

Insuficiencia Normativa del Recurso de Insistencia¹

Normative Insufficiency of the Appeal of Insistence

Esteban Ricardo Cuadros²

Isabella Vargas Carrillo³

Resumen

Este artículo se centra en analizar si la normatividad del recurso de insistencia desconoce o favorece el derecho fundamental de petición, describiendo su naturaleza y la relación con este derecho, así como la separación entre actividad administrativa y judicial. Estudiando estas dos figuras jurídicas desde su perspectiva legal, constitucional y jurisprudencial, destacando sus aspectos más relevantes para el estudio de la investigación. Así mismo, se desarrolla una teoría positiva la cual establece que la consagración normativa del recurso de insistencia promueve el derecho fundamental de petición, y una teoría negativa, donde se determina que la consagración normativa del recurso de insistencia desconoce el derecho fundamental de petición.

Se concluyó que la teoría negativa se ajusta en mayor medida a la realidad práctica y jurídica, teniendo en cuenta que el legislador creó la normatividad del recurso de insistencia al dejar de lado elementos socio jurídicos importantes, como lo son la separación del procedimiento administrativo con el judicial y la discrecionalidad judicial, la cantidad limitada de jueces administrativos a nivel



Open Acces

Para citar este artículo: Cuadros, E. R., Vargas, I. (2022). Insuficiencia Normativa del Recurso de Insistencia. *Diálogos de Saberes*, (57), 17-33. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.57.2022.10258>

Fecha de Recepción: 27 de marzo de 2021 • Fecha de Aprobación: 6 de mayo de 2021

- ¹ Este manuscrito es producto de la Investigación *Insuficiencia Normativa del Recurso de Insistencia*, gestionado en el marco de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Libre (Sede Bogotá - Colombia)
- ² Abogado especialista en derecho administrativo, profesional universitario del Consejo Superior de la Judicatura, 0000-0002-8467-113X, <https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/EnRecursoHumano/inicio.do> y <https://orcid.org/0000-0002-8467-113X>, ricardo-abogado@hotmail.com y ricardo-cuadrose@unilibre.edu.co. https://scholar.google.es/citations?view_op=new_articles&hl=es&imq=Ricardo+Cuadros&nuan-1=Estiban+Ricardo+Cuadros#
- ³ Abogada especialista en derecho laboral, asistente administrativo del juzgado 27 de ejecución de penas y medidas de seguridad, 0000-0002-0222-7677, <https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/EnFormacionComple/all.do?isTrayectoria=FC> y <https://orcid.org/0000-0002-0222-7677>, isabellavargasc@gmail.com e isabella-vargasc@unilibre.edu.co <https://scholar.google.es/citations?user=-JLqffgAAAAJ&hl=es>

territorial y la imposibilidad de consultar la decisión ante un superior del funcionario judicial; los cuales, era necesario ponderar con el fin de garantizar el derecho fundamental de petición.

Palabras clave: Recurso de insistencia, derecho de petición, derecho fundamental.

Abstract

This scientific article focuses on analyzing whether the normativity of the recourse of insistence does not recognize or favors the fundamental right of petition, describing its nature and the relationship with this right, as well as the separation between administrative and judicial activity. Studying these two legal figures from their legal, constitutional and jurisprudential perspective, highlighting their most relevant aspects for the study of the research. Likewise, a positive theory is developed, which establishes that the normative consecration of the recourse of insistence promotes the fundamental right to petition, and a negative theory, where it is determined that the normative consecration of the recourse of insistence does not recognize the fundamental right to petition.

Concluding that the negative theory is more in line with the practical and legal reality, taking into account that the legislator created the normativity of the recourse of insistence leaving aside important socio-legal elements, such as the separation of the administrative procedure from the judicial one and the judicial discretionality, the limited of administrative judges at the territorial level and the impossibility of consulting the decision before a superior of the judicial officer, which had to be weighed in order to guarantee the fundamental right to petition.

Keywords: Recourse to insistence, right to petition, fundamental right.

Introducción

El sistema jurídico colombiano establece un procedimiento administrativo, el cual se debe cursar ante la administración mediante la petición o a través de recursos de reposición y apelación, y un contencioso administrativo que se ejerce ante el poder judicial y se tramita por conocimiento de los jueces administrativos, tribunales administrativos y del Consejo de Estado. Así las cosas, el derecho de petición representa el canal institucional de comunicación entre el ciudadano y la administración, en ese sentido, aparece reglado bajo fundamento de la garantía del debido proceso y, por tanto, en agotamiento de unos pasos, fases y oportunidades procedimentales.

El derecho de petición de información es una modalidad que tiene por objeto solicitar a una entidad pública o incluso privada información pública o de relevancia. Cuando las entidades niegan información alegando la existencia de una reserva legal los peticionarios tienen la posibilidad de acudir al recurso de insistencia, cuyo sentido y contenido será conocido y resuelto por autoridad judicial, pese a radicarse en el mismo despacho administrativo que conoce la solicitud inicial.

A partir de lo anterior, conviene hacer un contraste entre el derecho de petición y recurso de insistencia, tomando en consideración que ambos se radican ante sede administrativa, pero el segundo, contrario al primero, es resuelto por autoridad judicial. En ese sentido, se hace la investigación en miras de problematizar el modo de relacionamiento del recurso de insistencia - derecho petición, y en últimas, la confluencia de la actividad administrativa con las funciones judiciales de lo contencioso administrativo. La idea es indagar si el recurso de insistencia refuerza al derecho de petición o lo afecta hasta el punto de desconocerlo, de limitar su sentido.

La investigación podría contribuir a esclarecer los puntos de relación entre autoridades administrativas y la jurisdicción contenciosa administrativa, definir el alcance del recurso de insistencia, su necesidad institucional, la oportunidad que ofrece al ciudadano para garantizar su derecho de acceso a la información y el inmenso valor que presta a la democracia como forma especial de escrutinio sobre la actividad administrativa del Estado. En perspectiva de conseguir los objetivos del trabajo de investigación, parece importante consultar fuentes primarias y secundarias, examinar el derecho de petición y el recurso de insistencia desde diversas perspectivas, inquirir respecto de la relación autoridades administrativas y autoridades jurisdiccionales, así como algunas competencias judiciales en cabeza de autoridades administrativas.

El presente proyecto se realizará bajo un tipo de investigación cualitativa remitiéndose especialmente a la hermenéutica jurídica, a la teoría iusfilosófica y la dogmática normativa, jurisprudencial y doctrinal. La investigación se hace con base en una recopilación documental con el fin de determinar en qué medida el recurso de insistencia promueve o desconoce el derecho fundamental de petición.

Se adoptará el método deductivo, esto es, parte de lo general, de la norma en abstracto, del orden constitucional y jurídico, de las líneas normativas fundamentales sobre el derecho de petición y el recurso de insistencia, para llegar en concreto a la resolución de la pregunta jurídica planteada. Tal cuestión se abordará desde un enfoque cualitativo donde se desarrollará la recaudación de datos, contenidos, información, análisis crítico de la información recopilada y la organización teórica de datos e información.

1. El derecho de petición y recurso de insistencia en tres dimensiones

1.1. Perspectiva constitucional

Es común que al momento de relacionarnos en nuestra cotidianidad surjan problemas de diferente índole, sea personal, político, social, económico, cultural, etc. Estos necesitan la intervención de entidades privadas o públicas, ya sea a partir de una solicitud de información, pronunciamientos, resoluciones administrativas, copias de documentos de carácter legal, gestión y solución de conflictos (Blanco, 2020; Guarín et al., 2019).

Se vuelve, de esta manera, imperioso tener una comunicación directa y respuestas eficaces de las instituciones frente a las cuales se eleven dichas solicitudes; no obstante, en la realidad al realizar estos requerimientos los ciudadanos podían encontrarse con obstáculos como, por ejemplo: negativa a entregar información, demora excesiva al momento de responder, o silencio absoluto ante la petición (Manjarres, 2019; Saucedo, 2021).

La angustia en los ciudadanos se vuelve más gravosa cuando la respuesta o gestión que se espera tiene el fin de preservar o prevenir la vulneración de derechos fundamentales que se encuentran vinculados, y que para su solución se necesita que las entidades entiendan que el problema es lesivo y con un carácter prioritario. Así pues, en 1991 nace una nueva Constitución Política la cual sería garantista de derechos y libertades, siendo innovadora y progresista en varios aspectos que necesitaban tener un respaldo constitucional relevante; es por esta razón que el derecho de petición es incluido y definido de la siguiente manera:

Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. (Const. 1991, Art. 23)

Esta connotación, significó en un principio el fin de las omisiones y negligencias de las entidades que deliberadamente no proporcionaban respuestas o las acciones que desplegaban a los requerimientos no estaban destinadas a solucionar satisfactoriamente la petición elevada. Entre otras cosas, dicha consagración constituye la base dogmática en nuestro país del derecho de petición como un derecho fundamental para lo cual el Estado debía poder desarrollar una serie de herramientas, parámetros y reglamentaciones que le permitiera garantizar su cumplimiento y protección (Humbarita, 2015).

1.2. Perspectiva legal

El derecho de petición al ser un derecho fundamental obliga a que se reglamente a través de ley estatutaria donde se desarrolle su objeto, características, requisitos, plazos, modalidades y entidades competentes para responder una petición; esta deberá contener el nombre, identificación del peticionario, dirección para notificaciones, los hechos relevantes del caso, fundamentos de derecho, petición, firma del peticionario y estará dirigido a la entidad competente con los datos claros y precisos con el fin de asegurar que esta última la reciba.

La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se reglamenta el derecho de petición y se dictan otras disposiciones, ha establecido que el objeto de este derecho es que cualquier ciudadano pueda presentar una petición particular o general⁴. El plazo legal de respuesta de dichas peticiones de

⁴ Artículo 13: Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma. (Ley 1755 de 2015)

documentos e información deberá ser de 10 días y cuando sean consultas dirigidas a autoridades que son competentes en la materia a la cual va destinada el plazo será de 30 días⁵.

De igual manera, esta ley indica que cuando las peticiones se presenten de manera incompleta las autoridades e instituciones deberán informar en el plazo de 10 días contados desde la radicación de la petición; se le avisará al peticionario que cuenta con 30 días para completar el requerimiento, y si el peticionario no subsana dentro de este plazo opera el desistimiento tácito de su petición⁶. Ahora, si el peticionario no desea continuar con la gestión de la petición que ha elevado puede desistir expresamente comunicándose con la autoridad a la cual fue presentada, no obstante, si dicha autoridad le resulta conveniente puede seguir el trámite de oficio⁷.

Teniendo claro las generalidades del derecho de petición, cuando se utiliza para acceder a información que tiene un carácter reservado, a quien se le haya dirigido tal petición deberá indicar cuál es la disposición legal que impide dar una respuesta positiva a lo que se ha requerido, debidamente sustentando y argumentado para que el peticionario tenga claridad y soporte. Ante este panorama, la negativa frente a la petición presentada podría acarrear como consecuencia la vulneración directa del derecho a la información y, de contera, la prolongación de la vulneración de otros derechos por los cuales se ha motivado su ejercicio.

En nuestro marco legal, se han creado los recursos y acciones como herramientas para la protección de los derechos de defensa y debido proceso en las circunstancias cuando una autoridad judicial o

⁵ Artículo 14: 1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. (Ley 1755 de 2015)

⁶ Artículo 17: Peticiones incompletas y desistimiento tácito. En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta o que el peticionario deba realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, y que la actuación pueda continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes. A partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos, se reactivará el término para resolver la petición. Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud o de la actuación cuando no satisfaga el requerimiento, salvo que antes de vencer el plazo concedido solicite prórroga hasta por un término igual. Vencidos los términos establecidos en este artículo, sin que el peticionario haya cumplido el requerimiento, la autoridad decretará el desistimiento y el archivo del expediente, mediante acto administrativo motivado, que se notificará personalmente, contra el cual únicamente procede recurso de reposición, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales. (Ley 1755 de 2015)

⁷ Artículo 18: Desistimiento expreso de la petición. Los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales, pero las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si la consideran necesaria por razones de interés público; en tal caso expedirán resolución motivada. (Ley 1755 de 2015)

entidad pública o privada toma una decisión que desconoce o niega la resolución de una situación en particular puesta para su resolución. Por tanto, los recursos constituyen una alternativa directa que tenemos como ciudadanos para que esa decisión que un principio no nos ha favorecido sea nuevamente estudiada por la misma autoridad o su superior jerárquico o funcional (Restrepo y Ruiz, 2019; Gaitán, 2017; Perlingeiro, 2016).

La ley 1437 de 2011, por medio de la cual se rige el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPCA), ha establecido el recurso de insistencia ante la negativa de una entidad pública o privada a suministrar información pedida, alegando una reserva legal, por lo que, para revisar esa decisión, deberá interponerse de manera formal ante la misma autoridad para que sea remitido a la autoridad judicial, ya sea el tribunal administrativo o el juez administrativo; estos podrán solicitar a la institución encargada de proporcionar la información los documentos solicitados por el peticionario⁸.

Por lo anterior, el recurso de insistencia tiene como objeto prevenir la vulneración del derecho fundamental de petición, a través de la revisión directa de la decisión por parte de la autoridad judicial, cuando se ha elevado una petición de información sobre la cual se alega una reserva legal, en aras de obtener un resultado satisfactorio apartado del procedimiento administrativo. Se puede deducir que el recurso de insistencia es una extensión de la protección que tiene el derecho de petición por su estatus de derecho fundamental, donde se debe garantizar ante los obstáculos administrativos el cumplimiento de este.

De igual manera, la Ley 1437 de 2011 consagra las excepciones al carácter reservado de la información:

Artículo 27: El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que, siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo. (Ley 1437 de 2011)

Así las cosas, la competencia para resolver el recurso de insistencia es una autoridad judicial, sin que primero se agote en su totalidad el procedimiento administrativo de revisión de la decisión por parte de la autoridad que niega la información o de su superior jerárquico o funcional.

⁸ Artículo 26: Insistencia del solicitante en caso de reserva. Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales. (Ley 1437 de 2011)

1.3. Perspectiva jurisprudencial

En nuestra jurisprudencia, haciendo un recorrido histórico, no se encuentra una larga lista de pronunciamientos acerca del derecho de petición y el recurso de insistencia, sin embargo, se resaltan algunos de los más relevantes. La Corte Constitucional en Sentencia T- 206 de 2001 ha consagrado la finalidad del derecho de petición, indicando que cualquier ciudadano puede elevar peticiones respetuosas pero, así mismo, que estas sean satisfechas de manera material. Para esto, se necesita obtener una respuesta clara, eficaz y pronta⁹.

Así mismo, la Corte en Sentencia T-487 de 2017 establece la relación entre el derecho de petición y el derecho de acceso a la información pública, siendo estos últimos herramientas o mecanismos para satisfacer principios de publicidad y transparencia. Una vez que las autoridades entreguen la información o documentos que les son solicitados, no solo está respondiendo la petición sino que también evidencia que sus acciones están encaminadas al cumplimiento de la ley¹⁰.

En razón a lo anterior, el derecho de petición como derecho fundamental obliga al correcto funcionamiento de las distintas entidades en aras de que cumplan con los principios de transparencia y publicidad al entregar la información que se está requiriendo, lo que conlleva a que estas sean organizadas y estén alineadas al orden legal y constitucional para otorgar una respuesta satisfactoria.

Por otro lado, sobre el recurso de insistencia: la Corte Constitucional en Sentencia T-487 de 2011 lo define así:

La norma estableció un procedimiento sumario para hacer efectivo el derecho de acceso a la información, cuando se considere que no ha sido satisfecho por parte de la

⁹ La Corte Constitucional en sentencia T- 206 de 2001: El derecho de petición, tiene una finalidad doble: por un lado, permite que los interesados eleven peticiones respetuosas a las autoridades y, por otro, garantiza una respuesta oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo solicitado. Dentro de sus garantías se encuentran (i) la pronta resolución de este, es decir que la respuesta debe entregarse dentro del término legalmente establecido para ello; y (ii) la contestación debe ser clara y efectiva respecto de lo pedido, de tal manera que permita al peticionario conocer la situación real de lo solicitado. En esa dirección también ha sostenido que a este derecho se adscriben tres posiciones: “(i) la posibilidad de formular la petición, (ii) la respuesta de fondo y (iii) la resolución dentro del término legal y la consecuente notificación de la respuesta al peticionario”. (Corte Constitucional, T-206 de 2001)

¹⁰ Derecho de Petición y Derecho de Acceso a la Información Pública. Relación: La jurisprudencia de Corte Constitucional ha puesto de relieve la relación existente entre el derecho de acceso a la información y el derecho de petición, precisando que “la Constitución consagra expresamente el derecho fundamental de acceso a información pública (C.P. art. 74) y el derecho fundamental de petición (C.P. art. 23) como herramientas esenciales para hacer efectivos los principios de transparencia y publicidad de los actos del Estado. En este sentido, la Corte ha reiterado que tales derechos son mecanismos esenciales para la satisfacción de los principios de publicidad y transparencia y en consecuencia se convierten en una salvaguarda fundamental de las personas contra la arbitrariedad estatal y en condiciones de posibilidad de los derechos políticos. Por tales razones, los límites a tales derechos se encuentran sometidos a exigentes condiciones constitucionales y el juicio de constitucionalidad de cualquier norma que los restrinja debe ser en extremo riguroso. (Corte Constitucional, T-487 de 2017)

administración a través de sus órganos oficiales. Se trata de un recurso de insistencia ante el tribunal de lo contencioso administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, para que, a través de un proceso judicial de única instancia, se resuelva de manera definitiva sobre la validez de la restricción a los derechos fundamentales de información y acceso a los documentos públicos, en el término de diez (10) días. Es procedente cuando (i) la entidad pública responde la solicitud, pero (ii) se niega a suministrar la información bajo el argumento de que es reservada. En los demás casos, es decir, cuando la respuesta por parte de la entidad pública es tardía, no es dada o niega el acceso a la información, pero con fundamento en razones distintas a su carácter reservado, procede la acción de tutela, bien para proteger el derecho de petición, -un derecho de contenido diferente- o para proteger directamente el derecho a la información, debido a la inexistencia de otros mecanismos judiciales. (Corte Constitucional, T-487 de 2011)

De igual manera, la Corte Constitucional en Sentencia T-119 de 2017 determina que el recurso de insistencia es denominado un proceso sumario o extra en la cual se busca la protección del derecho de petición, no obstante, una vez agotado el trámite de este recurso y que resulta desfavorable, el ciudadano no puede acudir a la acción de constitucionalidad de tutela para garantizar el derecho de petición; por lo que deberá invocar otros derechos como el debido proceso para la procedencia de esta acción¹¹.

1.4. Perspectiva doctrinal

Frente al derecho de petición y el recurso de insistencia varios autores han realizado pronunciamientos refiriéndose al carácter, denominación, características, fines aportando cada uno de estos nuevos análisis y definiciones de este tópico, por tal razón, mencionamos a los más importantes.

La garantía efectiva del derecho de petición depende de que, ante la solicitud elevada por el peticionario, la autoridad o el particular ofrezcan una respuesta clara, concreta, inteligible y sustentada, esto, dentro de un tiempo o término oportuno definido por la ley y la constitución política. Así las cosas, la garantía del derecho de petición del ciudadano, exige dos elementos, uno

¹¹ El recurso de insistencia sería nugatorio y con él la posibilidad de oponerse a la negativa de acceso a la información y documentos por razón de la reserva invocada por la autoridad. Por tal razón, la Corte considera que en el evento que en el municipio no exista juez administrativo, la competencia para resolver acerca del recurso de insistencia previsto en el artículo 26 en estudio, debe corresponder a cualquier juez del municipio sede de la autoridad que aplicó la reserva para negar la petición de información o documentos cobijados por la misma. Esto, con el fin de garantizar que todas las personas tengan la oportunidad de interponer el recurso de insistencia contra la negativa a su petición por razones de reserva y de que sea resuelto por una autoridad judicial independiente, acorde con los parámetros constitucionales y los estándares internacionales que buscan la garantía efectiva del derecho de petición y el acceso a la información y documentos públicos. (Corte Constitucional, T- 119 de 2017)

temporal, referido a un plazo de contestación, y otro sustancial, relacionado a que el contenido de la respuesta satisfaga las expectativas del peticionario¹².

Desde un punto de vista histórico, se puede sostener que la democracia moderna surge gracias a la institucionalización del derecho de petición, el cual, una vez se introdujo como mecanismo legítimo de comunicación entre el individuo y el poder público, permitió un escrutinio general sobre la información pública. Sin lugar a duda, el derecho de petición produjo transformaciones significativas y sustanciales a nivel de relación individuo-Estado: (i) les otorgó a los individuos la posibilidad de acceder a la información pública (ii) dio la oportunidad de interponer quejas, reclamos y solicitudes ante la autoridad pública (iii) desmontó el paradigma de gobierno incuestionable¹³.

Cabe advertir que el acceso a la información y documentos públicos constituye una condición *sine qua non* del Estado de Derecho. Una democracia no puede desarrollarse si la actividad administrativa del Estado se mantiene encriptada bajo códigos de ocultamiento burocrático. Por ello, el derecho de petición aparece como garantía efectiva de los principios de publicidad y transparencia; aunque no existe un marco de criterios positivos y concretos, la garantía del derecho de petición si comporta la obtención de una respuesta sólida, suficiente, sustentada y coherente, independiente de si la autoridad accede o no, a las pretensiones del peticionario¹⁴.

Se advierte, pues, el papel determinante de la información contenida en documentos públicos respecto al fortalecimiento y consolidación de la democracia, los derechos humanos y las libertades políticas y civiles. No cabe duda que, pese a la atipicidad del derecho de acceso a la información pública, su carácter histórico, real y simbólico constituye una superación sustancial del modelo de Estado encriptado y secretista, basado en el encubrimiento sistemático e institucional de los asuntos del poder¹⁵.

¹² Entonces, conviene considerar que la mera existencia de una respuesta no sugiere ipso facto la garantía del derecho de petición, luego para que ello se dé, la contestación debe ajustarse a unos criterios de calidad y temporalidad. La temporalidad, se encuentra taxativamente señalada en la norma procesal, la cual, ordena que el derecho de petición se conteste dentro de unos términos preestablecidos. La calidad, si obedece a una noción más subjetiva, anclada en primera instancia a la posibilidad de satisfacer el anhelo del peticionario. (Zapata et al., 2020)

¹³ En el marco del derecho colombiano, el derecho de petición ha posibilitado una fiscalización ciudadana sobre la actividad administrativa del Estado, haciendo que la administración pública se vea abocada a cumplir con sus obligaciones legales y constitucionales. Ante un Estado premoderno, deficitario y corrupto, el derecho de petición se erige como una herramienta de alto valor institucional, dado su alcance en materia de reconocimiento de derechos, acceso a la información pública, descubrimiento de circunstancias y situaciones administrativas censurables. (Nogueira, 2008)

¹⁴ La negación expresa de información o documentos públicos por razón de reserva legal, no constituye propiamente una situación irregular, pero en caso de que esta se motive en la aplicación extensiva e imprecisa de las excepciones estipuladas por el artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la administración sí puede verse incurso en un desconocimiento del derecho constitucional de petición (Bula et al., 2019).

¹⁵ Resulta innegable que la participación política, el empoderamiento de la ciudadanía y el mantenimiento de la democracia, dependen de modo significativo de la posibilidad que tengan todos los individuos, la comunidad y la sociedad en general de saber y obtener conocimientos sobre el manejo y la gestión pública, las acciones de gobierno y de poder (Díaz, 2009).

Conviene manifestar que el acceso a la información pública es un derecho cuya garantía depende de tres factores en general: (i) la naturaleza de la entidad o autoridad pública (ii) el sitio o domicilio donde se solicite la información y (iii) el tipo de información solicitada. El nivel de complejidad de la información requerida, también determina el tiempo de duración de respuesta de la solicitud. Frente a una petición de información, la autoridad pública tiene las siguientes posibilidades: (i) los funcionarios remiten lo solicitado a la autoridad pública competente, en caso de que legalmente no les corresponda aportar esa información (ii) dilatan la entrega de información (iii) no aportan la información solicitada argumentando reserva legal (iv) simplemente no contestan o (v) contestan en forma positiva trasladando al peticionario la información requerida.

En Colombia no pocos funcionarios públicos muestran hostilidad o malestar frente a las peticiones de información. Evidentemente, la negación de información resulta determinante en el encubrimiento de hechos de corrupción o la obstaculización de un ejercicio democrático de fiscalización efectiva sobre la gestión pública y administrativa del Estado; sin embargo, dicho fenómeno también aparece asociado a la inexistencia de sistemas técnicos de archivo y organización de datos, documentos, actas. O sea, el problema pasa por la ausencia de un proceso de modernización de lo público¹⁶.

En cierto sentido, el derecho a la información está subordinado a la garantía del derecho de petición. Por regla general, la información pública está a disposición y acceso de todo aquel que desee conocerla; es decir, el Estado aparece como un simple custodio, tenedor, administrador de un bien denominado ‘información pública’, que es patrimonio de la ciudadanía en general y sin restricciones.

2. Idoneidad del recurso de insistencia

En este acápite debemos determinar si la normativa del recurso de insistencia desconoce o favorece el derecho fundamental de petición, analizando las distintas teorías que se han desarrollado a través del tiempo.

Ahora bien, hay que entender que el derecho de petición y el recurso de insistencia tienen una naturaleza distinta siendo la primera un derecho fundamental que se ha consagrado en nuestra Constitución Política de 1991 y el segundo como un mecanismo regulado por la Ley 1437 de 2011: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPCA).

A pesar de esta diferencia, tienen una estrecha relación con el principio de publicidad y transparencia, teniendo en cuenta que están encaminadas a que se proporcione información o se entreguen

¹⁶ En el contexto institucional, la información pública se da a nivel de secreto y filtración, como si obtener documentos y conocer el funcionamiento de la administración pública se tratase de una cuestión ilícita, que pesara como prohibición en el imaginario social (Rojas, 2011).

documentos con reserva legal que sean solicitados; radicar la petición sería el primer paso y el recurso de insistencia refuerza dicha solicitud que se ha elevado, lo que obliga a las autoridades o a las instituciones a entregar y cumplir satisfactoriamente ese requerimiento siempre y cuando la ley lo determine. De manera que proporcionar información es sinónimo de que la entidad cumple con sus deberes y funciones de manera transparente, haciendo que se cumplan los principios mencionados anteriormente.

De todas maneras, frente a este tópico se deben desarrollar dos teorías acerca de la pregunta problema, una positiva y una negativa, cumpliendo así una doble esfera:

2.1. Teoría positiva

Esta asevera que el recurso de insistencia consagrado por el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011 o CPCA, constituye un instrumento jurídico de protección del derecho fundamental al derecho de petición. Esta conclusión se deriva del carácter teleológico del recurso de insistencia, asociado a prevenir o impedir que, bajo la excusa de una reserva legal, la administración pública niegue información requerida o impetrada por el peticionario. No sobra advertir, que el derecho de petición responde a la necesidad de democratizar la administración de lo público, de permitir que el grueso de la población pueda acceder a información de importancia pública, de allí que la reserva legal sobre cierto tipo de datos, se establezca como una situación netamente excepcional y por razones superiores de seguridad nacional y estabilidad institucional¹⁷.

No sobra mencionar que, ante una contestación desfavorable por razón de reserva legal, el ordenamiento jurídico colombiano dota al ciudadano de una herramienta judicial encausada a salvaguardar su derecho de acceso a la información y documentos públicos. De esta manera, las leyes 1755 de 2015 y 1712 de 2014 consagran el recurso de insistencia como una vía judicial que tiene por objeto someter a conocimiento del juez contencioso aquellas respuestas que niegan el derecho de los ciudadanos a acceder a información y documentos públicos bajo el pretexto de la reserva legal. Cabe recordar, que el derecho a la información es coetáneo con el derecho de petición, en consecuencia, puede entenderse que el recurso de insistencia ofrece una herramienta judicial sui generis para la garantía de este último. Por esto, bajo ninguna consideración debe asumirse una contrariedad entre ambos instrumentos, luego la práctica revela que el recurso de insistencia refuerza el carácter obligatorio del derecho de petición, referido al acceso a la información.

¹⁷ La disponibilidad de la información se corresponde a los principios de publicidad y transparencia que fundamentan al Estado de Derecho del modelo de democracia liberal. En el sentido de lo expuesto, el recurso de insistencia se impone como un medio procesal destinado a hallar una tutela efectiva del derecho de petición; resulta inadmisibles cualquier interpretación restrictiva acerca del listado de situaciones que comprende la reserva legal (Mercado, 2020).

Desde luego, esa separación entre lo gubernativo y judicial, tratándose de temas y asuntos referidos a la administración y gestión pública, cumple un objetivo que va más allá de lo meramente procedimental o formal¹⁸.

A partir de su enfoque instrumental, el mencionado recurso de insistencia no es un simple medio proceso, sino un mecanismo especial destinado a garantizar una modalidad del derecho de petición -solicitud de información y documentos públicos. En el ámbito de un Estado de Derecho y de una democracia, la administración pública debe permanecer vigilada, escrutada y controlada por el ciudadano y el poder judicial; de allí, la necesidad de la consagración normativa de dispositivos como el derecho de petición o el recurso de insistencia¹⁹.

De algún modo, se sostiene que el recurso de insistencia debe analizarse como un instrumento de comunicación entre el proceso administrativo y el proceso contencioso administrativo. Al respecto, se afirma que la Ley 1437 de 2011 hace una regulación de un derecho fundamental – en este caso, el derecho de petición – que por naturaleza corresponde a las leyes estatutarias. De allí, que la Corte Constitucional considere la necesidad de establecer un control de naturaleza judicial sobre aquellas peticiones de información o documentos rechazadas por razón de reserva legal²⁰.

2.2. Teoría negativa

Por otra parte, esta teoría establece que el recurso de insistencia desconoce el derecho fundamental de petición, debido a que este deja a la discrecionalidad del juez o magistrado según sea el caso de solicitar o no los documentos e información que la entidad considera tienen carácter reservado, es decir que su resolución está ligada al arbitrio judicial y, en consecuencia, finalmente responde al análisis subjetivo del funcionario judicial que puede desconocer el verdadero fin que es proteger el derecho a la información.

Cabe destacar que esa discrecionalidad judicial se soportada en la corriente del activismo judicial que consiste en ese carácter prevalente y protagónico de las autoridades judiciales para crear opiniones, tomar decisiones relevantes, interpretar y crear fuente de derecho a través de

¹⁸ En países donde lo público suele ser administrado de manera venal, parcializada y tendenciosa, sin un criterio sedimentado de objetividad, se impone la necesidad de reforzar la revisión judicial sobre las actividades administrativas, para que de esta forma no corra riesgo la garantía de derechos fundamentales como el acceso a la administración de información y documentos públicos, la fiscalización ciudadana de lo público y la participación política y democrática en temas de interés general (Ramírez, 2016).

¹⁹ Sin lugar a duda, la reserva legal que recae sobre cierta información protege ciertos intereses jurídicos de suma importancia –seguridad nacional, sector defensa, paz–, el carácter confidencial de determinadas operaciones o incluso, derechos fundamentales y valores como la intimidad o dignidad humana, pero ello no tiene un carácter absoluto y está limitado por el derecho de petición y el derecho al acceso a la información. (Pérez, 2014).

²⁰ No cabe duda que, el recurso de insistencia se erija como tuición del derecho de petición, ante aquellas autoridades administrativas que aplican una interpretación extensiva de las excepciones establecidas por el artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Aguilar, 2018).

precedentes constitucionales y judiciales a partir de su criterio interpretativo respecto de las normas que utilizan para resolver diversos casos de interés general o particular.²¹

El activismo se manifiesta en: 1) invalidación de acciones de otras ramas del poder público, 2) apartarse del precedente 3) legislar mediante decisiones judiciales, 4) apartarse de la metodología interpretativa generalmente aceptada y 5) cuando las decisiones del juez tienen una motivación política. (Rivas, 2022, p. 77).

Viendo, así las cosas, el activismo judicial tiene un componente subjetivo debido a que no se puede ignorar que el juez o magistrado de la decisión, por cuanto además de cumplir un rol judicial, es una persona que está permeada de factores personales y externos en su cotidianidad, que consolidan su personalidad y carácter. Es por esta razón, que el criterio de cada uno de estos puede variar de acuerdo a su manera de concebir e interpretar normas, reglas y circunstancias.

En consecuencia, las autoridades judiciales al igual que los políticos y los funcionarios públicos corren el gran riesgo de cometer delitos abusando de su poder, de caer en el gran fenómeno de corrupción que tanto se ha adueñado de nuestro sistema político y judicial. Por lo que un juez podría dictar sentencia con una respuesta favorable a un tercero gracias a algún estímulo económico ofreció a dicha autoridad²².

Cuando el activismo judicial sobrepasa los límites constitucionales y judiciales pone en riesgo nuestro sistema político y la división de poderes debido a que se atribuyen funciones que no les competen y que en su mayoría resultan gravosas y lesivas para el orden público.²³

Ahora bien, en el caso concreto para resolver el recurso de insistencia las autoridades judiciales competentes deberán tomar la decisión más pertinente para proteger el derecho fundamental de

²¹ En el artículo *El activismo judicial en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los toxicómanos en Colombia* se establece que un “juez activista es un juez que está dispuesto a trabajar formas de interpretación de las normas que amplíen sus alcances en un sentido democrático, o sea, a ampliar derechos, profundizar prácticas democráticas, estar atento a toda forma de discriminación o destratamiento. El activismo. Es una de las maneras de ejercer la actividad judicial. Los jueces no trabajan solo con normas, las normas no tienen un único sentido, los jueces no hacen silogismos para resolver. Los jueces viven en el mundo y están sujetos, como los demás, a la influencia de un gran número de factores” (Turriago y Eric, 2013, p. 316)

²² En el artículo de investigación titulado *Independencia judicial: el caso de la Corte Suprema de Justicia Colombiana*, expresa que los jueces pueden temer represalias electorales frente a las decisiones que se ajustan a la ley pero que no se ajustan a las preferencias populares. También existe el temor de que los jueces comprometan su independencia frente a aquellos que les han brindado apoyo financiero. Finalmente, dentro de una tradición que podría ser considerada como mixta se encuentran las tradiciones latinoamericanas en las que se incluye Colombia. (Guevara, 2011)

²³ Según el artículo *Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes*, se consagra que el activismo judicial extremo borra de un tajo el principio de división tripartita del poder público, ya que a pesar de que existe la consagración de otro principio, el de colaboración armónica, según el cual excepcionalmente las ramas del poder pueden ejercer funciones propias de otra rama, lo cierto es que cuando un juez desborda arbitrariamente su ámbito funcional más allá incluso del principio de colaboración -el cual es reglado- se desvanecen los límites competenciales de la función pública. (Mejía y Pérez, 2015)

petición, no obstante, una interpretación subjetiva equivocada podría desconocer este derecho basándose en su propio criterio o en otras normas sin que dichas premisas puedan ser discutidas al tratarse de un proceso de única instancia.

Conclusiones

- ◆ El carácter fundamental, de trascendencia social y política del derecho de petición y su modalidad de información, exige un alto grado de protección e implementación de mecanismos integrales para hacerlo efectivo, que impliquen recursos y acciones idóneas e involucre procedimientos tanto administrativos como judiciales completos, en los que se elimine al máximo la discrecionalidad.
- ◆ La formalidad en las acciones contempladas para hacer efectivo el derecho de petición no puede desconocer la esencia del derecho fundamental; por lo que se deben contemplar herramientas que tengan en cuenta no sólo la celeridad y la economía procesal – pasando por alto otros principios como la justicia material y acceso real a la información – sino que también constituya una obligación palpable para que se garantice la atención de fondo de lo pretendido.
- ◆ Una postura crítica encuentra que la consagración actual del recurso de insistencia se queda corta y, por ende, limita la efectivización del derecho de petición de información al saltarse el procedimiento administrativo y, en consecuencia, eliminando la oportunidad de que la autoridad administrativa revalúe su posición o que un superior jerárquico o funcional la revise y pueda revocarla, dentro del ámbito del mismo procedimiento administrativo, ante lo cual el acceso a la información resultaría más inmediato.
- ◆ El mecanismo judicial actualmente vigente, no permite la consulta o doble instancia para discutir la decisión desfavorable que pueda tomar la autoridad judicial, así como tampoco el estudio por conexidad de otros derechos que resulten involucrados, aunado a la cantidad limitada de jueces administrativos a nivel territorial, siendo muestra de la falta de garantías que incentiva la discrecionalidad y sacrifica, en últimas, el núcleo esencial del derecho.
- ◆ Se puede acudir a las funciones judiciales de la administración, lo que permitiría un acceso efectivo a la justicia, más expedito, que no dependa del arbitrio judicial y de la congestionada administración de justicia, que no desconozca la doble instancia y recursos extraordinarios y, al final de cuentas, no resulte incompatible con la acción de tutela para proteger el derecho a la información de manera directa y cualquier otro derecho involucrado.

Bibliografía

Aguilar, I. (2018). *Análisis del alcance de las competencias del juez contencioso administrativo en el marco del recurso de insistencia*. Pontificia Universidad Javeriana.

- Blanco, C. (2020) El recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, atendiendo el escenario de la pandemia por el Covid-19 en el Estado colombiano. *Revista Novum Jus*. 15(1). 17-40. DOI: 10.14718/NovumJus.2021.15.1.2.
- Bula, V., Ruiz, L., y Zuluaga, A. (2019). *Importancia del recurso de insistencia como mecanismo administrativo y judicial que hace improcedente la acción de tutela*. Universidad Cooperativa de Colombia.
- Burgos, J. (2010) Estado de derecho: Del modelo formal al sustancial. *Diálogos de Saberes* (33). 231-244. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1920>
- Díaz, S. (2009). El Derecho de Acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley. *Lecciones y Ensayos*, (86). 152-160. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>
- Gaitán, J. (enero-junio, 2017). El debido proceso: La carga de la prueba en el proceso jurisdiccional transicional en Colombia. *Diálogos de Saberes*, (46). 161-185. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/2580>
- Guarín, E., Olarte, L. y Garzón, J. (2019). El pluralismo social en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana y sus efectos en la materialización de los derechos. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 14(2), 11-34.
- Guevara, C. (2011). La independencia judicial: el caso de la Corte Suprema de Justicia. *Revista de derecho*, (35). 145-179. <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/1415/1342>
- Humbarita, J. (2015) Derecho Constitucional Hispanoamericano frente a la realidad institucional, manifiesta divergencia. *Revista IUSTA*, 43(2) <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/2537>
- Jiménez, W. (2019) Características, aportes y tendencias del constitucionalismo colombiano en 200 años de andadura. *Diálogos de Saberes* (51). 117-134. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/5870>
- Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011. D.O. 47.956.
- Manjarres, A. (2019) Estudio comparado sobre el medio de control de reparación directa. *Revista Vis Iuris*, 6(12). 137-162.
- Mercado, A. (2020). El recurso de insistencia, una herramienta adicional para la protección del derecho constitucional fundamental de petición. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 25(3), 12-30.
- Mejía, J. y Pérez, R. (2015). Activismo judicial y su efecto difuminador en la división del equilibrio de poderes. *Justicia*, (27). 30-41. <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n27/n27a03.pdf>

- Nogueira, H. (2008). El derecho constitucional de petición y su insuficiente regulación legislativa. *Revista de Derecho de Universidad Católica del Norte*. 15(2), 87-106. <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1864>
- Rivas, R. (2022). ¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial. *Dikaion*. 70-92. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/17787/6989>
- Pérez, V. (2014). *El Derecho de Petición frente a la reserva legal en Colombia*. Universidad Cooperativa de Colombia.
- Perlingeiro, R. (enero-junio, 2016). Perspectiva histórica de la Jurisdicción Administrativa en América Latina: tradición europea continental versus influencia estadounidense. *Diálogos de Saberes*, (44). 159-192. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/155>
- Ramírez, J. (2016). *El recurso de insistencia en Colombia como mecanismos para acceder a la información pública*. Universidad Santo Tomás,
- Restrepo, J. y Ruiz, G. (enero-junio, 2019). El Estado soberano y sus límites: lectura en clave liberal de la teoría estatal en Thomas Hobbes. *Diálogos de Saberes*, (50), 135-148. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.50.2019.5556>
- Rojas, C. (2011). *El acceso a la información pública en Colombia: entre el secreto y la filtración*. Publicaciones FLIP.
- Rivas, P. (2022) ¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial. *Dikaion*, 31(1). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422022000100070&lng=pt&nrm=iso&tlng=es
- Saucedo, R. (2021) Transgresión del principio de seguridad jurídica, una práctica recurrente en Colombia. *Vis Iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 8(16). <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/2317>
- Vera, M. (2015). *El derecho a la información*. INREDH.
- Zapata, C., Ramírez, C. y Andrade, D. (2020). *El derecho de petición desde la principalística*. Publicaciones Universidad Libre.
- Rhenals, J. (2013). El activismo judicial en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los toxicómanos en Colombia. *Revista IUSTA*, 2(39), 291-318. <https://www.redalyc.org/pdf/5603/560358699003.pdf>

Normatividad

Congreso de la República. Ley 1755 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. 30 de junio de 2015.

Constitución Política de Colombia. [Const]. Art. 23. 20 de junio de 1991.

Corte Constitucional. Sentencia T-487 de 2011. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 21 de junio de 2011)

Corte Constitucional. Sentencia T-119 de 2017. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: 27 de febrero de 2017)

Corte Constitucional. Sentencia T-206 de 2018. (M.P. Alejandro Linares Cantillo: 28 de mayo de 2018)

Corte Constitucional. Sentencia T- 487 de 2017. (M.P. Alberto Rojas Ríos: 28 de julio de 2017)