

Apuntes probabilísticos de la acción de tutela: ¿deberían modificarse las reglas bajo las cuales llegan a la Corte Constitucional?

PROBABILISTIC NOTES ON ACTION OF PROTECTION: SHOULD BE MODIFIED THE RULES UNDER WHICH THEY REACH THE CONSTITUTIONAL COURT?

DAVID ANDRÉS FRANCO QUINTERO¹

Si no me equivoco, este juicio se reduce a resolver esta cuestión: la prueba del delito del acusado ¿posee el alto grado de probabilidad requerido para que los ciudadanos teman menos los errores de los tribunales, si el inocente es condenado, que sus nuevos atentados y los de los desdichados a quienes. exasperaría el hecho de su impunidad si el culpable fuera absuelto?²

RESUMEN

Este artículo toma algunas estadísticas de las decisiones judiciales sobre la acción de tutela presentadas en Colombia en 2021. Con respecto a estas decisiones, se pone a prueba la independencia de la decisión de segunda instancia (tribunal de apelación) con respecto a lo decidido por el juez de primera instancia. Con base en estos resultados, el artículo propone una modificación de la regla bajo la cual dichas acciones de tutela deben ser seleccionadas para ser revisadas por la Corte Constitucional.

Palabras clave: Acción de tutela, Corte Constitucional, independencia judicial.

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n58.05>

1 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Docente de matemáticas de la misma universidad. Maestrando en Ciencia de Datos en la Universidad Tecnológica del Uruguay UTEC. Correo electrónico: david.franco@uexternado.edu.co

2 Laplace, Pierre S., "Ensayo filosófico sobre las probabilidades", En *Teoría Analítica de las probabilidades*, 1812.

ABSTRACT

This paper takes some statistics of judicial decisions on action of protection presented in Colombia in 2021. With respect to these decisions, the article tests the independence of the second instance decision (appellate court) with respect to what was decided by the first instance judge. Based on these results, the paper proposes a modification of the rule under which such actions of protection should be selected for review by the Constitutional Court.

Keywords: Action of protection, Constitutional Court, judicial independence.

INTRODUCCIÓN

Para el colombiano del común, no hay un mecanismo jurídico que le sea más recordable que la acción de tutela. Y es que desde su implementación (al menos como la conocemos hoy en día) en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, ha tomado un papel primordial en la lucha ciudadana por hacer valer sus derechos³.

En esa línea, el volumen de tutelas interpuestas por año hace que exista suficiente material para hacer un análisis de este instituto, con un punto de vista poco abordado por abogados: el matemático.

Dicho lo anterior, el presente artículo se divide en dos partes: la inicial aborda una descripción estadística de las acciones de tutela del 2021, para luego hablar de la posibilidad de que las decisiones de segunda instancia se vean influenciadas por el tipo de dictamen que profirió el juez de primera instancia. En tanto, la segunda parte de este texto pone de presente que todas las tutelas deben ser llevadas a la Corte Constitucional. Con respecto a esta situación, se pregunta ¿vale la pena que todas las acciones de tutela deban ser remitidas a la Corte Constitucional para su eventual revisión? Derivado de esto se hace una propuesta de cambio en las reglas para el envío de sentencias de tutela a dicha Corporación.

1. CARACTERIZACIÓN ESTADÍSTICA DE LAS ACCIONES DE TUTELA EN EL 2021

De acuerdo con información suministrada por el portal de datos abiertos del Gobierno colombiano: www.datos.gov.co, existen bases de datos que contienen el número de acciones de tutela que llegaron a la Corte Constitucional, para efectos del presente artículo interesa particularmente las tutelas del 2021⁴. Como se ha dicho previamente, la obligación normativa de remitir todas las decisiones sobre acciones de tutela a la

3 Vivas, T. (2012). "El Amparo mexicano y la Acción de Tutela colombiana. Un ejercicio de derecho constitucional comparado en Latinoamérica". *Revista Pensamiento Jurídico*. n.º 33. Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/37883/pdf_183

4 Ver www.datos.gov.co. "Derechos demandados en las tutelas radicadas en la Corte Constitucional: Año 2021. 2022". Disponible en: <https://www.datos.gov.co/Justicia-y-Derecho/Derechos-demandados-en-las-tutelas- radicadas-en-la/nmr-b-jc5d>

Corte Constitucional hace que se puede afirmar, con 100% de seguridad, que dicha base de datos contiene referencia a todas las acciones de tutela que se instauraron en el país en ese año.

Estos datos están organizados de acuerdo con los siguientes ítems:

- ID del expediente
- Fecha
- Municipio
- Departamento
- Decisión de primera instancia (Decisión1)
- Decisión de segunda instancia (Decisión2)
- Legitimación
- Derecho demandado
- Impugnación
- En cuanto a lo que trata este artículo, se estudiarán los aspectos 5, 6, 8 y 9. De acuerdo con las decisiones de primera y segunda instancia, tenemos la siguiente tabla de resumen:

TABLA 1. RESUMEN DE LAS TUTELAS ALLEGADAS A LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL 2021

		segunda instancia						
		Sin impugnación	Confirma	Confirma y adiciona	Hecho superado	Revoca	Revoca parcialmente	Total
Primera instancia	Concede	153935	39790	6883	4223	9269	3915	218015
	Concede parcialmente	12277	4100	973	306	823	973	19452
	Hecho superado	126297	7756	336	190	3450	368	138397
	Improcedente	57511	34868	725	289	6530	771	100694
	Niega	62935	25219	540	316	7360	717	97087
	Rechaza	1367	170	12	7	81	17	1654
	Total	414322	111903	9469	5331	27513	6761	575299

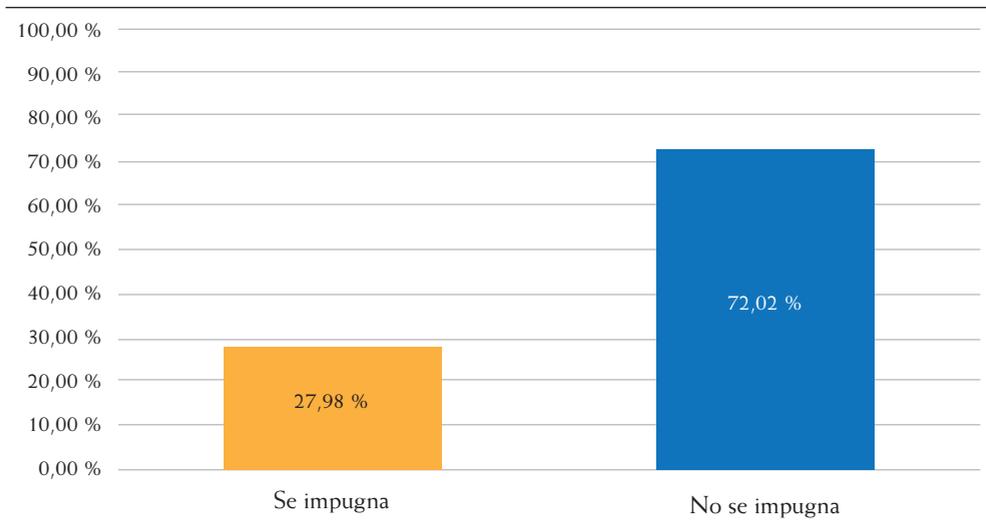
Fuente: Elaboración propia con base en información de www.datos.gov.co

A primera vista, notamos que en 2021 el volumen de tutelas que llegaron a la Corte Constitucional fue de aproximadamente 576.000; este número es mayor a las 120.000 que se recibieron en el 2020, y menor a las 694.352 del año 2019. Esto indica que el número de tutelas se redujo de 2019 a 2020 a menos de la quinta parte, pero se ha ido recuperando a los niveles que se tenían antes de la pandemia. Precisamente, este patrón,

puede tener una explicación conocida por casi todos: la declaratoria de emergencia sanitaria⁵ causada por la pandemia de COVID-19, y las posteriores disposiciones⁶, que provocaron que los colombianos guardaran cuarentenas seguidas, las cuales limitaron en casi total medida la imposición de acciones y recursos judiciales⁷. La afectación de esta situación a la tutela es evidente. A pesar de que *per se* era posible interponer una (al menos de forma electrónica⁸), la realidad es que el uso de esta herramienta constitucional se vio severamente menguado en el año 2020⁹.

Volviendo al análisis de la cantidad de tutelas interpuestas en el 2021, se encuentra que el 72,02% (414.322 de 575.299) de las acciones de tutelas no son impugnadas (casi 3 cuartas partes).

GRÁFICO 1. IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA



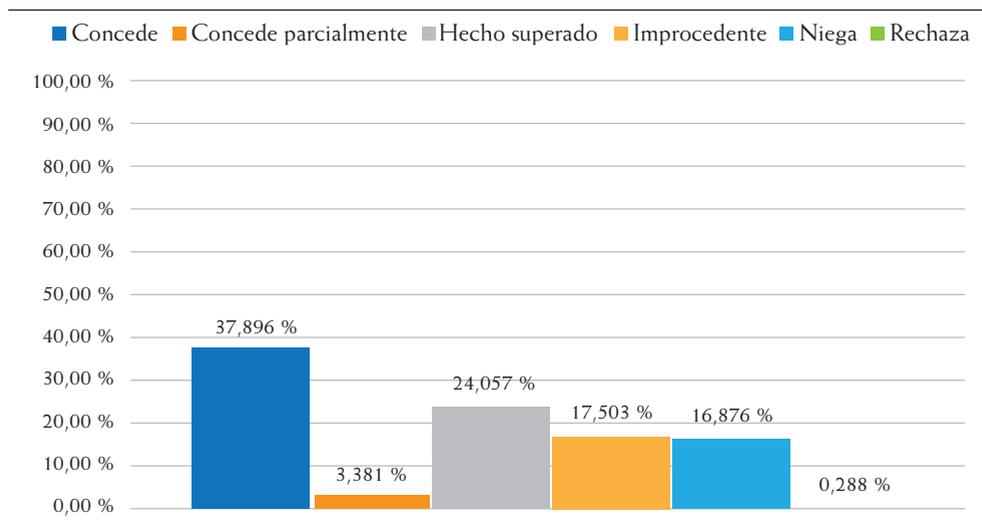
Fuente: Elaboración propia con base en información de www.datos.gov.co

- 5 Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social.
- 6 Por ejemplo, el Decreto 457 de 2020 «Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público.»
- 7 Acuerdo PCSJA20-11517. Consejo Superior de la Judicatura. 2020. Disponible en: https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7e%2fApp_Data%2fUpload%2fPCSJA20-11517.pdf Este decreto fue el inicio de una seguidilla de suspensiones de términos (más o menos de marzo 16 hasta el mes de julio). Empero, hay que aclarar que los componentes judiciales de tutelas, penal, control de legalidad de decretos, y otros no fueron detenidos.
- 8 *Ibid.*
- 9 Queda a consideración del lector la siguiente pregunta: quienes no interpusieron una acción de tutela, queriendo hacerlo, ¿será que se abstuvieron por desconocimiento de la forma electrónica de incoarla? ¿o será que pensaron en que no valía la pena dadas las circunstancias pandémicas?

Esto es sorprendentemente contrario a lo que podría llegar a pensarse. En la práctica jurídica y en el imaginario colectivo, se tiene la idea de que todo fallo se impugna, sin embargo, en cuanto a tutelas se trata, la situación es diametralmente opuesta pues se tiende a preferir (o se opta) por no impugnar las sentencias.

Por último, se muestra que la mayoría de las sentencias de primera instancia se resuelven a favor del accionante: un 37,8% (41,27% si se tiene en cuenta las que fueron concedidas parcialmente).

GRÁFICO 2. RESULTADOS DE LAS SENTENCIAS DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA



Fuente: Elaboración propia con base en información de www.datos.gov.co

La tendencia a fallar a favor del accionante es un resultado que no sorprende, y hasta podría ser un indicador de la eficacia de la tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, lo que sí sorprende son los siguientes renglones de cómo se distribuye el resultado de las tutelas. Así, como «Hecho superado» se resuelven el 24,057% de las sentencias de primera instancia, como «Improcedentes» el 17,503% y luego ahí sí vienen las que son negadas con un 16,876%. Estos porcentajes dan a entender que, a pesar de que la tutela sirve como mecanismo de protección de derechos constitucionales, adolece, al menos en un porcentaje significativo de falta de inmediatez, es decir, tiene un déficit en la posibilidad de resolver los asuntos –sea negando las pretensiones o concediéndolas– con rapidez. Así mismo, también padece de un uso inadecuado, sea conscientemente o por ignorancia, su uso se torna inadecuado a juicio del juez constitucional.

Pasando a la segunda instancia, a continuación, se reproduce la anterior tabla 1, pero sin los casos que no fueron recurridos, en otras palabras, se muestra solo las tutelas que fueron impugnadas:

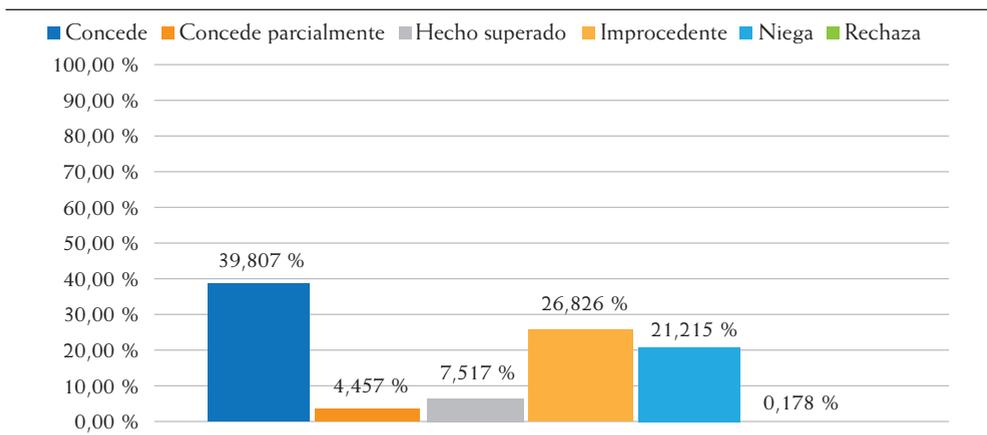
TABLA 2. RESUMEN DE LAS TUTELAS ALLEGADAS A LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL 2021, SIN CONTAR LAS QUE NO FUERON RECURRIDAS

		Segunda instancia					Total
		Confirma	Confirma y adicional	Hecho superado	Revoca	Revoca parcialmente	
Primera instancia	Concede	39790	6883	4223	9269	3915	64080
	Concede parcialmente	4100	973	306	823	973	7175
	Hecho superado	7756	336	190	3450	368	12100
	Improcedente	34868	725	289	6530	771	43183
	Niega	25219	540	316	7360	717	34152
	Rechaza	170	12	7	81	17	287
	Total	111903	9469	5331	27513	6761	160977

Fuente: Elaboración propia con base en información de www.datos.gov.co

La tabla 2 permite avizorar que si se considera como favorable a los intereses del demandante el que se le conceda la tutela o se le conceda parcialmente, entonces el 44,26% de las que llegan al *ad quem* fueron resueltas por el juez de primera instancia en estos términos. En comparación, las categorías "Hecho superado", "Improcedente", "Niega" y "Rechaza" (que le son desfavorables al accionante) suman el 55,736% de las tutelas que son impugnadas.

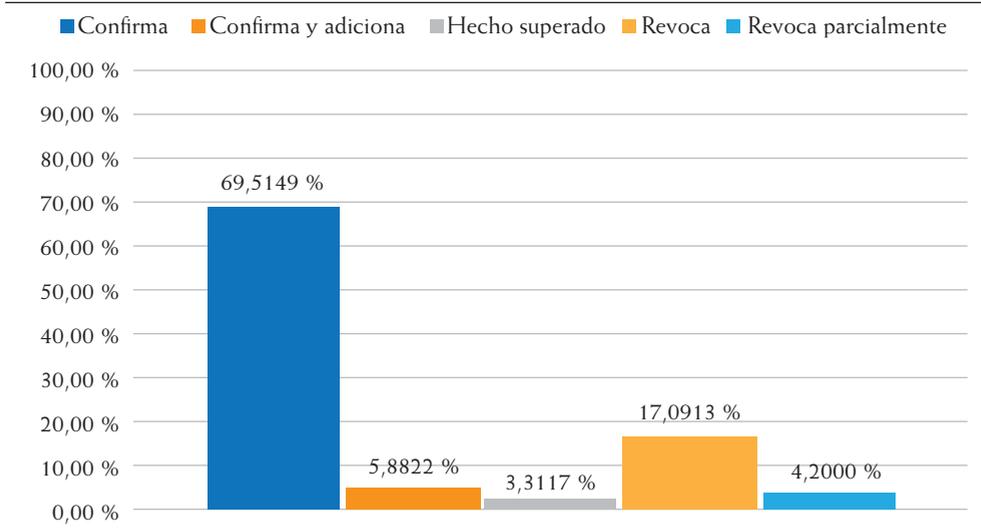
GRÁFICO 3. DE LAS TUTELAS QUE SON IMPUGNADAS, CUÁLES SON LOS RESULTADOS DE PRIMERA INSTANCIA



Fuente: Elaboración propia con base en información de www.datos.gov.co

De las tutelas que son impugnadas, el 75,39% de ellas son confirmadas (y eventualmente adicionadas) por el juez de segunda instancia, lo cual a su vez representa el 21,09% de todas las acciones tuteladas. En oposición, el 21,29% de las tutelas impugnadas, son revocadas, estas son el 5,95% del total de tutelas.

GRÁFICO 4. CÓMO SE RESUELVEN LAS TUTELAS QUE LLEGAN A SEGUNDA INSTANCIA



Fuente: Elaboración propia con base en información de www.datos.gov.co

Esto quiere decir que casi una quinta parte de todas las tutelas de Colombia tienen la característica de que dos jueces han estado de acuerdo en cómo se resolvió el asunto litigioso¹⁰.

Dicho todo lo anterior, es posible preguntarse algo que en el mundo litigioso se intuye, pero no se ha comprobado: ¿el hecho de que una tutela sea concedida o negada tiene incidencia en la probabilidad de que sea confirmada? Verbigracia, si un juez de segunda instancia debe resolver una tutela que previamente ha sido negada o concedida, ¿ello afecta la probabilidad de que él la falle concediéndola o, por el contrario, la confirmación por parte de juez de segunda instancia es independiente de que el juez de primera instancia haya concedido o negado las pretensiones? Precisamente, aquí se trata de demostrar la independencia que hay entre los eventos «ser concedida» y «ser confirmada», y la independencia entre «ser negada» y «ser confirmada». Para ello, la Probabilidad nos trae la definición de «eventos independientes» así:

10 Téngase en cuenta este punto, ya que será nuevamente abordado en párrafos posteriores.

«Dos eventos A y B son independientes si

$$P(A \setminus B) = P(A) \quad (1)$$

o

$$P(B \setminus A) = P(B) \quad (2)$$

De lo contrario, los eventos son dependientes»¹¹

Lo anterior merece una explicación. Cuando se trata de demostrar si dos eventos son independientes debe constatarse si se cumple alguna de las premisas (1) o (2). Si no se cumple alguna, se puede afirmar que los eventos son dependientes (hay una conexión, afectación o incidencia de uno a otro). La afirmación (1) se lee «la probabilidad de A dado B es igual a la probabilidad de A», lo que da a entender que la independencia se predica de los eventos A y B, si la probabilidad de que una vez ocurrido B ocurra luego A, sea la misma probabilidad de que haya sucedido simplemente A (como si la existencia previa de B no hubiera afectado a la probabilidad de ocurrencia de A). La afirmación (2) se lee «la probabilidad de B dado A es igual a la probabilidad de B», lo que significa que los eventos serán independientes si luego de lo acaecido en la probabilidad A ocurra B, es la misma probabilidad de que ocurriese simplemente B (como si A no tuviera impacto en la ocurrencia de B).

Traducido lo anterior al asunto de la independencia entre los jueces de primera y segunda instancia en materia de tutela, se puede corroborar si los eventos explicitados dos párrafos atrás¹² son independientes o no, haciendo uso de la cantidad de datos que se dispone, que son el total de todas las tutelas¹³:

Para los eventos «ser concedida» (A) y «ser confirmada» (B)¹⁴

TABLA 3. COMPROBACIÓN DE INDEPENDENCIA DE LOS EVENTOS «SER CONCEDIDA» Y «SER CONFIRMADA»

No. premisa	(1)	(2)
Premisa por probar	$P(A \setminus B) = P(A)$	$P(B \setminus A) = P(B)$
Premisa aplicada	$P(\text{concedida} \setminus \text{confirmada}) = P(\text{concedida})$	$P(\text{confirmada} \setminus \text{concedida}) = P(\text{confirmada})$
Probabilidades respectivas	0,3555 ≠ 0,3980	0,6209 ≠ 0,6915
Resultado	No son iguales	No son iguales

Fuente: Elaboración propia.

11 Anderson, D., Sweeney D. y Williams T. (2012). *Estadística para negocios y Economía*. 11ª ed. México D. F.: Cengage Learning, p. 174.

12 «Ser concedida» y «ser confirmada»; «ser negada» y «ser concedida».

13 Esta es la razón por la que no se ha recurrido a test de independencia que suponen muestras.

14 Para esta demostración se considera que los eventos «ser concedida» se refiere únicamente a aquellas tutelas que en primera instancia fueron concedidas mas no adicionadas; así mismo, «ser negada» habla acerca de aquellas que sólo fueron negadas, no las que fueron improcedentes, rechazadas o que fueron resueltas como «Hecho superado».

Ya que ninguna de las dos condiciones de independencia fue probada, se deduce entonces que el hecho de que una tutela sea previamente concedida tiene incidencia en la probabilidad de que sea confirmada. En particular, nótese que la probabilidad de que una acción de tutela de este tipo sea confirmada, dado que previamente fue por concedida por la primera instancia es de 62,09%, en contraposición al 69,15% de probabilidad que tiene una acción de tutela impugnada de ser simplemente confirmada (sin considerar el resultado que profirió el de juez de primera instancia). Esto da a entender algo valioso: en general, existe menor probabilidad de que una sentencia sea confirmada dado que fue concedida, en comparación con la probabilidad de que simplemente se confirme. Ello parece indicar una propensión de los jueces de segunda instancia a no confirmar sentencias de primera, cuando se dan cuenta de que las pretensiones fueron concedidas inicialmente. En ese sentido, el hecho de que previamente se acepte lo pedido por el demandante tiene un efecto negativo sobre el hecho de que se confirme la sentencia.

Para los eventos «ser negada» y «ser confirmada».

TABLA 4. COMPROBACIÓN DE INDEPENDENCIA DE LOS EVENTOS «SER NEGADA» Y «SER CONFIRMADA»

No. premisa	(1)	(2)
Premisa por probar	$P(A \setminus B) = P(A)$	$P(B \setminus A) = P(B)$
Premisa aplicada	$P(\text{negada} \setminus \text{confirmada}) = P(\text{negada})$	$P(\text{confirmada} \setminus \text{negada}) = P(\text{confirmada})$
Probabilidades respectivas	0,2253 \neq 0,2121	0,7384 \neq 0,6951
Resultado	No son iguales	No son iguales

Fuente: Elaboración propia.

Ninguna de las condiciones de probabilidad fue probada, lo cual quiere decir que sí hay una influencia cuando se trata de una negación de pretensiones previa, sobre el hecho de que en segunda instancia se confirme esa negación. Adviértase que la probabilidad de que una sentencia sea confirmada dado que fue previamente negada en sus pretensiones es de 73,84%, un número mayor al 69,51% que tiene una sentencia de ser confirmada, sin distinguir de la decisión de la primera instancia. Esto nos indica que los jueces son más proclives a confirmar una sentencia que fue previamente negada, respecto de confirmarla sin tener en consideración lo dicho por el juez de donde provino; la negación de las pretensiones tiene una incidencia positiva en la confirmación de dicha negación¹⁵.

15 Se deja al lector el probar la independencia (o dependencia) de los demás resultados de primera instancia, con respecto a la confirmación y demás resultados posibles de segunda instancia.

Después de haber hablado de las probabilidades de que una sentencia sea confirmada en segunda instancia dada una negación o concesión de las pretensiones en primera instancia, a continuación, se presenta una tabla en la que se muestran dichas probabilidades, pero con los demás resultados de primera y segunda instancia.

TABLA 5. PROBABILIDADES CONDICIONADAS ENTRE LOS POSIBLES EVENTOS DE SEGUNDA INSTANCIA DADO QUE OCURRIERON LOS DE PRIMERA INSTANCIA¹⁶

		Decisión de segunda instancia				
		Confirma	Confirma y adiciona	Hecho superado	Revoca	Revoca Parcialmente
Decisión de primera instancia	Concede	62,0943%	10,7413%	6,5902%	14,4647%	6,1096%
	Concede parcialmente	57,1429%	13,5610%	4,2648%	11,4704%	13,5610%
	Hecho superado	64,0992%	2,7769%	1,5702%	28,5124%	3,0413%
	Improcedente	80,7447%	1,6789%	0,6692%	15,1217%	1,7854%
	Niega	73,8434%	1,5812%	0,9253%	21,5507%	2,0994%
	Rechaza	59,2334%	4,1812%	2,4390%	28,2230%	5,9233%

Fuente: Elaboración propia con base en información de www.datos.gov.co

Obsérvese que los eventos «improcedente» y «niega» son los dos eventos de primera instancia que tienen mayor dependencia con el hecho de que en segunda instancia se confirme la sentencia (80,74% y 73,84%, respectivamente), en comparación con la sola probabilidad de que se confirme la sentencia (69,51%). Esto, en otras palabras, dice que el declararse improcedente o ser negada una tutela en primera instancia hace que sea más probable la confirmación de ese veredicto. Por otra parte, los eventos «hecho superado», «concede», «rechaza» y «concede parcialmente» tienen un efecto negativo sobre el evento «confirma» (69,51% mencionado), lo cual quiere decir que si a una tutela se le conceden las pretensiones (total o parcialmente) o se le declara como «hecho superado», o se le rechaza, se hace menos probable que se confirme dicha decisión.

En suma, parece ser que existe una leve tendencia de los jueces de segunda instancia a estar más de acuerdo con los jueces de primera instancia si es que este ha fallado en contra del accionante, en cambio, aquellos tienden a estar más en desacuerdo con estos si previamente han dictaminado algo a favor del tutelante¹⁷.

16 Esta tabla debe leerse de esta manera: $P(\text{decisión de segunda instancia} \setminus \text{decisión de primera instancia})$, así, por ejemplo, $P(\text{revoca} \setminus \text{hecho superado})$ –la probabilidad de que se revoque la sentencia, dado que previamente fue resuelta como hecho superado por el *a quo*– es del 28,51%.

17 Al respecto, debe mencionarse el ámbito de decisión del juez de segunda instancia. El Consejo de Estado lo ha expresado en estas palabras: «... resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos,

2. ¿DEBERÍAN CAMBIAR LAS REGLAS DE ASCENSO DE LAS TUTELAS A LA CORTE CONSTITUCIONAL?

Las anteriores estadísticas muestran cómo la acción de tutela tiene un polimorfismo en cuanto a sus resultados de primera y segunda instancia. Las probabilidades, por su parte, dicen que: las resultas de una impugnación en segunda instancia se ven influenciadas por las decisiones que se hayan tomado en la primera instancia.

Las estadísticas y probabilidades son posibles gracias al enorme volumen de tutelas que son proferidas por todos los jueces de Colombia. Pero, en esa línea de pensamiento, resulta acuciante (por no decir abrumador) el pensar que todas las tutelas resueltas en el país deben ser llevadas a la Corte Constitucional, tal como lo prescribe el artículo 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política¹⁸. A esto, súmese que la Corte Constitucional no solamente recibe acciones de este tipo, sino que también se ocupa de, por ejemplo, decidir acciones públicas de inconstitucionalidad y la exequibilidad de tratados internacionales.

Frente a este panorama, y en aras de racionalizar el trabajo de la Corte, se reitera la segunda pregunta hecha en la introducción de este artículo: ¿vale la pena que todas las acciones de tutela deban ser remitidas a la Corte Constitucional?

Para dar una posición argumentada a este interrogante, recábase en que aproximadamente el 20% de todas las tutelas del país han tenido el fenómeno de haber sido confirmadas (o confirmadas y adicionadas). Esto implica que dos jueces han estado de acuerdo en cómo se solucionó el asunto litigioso. Lo anterior, se asimila a la filosofía del instituto de derecho penal de la **doble conformidad**, que va de la mano con el derecho a la impugnación. Predica que las personas condenadas tienen derecho a recurrir a su sentencia condenatoria, de tal suerte que, si va a ser penalmente responsable, dos tribunales o jueces distintos deben determinar que ha de ser así¹⁹. En otras palabras, se exige que una condena penal sea dada con la tranquilidad de que dos operadores judiciales están convencidos de ella.

diversos a los planteados por el recurrente en la apelación, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo [...]» Colombia. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Disponible en: <https://www.urosario.edu.co/Facultad-de-Jurisprudencia/Grupos-Investigacion/Derecho-Internacional/Sentencias/2011/03-2011-03-Sentencia-del-Consejo-de-Estado-del-21.pdf>

- 18 Solo como ejercicio trivial: suponiendo que una tutela se consigne en 20 hojas (en promedio), cada una de 0,08 mm de espesor, entonces la resolución de una sola acción tendría 1,6 mm de espesor en papel. Si multiplicamos eso por 575.000 tutelas resueltas en 2021, nos da una torre de 920.000 mm, esto es 920 metros de alto. Afortunadamente, la Corte Constitucional ha implementado un sistema en el cual los jueces envían de forma electrónica las tutelas resueltas, pero no deja de ser preocupante la cantidad de papel que podría llegar a gastarse si consideramos que en una acción de tutela se involucran escritos del accionante, del accionado, del juez de primera instancia, y del juez de segunda instancia eventualmente. La torre al parecer podría llegar a ser más alta.
- 19 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU – 217 de 2019. Disponible en: <https://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2019/SU217-19.htm>

Lo anterior, *mutatis mutandis*, aplicaría a las acciones de tutela ratificadas en segunda instancia. Ya dos jueces, concedores del derecho, tienen la certeza o el convencimiento de que el tema debatido se resolvió de manera adecuada. Es pues esto lo que blinda de garantía la resolución del asunto. No se niega que un juez en particular pueda errar a la hora de emitir su sentencia, pero que dos jueces ilustrados desacieren es supremamente improbable²⁰. En este sentido, se propone que aquellas acciones de tutela que han sido confirmadas no lleguen automáticamente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Con este pequeño cambio, el volumen de tutelas que arribaría a la Corte se reduciría en una quinta parte, quedando únicamente aquellas en las que no ha habido uniformidad de criterio. Aunque puede parecer poco un 20%, debe considerarse que esto serían aproximadamente 115.000 tutelas menos que deberían ser tenidas en cuenta para revisión²¹.

Se podría pensar que se niega justicia al asumir que todas las tutelas que fueren confirmadas estarán bien resueltas a los ojos de la Corte Constitucional y que por ello no deben tener el chance de ser revisadas por ella. Ciertamente sería un atropello afirmar semejante cosa, máxime cuando ha habido casos en los que los dos jueces (de primera y de segunda instancia) han estado de acuerdo y la Corte Constitucional ha dictaminado una cosa totalmente diferente (usualmente concediendo lo que los dos jueces han negado). Por esa razón, se propone un mecanismo en el cual determinadas tutelas confirmadas lleguen a la Corte Constitucional. Esto es asumiendo los costos de dicho traslado.

La idea consiste en que quien quiera que su tutela confirmada llegue a la Corte Constitucional (porque considera que fue mal fallada por ambos jueces, por ejemplo) preste una garantía a fin de cubrir el desgaste del aparato judicial si la Corte Constitucional la selecciona dentro de los tres meses siguientes al fallo de segunda instancia²² y no revoca la sentencia de segunda instancia. Esta proposición puede parecer estrambótica, pero en todo caso no es nueva. Ya el filósofo y matemático

20 Determinar puntualmente dicha probabilidad, resulta en una actividad que excede el objeto de este escrito. Un ejercicio de posterior publicación consistirá pues en determinar la probabilidad de que dos jueces (de primera y segunda instancia) «se equivoquen», a los ojos de la Corte Constitucional. En todo caso, se sostiene que dicha probabilidad es insignificante. Al respecto, piénsese en el siguiente caso: si para una enfermedad que tiene una de cada 1000 personas, un examen médico tiene una confiabilidad del 99%, la probabilidad de que en verdad se tenga la condición dado un resultado positivo es de aproximadamente el 9%, pero si se hace un segundo examen y este también resulta positivo, entonces la probabilidad de que realmente se tenga la enfermedad escala del 9% al 91%. ¿Se sorprende? Para la explicación completa, véase el video «¿Cómo escapar de la Trampa Bayesiana» del canal de YouTube «Veritasium en español»: Disponible en: <https://youtu.be/D7KKIC0LOyw>

21 O 92 metros menos de la torre.

22 Hurtado, Mauricio D. *La acción de tutela en la constituyente de 1991 y su efectividad como mecanismo de protección de derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/129518457.pdf>

Pierre - Simón Laplace hablaba en parte de ella en su «Ensayo filosófico sobre las probabilidades» (1812):

“Pero si la incertidumbre del hecho en litigio y su importancia mueven al litigante a recurrir al tribunal de apelación, debe tener, con la mayor probabilidad de alcanzar un fallo justo, mayor seguridad para su fortuna y la compensación de las molestias y gastos que le ocasionaría un proceso nuevo.”

Esta garantía podría ser determinada en cuanto a su naturaleza y monto por una compañía de seguros, y avalada por el juez de segunda instancia, o puede echarse mano de una tabla con criterios previamente establecidos.

Se podrá afirmar que, dicha disposición resulta clasista y hace que quienes tengan menos recursos no tengan las mismas prerrogativas de acceder a la justicia en comparación con quienes sí los tienen, ya que los más pudientes podrán contratar con una aseguradora, y los otros no. Por eso, se propone como medida para asegurar que el factor económico no sea un impedimento de acceso a este mecanismo, la creación de un fondo con recursos públicos administrado por la Defensoría del Pueblo (parecido al que hay para las acciones populares). Este fondo evaluaría, entre otros requisitos:

- Si la solicitud de quien quiere que su caso sea revisado por la Corte tiene algún grado de salir adelante en este tribunal.
- La imposibilidad de prestar garantías de parte la persona.
- Satisfecho lo anterior, podría el mismo fondo prestarse como garantía o desembolsar el dinero correspondiente a fin de que se constituya una con una compañía de seguros.

CONCLUSIONES

Como se ha podido observar, la acción de tutela es, estadísticamente hablando, un instrumento que tiene un alto grado de uso entre la población colombiana. Esto va en concordancia con la idea de que es un instrumento que permite la salvaguarda de los derechos fundamentales y que, por ello, debe ser fácilmente usado por la gente.

Por otra parte, sobre esta acción constitucional pesan algunos mitos tales como la «tutelitis» (uso desmesurado y con motivo fútil de la tutela) y el «delirio de impugnación» (la pretensión de que sea cual sea el resultado se debe impugnar), los cuales quedan sin sustento estadístico para ser afirmados.

En cambio, la idea de que una acción de este tipo tiene diferentes chances de ser confirmada o revocada dependiendo de si previamente ha sido resuelta como favorable al accionante o al accionado, resulta probabilísticamente correcta. Ciertamente las decisiones de primera instancia, tiene un efecto sobre las de segunda.

Por último, se puede afirmar que el hecho de que una tutela confirmada por el *ad quem* no sea llevada automáticamente a eventual revisión ante la Corte Constitucional,

es un ejercicio de confianza en lo que hacen los jueces. Empero, va más allá. Se trata de una propuesta que tiene un sustento dentro de las propias matemáticas: la probabilidad; y nos dice algo sobre nuestra concepción actual del Derecho y su vocación de que haya controles a las actuaciones: brindarles seguridad y tranquilidad a los ciudadanos.

REFERENCIAS

- Acuerdo PCSJA20-11517. Consejo Superior de la Judicatura. 2020. Disponible en: https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7e%2fApp_Data%2fUpload%2fPCSJA20-11517.pdf
- Anderson, D., Sweeney D. y Williams T. (2012). *Estadística para negocios y Economía*. 11ª ed. México: Cengage Learning.
- Colombia. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Disponible en: <https://www.urosario.edu.co/Facultad-de-Jurisprudencia/Grupos-Investigacion/Derecho-Internacional/Sentencias/2011/03-2011-03-Sentencia-del-Consejo-de-Estado-del-21.pdf>
- Datos.gov.co. Derechos demandados en las tutelas radicadas en la Corte Constitucional: Año 2021. 2022. Disponible en: <https://www.datos.gov.co/Justicia-y-Derecho/Tutelas-radicadas-en-la-Corte-Constitucional-A-o-2/85ja-tiuk>
- Hurtado, M. *La acción de tutela en la constituyente de 1991 y su efectividad como mecanismo de protección de derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/129518457.pdf>
- Laplace, Pierre S. (1812). "Ensayo filosófico sobre las probabilidades". En *Teoría Analítica de las probabilidades*. Barcelona: Ediciones Altaya.
- Vivas, T. (2012). "El Amparo mexicano y la Acción de Tutela colombiana. Un ejercicio de derecho constitucional comparado en Latinoamérica". *Revista Pensamiento Jurídico*, n.º 33. Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/37883/pdf_183