

LA ACCION DE TUTELA: EL PRISMA DE LAS REFORMAS LEGALES EN COLOMBIA

LUIS CARLOS ARENAS MONSALVE

Abogado, Investigador ILSA. Profesor Universidad de los Andes.

Dentro de las nuevas figuras creadas por la Constitución colombiana de 1991 la acción de tutela ha sido, sin duda, la más polémica. Dejando a un lado el análisis técnico jurídico de este recurso legal consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentado por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, quisiéramos analizar algunos de los variados y contradictorios significados implícitos en la adopción de dicha figura por parte de nuestro constitucionalismo.

Se pretende, pues, problematizar su existencia, así haya voces que desde un primer momento han señalado que "no es conveniente" plantear conflictos alrededor de una institución benéfica como es la tutela¹. En la presentación obviaremos el análisis de uno de los significados más estudiados de la tutela, como garantía para la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos². La tesis

que sostendremos en el presente escrito es que la tutela es una institución jurídica compleja, que a la manera de un prisma nos puede dar luces sobre el complejo arco iris de reformas legales a las que asistimos en casi todos los campos del derecho.

La acción de tutela como mecanismo que coadyuva a la reinstitucionalización del Estado y de las acciones en defensa de los Derechos Humanos

Desde mediados de la década del ochenta el Estado colombiano ha tenido que hacerle frente a una profunda crisis de legitimidad, expresada en la proliferación de variados movimientos cívicos, un movimiento guerrillero en armas desde hace tres décadas, un endémico abstencionismo y múltiples formas de parainstitucionalidad³. Dentro de

1. Cf. DUEÑAS, Oscar. (1992). "La Acción de Tutela". Ed. Librería El Profesional. Bogotá. Pág. 107.

2. Para dicho análisis remitimos a textos como el de ARENAS, Jorge (1993). "La tutela: una acción humanitaria". Ediciones Doctrina y Ley. 2 ed. Bogotá.

3. Cf. PALACIO, Germán y ROJAS, Fernando (1990). "Empresarios de la cocaína, parainstitucional y flexibilidad del régimen político colombiano: parainstitucionalidad y contrainsurgencia", en PALACIO, G. (comp.) *La irrupción del Paraestado*. ILSA-Cerec. Bogotá.

los mecanismos que se han priorizado para superar la crisis de legitimidad se encuentran las políticas de descentralización del Estado y la reforma a las instituciones y mecanismos judiciales.

En un país como Colombia donde la confianza de los ciudadanos en transitar por los canales institucionales es casi nula, sin duda la acción de tutela es un mecanismo que pretende contribuir a recuperar la confianza en las acciones estatales⁴ y en la acción de los órganos jurisdiccionales para la resolución de los conflictos⁵.

Sin embargo, siendo la tutela un mecanismo que contribuye a la reinstitucionalización del Estado no deja de presentar sustanciales contradicciones al respecto, ya que dicha figura también ha contribuido a prolongar la crisis del aparato de justicia en Colombia, en parte porque el trabajo de los jueces y magistrados se ha visto incrementado considerablemente, lo que hacia el futuro podría agudizar la sobresaturación de los despachos judiciales y por tanto la ineficiencia del aparato judicial para la resolución de los conflictos que en ella se tramitan⁶.

4. El presidente Gaviria lo hacía explícito cuando señalaba al respecto: "Y eso está bien. Que la gente siempre tenga cómo reclamar con vigor el respeto de sus derechos por las vías institucionales. Que cada colombiano sienta que no faltará un camino expedito y corto, para reparar una injusticia o luchar contra la arbitrariedad. Que las vías de hecho sean superfluas frente a la eficacia de las vías institucionales. Que proliferen las controversias constitucionales en lugar de las controversias violentas. Por eso no se debe temer que haya tutela, ni a que se use la tutela como arma de paz en manos de los más aguerridos combatientes del Estado de Derecho: Los Jueces, ahora fortalecidos". Citado en DUENAS, Oscar. Op cit. Pág 59.

5. En el mismo sentido se pronunciaba el Consejero para asuntos Constitucionales, Manuel José Cepeda, "... esta acción hará recobrar la confianza en la justicia colombiana, porque serán precisamente los jueces los encargados de resolver prontamente las solicitudes que buscan amparar los derechos de las personas". El Tiempo. Noviembre 21 de 1991. Pág 6A.

6. Así lo denunciaron jueces y magistrados desde los primeros días de la entrada en vigencia de la nueva figura; por ejemplo, el Consejo de Estado señalaba en febrero de 1992: "El Decreto-Ley 2.591 de 1991, en el corto lapso de vigencia, ha dislocado la actividad judicial del país, con desmedro del principio de la cosa juzgada: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los tribunales y juzgados han visto incrementada su actividad hasta el exceso, para poder evacuar, en diez días, cada uno de los numerosos y crecientes procesos adelantados mediante acción de tutela; ello implica además la necesidad de postergar las decisiones de los demás procesos de su conocimiento". Cf. MORÁ OSEJO, Humberto (1994). "Estudios Constitucionales". Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. Pág 215.

De otro lado, si bien algunos países de América Latina, especialmente Colombia, han sobresalido durante los últimos años por la sistemática violación de los derechos humanos por parte de sus organismos de seguridad, es igualmente cierto que sus instituciones constitucionales han venido transformándose y han acogido la figura de la acción de tutela, o derecho de amparo, como se le llama en otras legislaciones, con el fin de llevar a la práctica lo que en nuestras constituciones es letra muerta y lograr con ello sino una protección mínima de los derechos individuales de sus ciudadanos, por lo menos la salvaguardia de la legitimidad de sus instituciones jurídicas.

De esta manera, con la introducción de la acción de tutela, Colombia ha entrado, por fin, en la senda que desde tiempo atrás había sido trazada por la Convención Americana de Derechos Humanos y por el Pacto de San José en el sentido de "establecer un recurso judicial expedito, sumario y ágil, preferente en defensa de los derechos humanos fundamentales" ⁷. En dicho sentido, la acción de tutela como solución técnico-jurídica constituye una de las paradojas de los actuales sistemas nacionales de protección a los derechos humanos, en el sentido que la figura convive junto a las sistemáticas violaciones a los derechos humanos.

Igualmente, la acción de tutela puede incluirse dentro de la estrategia del Estado colombiano de crear una estructura institucional que recupere de las manos de la "izquierda" las banderas de la defensa de los derechos humanos y muestre a la comunidad internacional la preocupación gubernamental por la protección de dichos derechos.

7. Cf. DUENAS, Oscar. op cit. Pág 116.

La acción de tutela como elemento que contribuye a la "modernización" de las acciones legales en Colombia que reclama el capital

En la medida en que asistimos, a nivel mundial, a una época de globalización de las relaciones capitalistas, de apertura de los países a los mercados y a la inversión de capitales extranjeros, el capital necesita transformar profundamente sus instrumentos legales. Por esta razón el capital requiere desarrollar, por fin, en todos los espacios nacionales y a nivel transnacional, instituciones legales eficaces, que le permitan, tanto a él como a sus agentes, obtener unas garantías legales mínimas frente a posibles arbitrariedades de parte del Estado y, ahora también, de particulares en ejercicio de funciones públicas.

Cuando le damos un mayor énfasis a las necesidades del capital no por ello desconocemos que pueda ser una herramienta que pueda "servir" a las causas populares. Lo que queremos resaltar es que dicha figura se adoptó, también, gracias a los actuales requerimientos del capital. Por ello no es casual que sean el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo quienes actualmente promuevan y financian las reformas al derecho y a la administración de justicia en el mundo entero y en América Latina en particular⁸.

8. Así se expresaba el actual director del BID, Enrique Iglesias, en la clausura del Seminario sobre "La justicia en Latinoamérica y el Caribe en la década de los noventa", celebrado en Costa Rica en febrero de 1993: "No podría pensarse que son ajenas al derecho la tendencia hacia la globalización y la interdependencia entre los distintos países a nivel mundial, la creciente apertura de América Latina frente al contexto externo, la presencia cada vez más activa de un conjunto de agentes transnacionales en la sociedad y en la economía. El derecho debe reflejar esas transformaciones y ayudar al manejo de esas nuevas realidades". Citado en CEPEDA, Fernando (1994). "La justicia y el Congreso instituciones claves para la gobernabilidad". En: "Política colombiana". Contraloría General de la República. Vol IV, # 1.

Aparte de la acción de tutela, se habla actualmente que Colombia ha venido "modernizando" sus acciones legales, es decir los mecanismos reglados que permiten a personas, naturales o jurídicas, acudir ante un juez para la protección de sus derechos o de la colectividad; dentro de ellos tendríamos los siguientes:

a. Las acciones populares: El centenario Código Civil colombiano, dentro del título de "algunas acciones posesorias especiales", en su artículo 1005 ha consagrado desde siempre las llamadas acciones municipales o populares⁹. Sin embargo, su utilización siempre fue marginal, al punto que era una acción prácticamente desconocida. Hace un par de años comenzó a ser incluida en algunas de las reformas legales de materias bastante diversas; por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil les señaló un procedimiento especial, la Ley 9 de 1989, de reforma urbana, la consagró como medio de defensa del medio ambiente y hasta la Ley 45 de 1990, de reforma financiera, la estableció para proteger a los particulares de eventuales prácticas desleales en la actividad financiera y aseguradora.

Finalmente, la Constitución de 1991 le dio "estatus" constitucional al establecerlas en el artículo 88, y ampliarles su aplicabilidad a nuevos campos como la moral administrativa, el patrimonio público y la libre competencia económica¹⁰.

9. Dice así el inciso primero del artículo 1005 del Código Civil: "La municipalidad y cualquier persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados".

10. Así dice el artículo 88 de la Constitución: "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se deriven de ella. También regulará las acciones originadas por los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos".

b. La acción que busca una cumplida aplicación de la ley y los actos administrativos, consagrada en el artículo 87 de la Constitución en estos términos: "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

De esta manera, nuestro constitucionalismo, al consagrar esta serie de nuevas acciones legales, se va poniendo a tono con los sistemas constitucionales más "modernos". El mensaje que el gobierno colombiano quiere transmitir al capital internacional es claro: nuestro país ha dado grandes pasos para derrotar la arbitrariedad del Estado y de sus funcionarios públicos.

La tutela como elemento que contribuye al reforzamiento de las tendencias que de tiempo atrás han venido centralizando en instituciones muy cercanas al ejecutivo las decisiones más importantes de la rama jurisdiccional

Recordemos que los intentos de reformar la administración de justicia en Colombia se remontan a por lo menos tres quinquenios. Desde aquellos años, se ha ido tejiendo un nuevo escenario para la rama jurisdiccional, de donde se ha pretendido superar las voces discordantes que han hecho que el ejecutivo pierda flexibilidad en la utilización de mecanismos jurídicos para hacer frente a las crisis coyunturales del régimen político colombiano.

En efecto, fue la Corte Suprema de Justicia la que recurrentemente se opuso, desde el gobierno López Michelsen, a la convocatoria de una Asamblea Nacional Consti-

tuyente que reformara la Constitución colombiana; igualmente, le ha salido al paso a la utilización de algunos mecanismos legales en tareas contrainsurgentes, como fue la prohibición del juzgamiento de civiles por parte de corte militares, lo que implicó todo un replanteamiento de las jurisdicciones especiales con la creación de las jurisdicciones de orden público y los jueces sin rostro.

La creación de dos nuevas instituciones, la Corte Constitucional y lo que hoy se llama el Consejo Superior de la Administración de Justicia, fueron las salidas propuestas de tiempo a atrás, y que sólo pudieron concretarse en la Constitución de 1991. Dichas instituciones tenían, desde un comienzo, la misión de arrancar de raíz la independencia relativa de la Corte Suprema en la interpretación de los textos constitucionales y, de otro lado, arrebatarle la injerencia en el diseño de la distribución territorial de la rama y en su manejo burocrático. Sobra decir que en dichas instituciones tiene una grande influencia el ejecutivo.

Teniendo en cuenta lo anterior deberíamos recordar que la Corte Suprema de Justicia defendió hasta el último momento, cuando se le arrebató el control constitucional, un mínimo de independencia de la rama frente al ejecutivo al rechazar, incluso en el recinto mismo de la Asamblea Nacional Constituyente, la creación de la Corte Constitucional, y al oponerse a la forma como fue reglamentada la acción de tutela, que por medio del Decreto 2591 de 1991 estableció un novedoso mecanismo de revisión de las sentencias de los altos tribunales, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, por parte de la Corte Constitucional¹¹.

11. El entonces Ministro de Gobierno, Humberto de la Calle Lombana, reconocía lacónicamente en el Senado lo que había detrás de dicho debate con la Corte, "... lo que hay de fondo en todo esto, hay que decirlo de una vez, señores senadores, es una cuestión de poder y de poder político entre las más altas instancias de la justicia". La Corte Suprema de Justicia opone su poder político a la Corte Constitucional. No en un sentido partidista, claro está. La confrontación política en este caso, tiene otro origen y otro sentido: que institución jurídica tendrá la última palabra en la interpretación de la Constitución Nacional¹². Y agregaba el Ministro de la Calle: "La Constitución de 1991

Pudiéramos decir, entonces, que en Colombia la tendencia a la centralización de la administración de justicia tiene dos vertientes: De un lado, las que se derivan del largo camino recorrido en pos de mejorar los mecanismos legales que le permitan al sistema político colombiano enfrentar los problemas de orden público y control social. De otro lado, la centralización de la administración de justicia pareciera ser de la esencia del estado moderno, que centraliza las grandes decisiones, las grandes líneas interpretativas, dejando en manos del conjunto de jueces y demás particulares que ahora administran justicia, las decisiones más pequeñas, de alguna manera intrascendentes para el conjunto de la sociedad.

Esto último, a primera vista, representa un mayor poder y una mayor autonomía del juez, pero en realidad no lo es. El juez moderno está más condicionado política y jurídicamente.

En el mismo sentido puede interpretarse el debate que a propósito de la reglamentación de la acción de tutela salió a flote, el principio jurídico de la cosa juzgada. La cosa juzgada es una figura legal que permite poner fin a las controversias jurídicas una vez se hayan agotado las vías legales previamente establecidas y, de esta manera, determinar una "verdad formal" que ponga fin al proceso. A partir de la reglamentación de la acción de tutela el gobierno nacional pretendía aumentar el poder de la Corte Constitucional al posibilitar la revisión de las sentencias que ya hubieran hecho tránsito a cosa juzgada; de esta manera, como hemos señalado anteriormente, las sentencias profes-

ridas aún por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serían susceptibles de revisión por parte de la Corte Constitucional.

¿Pero qué hay detrás del interés por acabar con la cosa juzgada? A nuestro modo de ver, como tendencia del Estado moderno y no solo del Estado colombiano, como ya lo hemos dicho, al mismo tiempo que desjudicializa múltiples conductas y deja en manos de la misma comunidad la posibilidad de resolver los conflictos más pequeños, por medio de múltiples mecanismos de resolución de conflictos, con la creación de instancias de conciliación y arbitraje, jueces de paz, etc., quiere reservarse la posibilidad de influir sobre las grandes decisiones jurídicas, al punto de poder influir en su modificación en un momento dado.

En este punto, debatir el tema de la cosa juzgada en términos estrictamente jurídicos, de si es un principio constitucional o no, de si únicamente es nuestra legislación la que lo conserva, etc, tiende a dejar de lado otro tipo de consideraciones, como la propuesta, que apunta a tomar en cuenta los determinantes políticos de las decisiones legales. Otra cosa es que por la novedad de la "modernización legal" a la que asistimos, los mismos representantes del gran capital y sus medios de comunicación se sorprendan con medidas de ese tipo y sin comprender su sentido salgan belicosamente a combatirla, como lo hicieron los industriales a través de la Andi y la "gran" prensa¹².

12. El entonces Ministro de Gobierno, Humberto de la Calle, así lo anunció: "El Gobierno ha entendido y se descubre ante los hechos, que por la novedad de la situación pudiera ser preferible hacer una pausa en materia de acción de tutelas respecto de sentencias, pero el gobierno no encuentra impedimento jurídico para que este tipo de institución jurídica subsista en el futuro particularmente cuando se trata el tema de la cosa juzgada. Yo, con todo respeto, quisiera señalar que esa no es una verdad apolítica, un tipo de institución infocable, ni siquiera tiene rango constitucional". Y agregaba el mismo Ministro de Gobierno, al relativizar el debate jurídico que se ha despertado en el país a propósito de la cosa juzgada: "... Hay una decisión, dicho en buen sentido de la palabra, arbitraria, en función de la cual es la ley la que señala cuando termina una discusión jurídica y se produce el efecto de verdad formal para todos los efectos jurídicos y perfectamente pudiera el legislador correr la cerca, cambiar el límite de la cosa juzgada sin que se transgreda con ello elementos estructurales de la ciencia jurídica". Citado en DUENAS, Oscar. op cit. Pág 130.

entregó deliberadamente un nuevo poder a la jurisdicción constitucional en el sentido de que urgía un organismo unificador de la jurisprudencia. El gobierno comparte este presupuesto; creo que en el futuro debe prevalecer, y observa el peligro de tres instituciones interpretando cada una la Carta Constitucional: la jurisdicción constitucional, la jurisdicción ordinaria, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cabeza del Consejo de Estado.

El ejecutivo ve los riesgos de la existencia de tres "dueños recurrentes" de la interpretación de la Carta". El Tiempo. Enero 23 de 1992. Pág 1A-3A.

La tutela como herramienta que apunta a coadyuvar en la transformación de la función judicial, o proceso de "modernización" del juez

Pareciera que la persona encargada de escenificar la administración de justicia, el juez, no es ajeno a las tendencias actuales de las relaciones de trabajo, que dejan atrás el rígido modelo que permitía una especialización del trabajador en su puesto de trabajo, al que parecía estar condenado toda la vida. Hoy, por el contrario, las necesidades actuales del capitalismo, facilitadas por los desarrollos de la tecnología de la información llaman a primera fila a un trabajador polivalente, que pueda desempeñarse fácilmente en cualquier lugar del proceso productivo.

Existirían algunos indicios para suponer que el juez no es ajeno a dicho proceso. De esta manera la tutela contribuye ampliamente a obligar al juez a dar los primeros pasos en dicha dirección en la medida en que se universaliza el conocimiento de las acciones de tutela en el conjunto de jueces, sin importar la materia (ya sea laboral, civil, penal o administrativa) y sin importar su especialidad funcional por rama (ordinaria o contenciosa). Con ello se va creando lo que pudiéramos llamar un "juez polivalente", contribuyendo con ello a la flexibilidad en el manejo de la rama¹³.

13. Este fue uno de los aspectos que más molestó al Consejo de Estado cuando se expidió la tutela y que refleja que tan acentuado están en la judicatura los viejos esquemas de los manuales de funciones: "La competencia es la medida de la jurisdicción y consiste en la facultad de administrar justicia en determinadas controversias. Pero la disposición que se comenta (art 37 dec. 2.591/91), que atribuye, en principio, el conocimiento de la acción de tutela a todos los jueces y tribunales del país, prevee por vía general y no específica y se opone, por contera, el artículo 122 de la Constitución que prescribe que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento". Cf. MORA OSEJO, Humberto. Op. cit. Pág. 216.

A su vez, el juez es actualmente víctima de una "neotaylorización" de su trabajo, que se refleja en que se le arrebató de su conocimiento un elevado número de procesos que ya no se tramitan ante su despacho sino ante los inspectores de policía. Igualmente, se han creado los llamados "jueces ad-honorem" encargados de descongestionar sus despachos judiciales. Dichos "jueces ad-honorem" tramitan "negocios" que por determinado tiempo se han mantenido estancados; no son profesionales del derecho sino estudiantes de último año; su trabajo es temporal, o sea mientras la rama judicial se descongestiona; su salario es a destajo, por proceso evacuado.

Finalmente, lo que el sistema espera hoy del juez a la hora de juzgar es que lo haga con un criterio más político del caso que debe resolver, dejando atrás la vieja tradición de resolución más de tipo procedimental. La acción de tutela es la escuela perfecta para ello. Por este camino, las sentencias de la Corte Constitucional tendrán un mayor ascendiente entre los jueces, en la medida en que señalará las grandes líneas de interpretación jurisprudencial. Es lo que el Consejero para asuntos constitucionales, Manuel José Cepeda, ha llamado "el proceso de constitucionalización de todo nuestro ordenamiento jurídico"¹⁴.

La tutela como preámbulo de una sustancial transformación de la jurisdicción contenciosa administrativa

La jurisdicción de lo contencioso administrativo tradicionalmente ha tenido "por objeto resolver las controversias jurídicas relativas a la actividad de la administración"¹⁵. Dicha jurisdicción durante los años de auge del llamado "Estado Interventor" adquirió tal dimensión que puede decirse que tenía una importancia similar a la llamada jurisdicción ordinaria.

14. Citado en DUEÑAS, Oscar. Op. cit. Pág. 58.

15. Cf. MORA OSEJO, Humberto (1994). "Estudios Constitucionales". Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. Pág. 54.

Es evidente que los procesos de transformación del aparato estatal que buscan hoy en día reducirlo, privatizando espacios que antes hacían parte de la órbita estatal, hacen necesaria una transformación de dicha jurisdicción. La tutela contribuye a transformar la jurisdicción de lo contencioso administrativo dado que puede ser usada de una manera alternativa con las acciones típicamente administrativas¹⁶, lo que no ocurre en el caso del proceso ordinario donde está expresamente prohibido el uso de la acción de tutela cuando exista cualquier otra vía legal ordinaria para su resolución¹⁷.

Con ello puede decirse que la tutela rompe la lógica de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁸ y prepara el camino para una transformación más profunda que le de coherencia a las reformas parciales que actualmente se adelantan en ella. En la tutela podemos encontrar ciertas tendencias que apuntan en dicha dirección, tales como las siguientes:

i. Tendencia a modificar los elementos indispensables para determinar la procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado: Dentro de la doctrina tradicional del derecho administrativo, al estudiar la procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado, se

16. "...en términos de la acción de tutela, se acentúa más la lesión o amenaza de lesión, que en el grado de culpabilidad del autor de la misma". Cf. HENAO, Juan Carlos. Op. cit.

17. "La primera salvaguarda tiene que ver con el ámbito de aplicación de la tutela. Con la tutela sólo se pueden proteger los derechos constitucionales fundamentales. No puede, por ejemplo, usarse la tutela contra medidas arancelarias, u otras que afecten el rumbo de la economía en perjuicio de los individuos particulares, invocando la libre competencia económica que es un derecho colectivo de contenido socio-económico que por sí mismo, sin ley que lo delimite, no contiene elementos suficientes para ser aplicado directamente en casos concretos, y ni siquiera está en el título de los derechos sino en el correspondiente al régimen económico y la hacienda pública. Tampoco puede usarse para que cualquier enfermo acuda a un hospital a solicitar atención gratuita o para que quienes carezcan de techo le exijan al Estado que les adjudique una vivienda digna". Cf. CEPEDA, Manuel José (1992). "La tutela y el revolcón en la justicia". revista "Derechos Humanos" # 15. Presidencia de la República. Pág 9.

suele dar una importancia fundamental a tres elementos: el hecho dañino, su imputación a una autoridad pública y el perjuicio. La primera modificación que introduce la tutela se deriva de la posibilidad de que haya responsabilidad extracontractual del Estado desde el momento mismo en que exista un hecho generador de la amenaza o de la vulneración de un derecho fundamental por parte de un agente estatal y no necesariamente un hecho dañino y, por tanto, un perjuicio. La segunda modificación que introduce la tutela, o mejor, que profundiza la tutela, se refiere a la atenuación de los criterios de objetividad en la determinación de la responsabilidad estatal.

ii. Tendencia a reducir el ámbito de aplicación de la responsabilidad del Estado: Es decir, se limita la responsabilidad del Estado por fallas en el servicio al restringirla exclusivamente a los derechos constitucionales fundamentales y dejar atrás las mayores obligaciones contenidas en las distintas leyes y reglamentos. Es lo que el consejero presidencial Manuel José Cepeda ha denominado "la primera salvaguarda" que contiene la tutela.

Estas nuevas tendencias obligarán a una transformación de las acciones legales tradicionales como la acción de reparación directa, a una reconceptualización de nociones como la falla del servicio¹⁸.

Pero estas no son las únicas transformaciones que se viven en la jurisdicción contencioso administrativa. Recientemente se modificó (Ley 80 de 1993) el estatuto que reglamenta la contratación con entidades del Estado para hacerlo más expedito, más flexible, más ágil, de acuerdo a las

18. Henoa ha señalado que "...puede afirmarse que la acción de tutela, como acción protectora de los derechos constitucionales fundamentales, crea un nivel autónomo de la falla del servicio al constitucionalizar los contenidos obligacionales que se le crean al Estado (...) Se puede entonces afirmar que cuando el juez de tutela protege los derechos constitucionales fundamentales, declara normalmente la existencia de una falla del servicio". Cf. HENAO, Juan Carlos. Op. cit.

nuevas reglas de juego en materia económica. Igualmente se ha venido modificando el régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos.

A manera de conclusión

De lo señalado anteriormente quisiera llamar la atención sobre la necesidad de profundizar en los significados

de la tutela; debemos superar nuestra tendencia a analizar las figuras jurídicas de una manera "unidimensional". Con ello podemos superar los análisis maniqueos que olvidan que es en las luchas sociales donde se miden las potencialidades y las limitaciones reales del derecho para la transformación social.