Sin embargo, las variaciones entre casos no impiden estilizar algunos modelos organizativos. A la manera de tipos ideales, estos modelos pueden operar como herramientas

analíticas que ayuden a comprender esta función que despierta creciente interés en la región, de manera tal de apoyar la creación de nuevas instituciones y de fortalecer las ya existentes.

49. En particular se pueden identificar tres modelos organizativos: i) centralizado, ii) mixto y iii) descentralizado. En conjunto, conforman una suerte de gradiente que va desde la concentración de atribuciones, funciones y mando hasta un esquema en el cual estas cuestiones se hallan más repartidas a lo largo de la institucionalidad del Estado. En el medio, el modelo mixto es un tipo de esquema con centralización de funciones pero que al mismo tiempo ofrece cierto margen de autonomía al resto de las organizaciones públicas (a través de sus oficinas jurídicas). A continuación, se describen y analizan los rasgos salientes de cada uno, y se detallan algunas de sus oportunidades y desafíos organizacionales.

3.1.1 *Modelo centralizado*

50. Este modelo se caracteriza por la concentración de la función de defensa jurídica sobre la base de un cuerpo propio de abogados. De esta forma, la agencia central se ocupa no solamente de la planificación sino también de la implementación de la defensa del Estado. Los servicios jurídicos del resto de las dependencias públicas no disponen de atribuciones en la materia ni de autonomía, sino que deben responder a las demandas (por ejemplo de información) del centro. Los rasgos principales de este tipo de modelo son los siguientes:

- (i) *Centralización de funciones.* Todas las etapas del ciclo de políticas públicas están concentradas en una única institución de manera que la entidad rectora no solamente se ocupa del diseño de políticas, protocolos, lineamientos y estrategias globales, sino que también las ejecuta.
- (ii) *Capacidad de veto concentrada.* Esto significa que los pasos a seguir en la defensa jurídica del Estado son producidos, aprobados y eventualmente modificados por un actor institucional.
- (iii) *Solapamiento entre la dependencia jerárquica y la dependencia funcional.* Para llevar a cabo tareas y cumplir objetivos, la agencia cuenta con un cuerpo de abogados jerárquica y funcionalmente propios.

51. Este modelo cuasi puro, asentado sobre las particularidades organizacionales anteriores, entraña una serie de ventajas entre las que se destacan las siguientes:

- (i) *Coordinación organizacional.* Al conformarse como un único cuerpo encargado de formular política y estrategias, y también de ejecutarlas, se reducen los típicos costos de coordinación que se hacen presentes cuando la entidad rectora debe interactuar, en mayor o menor medida, con otras dependencias públicas. Los factores clave en este sentido son la doble dependencia jerárquica y funcional del cuerpo de abogados y la capacidad de veto concentrada, que operan como fuente de coherencia interna aun cuando el modelo – como ocurre en la mayoría de estos casos– prevea alguna clase de despliegue organizacional (procuradurías u oficinas en ministerios y regiones).

- (ii) *Desarrollo y seguimiento del ciclo de defensa jurídica.* El modelo centralizado también resulta más funcional al desarrollo de las diferentes etapas del ciclo (asesoramiento, conciliación, representación y gestión financiera), gracias al carácter monolítico y en teoría más coherente de la organización. En este sentido, una agencia especializada, con capacidad de formulación e implementación, dispone de ventajas sobre los modelos descentralizados para gestionar y monitorear a menor costo el ciclo de defensa.
 - (iii) *Recursos humanos calificados e integrados.* La gestión más eficiente del ciclo tiene como uno de sus requisitos la disponibilidad de recursos humanos profesionalizados, motivados y consustanciados con la misión de la agencia. La doble dependencia de los recursos humanos brinda a la organización una valiosa oportunidad de articular políticas de captación, formación, desarrollo y retención de funcionarios calificados. Esto es algo que en los modelos más descentralizados se vuelve mucho más complicado debido a que queda atado a la política particular de las distintas organizaciones, con la consecuente heterogeneidad.
 - (iv) *Gestión de la información.* Este es otro insumo clave para la gestión del ciclo de defensa jurídica, ya que la centralización de funciones, la doble dependencia y la posibilidad de articular políticas de recursos humanos propias son aspectos funcionales a la generación de capacidades de gestión en general y de la información en particular (estadísticas en general, indicadores de gestión, consulta de antecedentes, etc.). Si bien en los modelos más descentralizados también es posible hacerlo de forma eficiente, los costos de coordinación tienden a incrementarse a medida que crecen los actores que conforman el sistema.
52. De este conjunto de ventajas organizacionales del modelo cabría esperar un incremento del potencial de acumulación de capacidades, un mayor aprendizaje institucional y, con ello, un desempeño más eficaz. Sin embargo, el tamaño excesivo de la organización, junto a una carrera profesional basada en criterios de inamovilidad, puede exacerbar las pulsiones hacia un modelo de gestión muy burocratizado, lo cual puede acabar afectando a la efectividad de la agencia.
53. Otra de las posibles desventajas se refiere a su construcción e implantación. Por las características señaladas, la conformación de una institucionalidad con este perfil demanda una alta inversión económica, institucional y temporal. A diferencia de los modelos descentralizados, que aprovechan la capacidad institucional instalada y adquieren por ello un carácter más *incrementalista*, no parece sencilla la construcción e implementación de una agencia central concentrada con capacidad para gestionar todo el ciclo de defensa jurídica, así como también para cubrir las necesidades del conjunto del sector público, con una dotación profesionalizada e integrada, y con posibilidad de llevar a cabo una sistemática gestión de la información. A esto se agrega el hecho de que la nueva agencia debe insertarse en un entramado institucional ya existente, viéndose obligada a vencer las clásicas resistencias e inercias que supone este tipo de reformas.
54. Por lo tanto, si bien el modelo centralizado presenta varias ventajas vinculadas a sus atributos organizacionales, no pueden dejar de tenerse en cuenta las potenciales dificultades asociadas a su construcción e implantación.

3.1.2 Modelo mixto

55. El modelo mixto, presente en países como Argentina, Chile, Ecuador, Nicaragua y Perú, comparte con el cuasi puro la existencia de una agencia central con un cuerpo de abogados, pero difiere en el hecho de que hay cierto grado de descentralización de las funciones del ciclo de defensa, o bien se observa el desacople entre la dependencia jerárquica y la funcional, de forma indistinta. Si se establece una analogía con los sistemas de gobierno, puede decirse que se trata de un modelo asociado al *sistema unitario*, en el cual existe un centro poderoso rodeado de unidades periféricas con cierto nivel mínimo de atribuciones habilitadas desde el propio centro. A continuación se reseñan los rasgos organizacionales principales de este tipo de modelo:

(i) *Descentralización de funciones.* Como se dijo antes, una característica del modelo centralizado es que la agencia única lleva a cabo todas las funciones del ciclo, esto es: el asesoramiento, la conciliación, la representación y la gestión financiera. En cambio, en el modelo mixto puede ocurrir que determinadas tareas queden en manos de los servicios jurídicos de las diferentes organizaciones. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el asesoramiento queda a cargo de las áreas legales, o se adquiere en el mercado, y dichas áreas se encargan de controlar los actos administrativos de la organización, pero la función de representación en tribunales permanece en manos de la agencia central.

También puede suceder que la agencia rectora defina los lineamientos y se ocupe de la defensa en tribunales, como práctica habitual, pero en función del tema del cual se trate puede permitir en ocasiones que sean las propias organizaciones públicas las que lo hagan, con sus propios servicios jurídicos o mediante bufetes de abogados privados.

(ii) *Desacople de las relaciones de dependencia.* A diferencia del modelo centralizado, en este la dependencia jerárquica puede no coincidir con la funcional. De esta forma, los abogados forman parte de la organización en la cual se desempeñan y responden jerárquicamente a las autoridades sectoriales, pero a la hora de representar al Estado en los tribunales, o incluso de asesorar, deben adecuarse a las estrategias y a los protocolos formulados por el centro. Así, como ocurre por ejemplo en los casos de Honduras y Nicaragua, la agencia central dispone de la atribución de coordinar el trabajo de funcionarios que organizacionalmente forman parte de la plantilla de las entidades públicas del Estado y, por tanto, son financiados por ella.

56. El modelo mixto entraña algunas *ventajas* que cabe mencionar. Una de ellas es que al asignar a las organizaciones públicas un margen de autonomía *regulada* –la cual tiene lugar en ciertas circunstancias especiales definidas por el centro del sistema–, permite aprovechar la capacidad técnica de los servicios jurídicos sectoriales y, en particular, su conocimiento del tema propio de su jurisdicción. De esta forma, el Estado puede verse beneficiado de la especialización de las oficinas jurídicas de los ministerios al momento de litigar o asesorar con un mayor conocimiento de la materia. El hecho de que sea tomado como una posibilidad, y no como una certeza, es consecuencia de las siempre heterogéneas capacidades técnicas sectoriales, factor esencial del rendimiento organizacional.

57. La segunda ventaja de este esquema más abierto es que permite la desconcentración de una porción del trabajo que de otro modo recaería sobre la agencia central. Sin embargo, si bien esto puede resultar positivo en contextos de sobrecarga de procesos, el hecho de que finalmente se convierta en algo positivo también depende mucho de las capacidades organizacionales sectoriales.
58. Como contrapartida, una de las potenciales *desventajas* que el modelo acarrea es el incremento de los costos de transacción y coordinación generados por la incorporación de nuevos actores en el sistema de defensa jurídica. Si bien la representación en tribunales resulta excepcional y está pautada por la agencia central, el costo de imponer estrategias a unidades organizacionales externas, o delegadas, es teóricamente mayor que cuando se interviene en el proceso con el cuerpo de abogados propio de la rectoría.

3.1.3 Modelo descentralizado

59. El tercer modelo presente en la región es el *descentralizado*, donde sobresale el caso de Colombia tras la reciente creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE). El modelo se caracteriza por poseer una agencia central pero con funciones bastante más acotadas que sus pares de los otros dos modelos. La institucionalidad no solamente está compuesta por un número mayor de actores sino que estos, por sus atribuciones, se encuentran en un plano de mayor simetría.
60. Si para el modelo mono-institucional cuasi puro y para el mixto puede trazarse la analogía con el *sistema unitario* de gobierno, el modelo descentralizado se corresponde con el *sistema federal*, donde existe una entidad central con atribuciones que se complementan con las funciones relativamente amplias de las unidades periféricas. A continuación se analizan las principales características diferenciales de este modelo:

- (i) *Institucionalidad dispersa y menos asimétrica*. A diferencia de los modelos previos, en cuyo caso existe un número acotado de actores –o bien el número es alto pero las funciones están muy acotadas–, el esquema descentralizado tiene como característica el hecho de que hay un número relativamente amplio de servicios jurídicos ubicados en las entidades (ministerios u otras agencias públicas) con una cartera de atribuciones relevantes, entre ellas la representación judicial.

Los servicios jurídicos de las entidades, aun cuando deban encuadrarse en el marco de la política pública de defensa jurídica dispuesta por la agencia central y acatar las estrategias de defensa, están lejos de ser un actor secundario, como resulta usual en los modelos mono-institucionales, y por su complementariedad tienen una importancia tan destacada como los servicios centrales.

- (ii) *Formulación y ejecución de la representación judicial*. Los responsables de las funciones de formulación y ejecución de la representación jurídica se encuentran claramente diferenciados en el esquema descentralizado. A la agencia central le corresponde formular los lineamientos, protocolos y disposiciones de rectoría, pero son las organizaciones públicas demandadas o demandantes, a través de sus propios servicios

jurídicos, las encargadas de la representación en tribunales, excepto en los casos en los cuales, como ocurre en Colombia, se suscriban convenios interadministrativos que habiliten a la agencia a ejercer la representación legal de las entidades públicas (Ley 1.564/12). Esto constituye una diferencia fundamental con los modelos mono-institucionales (en especial el cuasi puro), en cuyo caso la formulación y ejecución se concentran en la agencia central. Si bien en el modelo descentralizado la unidad rectora puede acoplarse al proceso judicial para acompañar en tribunales a la oficina jurídica sectorial, no está en capacidad de sustituirla.

- (iii) *Complementariedad centro-periferia*. El desdoblamiento de responsabilidades plantea un esquema de complementariedad de funciones y de actores. Al no disponer de capacidad propia de ejecución (o de poseerla pero con limitaciones), el centro formulador necesita del apoyo de la periferia, la que a su vez debe actuar ajustándose a lo determinado por la rectoría y no según sus propios criterios.
- (iv) *Organigrama acotado*. Por último, este modelo presenta como característica una entidad rectora con organigrama acotado. Esto contrasta, en especial, con el modelo centralizado, ya que la descentralización de la representación tiene como consecuencia que el rol de área sustantiva recaiga sobre las propias oficinas jurídicas ministeriales y solo se cuente con un cuerpo limitado de abogados del Estado. De esta forma, los modelos centralizados suelen tener dotaciones de personal más grandes (y también más caras) que los esquemas de delegación.

61. Estas particularidades organizacionales plantean un conjunto de desafíos:

- (i) *Altos costos de coordinación*. La multiplicidad de actores aumenta los costos de coordinación y transacción, que son mínimos en el modelo centralizado, y creciente, pero todavía moderados, en el modelo mixto. Debido a la dispersión institucional y a la necesaria complementariedad entre actores, producto del desacople entre planificación y ejecución de la representación, crece la dificultad para imponer estrategias de defensa a ser ejecutadas por los servicios jurídicos sectoriales, con lo cual aparece el peligro potencial de caer en la insularidad.
- (ii) *Capacidades organizacionales heterogéneas*. La descentralización de funciones pone en primer plano la cuestión de las capacidades organizacionales de las instituciones públicas. Al no existir una agencia única que concentre las funciones de planificación, asesoría y representación, y con ello la posibilidad de conformar una plantilla de abogados profesionalizada y consustanciada con los objetivos de la organización, el sistema de defensa jurídica queda sujeto a las capacidades de ejecución de las oficinas jurídicas sectoriales. La heterogeneidad entre las mismas, derivada de la capacidad política y presupuestaria de cada institución, puede tener su impacto en la eficacia de la defensa jurídica y, por tanto, de la protección del patrimonio público.
- (iii) *Gestión de la información*. Por último, como una consecuencia tanto del esquema de coordinación multilateral como de las capacidades organizacionales sectoriales, el modelo descentralizado presenta mayores costos para la gestión de la información de lo

que puede ocurrir en los dispositivos de institucionalidad centralizada. Y si bien por lo general la agencia rectora conserva para sí la gestión de este recurso, la lógica del modelo se basa en permanentes intercambios entre el centro y las diferentes unidades de la periferia, con el consecuente incremento de costos.

3.2 Conclusiones

62. Del análisis de los modelos institucionales y de los arreglos de las agencias de defensa en el marco de la institucionalidad del Estado, pueden extraerse algunas conclusiones de interés:

- (i) Se puede observar una relativa heterogeneidad de soluciones institucionales en cuanto al encaje de la agencia en el conjunto de la organización del Estado. Esto se explica porque en la gran mayoría de los casos las realidades actuales son el resultado de evoluciones complejas y de larga trayectoria en el tiempo, y no provienen de diseños explícitos vinculados a una racionalidad en el diseño.
- (ii) No obstante, como ha podido comprobarse en las secciones anteriores, al analizar los modelos de agencias de defensa existen pautas comunes en cuanto al diseño, lo cual permite aproximarse a una clasificación tipológica que puede ayudar a comprender las variaciones en el rol de las agencias de acuerdo con su inserción institucional. El hecho de que existan diferentes modelos no implica que ninguno de ellos ostente ventajas en términos de eficacia y eficiencia en la defensa de los intereses del Estado. Es muy probable que otros factores no vinculados al diseño pero mucho más unidos al modelo de gestión –como la definición de los productos estratégicos, la claridad de los procesos de trabajo, la pertinencia de la organización con los flujos de trabajo, los sistemas de información, la capacidad de reclutar personal abogado experto y el modelo de gestión del conocimiento– sean los determinantes de la efectividad de la agencia.
- (iii) En general, el hecho de que la agencia dependa de una institución principal es un factor determinante de la comprensión cabal de su rol, pero existen también factores vinculados al tamaño de la agencia que pueden explicar la autonomía funcional que puede alcanzar. Las instituciones de grandes dimensiones debido al número de abogados que las integran pueden adoptar comportamientos autónomos y de baja *intensidad* contractual con respecto a la institución principal, aunque en su mandato legal se establezca con claridad una relación de dependencia.
- (iv) A este respecto, las lógicas internas de trabajo pueden adoptar formas de *histéresis organizacional*, como se ha podido comprobar en otras realidades institucionales.⁹ Es decir: en la realidad los comportamientos de las instituciones divergen de las normas cuando la agencia adquiere capacidades técnicas elevadas y grandes dimensiones, con asimetría respecto de la institución que debería ejercer la función controladora. Si a esto se le agrega el hecho de que en muchas instituciones de defensa jurídica el personal

⁹ En este sentido son muy ilustrativos los problemas de agencia entre las administraciones previsionales y tributarias con respecto a los ministerios que ostentan las funciones rectoras. Las asimetrías de tamaño y de capacidades técnicas instaladas generan espacios de autonomía difícilmente gestionables en el marco de una relación contractual.

abogado tiene un estatus profesional elevado en relación con otros funcionarios públicos, los riesgos de que acaben fuera del ámbito del mandante son altos.

- (v) Es en este contexto donde pueden explicarse algunos dilemas que aparecen de manera recurrente en las agencias de defensa del Estado. Uno de ellos es si la agencia, al poseer la representación jurídica del Estado ante los tribunales, defiende los intereses del Estado o los intereses del Poder Ejecutivo (incluso de una parte del Ejecutivo). Se han observado agencias que dicen defender los intereses del Estado frente a los intereses de los gobiernos, lo que puede generar que en algunos casos las diferentes instituciones del mismo Estado simplemente litiguen entre ellas para tratar de mostrar de qué lado está la razón jurídica aunque la parte perdedora tenga que asumir los eventuales costos fiscales. Es decir: el Estado está litigando contra el Estado. Esta situación puede tener lugar incluso cuando la regla en estos casos es acudir a la conciliación entre las instituciones implicadas del mismo Estado.
 - (vi) Otro de los dilemas tiene que ver con la función de asesoramiento o consultoría jurídica. Es más frecuente de lo habitual encontrarse con la situación en la que el abogado, considerándose funcionario del Estado, adopta una posición jurídica contraria a determinada decisión política o administrativa del gobierno de turno, situándose en paladín de la legalidad sin tener facultades para ello. Esta posición se podría denominar de *neutralidad política* de la agencia. La forma en que se resuelve en muchos casos este dilema es contratando abogados externos para que emitan una tercera opinión, con los costos de transacción que ello puede originar en el proceso de toma de decisiones.
 - (vii) Estos dilemas tienen más probabilidad de ocurrencia cuando la agencia de defensa jurídica del Estado se caracteriza por no tener una institución mandante claramente identificada, y cuando el tamaño de la organización de la agencia, junto con las condiciones contractuales que adquieren los abogados del Estado, permiten autonomizarse del principal y de las políticas generales de defensa jurídica.
63. La resolución de estos dilemas no es una tarea fácil. Por ejemplo, existiría la tentación de cambiar la dependencia jerárquica y funcional de la agencia desplazándola hacia una institución principal diferente, o buscar soluciones por la vía del crecimiento corporativo absorbiendo a otras dependencias vinculadas con la actividad jurídica del Estado (servicios jurídicos de instituciones con fuerte autonomía, como los organismos tributarios), todo ello antes que tomar una decisión que implique una modificación en profundidad del modelo de gestión, incluida una articulación más estrecha con la provisión privada de servicios jurídicos. Es decir, el contexto institucional en el que se desempeñan las agencias, y su rol crítico de representación de los intereses del Estado ante los tribunales, favorecerían soluciones conducentes a promover rediseños institucionales u organizativos, los cuales – como ya se ha señalado– no atacarían los factores causales de la ineffectividad. Esto significa que para una mejora de la efectividad de la agencia, es necesario poner el foco de atención fundamentalmente en el modelo de gestión y en los procesos de trabajo (flujos), incorporando los avances conceptuales más modernos de administración pública.

Cuadro 5
Resumen de oportunidades y desafíos de los modelos organizativos de defensa jurídica del Estado

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

4 Lineamientos para una mejora de la defensa jurídica del Estado

4.1 Recomendaciones de política

64. En los próximos años no se prevé que cambien de forma drástica los factores determinantes de la cantidad y calidad de las demandas en tribunales que deberán afrontar las instituciones responsables de la defensa jurídica de los Estados, tal y como se analizaba en la sección 1.2. Tal vez al contrario, cabría esperar un incremento de los litigios, y muy especialmente en el monto de las pretensiones económicas y en su dificultad técnica, como consecuencia de la creciente complejidad de las relaciones entre el sector público y la ciudadanía, y entre el sector público y el sector empresarial privado. Todo ello puede tener un impacto severo en términos de costo fiscal.
65. Con el fin de afrontar estos desafíos, las instituciones rectoras de la defensa jurídica del Estado de algunos países de la región han emprendido al menos cuatro estrategias coincidentes y que pueden identificarse como recomendaciones de políticas para lograr reducir eventuales costos fiscales o aumentar los ingresos fiscales:
- (i) *Mejor control de los riesgos fiscales contingentes.* Se trata de tener un control lo más exacto posible del valor económico de las pretensiones que están dilucidándose en tribunales. Esto supone que la institución responsable de la defensa jurídica del Estado tenga protocolos claros de captura de los datos y actualización de la información económica, así como también que cuente con sistemas de información adecuados, de tal forma que los datos disponibles sobre las pretensiones sean sólidos, oportunos y susceptibles de su posterior cuantificación en valores reales. Los ministerios de Hacienda son los principales receptores de esta información.

Esta estrategia coincide con uno de los grandes problemas observados en varios países.¹⁰ La casuística encontrada es variada: en algunos casos, el valor de la pretensión de la demanda no se carga en el sistema de información, y en la mayoría de los casos en los que efectivamente se carga, el valor de las pretensiones difiere con respecto al valor real (errores de digitación del monto), o no se actualiza el monto en función de la evolución procesal del caso. Lo habitual es que tampoco exista una actualización para recoger el efecto de la inflación sobre los montos, y en las estimaciones del costo final no suelen incluirse los costos derivados de los intereses acumulados. En general, estos efectos tienden a subestimar el valor real de las pretensiones y sus costos asociados.

- (ii) *Mejora de la efectividad en tribunales.* Con esta estrategia se pretende lograr que los resultados de la acción judicial de los servicios jurídicos de las entidades (en el caso del modelo descentralizado) o de la agencia jurídica del Estado (modelos mono-institucionales puros y mixtos) sean más eficaces, o en otros términos, tengan mejores tasas de éxito en tribunales. Una mejora sustancial de la efectividad ante los tribunales supone, por un lado, una reducción de los pagos que el Estado debería asumir por los litigios (o un aumento de los ingresos en el caso de la recuperación de fondos y bienes

¹⁰ Se trata de países en los que diversos equipos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) han trabajado directamente con las agencias de defensa jurídica en el diseño de proyectos de fortalecimiento institucional.

públicos), y por otro lado, la emisión de señales a otros actores acerca de la fortaleza de la acción jurídica del Estado en el caso de que piensen en resolver sus diferencias litigando en los tribunales.

Ahora bien, retomando el concepto de ciclo de defensa jurídica, la experiencia acumulada indica que la efectividad en la gestión jurídica por parte de los servicios jurídicos no radica exclusivamente en la acción directa en los tribunales, sino que los aspectos de prevención del daño antijurídico también desempeñan un papel importante. La racionalización de los procedimientos administrativos y una mejor capacitación de los funcionarios públicos deberían servir para reducir las acciones antijurídicas y, por lo tanto, las demandas contra el fisco que suponen en realidad gran parte de la carga jurídica de los servicios de abogacía del Estado. De todos modos, no existe evidencia suficiente para poder afirmar que una eventual integración del proceso de prevención en una única solución institucional sea preferible frente a otras opciones.¹¹

- (iii) *Mejora de la eficiencia.* Con ello se pretende mejorar la productividad de las agencias de defensa del Estado en un escenario de demandas crecientes. Hay evidencia de que la opción adoptada por parte de algunos países de aumentar la dotación de abogados no se tradujo necesariamente en una mejora de la efectividad de los resultados en los tribunales. Por el contrario, lo que ha podido constatarse es un deterioro de la eficiencia y un consiguiente aumento de los costos. En un contexto donde los Estados pretenden que las cuentas públicas se mantengan bajo un criterio sostenido de rigor presupuestario, no cabe esperar que la contratación de más recursos profesionales sea la solución.

En un marco de restricciones presupuestarias, la estrategia de mejora de los servicios de defensa jurídica del Estado deberá apuntar a construir un modelo de gestión que ofrezca resultados a costos razonables, lo que implica que las fórmulas burocráticas de gestión de los recursos más clásicas muy probablemente deban sufrir cambios notables en los próximos años. En este sentido, cabría esperar que las agencias redujeran su tamaño, o al menos estabilizaran su planta de personal, para tratar de aprovechar los recursos expertos que pueden encontrarse en el mercado a costos más asumibles, y pudiesen seleccionar mejor las estrategias de defensa para tratar de reducir los costos de litigar.

- (iv) *Intensificación de la acción judicial para recuperar las deudas en favor del Estado.* En un contexto de mayor transparencia en la gestión pública, y en parte determinado por la mayor sensibilización de las opiniones públicas de los países de la región, muchos países han comenzado a desarrollar políticas públicas más activas en la recuperación de los patrimonios públicos damnificados como consecuencia de casos de corrupción y/o malversación de fondos públicos.

¹¹ El ejemplo de Chile es bastante ilustrativo de que lo determinante para lograr una agencia efectiva es un adecuado modelo de gestión, y no necesariamente el diseño o la arquitectura institucional. Por su parte, este es el reto que tiene la nueva Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Colombia, que deberá articular un sistema altamente descentralizado, formado por los servicios jurídicos de las diferentes entidades, con otro sistema nuevo que deberá establecer protocolos de trabajo, criterios centrales de estándares de calidad en el trabajo jurídico de las entidades y estrategias de defensa de forma centralizada.

Si bien en los casos de denuncias penales por corrupción la responsabilidad directa por la persecución del delito recae en las instituciones del Ministerio Público o de la Fiscalía, para los servicios jurídicos del Estado esta estrategia se ha traducido en una creciente actividad de promoción de acciones tendentes, por un lado, a optimizar la calidad de la información patrimonial de la parte demandada para poder solicitar medidas cautelares previas, y por otro, a mejorar los procesos de cobranza cuando la sentencia sea favorable para el Estado.

66. Estas son las estrategias de política que se están implementando. En este contexto, en los últimos cuatro años diversos equipos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) han colaborado estrechamente con las autoridades de las instituciones de defensa jurídica de Brasil, Chile y Colombia para traducir dichas estrategias en lineamientos operativos susceptibles de formar parte de un paquete de proyectos de mejora de la gestión institucional (Chile y Brasil) y construir una nueva institucionalidad rectora (Colombia). A continuación se definen estos lineamientos.

4.2 Lineamientos de mejora de la gestión de las agencias

67. Para el diseño de estos tres proyectos de mejora de la gestión y fortalecimiento institucional de las agencias de Brasil, Chile y Colombia se ha partido de los hallazgos provenientes de los diagnósticos previos realizados, así como también se ha pretendido incluir aquellos avances en materia de gestión pública considerados exitosos en otros contextos institucionales, y susceptibles de ser incorporados en los modelos de gestión de las agencias.
68. Desde un punto de vista conceptual, los lineamientos para la mejora de la gestión se basan en el pasaje del modelo causal de problemas a un modelo producto-resultados-impactos. En el cuadro 6 pueden observarse, con las lógicas variantes, los principales rasgos comunes de los diseños incluidos en los tres proyectos de fortalecimiento institucional de los servicios de defensa jurídica del Estado con participación activa del BID.

Cuadro 6
Modelo de producto-resultados

Componentes	Productos previstos	Resultados esperados
1. Gestión estratégica y del conocimiento	<ul style="list-style-type: none"> • Sistema de monitoreo estratégico de los créditos activos y riesgos para el Estado. • Sistemas de indicadores, metas y evaluación para la gestión por resultados. • Herramientas de inteligencia de negocios. • Normas y procedimientos para la formulación, el monitoreo y la evaluación de políticas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Mayor efectividad en la gestión de procesos judiciales. • Mayor efectividad en la gestión de cobranzas, así como también en la recuperación patrimonial.
2. Gestión jurídica	<ul style="list-style-type: none"> • Reingeniería de los flujos de trabajo de los procesos litigiosos. • Reingeniería de los flujos de trabajo de consultoría y asesoría. • Reingeniería de los flujos de trabajo de cobranza. • Sistema de gestión de créditos activos y riesgos económicos. • Sistema de información integrado de causas. 	
3. Gestión	<ul style="list-style-type: none"> • Adaptación de la gestión presupuestaria a 	

administrativa	centros de costos. <ul style="list-style-type: none"> • Reingeniería de la gestión logística. • Reingeniería de los procesos de gestión de personal, incluida la gestión por competencias.
----------------	--

69. El primer componente aborda todos los aspectos referidos a la gestión estratégica y a la gestión del conocimiento. Con ello se pretende mejorar el monitoreo estratégico de los riesgos para el Estado que se derivan de las demandas contra el fisco, así como de las posiciones deudoras que existen en favor del Estado (créditos activos). Se incluye la construcción de un sistema de indicadores, la instalación de herramientas de inteligencia de negocios (*business intelligence*) para el cruce de información de alto valor agregado, y el establecimiento de protocolos para formular, monitorear y evaluar políticas de defensa jurídica.
70. El segundo componente está ligado directamente a la optimización de los principales procesos de trabajo vinculados al ciclo de defensa jurídica (prevención, conciliación, defensa en tribunales y cobranza). En función del mandato legal de la institución, han variado las propuestas de actividades y productos, básicamente reingenierías de procesos, contenidas en este componente, pero cabe resaltar que en todos los casos se incluyó la instalación de un sistema integrado de gestión de casos. A diferencia de los sistemas actualmente existentes, cuya característica principal –como ya se ha señalado– es ser meramente registrales, la propuesta en este caso es que el sistema integrado genere un ambiente de trabajo que el abogado y otros funcionarios públicos deban necesariamente utilizar para poder realizar su trabajo.¹² Este sistema integrado servirá, entre otras cosas, para proporcionar los datos necesarios para construir el sistema de indicadores y la gestión del conocimiento (análisis, estudios, etc.).
71. Por último, el tercer componente pretende abordar la mejora de la gestión administrativa de apoyo. Se estructura en torno a tres grandes bloques de actividades: el primero se refiere a la construcción de un sistema de centros de costos, que permita instalar un modelo de gestión por resultados; el segundo aborda la reingeniería del proceso logístico, básicamente el control de inventarios y activos fijos; y el tercero se dirige a reestructurar el modelo de gestión de personal, de modo de dirigirse hacia un modelo por competencias.
72. Como resultado de la implementación de estos componentes, y de los proyectos en su conjunto, las instituciones beneficiarias se encuentran en condiciones de mejorar su efectividad, y con ello disminuir los riesgos fiscales para el Estado.

4.3 Pertinencia de las soluciones diseñadas

73. Este diseño, propuesto en los tres proyectos en los que ha participado de forma activa el BID, ha contado básicamente con dos fuentes de inspiración: la primera de ellas han sido las buenas prácticas implementadas en instituciones similares que tienen una larga trayectoria como entidades de defensa de los intereses jurídicos del Estado. La segunda la constituyen las principales lecciones que pueden extraerse de los procesos de fortalecimiento institucional en

¹² Este planteamiento es similar al de otros sistemas de gestión instalados en el sector privado. En la banca, por ejemplo, cualquier tipo de transacción que quiera realizar un funcionario tiene que ser necesariamente hecha a través del sistema de gestión. En este entorno, no es posible efectuar ninguna acción sin seguir las pautas fijadas por el sistema, incluidos los formularios y plantillas que están predefinidos.

instituciones públicas que, aunque no se dediquen estrictamente a la actividad de defensa jurídica, tienen en común metodologías de trabajo muy similares.

74. Sin embargo, esta aproximación por referencia de mejores prácticas o *benchmarking* con otras instituciones no garantiza que las recomendaciones contenidas en los diseños de los proyectos que el Banco impulsó conduzcan con una alta probabilidad a los resultados esperados. Por ello, en el transcurso de los trabajos se consideró conveniente prestar especial atención al proceso de fortalecimiento de los servicios jurídicos de la Alcaldía Mayor de Bogotá y medir sus eventuales impactos.
75. Como es sabido, a inicios de la década de 2000, la Alcaldía Mayor de Bogotá emprendió un profundo proceso de transformación de los servicios jurídicos ante el elevado riesgo y costo por reparaciones e indemnizaciones que tenían soportar por juicios en contra. Este proceso de transformación institucional giró sobre tres ejes principales:
 - (i) En primer lugar, se reformuló todo el modelo de prevención, con el fin de evitar que por razones atribuidas a procesos administrativos mal definidos desde un punto de vista jurídico, o a tomas de decisiones de las autoridades sin suficiente cobertura jurídica, se produjeran demandas contra la municipalidad. En este sentido, se analizaron todos los procedimientos de trabajo y se definieron nuevos manuales y protocolos de obligado cumplimiento. De forma paralela, se implementaron diversos programas de capacitación para los cargos de confianza, funcionarios y del personal ubicado en los servicios jurídicos de las entidades.
 - (ii) En segundo lugar, se realizó una profunda reingeniería de los procesos de trabajo de gestión del caso en los tribunales. Se mejoraron las capacidades técnicas para que los abogados elaboraran mejores estrategias de defensa, y se determinó que en los casos de demandas de alto riesgo los servicios jurídicos centrales pudieran intervenir estableciendo determinados criterios en las acciones judiciales de los servicios jurídicos de las entidades.
 - (iii) En tercer y último lugar, se instaló un nuevo sistema de seguimiento de casos (el Sistema de Información de los Procesos Judiciales, Siproj) sobre el que deberían volcar sus actividades los abogados y los funcionarios adscritos a los servicios jurídicos. Además, mediante el Siproj, el personal responsable de la gestión jurídica puede obtener información estadística de los resultados de su actividad.
76. Como puede observarse, estas acciones, implementadas por la Alcaldía Mayor de Bogotá en el marco del fortalecimiento de sus servicios jurídicos, guardan mucha similitud con los proyectos auspiciados en el marco de las operaciones del BID. Pero, además, las acciones de la Alcaldía culminaron en 2005, que fue cuando entró en pleno funcionamiento el nuevo modelo, con lo se abría la posibilidad de medir la efectividad de la actividad judicial antes y después de la implementación del programa de mejora. Para ello se contaba con la información proporcionada por el Siproj, que entre otras cosas incluía ya la carga de los datos históricos anteriores a 2004.
77. Con estos datos disponibles, juntamente con los técnicos de la Alcaldía Mayor de Bogotá, se procedió a establecer los indicadores que medirían adecuadamente el impacto del programa de mejora. Se consideraron tres indicadores:

- (i) El primero (tipo A) es la tasa de efectividad en aquellos casos que se iniciaron y finalizaron antes de 2004, y se mide como el porcentaje de sentencias favorables sobre total de sentencias definitivas. Con ello se calcularían los resultados que se obtenían en tribunales en el período *anterior* a la implementación de los cambios en el modelo de defensa jurídica.
- (ii) El segundo (tipo B) es la tasa de efectividad de aquellos casos que se iniciaron antes de 2004, pero que finalizaron con sentencia después de ese año. De esta forma, se podría tener una idea bastante aproximada de los eventuales efectos que se produjeron durante el período de *transición* entre el viejo y el nuevo modelo de gestión.
- (iii) Finalmente, el tercer indicador utilizado (tipo C) es la tasa de actividad correspondiente a los casos iniciados y finalizados de forma definitiva después de 2004, es decir: cuando ya el nuevo modelo estaba trabajando en régimen.

78. Los resultados de estos trabajos pueden encontrarse en el cuadro 7.

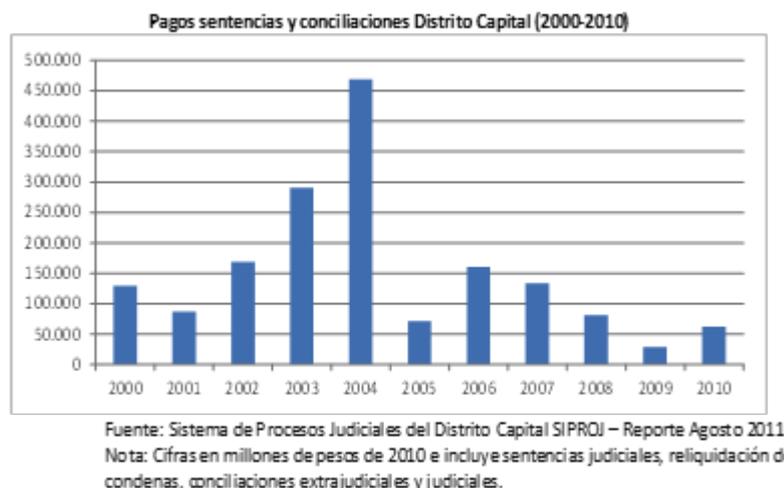
Cuadro 7
Indicadores de la tasa de éxito de los servicios jurídicos de la
Alcaldía Mayor de Bogotá en el Distrito Capital

	Sentencias favorables	Sentencias definitivas	Tasa de éxito (porcentaje)
Tipo A: Procesos antes de 2004	6.129	8.626	71
Tipo B: Procesos iniciados antes de 2004 y finalizados después de 2004	5.691	7.389	77
Tipo C: Procesos iniciados y finalizados después de 2004	3.677	4.607	80

Fuente: Martínez Cuéllar (2011), sobre la base de los datos proporcionados por la Alcaldía Mayor de Bogotá.

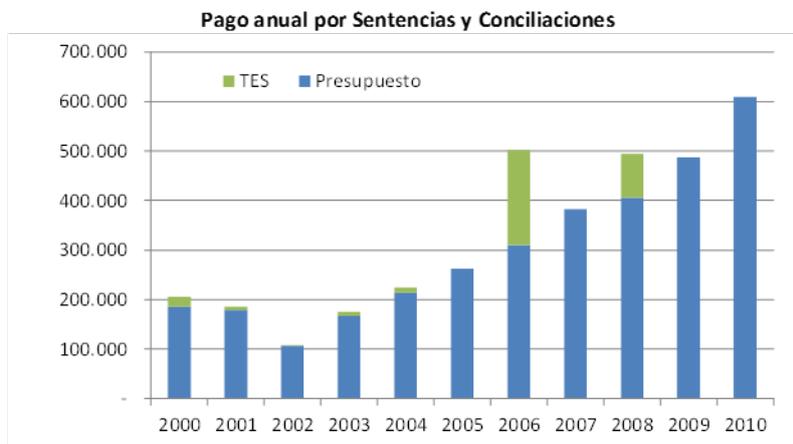
79. Estos datos, proporcionados por el sistema de información Siproj, son elocuentes acerca de la notable mejora producida en la tasa de éxito tras la introducción del programa de fortalecimiento de los servicios jurídicos de la Alcaldía Mayor. En efecto, tal y como se observa en el cuadro 7, la tasa de éxito en sentencias definitivas para aquellas demandas iniciadas y finalizadas antes del año 2004 se situaba en el 71%. Por su parte, los procesos comenzados después del año 2004 tuvieron una tasa de éxito del 80%, es decir: una mejora de 9 puntos porcentuales.

Gráfico 3
Pagos por sentencias y conciliaciones en la Alcaldía Mayor de Bogotá



80. Esta mejora en la tasa de éxito de los servicios jurídicos debería impactar en una reducción de los pagos por sentencia definitiva. Una atenta mirada al gráfico 3 permite concluir que, en efecto, luego de 2004 los pagos por sentencias y conciliaciones que realizó la Alcaldía Mayor de Bogotá disminuyeron sensiblemente en relación con los pagos que tuvo que afrontar antes de 2004. Por lo tanto, los datos proporcionados por el Siproj sobre las tasas de éxito son elocuentes de cómo una inversión de mejora de la gestión de los servicios jurídicos, en la línea de las estrategias discutidas en la sección anteriores, tienen impactos positivos sobre los riesgos fiscales.
81. Estos resultados contrastan con la evolución de los pagos que el Estado colombiano tuvo que realizar en el mismo período (véase el gráfico 4). En este caso, la tendencia muestra un comportamiento claramente al alza y, por tanto, los costos fiscales son crecientes. Cabe señalar que es precisamente esta evolución intensa al alza de los costos para el erario público lo que llevó definitivamente el Gobierno de Colombia a crear la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Gráfico 4
Pagos del Estado de Colombia por sentencias y conciliaciones



Fuente: Subdirección de Riesgo – Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Nota: Cifras en millones de pesos de 2010

82. Como conclusión, hay que destacar que la información que se desprende de la experiencia de la Alcaldía de Bogotá demuestra que una inversión en la mejora de la gestión jurídica permite obtener mejoras notables en la efectividad y en los retornos económicos de forma rápida y con alto impacto.

83. En este sentido, esta experiencia refuerza la convicción de que los lineamientos de los proyectos apoyados por los equipos del BID y financiados con recursos de préstamo están adecuadamente perfilados para lograr que las agencias de defensa jurídica de los países de la región puedan mejorar su efectividad y reducir el impacto económico.

Referencias bibliográficas y normativa consultada

- Advogacia-Geral da União. 2012. *Relatório de Gestão do Exercício de 2011*. Brasília, DF: Advogacia-Geral da União.
- Alviar García, H., D. López Medina y C. Rodríguez Garavito. s/f. *¿Justicia mediante litigio? Reparación y extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado*. Publicación sin ciudad ni editorial.
- Dipres (Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda). 2011. *Informe de pasivos contingentes*. Santiago de Chile: Dipres.
- Grafe, F. 2008. *El acceso a la justicia para los grupos sociales vulnerables: desafíos pendientes y estrategias posibles*. Tegucigalpa: sin editorial.
- Hammergren, L. 2007. "Judicialization of Administrative Claims: The Economic, Social, and Political Impacts of Legal Actions against the Government." Washington, D.C.: Banco Mundial. (Documento sin publicar.)
- Martínez Cuéllar M. 2011. Análisis económico (anexo). Programa de Fortalecimiento a la Defensa Jurídica del Estado (CO-L1097).
- Pásara, L. 2004. *La enseñanza del derecho en Perú: u impacto sobre la administración de justicia*. Lima: Galeón. Disponible en <http://www.galeon.com/realidadjuridical/pasara.pdf>.
- Presidencia de la Nación de Colombia. 2011. "Decreto 4.085/11 por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado". Bogotá: Presidencia de la Nación.
- Procuraduría General del Estado de Ecuador. 2011a. *Plan Estratégico PGE de octubre de 2011 a diciembre de 2014*. Quito: Dirección Nacional de Planificación.
- , 2011b. "Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado", publicada en el Registro Oficial Núm. 312 (actualizada a marzo de 2011). Quito: Procuraduría General del Estado.
- , 2012. *Informe de Gestión 2011*. Quito: Dirección Nacional de Planificación.
- Procuraduría General de la Nación de Guatemala. 2011. *Plan Operativo Anual 2012*. Ciudad de Guatemala: Procuraduría General de la Nación.
- , 2011. *Plan Estratégico 2012-2014*. Ciudad de Guatemala: Procuraduría General de la Nación.
- Procuraduría General de la República de Costa Rica. 2011. *Informe de labores*. San José: Procuraduría General de la República.
- Procuraduría General de la República de Honduras. 1994. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, 6 de enero de 1994. Tegucigalpa: Procuraduría General de la República.
- Procuraduría General de la República de Nicaragua. 2011a. *Compendio Normativo Orgánico de la Procuraduría General de la República*. Managua: Procuraduría General de la República.
- , 2011b. "Ley 411: Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y su reglamento", publicado en La Gaceta 244, 24 de diciembre de 2011. Managua: Procuraduría General de la República.
- Veleño Quintero. 2011. "Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado". Congreso de "Semana de defensa de lo público", Santiago de Cali.

Sitios web institucionales consultados

País	Organismo u agencia	Sitio web
Argentina	Procuración del Tesoro de la Nación	www.ptn.gov.ar/
Bolivia	Procuraduría General del Estado	www.procuraduria.gob.bo
Brasil	Advogacia Geral da União	www.agu.gov.br
Colombia	Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	www.defensajuridica.gov.co/
Costa Rica	Procuraduría General de la República	www.pgr.go.cr/
Chile	Consejo de Defensa del Estado	www.cde.cl
El Salvador	Dirección de Defensa de los Intereses del Estado	http://www.fgr.gob.sv/
Guatemala	Procuraduría General de la Nación	www.pgn.gob.gt
México	Procuraduría General de la República	www.pgr.gob.mx
Panamá	Procuraduría General de la Nación	www.ministeriopublico.gob.pa
Perú	Consejo de Defensa Jurídica del Estado	http://sistemas3.minjus.gob.pe/cdje
Rep. Dominicana	Procuraduría General de la República	http://pgr.gob.do
Uruguay	Ministerio Público y Fiscal	www.mpf.gub.uy
Venezuela	Procuraduría General de la República	www.pgr.gob.ve/
España	Abogacía General del Estado	www.mjusticia.gob.es
Francia	Consejo del Estado	www.conseil-etat.fr/es
Reino Unido	Oficina del Procurador General de la República (AGO, por sus siglas en inglés), Legal Secretariat to the Law Officers	www.attorneygeneral.gov.uk
Estados Unidos	Oficina del Procurador General	www.justice.gov