

El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias

Isabel Cristina Jaramillo Sierra • Antonio Barreto Rozo
Universidad de los Andes

Resumen

Este artículo propone un marco de estudio para aproximarse al comportamiento judicial que tiene en consideración el problema del procesamiento de información en la toma de decisiones, por oposición a la postura dominante de los estudios en este tema en Estados Unidos y América Latina. Desde este enfoque, se hace una aproximación a la selección de tutelas por parte de la Corte Constitucional colombiana, con especial atención al mecanismo de la insistencia. Se concluye que el procesamiento de información sobre tutelas en la Corte Constitucional impide el aprendizaje al asignar las mayores responsabilidades a personas recién llegadas y muy jóvenes, al no estudiar sistemáticamente los resultados de diversas aproximaciones al asunto y al ocultar a los auxiliares judiciales y a los magistrados información sobre las opiniones de otros magistrados y otros funcionarios, así como la información sobre quién decidirá el caso después de ser seleccionado. El mecanismo de insistencia corrige parcialmente estos defectos.

Palabras clave

revisión de tutelas • selección de tutelas • insistencia • formación de agendas judiciales • Corte Constitucional • Colombia

The Problem of Information Processing in the Selection of *Tutelas* by the Constitutional Court, with Special Attention to the Role of Insistences

Abstract

This paper, in contrast to mainstream judicial politics literature in the United States and Latin America, proposes an approach to study judicial behavior that takes into account the problem of information processing. From this perspective the authors provide an account of the process of agenda setting through the selection of *tutelas* by the Colombian Constitutional Court. The authors conclude that the processing of information concerning *tutelas* by the Court prevents learning by assigning the first reading and selection of cases to very young and inexperienced clerks, by failing to study systematically the results of different approaches to the issues and and by denying Justices and clerks access to information about other justices' and officials' opinions as well as on who will decide the case after it is chosen for review. The insistence mechanism partially corrects these defects.

Keywords

tutela review • tutela selection • insistence • agenda setting • Constitutional Court • Colombia

Agradecemos la colaboración en la recolección de datos y discusión a Camila Soto, Laura Lozano, Carlos Vega y Sandra Santa, todos ellos estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Así mismo, agradecemos la generosidad de la Presidencia y la Secretaría General de la Corte Constitucional en el suministro de datos sobre la tutela, y a los funcionarios de la Dirección de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo y la Unidad Constitucional de la Procuraduría General de la Nación, por el tiempo que dedicaron a contestar nuestras preguntas.

• • •

Isabel Cristina Jaramillo Sierra es profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, miembro del Observatorio Constitucional de la Universidad de los Andes y coordinadora del grupo de investigación en derecho y género.

ijaramil@uniandes.edu.co

Antonio Barreto Rozo es profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, y director del área de Derecho Constitucional y director del Observatorio Constitucional de la Universidad de los Andes, Bogotá.

abarreto@uniandes.edu.co

El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias

Isabel Cristina Jaramillo Sierra • Antonio Barreto Rozo
Universidad de los Andes

INTRODUCCIÓN

La acción de tutela es, sin duda, uno de los recursos judiciales más conocidos y utilizados en Colombia. El Consejo Superior de la Judicatura de este país ha estimado que en la actualidad las tutelas representan más del 20% de los procesos que se inician en la rama judicial. De acuerdo con los datos del sistema de información judicial (SIERJU), para los años 2007 y 2008, el total de procesos que ingresaron a la rama judicial en 2007 fue de 1 783 670, de los cuales 361 641 fueron tutelas, y el total de procesos que ingresaron a la rama judicial en el primer semestre de 2008 fue de 813 864, de los cuales 194 694 fueron tutelas.¹ Este volumen de procesos se convierte en un problema de enormes magnitudes para la Corte Constitucional, a quien la Constitución ha encomendado la facultad de revisar los fallos de tutela que discrecionalmente seleccione de la totalidad de los fallos de tutela.² Pues si bien la regulación correspondiente le permite a la Corte abstenerse de motivar expresamente su decisión y determina que contra esta decisión no cabe recurso alguno, también establece unas finalidades a la revisión de tutelas, que ha llevado a crear diversos mecanismos para procesar la gran cantidad de información que supone este altísimo número de expedientes.³

-
- 1 Citado en el informe enviado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a la Corte Constitucional a propósito de la sentencia C-073 de 2009. Sentencia de la Corte Constitucional C-073/09; magistrado ponente, Mauricio González Cuervo. Véase también Consejo Superior de la Judicatura 2008a; 2008b. SIERJU es el sistema de procesamiento de información creado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para hacer seguimiento al trabajo de la rama judicial.
 - 2 El artículo 86 de la Constitución Política dispone que el fallo de tutela, de inmediato cumplimiento, “podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.
 - 3 Decreto Legislativo 2591 de 1991, Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, *Diario Oficial* No. 40 165, del 19 de noviembre de 1991, artículo 33.

Según la interpretación que la Corte ha hecho de la Constitución y del decreto legislativo que reglamentó la tutela, dichas finalidades son:

[...] asegurar que, por parte del tribunal que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, se unifiquen los criterios con base en los cuales ella se interpreta y aplica en materia de derechos, se elabore la doctrina constitucional y se tracen las pautas de la jurisprudencia, a propósito de casos paradigmáticos, sobre el alcance de los principios, postulados, preceptos y reglas de la Constitución, corrigiendo de paso, si hay lugar a ello, las desviaciones y errores provenientes de equivocadas interpretaciones y decisiones judiciales.⁴

Estas finalidades aparecen en último término como una exigencia de hacer un estudio estricto de cada tutela para luego escoger una mínima fracción del total, pues, de un lado, se entiende que sólo estudiando cada expediente pueden realmente encontrarse los casos nuevos o urgentes, y, de otro, se entiende que la revisión que realiza la Corte debe ser cuidadosa y, por lo tanto, no debe exceder el límite razonable de 1000 sentencias de tutela, que ha sido su máximo histórico.⁵ La Corte ha sido enfática en el cuidado que debe tener al examinar los expedientes para que su decisión discrecional sea lo más responsable posible:

De acuerdo con el Reglamento Interno de la Corporación, cada mes dos Magistrados integran una Sala de Selección, y tienen a su cargo la escogencia de los expedientes de tutela para revisión. Tendente a llevar a cabo esta función, la Secretaría General de la Corte les suministra reseñas esquemáticas de todas las tutelas que llegan a la Corte durante el mes anterior, es decir, de TODOS los expedientes que corresponden a las

4 Auto de la Corte Constitucional AU-034/96; magistrado ponente, José Gregorio Hernández Galindo.

5 De acuerdo con estadísticas de la relatoría de la Corte Constitucional, los únicos años en los que se promulgaron más de mil sentencias de tutela fueron los años 2000 y 2005, con 1320 y 1061 sentencias de tutela, respectivamente. Estos cambios no están relacionados directamente con el número de tutelas decididas en todo el país y por eso muestran un ánimo de la Corte en autolimitarse. Corte Constitucional 2010.

demandas de este tipo que se presentan en el país [mayúsculas en el original].⁶

El balance de estas dos necesidades ha llevado a la Corte a seleccionar para su revisión entre un 0,67% y un 2,2% del total de tutelas decididas por los jueces en el país.⁷

Ahora bien, previendo la dificultad de la tarea, desde la primera reglamentación de la acción de tutela se estableció un mecanismo por el cual los Magistrados de la Corte Constitucional y el Defensor del Pueblo pueden requerir que un expediente que la Corte Constitucional decidió no seleccionar, sea estudiado nuevamente.⁸ Posteriormente, se le extendió esta potestad al Procurador General, en los siguientes términos: “Solicitar ante la Corte Constitucional la revisión de fallos de tutela, cuando lo considere necesario en defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”.⁹

La potestad de insistir en la selección de expedientes se considera tan discrecional como la potestad de seleccionar expedientes para su revisión: se defiende que contra ella no cabe recurso alguno pero, aun así, simultáneamente se han desarrollado procedimientos para garantizar que el ejercicio de la potestad apunte hacia las finalidades determinadas por el legislador.

La insistencia, sin embargo, involucra una simplificación del procesamiento de información, de tres maneras: aumenta el número de individuos involucrados en el examen de los expedientes, revela un mayor interés de las partes en el resultado del proceso de revisión del fallo y permite que sean consideradas otras interpretaciones institucionales de lo que resulta urgente o importante en materia de derechos fundamentales. Además, como pasaremos a explicar en este artículo, cada institución competente, para insistir

6 Sentencia Corte Constitucional C-1716 de 2000; magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz.

7 Se ha dicho que las tutelas efectivamente revisadas por la Corte son aproximadamente el 1% del universo de tutelas presentadas en todo el país (Uprimny, Rodríguez y García 2006, 355). Otros análisis hablan del 2,2% (Cepeda Espinosa 2007, 107). Nuestros propios cálculos, que incluyen las tutelas presentadas desde enero de 1992 hasta diciembre de 2006, arrojan la cifra de 0,67% de tutelas seleccionadas por la Corte. A la fecha, el Consejo Superior de la Judicatura no ha producido un dato oficial para el total de los años en los que ha funcionado la tutela y la Corte Constitucional.

8 Decreto Legislativo 2591 de 1991, artículo 33.

9 Decreto Legislativo 262 de 2000, Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación, *Diario Oficial* No. 43 904, del 22 de febrero de 2000, artículo 7, núm. 12.

en la selección de expedientes de tutela, ha estructurado el trámite de las insistencias, de manera que es posible aprender de la experiencia y lograr mejores balances entre el aspecto estrictamente informacional y el aspecto político o normativo involucrado en la decisión.

En este artículo argumentaremos que la manera en la que ha evolucionado el proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional lo acerca cada vez más a un proceso de muestreo aleatorio o de decisión meramente teórica, por oposición a decisiones racionales o estratégicas. En primer lugar, porque los magistrados que deben tomar la decisión sobre la selección carecen de información sobre quiénes los acompañarán en la sala de selección y sobre a quién corresponderá la decisión última sobre las tutelas seleccionadas. En segundo lugar, porque carecen de información de buena calidad sobre los expedientes, dado que quienes estudian los expedientes de tutela son personas jóvenes e inexpertas en el tema y no hay ningún mecanismo institucional de “aprendizaje”.

En la insistencia se resuelve parcialmente el problema del “aprendizaje” al aumentar el número y experiencia de personas involucradas en estudiar el expediente y al establecerse mecanismos dentro de cada institución competente para “aprender” del proceso de insistencia.

Esperamos contribuir a la literatura existente sobre la toma de decisiones por parte de los jueces, tanto en Derecho como en Ciencia Política, de dos maneras. Primera, proponiendo un marco de análisis que tenga presente las formas en las que las restricciones que se imponen a los jueces en cuanto a la información con la que cuentan inciden en la posición que pueden adoptar en la decisión. Segunda, aportando datos cualitativos sobre los mecanismos informales de procesamiento de información relacionada con las tutelas que se deciden en todo el país, con el fin de recomendar o no su selección, a efectos de revisión por parte de una de las salas de tutela de la Corte Constitucional colombiana.

Antes de seguir adelante, sin embargo, pensamos que vale la pena hacer unas precisiones de tipo metodológico. La primera se relaciona con las fuentes empleadas para construir este artículo, y la segunda, con su ubicación dentro del espectro que va desde los trabajos puramente teóricos hasta los trabajos puramente empíricos o demostrativos.

El artículo descansa principalmente sobre tres tipos de fuentes: (i) informes, manuales y reglamentos realizados en distintos escenarios y momentos por las instituciones analizadas, en los cuales se relacionan los pasos procedimentales de la revisión de tutelas en general y de las insistencias en particular, aclarando incluso en algunos casos el tipo y nivel de respuesta de la entidad y su grado de efectividad, particularmente en lo atinente a

cuántas insistencias les solicitan, cuántas presentan y cuántas son finalmente acogidas por la Corte Constitucional;¹⁰ (ii) una base de datos construida por miembros del Observatorio Constitucional que da cuenta de una muestra representativa de expedientes de las tutelas insistidas entre enero de 2002 y diciembre de 2006;¹¹ y (iii) entrevistas semiabiertas realizadas a distintos funcionarios de las entidades observadas.¹² Las entrevistas tuvieron como objetivo principal comprender el funcionamiento de los trámites de insistencia, enfatizando cuatro aspectos del procesamiento de información: 1) cómo llega la información a la institución; 2) quién estudia los respectivos expedientes; 3) mediante qué dinámicas (individuales o grupales) se gestiona el asunto; 4) quién toma la decisión final de la insistencia.

Estos datos se utilizan dentro del artículo para reconstruir los procesos a los que el artículo se refiere, esto es, tienen un uso descriptivo. No obstante, el objetivo de este artículo dista de ser meramente descriptivo del proceso de selección de tutelas o de la insistencia en dicha selección. Más bien, el artículo propone una primera aproximación a este problema desde un punto de vista interpretativo. Es decir, aunque el artículo no se encarga de establecer y *demonstrar* empíricamente unas hipótesis, tampoco se reduce a *describir* o *elaborar teóricamente* un problema. A partir de unos elementos teóricos que sugieren la importancia de tener en consideración más elementos del contexto de los que habitualmente resultan importantes en la escasa literatura sobre este tema, se elabora una explicación persuasiva sobre las relaciones entre el tipo de información disponible y el tipo de decisiones que pueden imputarse a los jueces. Esta explicación sugiere qué tipo de objetivos es razonable perseguir para los jueces, en el contexto de información altamente compleja, y qué tipos de procedimientos podrían privilegiar frente a otros. Trabajos futuros podrían completar este esfuerzo intentando demostrar empíricamente si las explicaciones se sostienen.

10 Deben ser destacados los informes anuales que realiza la Defensoría del Pueblo, los cuales contienen datos de las insistencias solicitadas a la institución, las solicitudes acogidas por la misma y su grado de efectividad ante la Corte Constitucional. Los informes defensoriales pueden encontrarse en http://www.defensoria.org.co/red/?_item=0203&_secc=02&ts=1.

11 La base de datos se encuentra en los archivos de los autores.

12 Estas entrevistas fueron practicadas a finales de 2007 y comienzos de 2008 en las tres instituciones ya anotadas. Fueron entrevistados, por Laura Lozano, Camila Soto y Sandra Santa, un abogado de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, dos auxiliares constitucionales de la Procuraduría General de la Nación, tres magistrados auxiliares de la Corte Constitucional, tres abogados sustanciadores de la Corte Constitucional y tres auxiliares judiciales de Corte Constitucional.

En efecto, la literatura existente sobre la selección de tutelas en Colombia ha sido escrita por abogados y se circunscribe a la idea de que para explicar la actuación de los jueces basta entender los mandatos incluidos en las normas jurídicas.¹³ En este sentido, esta literatura especializada solamente ha tenido en consideración un elemento del contexto, y es el de la manera en la que los jueces entienden los objetivos y restricciones involucrados en la selección de tutelas.

La literatura sobre el trabajo de los jueces en América Latina, de otro lado, ha enfatizado procesos politizados y de alto impacto y, por lo tanto, solamente ha tenido en consideración el problema de las posibles diferencias en las preferencias ideológicas entre jueces y Gobierno, en contextos en los que lo que está en juego es evidente para todos los involucrados, así como las consecuencias de que los jueces tomen las decisiones en uno u otro sentido.¹⁴

El caso de la selección de tutelas, como pasaremos a argumentar, exige refinar esta explicación, en cuanto la complejidad de la información que está en juego hace que no sea necesariamente claro cuál debe ser o es la preferencia ideológica de los jueces o de los gobernantes. Es este problema de la complejidad de la información el que nos parece que invita a un refinamiento de los marcos teóricos y justifica una primera aproximación interpretativa.¹⁵

MODELOS PARA ENTENDER LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES POR LOS JUECES EN CONTEXTOS DE ALTA COMPLEJIDAD EN LA INFORMACIÓN

Aunque la teoría jurídica dominante se ha esforzado por distinguir tajantemente el trabajo de las Cortes del trabajo de la rama ejecutiva y el Congreso, proponiendo una dicotomía entre derecho y política que permitiría caracterizar el trabajo de las Cortes como de interpretación objetiva de materiales creados por el Congreso, tanto dentro de la teoría jurídica como en la Ciencia

13 Los principales textos sobre selección de tutelas en Colombia son el de Nelcy López Cuéllar (2005) y el de Julio Ossa Santamaría (2005).

14 El juicioso recuento de Diana Kapiszewski y Matthew Taylor (2008) sobre la literatura relacionada con la actuación judicial en América Latina no sólo enfatiza lo reciente que es el interés por este tema entre los estudiosos de la región, sino que muestra el sesgo hacia el asunto de la independencia judicial y las decisiones estratégicas de los jueces en relación con los gobiernos. En esta línea, por ejemplo, Helmke 2002, Dodson y Jackson 2001 y Couso 2004.

15 Jucewicz y Baum (1990) también han visto como relevante el problema del volumen de las solicitudes para el comportamiento judicial. No obstante, se limitaron a verificar empíricamente si la consideración por la carga de trabajo y la congestión explica o no el número de expedientes seleccionados en cada término por la Corte Suprema de Estados Unidos.

Política, existe un cuerpo robusto de literatura que aborda a las Cortes como actores políticos e intenta explicar sus actuaciones construyendo teorías sobre el comportamiento de las Cortes en cuanto instituciones o de los magistrados como individuos.¹⁶

En teoría jurídica, la intuición de que, en últimas, las decisiones de los jueces no pueden explicarse única o principalmente por referencia al lenguaje de las reglas jurídicas se desarrolló principalmente a finales del siglo XIX y se generalizó a principios del siglo XX, para luego ser cuestionada y revisada a partir de 1945.¹⁷ En la actualidad, quienes adoptan esta idea como premisa se agrupan principalmente en las corrientes del estudio crítico del derecho (CLS), el derecho y la sociedad (*Law and Society*), y el análisis económico del derecho (*Law and Economics*).

A pesar de que la explicación del comportamiento judicial no es un tema en torno al cual se haya generado un debate altamente estructurado, habiéndose privilegiado otras preguntas una vez aceptada la crítica, podría decirse que dentro del derecho hay al menos tres posiciones claramente diferenciadas al respecto. La primera posición tiene *inspiración marxista*, y apunta a la manera en la que la interpretación de los textos “encubre” u “oculta” los verdaderos intereses que la animan y que, en últimas, explican las decisiones de los jueces. Estos verdaderos intereses pueden ser los de la burguesía, los de los hombres, los de los blancos, los de Estados Unidos en cuanto poder imperial, etcétera.¹⁸ La segunda posición da mayor prioridad a explicaciones individualistas construidas a partir de *nociones de psicología*.¹⁹ Finalmente, se

16 Una excelente presentación, y crítica, de la manera en la que los teóricos del derecho se han esforzado por crear y defender la diferencia entre la creación y la aplicación del derecho, y, por tanto, entre derecho y política, y entre Cortes y Legisladores, puede encontrarse en Kennedy 1997.

17 La crítica a la idea de que efectivamente los jueces deciden exclusiva o principalmente con base en reglas jurídicas fue liderada por autores alemanes, franceses y estadounidenses tales como Rudolph Von Ihering, Francois Geny, Newly H. Hohfeld, Oliver Wendell Holmes y Karl Llewellyn. El ensayo más directo de Ihering sobre la crítica al método “tradicional” es “El cielo de los conceptos” (1974). François Géný expone extensa y claramente su versión de la crítica en Géný, 2000. Varias colecciones de ensayos han intentado aproximarse a una presentación fidedigna de las ideas del realismo jurídico americano, en el que se inscriben Hohfeld, Holmes y Llewellyn. Véase Fisher, Horwitz y Reed 1993.

18 Véanse, por ejemplo, Hyde 1983 (379-476) y Stephen Ellmann 1995.

19 Jerome Frank fue el más famoso autor en adoptar ideas de la psicología para tratar de entender el comportamiento judicial. Véase Jerome Frank (2001). Hoy en día se ha propuesto la existencia de una cuarta ola dentro del análisis económico del derecho, que se nutre de las intuiciones del conductismo para intentar explicar las decisiones individuales. Véase, por ejemplo, Hayden y Ellis 2006-2007.

ha argumentado que las decisiones de los jueces se entienden mejor como una compleja combinación de determinantes estructurales de su posición social, los sesgos individuales por la experiencia vivida y el “*espíritu*” de los tiempos.²⁰ El espíritu de los tiempos se refiere tanto a la percepción que tienen los jueces de lo que política y socialmente se espera de ellos como a los vocabularios o conceptos disponibles para construir problemas y argumentos.²¹

En cuanto se entiende que todas las decisiones judiciales tienen más o menos las mismas características, se ha concedido poca atención teórica a las decisiones discrecionales y, en particular, a la decisión de seleccionar un expediente entre muchos para pronunciarse sobre el fondo. Para quienes creen que existe progreso en reducir cada vez más los espacios de arbitrariedad y, particularmente, la discrecionalidad en la administración de justicia, estudiar estas decisiones podría poner en peligro la discrecionalidad misma, puesto que revelaría los sesgos de las mismas y las volvería altamente cuestionables.²² Para quienes, por el contrario, consideran que la discrecionalidad es un elemento esencial de la decisión judicial, las decisiones que el ordenamiento señala como “discrecionales” no resultan interesantes porque son similares teóricamente a las demás decisiones.

En contraste, dentro de la Ciencia Política se ha desarrollado un campo específico sobre política judicial (*judicial politics*) en el que se ha prestado particular atención al problema de cómo fijan la agenda los cuerpos colegiados de jueces (*agenda setting*). Como lo señalan Bergara, Richman y Spiller (2003), la interpretación sobre el comportamiento de las Cortes se ha polarizado entre la posición *actitudinal*, que enfatiza las preferencias ideológicas de cada magistrado, y la posición *estratégica*, que enfatiza el cálculo que hacen

20 El más interesante ejercicio de interpretación de la decisión judicial en estas líneas es el de Kennedy 1997.

21 También Llewellyn (1950) intentó producir una explicación multidimensional del comportamiento judicial.

22 La reducción de la discrecionalidad en la toma de decisiones es un eje central para medir el “progreso” dentro de la narrativa del derecho administrativo colombiano, aún de inspiración principalmente francesa. Dentro de esta literatura, se considera un triunfo el que los actos de los gobernantes sean cada vez menos actos meramente políticos y se conviertan en decisiones jurídicas, esto es, en decisiones susceptibles de ser revisadas en instancias judiciales. Véanse, por ejemplo, Vidal Perdomo 2008, 484; y Gamboa Santofimio 2002, 432. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia que dio paso al conteo de los votos para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en Colombia en 1990 hizo hincapié en este argumento. Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 138 del 9 de octubre de 1990; magistrados ponentes, Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

Tabla 1. Comparación de la interpretación de los factores que inciden en la decisión judicial en Teoría Jurídica y Ciencia Política

| | Derecho | Ciencia Política |
|--------------------------------|-------------------------------------|------------------|
| Observa individuos | Psicológica | Actitudinal |
| Observa factores estructurales | Marxista Espíritu de los tiempos | Estratégica |
| Decisión centrada en la norma | Formalista | Teórica |

los magistrados de las posibles reacciones de otros grandes jugadores en la creación de políticas públicas.

La literatura específica sobre los procesos de selección de expedientes por parte de las Cortes, además, agrega a estas dos posturas la de estricto seguimiento de las reglas jurídicas, o posición *teórica*, de acuerdo con la cual la información involucrada en este proceso de selección es tan compleja que los magistrados no pueden actuar estratégicamente o negociar sino que siguen los pasos previstos en la legislación para llegar a la conclusión de si aceptan o no el recurso en cada caso concreto (Perry 1991).²³ La tabla 1 sintetiza ambas posturas.

Si bien, en un sentido amplio, pueden verse como conmensurables las posiciones marxistas y psicologizantes en derecho y la posición actitudinal en ciencia política, y la posición que da una autonomía relativa a la interpretación que los jueces hacen del espíritu de los tiempos en derecho y la posición estratégica en ciencia política, y ciertamente podría ser productivo que estos cuerpos teóricos conversaran con mayor frecuencia, en este artículo vamos a usar el vocabulario más decantado del debate en ciencia política. Sin embargo, vamos a proponer, tal y como lo hace la posición del “espíritu de los tiempos” en derecho, que las posiciones *actitudinal*, *estratégica* y *teórica* se entiendan como opciones dentro de un continuo en el que la mayoría de

23 La defensa más fuerte de la posición actitudinal en la literatura sobre selección de expedientes es la de Robert Boucher y Jeffrey Segal (1995, 824-937). En este artículo los autores defienden que la decisión sobre la selección de un expediente para su revisión por parte de los magistrados de la Corte Suprema de Estados Unidos está férreamente orientada por su ideología, al punto de que ocupan un lugar importante los casos en los que se mantiene la decisión del juez inferior. Esta reafirmación de la decisión del juez inferior es interpretada como una señal para los jueces de lo importante que era poder producir un precedente sobre el tema, y no el resultado del caso concreto. Véase también Songer 1979. La posición actitudinal ha llevado al debate sobre si los jueces principalmente buscan corregir errores con la selección de expedientes (Ulmer 1972 y Baum 1997) o dar visibilidad a ciertos temas dentro de la agenda pública. Para la idea de que los jueces se comportan estratégicamente en la selección de expedientes, véanse Epp 1999; y Cameron, Segal y Songer 2000, 101-116.

las decisiones implica al menos dos de estos elementos, y no como opciones excluyentes a las que hay que adherir dependiendo de los supuestos que se tengan sobre los seres humanos y su capacidad racional.

En efecto, siguiendo a Sylvan, Goel y Chandrasekaran (1990), es posible proponer que, dependiendo de la cantidad de información disponible y qué tan claros son los consensos normativos en cada caso, el comportamiento político tiende a acercarse a un comportamiento técnico burocrático (en nuestro caso, a la posición teórica) o a un comportamiento puramente político (en nuestro caso, a la posición actitudinal o estratégica). De acuerdo con estos autores, es importante entender el comportamiento político como si involucrara tanto la toma de decisiones políticas, en la que se hacen juicios normativos sobre los valores e intereses que deben hacerse prevalecer en una situación dada, como el procesamiento de información sobre los mejores medios para lograr unos determinados fines, las alternativas existentes y los pasos que deben darse para lograr esos resultados. En el espectro imaginado entre decisiones puramente normativas y decisiones puramente técnicas, los extremos estarían configurados por casos en los que hay poca información y ningún consenso (extremo normativo), y casos en los que hay mucha información y claros consensos (extremo técnico), entendiendo que estos extremos son tipos ideales que sirven para imaginar el espectro, pero que no se “dan” en la realidad.

Yendo más allá de la propuesta de Sylvan, Goel y Chandrasekaran (1990), y a la luz de los retos de entender el proceso de toma de decisión en el caso de la selección de expedientes por la Corte Constitucional colombiana, sugerimos que entre el extremo normativo y el extremo técnico no sólo pueden encontrarse casos que implican distintas cantidades de un elemento y otro, sino casos cualitativamente distintos dependiendo del tipo de información que se encuentre disponible para el actor. Específicamente, proponemos que en casos en los que la información es altamente compleja, el tipo de información que el diseño institucional les permite obtener a los actores puede favorecer comportamientos más explicables desde la posición actitudinal, estratégica o teórica.

Así, consideramos que es posible imaginar que en situaciones de información altamente compleja, las rutinas de procesamiento de la misma pueden estar sesgadas, de tal modo que los magistrados no pueden determinar cuál es su preferencia ideológica, y menos aún cuál es la estrategia para hacerla prevalecer; así mismo, contextos en los que hay suficiente información para entender su preferencia ideológica en cada caso de manera aislada, pero no hay información suficiente sobre lo que ocurrirá con el caso en otras etapas del proceso; o casos en los que hay información sobre lo que ocurrirá más

adelante en el proceso pero no sobre el caso concreto; o, finalmente, casos en los que hay información que permite moldear la preferencia ideológica pero también calcular los efectos de tomar cierta decisión en relación con otros.²⁴

De otro lado, para determinar cuál información puede entenderse como disponible en un contexto dado, resulta relevante no sólo ponderar la cantidad cruda de datos que deben ser procesados y el número de personas que deben hacerlo, sino qué tanto las rutinas dispuestas formal e informalmente para procesar la información permiten aprendizajes institucionales, es decir, una mayor y mejor acumulación y procesamiento de información a partir de la experiencia.

Al respecto, March y Levitt (1988) han señalado que el aprendizaje institucional depende al menos de dos variables: la evaluación y la memoria. La primera variable se refiere a las prácticas encaminadas a medir las maneras en las que la institución ha venido logrando o no sus objetivos con las rutinas con las que cuenta. Implica al menos que la institución se ha fijado unos objetivos en cuanto al procesamiento de información y ha recaudado información para calificar sus rutinas (Sylvan, Goel y Chandrasekaran 1990, 326). La segunda variable se refiere a la capacidad que tiene la institución de convertir las lecciones en rutinas, de manera que el cambio en las personas o el paso del tiempo no conlleve pérdida de información. Supone, por ejemplo, que haya alguna continuidad de las personas en el procesamiento de cierta información, pero también que existan mecanismos para que las personas que abandonan una posición “enseñen” a las nuevas lo que ella involucra (Sylvan, Goel y Chandrasekaran 1990, 327-334).

En este sentido, podríamos concluir que puede preverse que habrá menos información disponible en general mientras más datos haya, menos personas para procesarlos, más aleatoriedad en el nombramiento de estas personas, más cambios en las personas encargadas de hacerlo y menos información se recaude sobre los resultados de las rutinas adoptadas. Los sesgos hacia decisiones más actitudinales o más estratégicas estarían dados por cuál es la información que las rutinas de procesamiento oscurecen en mayor medida.

La tabla 2 resume nuestra propuesta teórica sobre la relación entre rutinas de procesamiento de información y tipos de posiciones predecibles para los actores políticos involucrados, a efectos de entender decisiones como las

24 La literatura sobre el *certiorari* revela que los magistrados tienden a seleccionar casos en los que van a votar en la mayoría. Por ejemplo, Krol y Brenner 1990, 335-342.

La diferencia importante en el caso colombiano es que los magistrados que deciden sobre la selección no son necesariamente los mismos que deciden la revisión, porque, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, estas decisiones sobre las tutelas no las toma la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Tabla 2. Actuación política como resultado de información disponible

| | Posición teórica | Posición actitudinal | Posición estratégica |
|--------------------------|---|---|--|
| Definición | Toma decisión sin atender a las consecuencias; argumentos se restringen al texto legal y a la moral. | Toma decisión solamente teniendo en cuenta sus preferencias ideológicas; argumentos consecuencialistas, pero no tiene en cuenta contexto institucional. | Toma decisión teniendo en cuenta los demás actores con los que compite por moldear la realidad jurídica; argumentos incluyen la realizabilidad del fallo y el impacto sobre la legitimidad de la Corte como institución. |
| Tipo de información | Muy poca información sobre el caso concreto; casi toda la información que se tiene es la del texto legal (incluidos el constitucional y la jurisprudencia). | Información sobre el caso concreto adecuada, pero casi ninguna información sobre lo que ocurrirá con el caso después de que se tome la decisión. | Información adecuada sobre las autoridades que tomarán decisiones en relación con el mismo, después del actor que se está estudiando. |
| Rutinas de procesamiento | Favorecen la aleatoriedad y el "olvido". | Hay un sesgo en el procesamiento de información a favor del conocimiento del caso. | Hay un sesgo en el procesamiento de información a favor de las autoridades que seguirán a cargo del caso. |

de los magistrados de la Corte Constitucional, en el caso de la selección de tutelas.

RUTINAS DE PROCESAMIENTO DE INFORMACIÓN SOBRE CASOS DE TUTELA PARA DECIDIR SOBRE SU SELECCIÓN

Como explicamos en la introducción, la Constitución colombiana establece que todas las tutelas que resuelven los jueces del país deben enviarse a la Corte Constitucional para que ella se pronuncie sobre las que discrecionalmente seleccione. La selección de tutelas ha sido vista por la Corte como un acto discrecional, en el sentido de que no necesita motivación ni puede ser interrogada mediante recurso alguno, pero también como un acto guiado por unas finalidades constitucionales claras que deben ser garantizadas a través de la consideración de cada expediente de tutela.

Los expedientes de tutela llegan a la Corte Constitucional desde todos los rincones del país por remisión de los jueces de primera instancia, una vez el fallo de tutela queda en firme.²⁵ El fallo queda en firme cuando, siendo de primera instancia, se ha dejado vencer el término de tres días que la norma

25 Decreto 1382 de 2000, Por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela, *Diario Oficial* No. 44 082, del 14 de julio de 2000, artículo 2.

prevé para apelarlos, y cuando, siendo de segunda instancia, se notifica a las partes.²⁶ Excepcionalmente, los ciudadanos pueden llevar directamente el expediente correspondiente a su tutela ante la Secretaría de la Corte Constitucional, cuando se trata de una tutela contra un fallo de la Corte Suprema de Justicia inadmitida por la misma Corte Suprema de Justicia.²⁷

Una vez los expedientes son recibidos por la Secretaría de la Corte Constitucional, ésta procede a elaborar una carátula que identifica al expediente, a efectos del trámite concerniente a la decisión sobre la selección. Esta carátula contiene la información mínima exigida por el reglamento interno de la Corte Constitucional: número de radicación dentro de la corporación, nombres de las partes y derecho fundamental presuntamente vulnerado.²⁸

Entre 1992 y 2003, tomando como cierta la descripción realizada en la sentencia C-1716 de 2000, las reseñas de la Secretaría incluían mucho más que el mínimo mencionado en el reglamento: contenían referencia a los jueces de instancia, una revisión de los fallos anteriores, anotación de las pruebas recaudadas en el proceso y una apreciación sobre la posible vulneración de los derechos del demandante.²⁹ Adicionalmente, estas reseñas se enviaban a

26 Decreto 2591 de 1991, artículos 31 y 32.

27 Autos de la Corte Constitucional AU-04/04, Sala Plena y AU-100/08, Sala Plena. Esta regla respondió a la resistencia de la Corte Suprema de Justicia frente a la doctrina constitucional de la tutela contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia, que se materializó en que la corporación decidió inadmitir dichas tutelas sistemáticamente para evitar que la Corte Constitucional las revisara. La Corte Suprema se basó en la disposición que le asigna competencia exclusiva para estudiar las tutelas que se presenten contra funcionarios de su jerarquía (Decreto 1382 de 2000) y en una interpretación de las normas sobre revisión de tutelas, de acuerdo con la cual solamente cabe esta revisión cuando hay decisión de fondo. La Corte Constitucional consideró esta actuación de la Corte Suprema de Justicia como una violación del derecho fundamental a acceder a la administración de justicia. En los autos citados determinó que ante esta situación los demandantes pueden presentar la tutela ante cualquier juez de la República o directamente ante la Corte Constitucional, para que se decida sobre su eventual revisión.

28 Véase el artículo 49 del Acuerdo 05 de 1992, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 04 de 2004, y el artículo 1 del Acuerdo 01 de 2007.

29 Esa reseña es el sucinto y conciso recuento de cada proceso, resultado de un cuidadoso examen del expediente: el encargado de analizar el caso, además de consignar sus datos básicos de identificación (nombre del actor, demandado, derecho invocado, hechos de la demanda), revisa los fallos de instancia, las pruebas en que se sustentan, y realiza una anotación en caso de encontrar una posible violación a los derechos fundamentales de quien interpone la tutela. Corte Constitucional, Sentencia C-1716/00; magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz.

la Unidad de Tutelas para que los abogados que la integraban las evaluaran y dieran su concepto a la correspondiente Sala de Selección.³⁰

Pero esta práctica cambió en 2003, cuando la Presidencia de la Corte determinó que en adelante solamente se incluiría el mínimo reglamentario en las reseñas y no habría intervención de la Unidad de Tutelas.³¹ Con todo, se dejó abierta la posibilidad de que, a juicio de quienes realizaran las reseñas, se presenten más detalles de algunos de los expedientes que pudiesen ser más interesantes o urgentes.³² Históricamente, quienes se han encargado de hacer las reseñas esquemáticas son los auxiliares *ad honorem* o auxiliares judiciales grado 1 de cada despacho. En general, se trata de estudiantes de Derecho o recién graduados.³³

La sobresimplificación de la reseña esquemática y la reducción en el número y calificación de las personas encargadas de revisar los expedientes antes de que éstos lleguen a las salas de selección han estado acompañadas de un incremento en la aleatoriedad de la determinación de los magistrados que conforman las Salas de Selección. Atendiendo al marco conceptual esbozado en la primera sección, esto ha conducido a un escenario institucional en donde, así haya más datos producto del creciente número de tutelas, se tiene menos información disponible y confiable que haya sido debidamente operacionalizada, más si se tiene en cuenta que el primer punto de contacto con los expedientes son las personas que cuentan con menor experticia dentro de la institución, quienes, para agravar la situación, se encuentran cada vez más abrumadas por el aumento exponencial de tutelas que día a día atiborran la entidad.

Por su parte, la Sala Plena de la Corte Constitucional es la encargada de nombrar mensualmente a dos magistrados para que se constituyan en Sala de Selección.³⁴ En un inicio, se estipuló que las Salas de Selección fueran

30 “Con base en ese trabajo, los integrantes de la Unidad de Tutela rinden un informe a la Sala de Selección, y sus miembros extraen, de entre todos los casos que se han revisado, aquellos que consideran que deben ser objeto de un nuevo examen por la Corte, porque entrevén una posible violación a los derechos fundamentales”. Corte Constitucional, Sentencia C-1716/00; magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz.

31 Modificación al artículo 49 del Acuerdo 05 de 1991 por el artículo 1 del Acuerdo 04 de 2004. Entrevista personal con Martha Sáchica Moncaleano, secretaria general de la Corte Constitucional, noviembre de 2008. La doctora Sáchica explicó que esta determinación se adoptó encontrándose ella en licencia por enfermedad, y que siempre ha estado en desacuerdo con ella.

32 Entrevista con un magistrado auxiliar, noviembre de 2008.

33 *Ibid.*

34 Decreto 2591 de 1991, artículo 33.

conformadas rotativamente y por orden alfabético,³⁵ pero en el año 2007 se estableció que las Salas de Selección se formen rotativamente y por sorteo.³⁶

La revisión, de otro lado, corresponde a las Salas de Revisión, que son distintas a las Salas de Selección. A la Sala Plena de la Corte Constitucional también le corresponde nombrarlas.³⁷ Al respecto, el reglamento interno de la Corte establece lo siguiente:

A medida que se repartan los negocios de tutela se irán conformando las Salas de Revisión, una por cada reparto, así: El Magistrado a quien corresponda alfabéticamente recibirlo, presidirá la Sala conformada con los dos Magistrados que le sigan en orden. La Sala decidirá por mayoría absoluta y el Magistrado disidente podrá salvar o aclarar su voto.³⁸

El reparto para revisión de las tutelas seleccionadas se realiza “de manera rotativa y por orden alfabético de apellidos, quienes integrarán para resolverlos, las respectivas Salas de Revisión”, conforme a esta misma regulación. Esto implica que, si bien se conoce la conformación de las Salas de Revisión, no puede predecirse exactamente cuál será la Sala a la que le corresponderá un negocio particular, ya que, en principio, los casos deben ser asignados en estricto orden; factor que aumenta el margen de aleatoriedad y dificulta la presencia de comportamientos estratégicos por parte de los operadores jurídicos encargados de tramitar y decidir las tutelas respectivas.

Ahora bien, la Corte cuenta con 30 días para decidir sobre la selección; de lo contrario, queda obligada a revisar el fallo de tutela dentro de los tres meses siguientes.³⁹ Esto quiere decir que este plazo es el que se tiene para codificar cada expediente para su procesamiento por la Corte, escribir reseñas —más o menos completas— sobre el contenido de los expedientes y reunir a los magistrados de la Sala de Selección para que decidan sobre los expedientes que les corresponden. Aun cuando no parece un procedimiento muy complicado, se debe tener en cuenta la enorme cantidad de expedientes que lo alimentan día a día: así, se estima que la Corte ha recibido entre setenta mil y cuatrocientas mil tutelas cada año, entre 1992 y 2010, lo que le

35 Acuerdo 05 de 1992, artículo 49.

36 Acuerdo 1 de 2007. “Para agotar la lista se partirá del magistrado que no haya sido sorteado”, agrega el artículo 1 del citado Acuerdo.

37 Decreto 2591 de 1991, artículo 34.

38 Acuerdo 05 de 1992, artículo 50.

39 Decreto 2591 de 1991, artículo 33.

Tabla 3. Modelos para procesar información de tutelas en la Corte Constitucional, 1992-2010

| | Modelo A | Modelo B | Modelo C |
|------------------------|--|---------------------------------|---------------------------------|
| Período | 1992-2004 | 2004-2007 | 2007-2010 |
| Llegada del caso | Automática | Automática | Automática |
| Lectura de expedientes | 33 auxiliares judiciales 3 abogados Unidad de Tutelas | 33 auxiliares judiciales | 33 auxiliares judiciales |
| Producto de la lectura | Carátula Reseñas de todo el contenido del expediente Resumen de la Unidad de Tutelas | Carátula Algunas reseñas | Carátula Algunas reseñas |
| Salas de Selección | Rotativo y por orden alfabético | Rotativo y por orden alfabético | Aleatorio |
| Salas de Revisión | Rotativo y por orden alfabético | Rotativo y por orden alfabético | Rotativo y por orden alfabético |

ha implicado estudiar entre 190 y 1000 expedientes al día, para lo que cuenta con 6 auxiliares judiciales propios y 27 auxiliares judiciales de los despachos, sin que ninguno de ellos mantenga una dedicación exclusiva a esta tarea.⁴⁰ De acuerdo con la Secretaria General de la Corte Constitucional, en los últimos años ha resultado necesario hacer jornadas de emergencia para evacuar expedientes represados, no sólo para cumplir con los términos legales sino para poder caminar por las oficinas de la Secretaría General.⁴¹

La responsabilidad de procesar la información de los expedientes de tutela para tomar las decisiones relacionadas con su selección ha sido, pues, asumida por la Corte Constitucional. La tabla 3 resume los tres modelos que ha utilizado para cumplir con esta responsabilidad.

Como ya habíamos señalado, este diseño resalta la aleatoriedad en la decisión, a pesar del énfasis que se pone en la idea de las finalidades de la revisión, porque (i) ubica las mayores responsabilidades en el procesamiento de información en las personas menos preparadas y con mayor rotación dentro de la Corte —los auxiliares judiciales—, (ii) la cantidad de información que se recauda sistemáticamente es cada vez menor y (iii) no es previsible para quienes toman la decisión sobre la selección de un determinado expediente cuál Sala de Revisión asumirá el estudio del mismo. Adicionalmente, no hay ningún mecanismo consolidado orientado al aprendizaje, una tarea que —tal y como se señaló en el marco conceptual trazado en la primera

40 Sala Administrativa Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo 081 de 1994.

41 Martha Sáchica Moncaleano, entrevista personal, noviembre de 2008.

sección— resulta vital para la evaluación de los procesos y la incorporación de lecciones prácticas en la rutina institucional. Así, la Corte no cuenta con información sobre los patrones de selección de tutelas; tampoco tiene evaluaciones sistemáticas de qué ha servido en materia de procesamiento de información y qué no, y, lo que resulta más lamentable, ni siquiera se han generado las condiciones para adelantar este tipo de estudios, en la medida que se entiende que el proceso está sometido a reserva y que los expedientes de tutela son devueltos a sus lugares de origen, donde se vuelve prácticamente imposible recuperarlos.

Este modo de organizar el procesamiento de información para la selección de tutelas ha sido justificado apuntando no sólo al volumen de información, sino a los pocos recursos disponibles y a la importancia de proteger el proceso de presiones indebidas.⁴² Este último argumento fue particularmente importante para apoyar la reforma del año 2007.

LA INSISTENCIA COMO MECANISMO PARA CORREGIR LAS DEFICIENCIAS EN LA INFORMACIÓN

El artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 introdujo desde el primer momento un mecanismo que podría entenderse como orientado a corregir no sólo los problemas que la Corte ha evidenciado en relación con la selección de tutelas, sino también el hecho de que las partes en la tutela no tienen un papel específico en la decisión sobre la selección de la misma: la Corte puede seleccionar tutelas aun contra la voluntad de las partes y aun si las partes desconocen completamente que el proceso está ante la Corte Constitucional.⁴³ Como señalamos anteriormente, la revisión no es una tercera instancia. Este mecanismo es el de la insistencia.

La insistencia es la potestad conferida en un inicio al Defensor del Pueblo y a los magistrados de la Corte Constitucional,⁴⁴ y posteriormente al Procurador General de la Nación,⁴⁵ para solicitar un nuevo estudio de un expediente que ya ha sido descartado por la Sala de Selección correspondiente. De acuerdo con las normas pertinentes, la finalidad de esta potestad debe ser que la Corte tenga la oportunidad de “aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave”⁴⁶ o, en el caso concreto del Procurador, “en

42 *Ibid.*

43 Sentencia T-260 de 1995; magistrado ponente, José Gregorio Hernández Galindo.

44 Véase Decreto 2591 de 1991.

45 Véase Decreto 262 de 2000.

46 Decreto Legislativo 2591 de 1991, artículo 33.

defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”.⁴⁷

La insistencia, puesto que es una potestad de las autoridades públicas mencionadas, puede ser promovida de oficio por alguna de ellas o por varias, o surgir de una petición ciudadana. En todo caso, se establece un término de 15 días contados desde la notificación por estado —en Secretaría— del auto que excluyó el expediente de revisión, para que se presenten las insistencias ante la Corte Constitucional.⁴⁸

En esta sección presentaremos algunas características del papel que han desempeñado las insistencias en la selección de expedientes por parte de la Corte Constitucional, y la manera en la que la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y los magistrados de la Corte Constitucional han interpretado su papel en relación con tales insistencias.

Influencia de la insistencia en la selección de expedientes de tutela

Si bien la insistencia existe desde el momento mismo en el que se reguló la tutela y se volvió operativa, no es un mecanismo al que acudan los ciudadanos masivamente, ni tiene la visibilidad que uno supondría que debería tener. De hecho, la Corte Constitucional no dispone de ningún archivo concienzudo y depurado en relación con el universo total de las insistencias que han sido presentadas ante la Corporación, ni tiene estadísticas sobre la efectividad de las insistencias de distintos funcionarios, ni tampoco cuenta con material que provea orientación en cuanto a los temas en los que se ha insistido más, o las personas a favor de quienes se insiste con mayor frecuencia. Incluso, se ha suscitado una opinión por parte de algunos magistrados, según la cual las insistencias por ellos mismos presentadas son comunicaciones privadas que están protegidas por el derecho a la intimidad y, por tanto, no pueden ser dadas a conocer al público, ni siquiera a efectos de una investigación académica.⁴⁹ Los autos de las salas de selección, aunque mencionan las insistencias y las relacionan con expedientes concretos, no indican quién o quiénes son los

47 Decreto 262 de 2000, artículo 7, núm. 2.

48 Decreto 2591 de 1991, artículo 33. La notificación por estado implica una publicación en la oficina del despacho judicial o en la notaría y no obliga al Estado a buscar al individuo al que directamente concierne la decisión.

49 Aunque no todos los magistrados han tenido la disciplina para archivar sistemáticamente las insistencias que han presentado, este punto fue advertido por el magistrado auxiliar de un despacho en el que, al parecer, se tiene una colección bastante ordenada de información sobre insistencias. Entrevista con un magistrado auxiliar, agosto de 2008.

Tabla 4. Insistencias ante la Defensoría del Pueblo

| Año | Insistencias solicitadas | Insistencias presentadas ante la Corte Constitucional | | Insistencias acogidas por la Corte Constitucional | |
|------|--------------------------|---|-------|---|-------|
| | | N | %* | N | %** |
| 2000 | 1658 | 262 | 15,80 | 74 | 28,24 |
| 2001 | 1378 | 160 | 11,61 | 77 | 48,12 |
| 2002 | 1278 | 105 | 8,21 | 44 | 41,90 |
| 2003 | 1429 | 104 | 7,28 | 55 | 52,88 |
| 2004 | 1660 | 182 | 10,96 | 90 | 49,45 |
| 2005 | 2136 | 189 | 8,85 | 50 | 26,45 |
| 2006 | 2374 | 162 | 6,82 | 40 | 24,69 |
| 2007 | 2423 | 152 | 6,28 | 50 | 32,89 |
| 2008 | 2172 | 273 | 12,57 | 84 | 30,77 |

Fuente: http://www.defensoria.org.co/red/?_item=0202&_secc=02&ts=1.

* Insistencias presentadas sobre insistencias solicitadas.

** Insistencias acogidas sobre insistencias presentadas.

autores de las insistencias. La ausencia de estos datos vuelve casi imposible entender el papel de las insistencias en la selección de tutelas.

No obstante, en este estudio nos hemos apoyado en dos tipos de datos —ya mencionados en la introducción— para sugerir una caracterización inicial de la insistencia. En primer lugar, contamos con las descripciones que hacen las unidades de derecho constitucional de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación sobre su respuesta y efectividad en materia de insistencias, es decir, sobre cuántas insistencias les solicitan, cuántas presentan y cuántas son finalmente acogidas por la Corte Constitucional. En segundo lugar, tenemos los datos recopilados por el Observatorio Constitucional sobre una muestra representativa de expedientes de las tutelas insistidas entre enero de 2002 y diciembre de 2006. Los informes anuales de la Defensoría del Pueblo contienen los datos de las insistencias solicitadas a la institución, las solicitudes acogidas por la misma y la efectividad ante la Corte Constitucional. La tabla 4 resume la actividad de la Dirección de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría en esta materia.

Para la Procuraduría General de la Nación, contamos solamente con los datos incluidos en la tabla 5.

Finalmente, de acuerdo con los autos de selección de la Corte Constitucional para el período de enero 2002 a diciembre 2006, el número de expedientes sobre los que recayó la insistencia fue de 2072. Tomando las cifras que tenemos para la Defensoría para estos mismos años y los datos totales de insistencias por año (ver la tabla 6), podríamos afirmar que la gran mayoría de las insistencias no son presentadas por la Defensoría del Pueblo. Asumiendo,

Tabla 5. Insistencias ante la Procuraduría General de la Nación

| Año | Insistencias solicitadas | Insistencias presentadas ante la Corte Constitucional | | Insistencias acogidas por la Corte Constitucional | |
|------|--------------------------|---|------|---|-------|
| | | N | %* | N | %** |
| 2005 | 770 | 10 | 0,13 | 3 | 30,00 |
| 2006 | 784 | 22 | 2,81 | 9 | 40,91 |
| 2007 | 482 | 18 | 3,73 | 11 | 61,11 |

Datos suministrados a Camila Soto Mouraille en visita personal a la Unidad Constitucional de la Procuraduría General de la Nación.

* Insistencias presentadas sobre insistencias solicitadas.

** Insistencias acogidas sobre insistencias presentadas.

Tabla 6. Insistencias por funcionarios, 2002-2006

| Año | Magistrados | Defensoría | Procuraduría |
|------|-------------|------------|--------------|
| 2002 | ~189 | 105 | SD |
| 2003 | ~225 | 104 | SD |
| 2004 | ~260 | 182 | SD |
| 2005 | 319 | 189 | 3 |
| 2006 | 302 | 162 | 9 |

por otra parte, que la tendencia en la Procuraduría en los años anteriores a los que contamos con datos fue similar, tenemos que, de lejos, los magistrados de la Corte Constitucional son los que más insistencias presentan (ver la tabla 6).

Ahora bien, de los 2072 expedientes que fueron objeto de insistencia entre 2002 y 2006, 789 fueron seleccionados y 1283 no fueron seleccionados, esto es, en total se seleccionó alrededor de un 38% de los expedientes objeto de insistencia. La tabla 7 muestra los datos desagregados, por años.

Si se compara la tasa de selección general con la tasa de selección de las insistencias de la Defensoría del Pueblo, de otro lado, parece que son bastante similares, lo que llevaría a intuir que los magistrados de la Corte Constitucional y la Defensoría del Pueblo tienen razones similares para insistir, y que las Salas de Selección tienden a pensar que son demasiado generosos en atender las razones de quienes solicitan que se insista en los casos. Ya que si bien la tasa de selección de las tutelas objeto de insistencia es mucho mayor que la tasa general de selección de tutelas —38% por oposición al 1 o 2%—, también es cierto que en el trámite de las insistencias se invierten muchos más recursos en el procesamiento de información que en el de la selección en general. A continuación presentamos la manera en la que la Defensoría, la Procuraduría y cada Magistrado de la Corte Constitucional han generado rutinas para estudiar las solicitudes de insistencia.

Tabla 7. Total de insistencias presentadas ante la Corte Constitucional, 2002-2006

| Año | Total insistencias | Insistidas seleccionadas | | Insistidas no seleccionadas |
|------|--------------------|--------------------------|-------|-----------------------------|
| | | N | % | |
| 2002 | 294 | 129 | 43,88 | 165 |
| 2003 | 329 | 172 | 52,28 | 157 |
| 2004 | 442 | 204 | 46,15 | 238 |
| 2005 | 511 | 144 | 28,18 | 367 |
| 2006 | 473 | 144 | 30,44 | 327 |

Creación propia. Datos del Observatorio Constitucional.

Rutinas de procesamiento de información para decidir sobre la insistencia en tutela

Al igual que la potestad de seleccionar una tutela para su revisión, la insistencia es una potestad que legalmente se ha encargado a algunos funcionarios. En cuanto potestad, su ejercicio implica un margen de discrecionalidad que permite no motivar expresamente la decisión frente a una petición. La importancia del mecanismo y lo que involucra, sin embargo, ha llevado a generar rutinas para procesar la información y tomar la decisión respectiva del caso. En este acápite presentaremos las estrategias adoptadas por cada funcionario/institución, empezando por la Defensoría del Pueblo, siguiendo con los magistrados de la Corte Constitucional y terminando con la Procuraduría General de la Nación. El orden de la presentación corresponde aproximadamente a la cantidad de recursos que se invierten en el proceso de estudio de las peticiones de insistencia y en la evaluación de las posibilidades que se tienen de lograr que la correspondiente Sala de Selección de la Corte Constitucional escoja el expediente en el que se ha insistido.

Defensoría del Pueblo

Como indicamos más arriba, el Defensor del Pueblo tiene la potestad de insistir en la selección de un expediente de tutela que ha sido descartado por la Sala de Selección, conforme al artículo 33 del Decreto 2591 de 1991. La institución, sin embargo, ha interpretado, al menos desde el año 2000, que en cuanto su función es proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, la potestad debe ejercerse institucionalmente, respondiendo a las líneas de acción que se ha propuesto y dando como resultado un ejercicio colectivo y formal de evaluación de las solicitudes.⁵⁰

⁵⁰ Entrevista con un abogado de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, octubre de 2007.

Mediante la Resolución 669 de 2000, el Defensor del Pueblo estableció los requisitos para que la Defensoría estudie la solicitud de insistencia y el trámite al que deben someterse estas solicitudes.⁵¹ El trámite está detalladamente regulado, además, en el Instructivo General del Sistema de Atención Integral de la Defensoría del Pueblo. En general, la Defensoría solamente presenta insistencias en los casos en los que ciudadanos las han solicitado.

La Resolución 669 de 2000 establece que la solicitud puede ser efectuada por cualquier sujeto que haya intervenido en el trámite de la tutela, directamente o por medio de representante. Sin importar si la solicitud se efectúa verbalmente o por escrito, el artículo 3 de la Resolución establece como requisitos formales de la solicitud de insistencia que se incluyan los nombres y apellidos completos del peticionario, su representante o apoderado, si fuere del caso; indicando su documento de identidad, número telefónico y dirección, con el fin de que se surta cualquier requerimiento, información o notificación; la identificación completa y exacta de accionante y accionado; la indicación de los despachos judiciales que conocieron de la acción de tutela, tanto en primera como en segunda instancia, si ella tuvo ocasión, y el número de radicación asignado por la Corte Constitucional, si ello fuere posible; un resumen o enunciación claro y preciso de los fundamentos que originan la solicitud; la relación de los documentos que se aportan; la enumeración de todos y cada uno de los folios que se allegan con la solicitud; la manifestación de que no ha presentado petición a la Procuraduría General de la Nación, para que solicite a la Corte Constitucional la revisión del fallo de tutela. Así mismo, el peticionario deberá allegar, junto con la solicitud, copias de la demanda inicial de tutela, de los fallos de instancia y de la impugnación, si la hubo.

En caso de que la solicitud no contenga la información requerida en el artículo 3, el solicitante tendrá la oportunidad de hacerla llegar dentro de los cinco días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud inicial. Pero es necesario tener en cuenta que si la solicitud es allegada dentro de los cinco días hábiles anteriores al vencimiento del término para insistir (15 días), ésta no será tramitada, y lo mismo ocurre si la solicitud no contiene el número de radicación que se le ha dado al expediente en la Corte. Las razones que dan los funcionarios encargados de tramitar las insistencias, es que sin estos dos componentes no se pueden comprometer con los ciudadanos

51 La Resolución 638 de 2008 sobre litigio defensorial se refirió nuevamente al trámite de las insistencias ante la Defensoría del Pueblo. Esta resolución no modifica el trámite que se había establecido en el Instructivo que aquí se reseña, salvo porque claramente indica que el Defensor también podrá insistir de oficio (artículo 52).

a darles una respuesta dentro del término legal, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que la Corte exige que el Defensor del Pueblo revise y firme todas las insistencias.⁵²

Las solicitudes que cumplen con los anteriores requisitos se someten al trámite establecido en el Instructivo General del Sistema de Atención Integral de la Defensoría del Pueblo. De acuerdo con este instructivo, hay una primera fase en la que los expedientes se reparten entre los abogados asesores de la Dirección Nacional de Acciones y Recursos Judiciales, para que revisen individualmente si se presenta alguno de los criterios de procedencia de la insistencia establecidos internamente en la Defensoría (Defensoría del Pueblo 2003, 103).

Se consideran improcedentes las insistencias cuando se concluye que las decisiones de los jueces de instancia se ajustan a la Constitución, no se ven argumentos jurídicos que hagan procedente la acción de tutela, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema está suficientemente establecida, la solicitud de insistencia es extemporánea o la solicitud está incompleta.

En una segunda fase, todos los asesores se reúnen junto con el jefe de la Dirección Nacional de Acciones y Recursos Judiciales formando un Comité Jurídico y deciden, por consenso, si insisten el caso o no, lo cual queda consignado en el acta de la reunión.⁵³ El Instructivo General del Sistema de Atención Integral de la Defensoría del Pueblo establece los casos en los que en esta fase del estudio de la solicitud debe interpretarse que se requiere aclarar el alcance de un derecho, y los casos en los que se considera que hay perjuicio grave. Estos lineamientos son un claro avance respecto del texto de la Constitución y la ley (Defensoría del Pueblo 2003).

Si a la luz de estos criterios la decisión es negativa, se da respuesta al peticionario dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del término para insistir (Defensoría del Pueblo 2003, 108-111). Si, por el contrario, la decisión de insistir es positiva, entonces el Defensor del Pueblo suscribe las decisiones de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones y las remite a la Corte Constitucional para que las insistencias correspondientes sean estudiadas por la Sala de Selección de turno.

Ninguna de las personas entrevistadas, tampoco los instructivos, mencionan que se inviertan recursos en estudiar cuál será la Sala de Selección encargada de decidir sobre la solicitud de insistencia. Por la manera en la que

52 Entrevista con un abogado de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, octubre de 2007.

53 Si no hay consenso, la decisión la toma el Director (Defensoría del Pueblo 2003, 103).

este trámite se reporta en los Informes del Defensor del Pueblo al Congreso de la República, más bien, parece evidente que la preocupación se centra en responder adecuadamente a los usuarios y presionar por una agenda amplia e institucional, más que por lograr una tasa alta de selección de expedientes. Este tipo de comportamiento fortalece la evidencia de un punto ya mencionado, a saber, que la aleatoriedad o falta de certeza en pasos específicos del proceso institucional dificulta la aparición de conductas estratégicas articuladas y concretas.

Magistrados de la Corte Constitucional

El artículo 33 del Decreto 2591 también asigna la potestad de insistir a los Magistrados de la Corte Constitucional individualmente considerados. Ellos han interpretado que ésta es una facultad individual, y, por tanto, cada despacho decide sobre las insistencias sin consultar a los demás, aunque ocasionalmente se presentan insistencias de manera conjunta. La oportunidad para las insistencias conjuntas surge especialmente cuando, como pasaremos a explicar, una persona presenta una solicitud de insistencia ante la Secretaría de la Corte sin dirigirla a ningún magistrado en particular.

Los magistrados han interpretado ampliamente que la insistencia se puede dar de oficio —esto es, por iniciativa del propio magistrado— o por solicitud de terceros, ya sea que se encuentren o no directamente interesados en el resultado del caso respectivo.⁵⁴ Estas solicitudes de terceros pueden llegar a los despachos de tres maneras distintas: (i) por envío de la solicitud de insistencia a la Secretaría General de la Corte Constitucional, la cual debe remitir el caso al despacho o a los despachos respectivos;⁵⁵ (ii) por envío directo de la solicitud de insistencia al despacho o a los despachos de los magistrados destinatarios; (iii) por contacto directo con el magistrado o los magistrados correspondientes.⁵⁶ Necesariamente, en las dos primeras vías la solicitud de

54 El registro de las insistencias que son finalmente presentadas ante la Sala de Selección de Tutelas es efectuado por la Secretaría General de la Corte Constitucional. No obstante, dependiendo del magistrado, el despacho puede llevar una relación autónoma de las solicitudes de insistencia presentadas y de las que son finalmente aceptadas. Por el contrario, hay despachos que no guardan registro interno alguno, considerando que no se trata de un recurso o de un procedimiento principal frente a los otros trámites adelantados en la oficina.

55 Hay despachos que procuran realizar todos los trámites relacionados con la insistencia a través de la Secretaría General: así, cualquier decisión tomada por el magistrado al respecto es comunicada al solicitante mediante dicha oficina.

56 Este contacto directo incluye todos aquellos modos disponibles para que el magistrado se entere de la existencia de un caso determinado, ya sea por comunicación

insistencia se debe hacer de forma escrita, mientras que en la tercera también puede ser realizada de forma verbal, o incluso puede darse el caso de ausencia completa de solicitud si el magistrado, por cualquier circunstancia, llega a conocer del asunto por sus propios medios.⁵⁷

Cada despacho ha generado sus propias rutinas para procesar estas solicitudes de insistencia. Al respecto, son diversas las modalidades de trámite que tienen lugar cuando se presenta una solicitud escrita de insistencia. En uno de los despachos consultados, por ejemplo, las solicitudes que llegaban por correspondencia dirigida expresamente al magistrado eran estudiadas directamente por él, mientras que las dirigidas al despacho eran analizadas por uno de sus funcionarios, quien se rota entre sus pares de oficina la tarea de estudiar la solicitud a la luz del expediente y de emitir su concepto sobre el particular.⁵⁸ En otro despacho era indiferente si las solicitudes se radicaban en la Secretaría General o en la dependencia misma: en cualquier caso, todas las solicitudes de insistencia debían contar con un doble filtro dentro de la oficina; en primer término, se reparten entre todos los abogados en general, quienes estudian el expediente y las fuentes pertinentes del caso y anexan una consideración señalando si el caso debe ser o no insistido, y segundo, todos los conceptos así emitidos son llevados al funcionario encargado de realizar la consideración final, para ponerla a disposición del magistrado.

A pesar de estas diferencias y del desconocimiento que los funcionarios entrevistados mostraron sobre el trabajo en la Defensoría, la Procuraduría, y en los otros despachos, podría hablarse, en general, de tres modalidades de procedimiento. La primera —que se puede denominar modalidad “de uno”— consiste en que el magistrado deja clara su disposición de que él mismo sea la única persona facultada en el despacho para estudiar y decidir sobre los

directa (personal o telefónicamente, por correo postal, correo electrónico, etc.), por referencias, mediante los medios de comunicación, entre otros eventos.

57 En uno de los despachos entrevistados se afirmó que el magistrado ha encontrado por sí mismo casos interesantes, los cuales ha remitido al encargado respectivo para que proyecte la insistencia. Pero también ocurre que sean los funcionarios del despacho los que pongan el asunto en conocimiento del magistrado, para adelantar una eventual insistencia. En uno de los despachos esta práctica no se efectuaba, debido a que los funcionarios temían que el magistrado se sintiera irrespetado o indebidamente presionado por la sola sugerencia de insistencia.

58 Uno de los despachos explorados tenía por regla general dar trámite interno —y, así, dejar que el magistrado fuera el último funcionario a quien le llegara el caso— a todas las solicitudes de insistencia provenientes de la Secretaría General. Las mismas eran revisadas por los funcionarios del despacho, en ocasiones de forma individual y, en otras, de modo grupal.

casos que está dispuesto a insistir ante la Sala de Selección.⁵⁹ En este caso, los funcionarios del despacho manifiestan no conocer con claridad los criterios que son empleados para insistir en la revisión de una tutela, ya que se trata de una potestad autónoma desplegada por su jefe de oficina. La segunda modalidad —que puede ser calificada “de uno a uno”— consiste en que el magistrado encarga sólo a uno de sus funcionarios para el estudio de las insistencias. Esta persona emite los conceptos respectivos al magistrado, no sólo de aquellos que considera deben ser insistidos sino también de aquellos que considera no deben ser aceptados.⁶⁰ El magistrado, en todo caso, es el que tiene la última palabra. Finalmente, se encuentra la modalidad “de muchos a uno”, la cual se presenta en los despachos donde las solicitudes son repartidas entre los abogados —ya sea algunos de ellos o su totalidad— para su estudio y posterior concepto. En algunas dependencias los abogados, individualmente o en grupo, comentan cada caso directamente con el magistrado. Algunos magistrados tienen previsto un espacio formal en su agenda para la discusión de las insistencias, mientras que otros las discuten sin cita previa, e incluso informalmente, cuando se presente el momento. Por supuesto, distintos elementos de las modalidades descritas se combinan para articular diferentes esquemas: así, en uno de los despachos las solicitudes son repartidas entre todos los integrantes, quienes, luego de tener discusiones focales con sus pares o sus superiores inmediatos, remiten las insistencias a un encargado, el cual debe revisarlas en su totalidad para trasladar las escogidas al magistrado responsable de asumir la decisión final.

Respecto a las expectativas de los usuarios, también varía el tipo de señales que los despachos envían a los solicitantes de las insistencias. Algunas dependencias se han impuesto la meta de responder la totalidad de las solicitudes que sean presentadas. Pero en ocasiones este derrotero ha resultado fuertemente desafiado por la cantidad excesiva de trabajo que se debe afrontar.⁶¹ En otros despachos simplemente se parte del hecho de que no todas

59 Sin embargo, en distintos despachos en los que por regla general las insistencias son distribuidas entre los distintos funcionarios para que rindan su concepto respectivo, también ocurre que cierto tipo de insistencias son directamente estudiadas por el magistrado sin que éste tenga en cuenta el criterio de sus colaboradores.

60 Con todo, en este despacho se precisó que en épocas donde hay mucho trabajo represado o numerosas solicitudes de insistencia para ser resueltas, las mismas son repartidas entre los auxiliares para evacuarlas con mayor celeridad. En estas coyunturas, incluso los conceptos de los funcionarios pueden ser emitidos de forma verbal al magistrado, para acelerar aún más el trámite de solicitudes de insistencia.

61 Para facilitar esta labor, incluso, se han generado formatos estandarizados de respuesta. Unos donde simplemente se le comunica al usuario si su solicitud fue

las solicitudes de insistencia serán acuciosamente respondidas. De hecho, se señala que es potestativo del magistrado, de un lado, decidir si revisa o no una solicitud particular y, del otro, establecer cuáles de ellas finalmente opta por insistir ante la Sala de Selección.⁶²

Solamente en un despacho se indicó que había un acuerdo relativo sobre cómo interpretar las causales de ley para insistir, y que esto guiaba las discusiones y las recomendaciones al magistrado. Estas directrices eran: (i) que se trate de un tema aún no abordado por la Corte, aun cuando ello sea cada vez más raro dentro de la vasta y prolífica jurisprudencia del alto tribunal, (ii) que se dé una contradicción evidente entre la decisión judicial y el precedente judicial que la rige, (iii) que se vulnere de modo palpable la justicia material, (iv) que el caso revele una problemática que afecta de modo general y sistemático a una determinada parte de la población (*v. gr.*, el caso del fenecido sistema UPAC), para asegurarse de dar un trato igualitario a todas las personas afectadas. Por el contrario, en otro despacho nos explicaron que la insistencia constituye la última alternativa para solucionar errores judiciales graves, por lo cual los criterios para aceptar una solicitud de insistencia deben ser bastante amplios y sensibles con la aplicación de justicia material, sin importar si se trata o no de casos muy reiterados.

Al igual que en la Defensoría, ninguno de los funcionarios mencionó que se tuviera en cuenta o existiera información sobre cuál sería la Sala de Selección o la Sala de Revisión que tomaría el caso.

Procuraduría General de la Nación

En este ente de control el mecanismo de la insistencia para la selección de tutelas ha sido comprendido y gestionado de forma distinta a la prevista en la Defensoría. Quizás debido al múltiple y complejo número de funciones que tiene a su cargo la Procuraduría,⁶³ sumado al hecho de que esta entidad no sólo debe proteger los Derechos Humanos sino también los “intereses

recibida, y otros donde se le confirma si su solicitud fue o no aceptada.

62 Se agrega que no es posible revisar a cabalidad muchas de las solicitudes presentadas, debido a que se presentan casi encima del plazo que los magistrados tienen para insistir, a saber, quince días después de expedido el auto de selección en el que el caso de tutela fue excluido de revisión. Véase el ya citado artículo 51 del Reglamento Interno de la Corte (Acuerdo 5 de 1992, modificado por el Acuerdo 01 de 2004).

63 Además de la difícil labor de adelantar el control disciplinario de las conductas de los servidores públicos e imponer las sanciones disciplinarias respectivas, la Procuraduría debe intervenir en los procesos judiciales, defender los intereses colectivos y velar por el ejercicio diligente de las funciones públicas, entre otras tareas. Véanse los artículos 277 y 278 de la Constitución Política.

de la sociedad”,⁶⁴ la figura de la insistencia no ha tenido tanta visibilidad como en el caso de la Defensoría del Pueblo.⁶⁵ Así mismo, en este organismo se ha entendido que la potestad de insistir radica, más que en la entidad, en la persona misma del Procurador General de la Nación. Por tanto, aun cuando la Procuraduría también recibe solicitudes de insistencia, el trámite se encuentra menos reglamentado, hay menos espacios formales colectivos de discusión y deliberación, y existe la impresión de que las insistencias se encuentran estrechamente relacionadas con la agenda personal —si bien pública— del Procurador.⁶⁶

Al contrario de la Defensoría, la Procuraduría no tiene establecida ninguna lista particular de requisitos para admitir solicitudes de insistencia, en el entendido de que la tutela se caracteriza justamente por la informalidad.⁶⁷ La Procuraduría tampoco cuenta con un procedimiento interno plenamente unificado o estandarizado, ya que éste puede variar de acuerdo con la forma particular como sea recibida la solicitud. Con todo, por lo general los trámites de las solicitudes de insistencia coinciden en tres pasos: (i) Los abogados auxiliares de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales⁶⁸ reciben las solicitudes, las analizan y hacen observaciones en aquellas solicitudes que consideran se deben revisar; (ii) Posteriormente pasan las solicitudes a la Procuradora Auxiliar para una segunda revisión; (iii) Finalmente, las solicitudes pertinentes son entregadas al Procurador General de la

64 Constitución Política de Colombia, artículo 277, numeral 3.

65 De hecho, al hacer una visita rápida al portal electrónico de ambas entidades, el internauta se dará cuenta de que es muy fácil obtener la información relacionada con las insistencias en el caso de la Defensoría, y muy difícil en el caso de la Procuraduría. Véanse <http://www.defensoria.org.co> y www.procuraduria.gov.co.

66 En la Procuraduría General no existe, en el tópico particular de las insistencias, una reglamentación institucional parecida al *Instructivo General del Sistema de Atención Integral* de la Defensoría del Pueblo.

67 En efecto, una de las características básicas de la acción de tutela es la informalidad. Por ello, el artículo 14 del Decreto Legislativo 2591 de 1991 establece que “[n]o será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado”.

68 La Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales se encarga, en términos generales, de proyectar los conceptos de constitucionalidad y aquellos de insistencia, para ponerlos a consideración del Procurador General, así como de velar por el cumplimiento del derecho de petición, entre otras funciones. Véase el artículo 8 del Decreto 262 de 2000.

Nación, quien decidirá en definitiva cuáles casos son insistidos ante la Corte Constitucional.⁶⁹ A lo largo de este trámite tampoco se encuentran completamente fijados o establecidos los criterios determinantes para decidir si un caso particular es o no objeto de insistencia.⁷⁰

En el caso de la Procuraduría, la informalidad en el trámite y la centralización de la decisión en el Procurador se ve compensada por el limitadísimo número de expedientes en los que insiste: mientras que la Defensoría y los magistrados de la Corte Constitucional insisten en unos 200 o 300 expedientes al año, la Procuraduría no insistió en más de 25 entre 2005 y 2007.

CONCLUSIONES

Este artículo propone una primera aproximación, sobre todo interpretativa y usando exclusivamente datos de tipo cualitativo y documental, al problema de la selección de tutelas por la Corte Constitucional de Colombia. Este problema se caracteriza aquí como un problema marcado principalmente por la complejidad de la información que debe ser procesada para tomar una decisión. Hemos argumentado que la complejidad se deriva tanto de la cantidad de expedientes de tutela que la Corte debe estudiar a diario para tomar una determinación, en cuanto a su selección, como de la incapacidad para “aprender” de los procesos del pasado y la “falta de memoria” de la Corte en este tema.

Por otra parte, hemos propuesto que este caso pone de presente que las posibilidades de actuar estratégicamente deben entenderse como afectadas por el tipo de información que los jueces tienen a su alcance. En el caso de las tutelas, los magistrados de cada Sala de Selección cuentan con una ínfima porción de información sobre los casos de los que se trata, no saben de antemano con quién conformará cada uno la Sala de Selección, y no pueden predecir cuál sala estudiará el caso después de seleccionado. En este contexto, la decisión de las salas, teóricamente, tendería a ser aleatoria, a pesar de los esfuerzos invertidos para sesgar la selección a favor de casos que respondan a

69 Por regla general, en caso de que la solicitud no sea aceptada por esta entidad, se le envía al peticionario un comunicado con los fundamentos jurídicos que motivaron el rechazo.

70 En todo caso, los abogados auxiliares que reciben de primera mano las solicitudes, perciben que usualmente se tienen en cuenta los siguientes tres criterios para aceptar seguir adelante con el trámite de las insistencias respectivas: (i) Que el caso refleje un error judicial que deba ser enmendado; (ii) Que se presente un grave perjuicio o una vulneración de los derechos de los ciudadanos; (iii) Que el caso sea “nuevo”, esto es, que contenga elementos novedosos que permitan enriquecer la jurisprudencia constitucional.

las finalidades que la Corte ha establecido para la revisión. Sería conveniente demostrar esta hipótesis empíricamente en trabajos posteriores.

El mecanismo de la insistencia, en este contexto, ofrece varias posibilidades de corregir la aleatoriedad de la decisión. Su diseño legal ya implica que se trata de un número mucho menor de expedientes y que más autoridades públicas se involucran en el estudio de los casos. Las rutinas de cada una de las instituciones involucradas, además, revelan un mayor cuidado en el estudio de los casos, esfuerzos por explicar las razones por las que no hay lugar a la insistencia y revisión de los logros obtenidos por el mecanismo de insistencia.⁷¹ También valdría la pena corroborar si el sesgo que teóricamente implican estos procesos en la selección de los expedientes para insistir, y luego en la selección de las tutelas correspondientes, pasa la prueba de la demostración empírica.

Referencias

- Baum, Lawrence. 1997. *The puzzle of judicial behavior*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Bergara Mario, Barak Richman y Pablo T. Spiller. 2003. Modelling Supreme Court behavior: The congressional constraint. *Legislative Studies Quarterly* 28 (2): 247-280.
- Boucher, Robert L. y Jeffrey A. Segal. 1995. Supreme Court justices as strategic decision makers: Aggressive grants and defensive denials on the Vinson Court. *Journal of Politics* 57 (3): 824-937.
- Cameron, Charles M., Jeffrey Segal y Donald Songer. 2000. Strategic acting in a political hierarchy: An informational model of the Supreme Court's certiorari decisions. *American Political Science Review* 94 (1): 101-116.
- Cepeda Espinosa, Manuel José. 2007. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis.
- Consejo Superior de la Judicatura. 2008a. Boletín Estadístico 1. <http://bit.ly/c148PN>.
- . 2008b. Boletín Estadístico 2. <http://bit.ly/9k1K3m>.
- Corte Constitucional de Colombia. 2010. Estadísticas consolidado 1992-2010. <http://bit.ly/9hMHK8>.
- Couso, Javier. 2004. The politics of judicial review in Chile in the era of domestic transition, 1990-2002 En *Democratization and the judiciary: The*

71 En el caso de la Defensoría del Pueblo, se presentan informes sobre el éxito de las insistencias que se incorporan al informe que esta institución presenta al Congreso de la República cada año.

- accountability function of courts in new democracies*, eds. Siri Gløppen, Roberto Gargarella y Elin Skaar. Londres: Frank Cass Publishers.
- Defensoría del Pueblo. 2003. *Instructivo general del Sistema de Atención Integral de la Defensoría del Pueblo*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Dodson, Michael y Donald W. Jackson. 2001. Judicial independence and instability in Central America. En *Judicial independence in the age of democracy. Critical perspectives from around the world*, eds. Peter Russell y David M. O'Brien. Charlottesville y Londres: University of Virginia Press.
- Ellmann, Stephen. 1995. Struggle and legitimation. *Law and Social Inquiry* 20 (2): 339-348.
- Epp, Charles. 1999. External pressure and the Supreme Court's agenda. En *Supreme Court decision-making. New institutionalist approaches*, eds. Cornell Clayton y Howard Gillman. Chicago: Chicago University Press.
- Fisher, William, Morton Horowitz y Thomas Reed. 1993. *American legal realism*. Nueva York: Oxford University Press.
- Frank, Jerome. 2001. *Derecho e incertidumbre*. México: Fontanamara.
- Gamboa Santofimio, Jaime. 2002. *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado.
- Gény, François. 2000. *Método tradicional y fuentes en Derecho Privado Positivo*. Granada: Colmenares.
- Hayden, Grant y Stephen Ellis. 2006-2007. Law and economics after behavioral economics. *University of Kansas Law Review* 55 (3): 629-675.
- Helmke, Gretchen. 2002. The logic of strategic defection: Court-Executive relations in Argentina under dictatorship and democracy. *American Political Science Review* 96 (2): 291-303.
- Hyde, Alan. 1983. The concept of legitimation in the Sociology of Law. *Wisconsin Law Review* 379-426.
- Jucewicz, Joseph y Lawrence Baum. 1990. Workload influences on Supreme Court case acceptance rates, 1975-1984. *Western Political Quarterly* 43 (1): 123-135.
- Kapiszewski, Diana y Matthew Taylor. 2008. Doing Courts justice? Studying judicial politics in Latin America. *Perspectives on Politics* 6 (4): 741-767.
- Kennedy, Duncan. 1997. *A critique of adjudication*. Cambridge: Harvard University Press.
- Krol, John y Saul Brenner. 1990. Strategies in certiorari voting on the United States Supreme Court: A reevaluation. *Western Political Quarterly* 43 (2): 335-342.
- Levitt., Barbara y James March. 1988. Organizational learning. *Annual Review of Sociology* 14: 319-340.

- Llewellyn, Karl. 1950. Remarks on the Theory of Appellate Decision and the rules or canons about how statutes are to be construed. *Vanderbilt Law Review* 3 (1): 395-406.
- López Cuéllar, Nelcy. 2005. *Estudio de la selección y revisión de tutelas en la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Ossa Santamaría, Julio. 2005. El proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional: una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica. En *Hacia un nuevo Derecho Constitucional*, eds. Daniel Bonilla y Manuel Iturralde, 385-421. Bogotá: Uniandes.
- Perry, H. R. 1991. *Deciding to decide: Agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.
- Songer, Donald. 1979. Concern for policy output as a cue for Supreme Court decisions on certiorari. *Journal of Politics* 41 (4): 1185-1194.
- Sylvan, Donald A., Ashok Goel y B. Chandrasekaran, 1990. Analyzing political decision-making from an information-processing perspective. *American Journal of Political Science* 34 (1): 74-123.
- Ulmer, Sidney. 1972. The decision to grant certiorari as indicator to decision "on the merits". *Polity* 4 (4): 429-447.
- Uprimny, Rodrigo, César Rodríguez y Mauricio García. 2006. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Vidal Perdomo, Jaime. 2008. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis, Universidad del Rosario.
- Von Ihering, Rudolph. 1974. *El cielo de los conceptos. Bromas y veras en la Ciencia Jurídica*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

