

LA EFICACIA DEL RECURSO DE INSISTENCIA CONSAGRADO EN EL  
ARTÍCULO 26° DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

MARCELA ALEGRÍA LONDOÑO  
CRISTIAN DAVID HERNÁNDEZ VICTORIA

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS  
TULUÁ – VALLE DEL CAUCA  
2018

LA EFICACIA DEL RECURSO DE INSISTENCIA CONSAGRADO EN EL  
ARTÍCULO 26° DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

MARCELA ALEGRÍA LONDOÑO  
CRISTIAN DAVID HERNÁNDEZ VICTORIA

DIRECTOR DE MONOGRAFÍA  
Mg. JUAN DAVID ARIAS GRAJALES

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS  
PROGRAMA DE DERECHO  
TULUÁ  
2018

## CONTENIDO

LA EFICACIA DEL RECURSO DE INSISTENCIA CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 26º DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ....	5
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA. ....	5
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	8
2. JUSTIFICACIÓN. ....	9
3. OBJETIVOS. ....	10
3.1. OBJETIVO GENERAL. ....	10
3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	10
4. MARCO DE REFERENCIA.....	11
4.1. MARCO TEÓRICO. ....	11
4.2. MARCO CONCEPTUAL. ....	15
4.2.1. Derecho administrativo: .....	15
4.2.2. Impugnación: .....	15
4.2.3. Legalidad: .....	16
4.2.4. Recurso: .....	16
4.2.5. Recurso de insistencia:.....	16
4.2.6. Administración Pública:.....	17
4.2.7. Derecho de Petición:.....	17
4.2.8. Petición: .....	17
4.2.9. Documento: .....	17
4.2.10. Documento Público:.....	18
4.3. MARCO LEGAL .....	18
5. DISEÑO METODOLÓGICO.....	20
5.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	20
5.2. TIPO DE ESTUDIO.....	20
5.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN. ....	20

5.4. LAS FUENTES.....	21
5.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	21
6. PLAN DE CAPÍTULOS.....	22
7. RECURSOS DISPONIBLES. ....	23
8. CRONOGRAMA.....	24
9. ELEMENTOS TEÓRICOS Y JURÍDICOS DEL RECURSO DE INSISTENCIA.	25
10. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ACERCA DEL RECURSO DE INSISTENCIA. ....	33
10.1. Sentencia de 17 de julio de 2014. Consejo de Estado. Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo.....	33
10.2. Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 03 de noviembre de 2016. ....	40
10.3. Sentencia del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartago de 07 de abril de 2016. Radicación 76-147-33-40-002-2016-00088-00. Juez Néstor Raúl Gutiérrez Castillo. ....	58
10.4. La perspectiva de la Corte Constitucional.....	59
11. ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DEL RECURSO DE INSISTENCIA .....	64
CONCLUSIONES.....	66
BIBLIOGRAFÍA. ....	70

# **LA EFICACIA DEL RECURSO DE INSISTENCIA CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 26º DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

## **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

### **1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.**

El Derecho Administrativo es una rama de la ciencia jurídica de fundamental importancia, puesto que se fundamenta en regular la Administración Pública; es decir, que sus lineamientos se enfocan en establecer una idónea relación entre los diferentes entes estatales y la ciudadanía, buscando en todo momento que se logre satisfacer las necesidades de estos últimos. Es por esta razón, que resulta importante analizar la eficacia del recurso de insistencia, pues este es un mecanismo que permite proteger el habeas data y el acceso a los documentos públicos.

El Derecho es entendido como aquel conjunto de normas de carácter general que se establecen con el fin de que haya un respeto por los derechos humanos; garantizando una sana convivencia. Precisamente en la búsqueda del cumplimiento a estas estipulaciones jurídicas, se ha establecido una serie de ramas, una de ellas es la denominada Derecho Administrativo, la cual se enfoca en regular el funcionamiento de la Administración Pública, como es sabido tiene como fin principal garantizar la satisfacción de las necesidades de la población.

Es preciso mencionar, que uno de los mecanismos que se ha establecido en esta área del derecho es aquel denominado recurso de insistencia, que se encuentra contemplado en el artículo 26º del Código de Procesamiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se fundamenta en dar cumplimiento a lo estipulado en el artículo 74º de la Constitución Política que establece: “Todas las

personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley<sup>1</sup>

Lo planteado conlleva a establecer que toda persona tiene el derecho a pedir información acerca de las gestiones que se vienen realizando la Administración Pública, esto con el fin de materializar y hacer efectiva la democracia participativa.

A pesar de esto, es pertinente establecer que en el país aún existen brechas respecto a la consolidación de una cultura de transparencia, en muchas ocasiones los encargados de la Administración Pública abusan de las excepciones que se han estipulado para la presentación de la información, causando con esto, que no haya calidad en la democracia y por ende que no aumente la confiabilidad en el Estado.

Debido a lo anterior, se decide desarrollar un trabajo investigativo que permita determinar la eficacia del recurso de insistencia, pues el hecho de que no se esté dando la debida aplicabilidad del mismo es lo que conlleva a que no se dé un adecuado abordaje de la información que se deriva de la Administración Pública y por ello, no se logren cumplir los fines que son propias de la misma.

Si se pretende hacer uso del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución con la finalidad de acceder a información que reposa en bases de datos públicas, cabe la posibilidad de no obtener una respuesta positiva por parte de la entidad que tiene la obligación de emitir respuesta; las razones para que la respuesta sea negativa pueden consistir en la presunta reserva que tiene la información solicitada, lo cual constituye una excepción a la regla general que emana del derecho fundamental según la cual su finalidad siempre será el acceso a información pública.

---

<sup>1</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991, Artículo 74: en línea. Disponible en. [https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion\\_Politica\\_de\\_Colombia.htm](https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm) (consultado Mayo 2017).

Ante la eventual vulneración de este derecho por parte de la Administración, el ciudadano cuenta con la figura jurídica denominada “Insistencia”, en la actualidad se encuentra plasmada en la Ley Estatutaria No. 1755 de 2015 que modificó el artículo 26º Ley 1437 de 2011.

La insistencia no cuenta con una naturaleza procedimental clara, ya que podría entenderse como una clase de recurso pero no está contemplado como tal en ninguna disposición legal, motivo por el cual no sería correcto darle dicha denominación; bajo esa premisa, la insistencia es una solicitud que tiene la misma finalidad que un recurso cual es la de variar una postura frente a la presunta reserva de la información que se solicita, pero procedimentalmente no existe un consenso acerca de sus reales connotaciones. Las leyes que regulan la figura contemplan cuestiones accesorias bastante diferentes que, en todo caso, han sido zanjadas por la Corte Constitucional de cara a la reafirmación del principio de máxima divulgación que es transversal a la función pública.

Por su parte, la Ley 1755 de 2015 permite que la insistencia sea presentada sin necesidad de agotar ninguna clase de recurso, lo cual le da a la figura una vocación impugnatoria mucho más clara, permite que el juez contencioso administrativo resuelva la cuestión con todas las garantías propias del poder judicial, dicho sea de paso, es el instrumento de control constitucionalmente idóneo

A pesar de la aparente sencillez que reviste la insistencia, lo cierto es que esta figura tiene unos alcances que muchas veces escapan de la órbita del peticionario, cuestión que de entrada pone en tela de juicio la eficacia de sus alcances, sin perjuicio del desgaste administrativo y/o judicial que ello puede implicar. Un ejercicio inadecuado de la insistencia puede redundar en una resolución adversa de la pretensión que rodea la petición, lo cual no es óbice para que se lleve a cabo

un análisis crítico de la postura que han asumido los jueces cuando se trata de resolver este tipo de controversias, en las que se ven enfrentados dos derechos de especial importancia para la materialización del Estado Social de Derecho como el derecho fundamental a la información por parte de los ciudadanos públicos con otros como la conservación de la soberanía nacional y/o la intimidad de los funcionarios o de terceros.

Por eso, es de gran importancia conocer la aplicación del “recurso de insistencia”, pues a pesar de que se trata de un trámite aparentemente sencillo, existen aspectos que el peticionario no tiene en cuenta al momento de hacer uso de esta figura, lo que representa no solo el desgaste del aparato administrativo y judicial, sino también, la resolución en contra a sus pretensiones de acceso a la información, además, porque resulta interesante conocer el criterio adoptado por los jueces en Colombia cuando se deben dirimir las controversias entre la administración y los ciudadanos en tratándose de derechos que se ven sometidos a una constante tensión, como son el derecho a la información frente a derechos como la intimidad o la seguridad nacional.

Para ello, es necesario hacer un análisis hermenéutico, tanto del alcance dado por el legislador al recurso de insistencia, como de los fallos de los Tribunales Administrativos en donde se aplican las normas mencionadas, para finalmente comprender qué tanta efectividad tiene este mecanismo para acceder a la información pública.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.**

Dado lo anterior, es lícito que se cuestione: ¿Se puede considerar eficaz el recurso de insistencia consagrado en el artículo 26º del código de procesamiento administrativo y de lo contencioso administrativo?



## **2. JUSTIFICACIÓN.**

Colombia es un Estado Social de Derecho y precisamente por esto es que se han establecido una serie recursos, tal como es el caso de aquel que faculta a cada ciudadano para que pueda acceder a la información que se encuentra contenida en los documentos públicos.

En la búsqueda de dar cumplimiento a estos lineamientos, en el ámbito del derecho Administrativo se han establecido una serie de mecanismos, tal como es aquel denominado recurso de insistencia que faculta a las personas para que soliciten información contemplada en documentos públicos; consiguiendo así que se cree una cultura de transparencia que mejore la democracia y fortalezca la confianza en el Estado.

Fundamentados, en la importancia de este mecanismo que se contempla en el artículo 26º del Código de Procesamiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, se decide desarrollar un trabajo investigativo de tipo descriptivo que permita determinar los elementos que se involucran para que este se aplique con eficacia, las excepciones que existen frente algunos documentos que se consideran reservados y otros aspectos más que son esenciales para que el mismo conlleve a un acceso a la información que se encuentra en los documentos públicos.

Entonces, el desarrollo del trabajo es de gran importancia porque se logra fortalecer el conocimiento sobre un tema que es clave en el desarrollo integral como profesionales en el campo del derecho; además porque se brinda información a las personas en general para que reconozcan que cuentan con un mecanismo que les faculta para acceder a información contenida en documentos públicos.

### **3. OBJETIVOS.**

#### **3.1. OBJETIVO GENERAL.**

Analizar la eficacia del recurso de insistencia consagrado en el artículo 26º del Código de Procesamiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

#### **3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

- Determinar los elementos teóricos y jurídicos del recurso de insistencia.
- Analizar la jurisprudencia promulgada por la jurisdicción contenciosa administrativa que decida el recurso de insistencia.
- Analizar la efectividad del recurso de insistencia en la legislación colombiana.

## 4. MARCO DE REFERENCIA.

### 4.1. MARCO TEÓRICO.

La doctrina colombiana<sup>2</sup> ha decantado a profundidad, acerca de la naturaleza de los recursos administrativos, que los mismos se erigen como:

- Son una garantía procesal a los derechos de los interesados y accionantes, por cuanto permiten controvertir las decisiones administrativas y judiciales que en el marco de los procesos se promulguen. Además, desde la perspectiva netamente administrativa, los recursos evitan que se incoe un largo proceso ante la jurisdicción contenciosa.
- Son un privilegio o ventaja para la administración misma, pues a través de ellos, los funcionarios pueden hacer evaluaciones de sus decisiones y corregir los errores en ella impresos, antes de que las mismas lleguen a instancias judiciales en las que el juez deba intervenir.
- Son una herramienta que contribuye a la descongestión judicial.

---

<sup>2</sup> En este sentido PENAGOS Gustavo, Vía gubernativa. Ediciones Doctrina y Ley, Tercera Edición, Bogotá, 2005. Ver también: PENAGOS Gustavo, Nuevas tendencias del derecho administrativo a principios del siglo XXI, volumen 106, Universitas, ISSN 0041-9060, 2003. YOUNES MORENO Diego, Vía Gubernativa Conciliación-Arbitramento: una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso administrativo, Colección Reformas en la Rama Judicial, Gtz, Bogotá 2008. ARBOLEDA PERDOMO Enrique José, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 1ª Edición actualizada, Bogotá 2011 y 2ª Edición actualizada, Bogotá 2012. SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006. PALACIO HINCAPIÉ Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, 2 Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín 2000. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, 17ª Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá 2011. RORIGUEZ RODRIGUEZ Libardo, Jean Riveró, Páginas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje, Editorial Temis S.A. y Universidad del Rosario Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá, 2002. BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo. En concordancia con la nueva Constitución, 3a Edición, Bogotá, 1992. GALINDO VÁCHA Juan Carlos, Lecciones Derecho Procesal Administrativo volumen II, Edición 1, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Discentibus auxilia No 1, Bogotá 2006. VIDAL PERDOMO Jaime, Jean Riveró, Páginas de Derecho Administrativo Libro Homenaje, Editorial Temis S.A. y Universidad del Rosario Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá, 2002. VEGA DE HERRERA Mariela, Derecho Procesal Administrativo, 3ª Edición, Leyer, Bogotá 2010.

Sin embargo, la doctrina internacional se aparta de esta postura, ya que su visión sostiene que es muy complejo hablar del recurso como garantía procesal del impugnante y a la vez sostener que el medio impugnatorio implica un beneficio para la administración. Doctrinantes como Benavides y Ospina sostienen que el carácter garantista del recurso de cara a los intereses del ciudadano se difumina cuando su finalidad es tergiversada a través de un alcance que le es ajeno, esto es, el que afirma que presuntamente el medio de impugnación constituye una prerrogativa para la administración.

El grado de garantía que puede predicarse de un recurso judicial (y en este caso administrativo) sólo es posible determinarlo a partir de la forma en la que se incline su radio de protección, es decir, si asume una postura tuitiva y proclive a los derechos de las personas, o se inclina por una visión restrictiva, que socave la protección que formalmente emana de la norma.

Aponte Ramos, por su parte, sostiene que el respeto de los derechos ciudadanos es la más importante y a la vez compleja finalidad que sostiene la actividad administrativa de cara al cumplimiento de los postulados constitucionales y legales que rigen su accionar; y para ello, es necesario asumir y resolver el recurso que se pueda presentar contra las decisiones tomadas por ella como una herramienta inherente al debido proceso y al derecho de contradicción:

...la relación jurídica entre la Administración y el ciudadano, bajo el panorama actual de las actuaciones administrativas, que se caracteriza por los siguientes aspectos: (i) no se resuelven las peticiones que elevan los ciudadanos, y de hacerlo, frecuentemente se niegan derechos que claramente tiene el peticionario, de ahí que nace la carga al particular de acudir al juez para que en sede judicial se reconozcan sus derechos, trasladando a la administración de justicia la definición del conflicto y creando un factor adicional de congestión judicial; (ii) los esquemas antiguos y desactualizados a la constitución de 1991 y el claro desconocimiento de las tendencias actuales del derecho administrativo como es una nueva estructura de administración pública flexible a la cual se suma una fuerte tendencia privatista y por otro lado, el establecimiento de principios constitucionales orientadores de la función pública, en los que a su vez convergen dos

filosofías distintas: “la primera, altamente eficientista, que conduce a una administración con visión economicista y tecnocrática, la cual se evidencia en los desarrollos legales y las prácticas administrativas utilizadas hoy; la segunda una filosofía garantista que por el momento no se ha logrado consolidar”; (iii) se visualiza una tensión en la aplicación de los principios de eficiencia, economía y celeridad frente a la buena fe, a la dignidad humana, a la igualdad y a la participación lo cual conlleva a la vulneración a los derechos fundamentales.<sup>3</sup>

Pero Aponte va más allá y construye la que para él podría ser una eventual solución a los continuos cuestionamientos de los cuales es objeto la Administración cuando se trata de establecer si en realidad los recursos que se interponen en contra de los actos que de ella emanan si se resuelven de conformidad con la teoría de los derechos fundamentales de los asociados:

Aunque se dejan varios elementos de lado como el cumplimiento perentorio de los términos establecidos en la ley para resolver las peticiones y/o recursos, o la gran cantidad de actos administrativos de trámite que se emiten antes de tomar una decisión de fondo, lo cierto es que la visión de Aponte no deja de ser acertada y va encaminada a lograr una actividad de la administración que se atempere a los postulados constitucionales de eficiencia y transparencia, de tal modo que la jurisdicción contencioso administrativa sólo intervenga de manera residual y excepcional, y no como sucede en la actualidad donde casi todas las controversias administrativas deben ser resueltas por el operador judicial.

Ello indica que la visión según la cual los recursos administrativos sólo favorecen a la administración ha ido cediendo de terreno para que prevalezca otra que predica que los recursos son la herramienta más idónea y expedita para que la confianza de los ciudadanos en las autoridades públicas se vaya fortaleciendo en la medida

---

<sup>3</sup> Misión de Cooperación Técnica del Consejo de Estado francés. Memorias del Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso-administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, julio de 2008.

que constituyen una oportunidad para que la Administración reevalúe su postura y con ello, brindar protección al derecho que se reclama<sup>4</sup>.

En este nuevo modelo de gobierno se prefiere la calidad de los resultados que la estricta formalidad en los trámites; se preocupa por la transparencia y la perfección, evitando con ello fallas en el servicio y además, hace hincapié en la capacitación de sus funcionarios, de tal modo que sus decisiones estén soportadas por el más riguroso fundamento jurídico y fáctico, con lo cual se evitaría acudir a instancias judiciales, algo que legitimaría el accionar de la Administración y a la vez descongestionaría el aparato jurisdiccional. Aunque no se trata de un modelo ideal de administración pública, este “nuevo gobierno” sí reivindica los elementos imprescindibles de cualquier sistema de gestión estatal.

El nuevo paradigma de la administración pública y social pretende que la comunicación entre el ciudadano y las entidades se torne mucho más fluida, algo que se puede lograr si se implementan mecanismos de interacción y medios de contradicción mucho más expeditos y fáciles de ejercer. De ahí que el establecimiento de requisitos adicionales para el cabal ejercicio de los escasos mecanismos con los que actualmente cuentan los ciudadanos para acceder a la información relevante para la materialización de sus derechos frente a actuaciones administrativas, puede ser visto como un retroceso de cara a los valores que hoy inspiran la función pública.

Cuando la comunicación entre los ciudadanos y la administración se torna más fluida a raíz del correcto ejercicio de recursos y/o mecanismos para obtener de ella soluciones oportunas al caso concreto, se contribuye en gran medida a la descongestión de los despachos judiciales. Sin embargo, una cosa es el ejercicio de los mecanismos dentro de la actuación administrativa, pero otra, que en ocasiones es asimilada a talanquera para acceder al sistema judicial, son los

---

<sup>4</sup> DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 3 edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.

requisitos adicionales de procedibilidad como la conciliación extrajudicial, la cual, las más de las veces, es tremendamente ineficaz.

El ejercicio de los recursos administrativos ha pasado de ser considerado un medio de impugnación que “deslegitima” la actuación de la administración, para convertirse en un derecho esencial para todos los asociados dentro de un contexto de estado social de derecho, ya que garantiza la transparencia de la gestión pública y la actuación ajustada al marco constitucional vigente. En el nuevo modelo de Estado, el ciudadano no está obligado a soportar todas las actuaciones de la administración, aún las antijurídicas, ya que ello iría en contravía de los fines de todo el ordenamiento y le restaría valor a la manera cómo se llevan a cabo los procedimientos administrativos<sup>5</sup>.

## **4.2. MARCO CONCEPTUAL.**

### **4.2.1. Derecho administrativo:**

El derecho administrativo es la rama del derecho que se encarga de la regulación de la administración pública. Se trata, por lo tanto, del ordenamiento jurídico respecto a su organización, sus servicios y sus relaciones con los ciudadanos.

### **4.2.2. Impugnación:**

Consiste, básicamente, en refutar alguna idea o creencia, partiendo de un argumento que explique el porqué del error en la base fundamental de aquella afirmación. Este término es mucho más común en el ámbito jurídico, dentro del cual se puede impugnar durante el desarrollo de un caso o al final de este, funcionando como una estrategia para ganar el juicio.

---

<sup>5</sup> BARRERA TORRES, Natalia. Óp. Cit., p. 13.

#### **4.2.3. Legalidad:**

Se hace referencia a la presencia de un sistema de leyes que debe ser cumplido y que otorga la aprobación a determinadas acciones, actos o circunstancias, y como contrapartida desaprueba a otras tantas que afectan las normas establecidas y vigentes. La legalidad es, entonces, todo lo que se realice dentro del marco de la ley escrita y que tenga como consecuencia supuesta el respeto por las pautas de vida y coexistencia de una sociedad dependiendo de lo que cada una de ellas entienda por tal concepto.

#### **4.2.4. Recurso:**

Procesal o jurisdiccional es el medio establecido en la ley para obtener la modificación, revocación o invalidación de una resolución judicial, ya sea del mismo juez o tribunal que la dictó o de otro de superior jerarquía.

#### **4.2.5. Recurso de insistencia:**

En los eventos en que se rechace la solicitud de información por motivos de reserva, el interesado podrá interponer por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los 10 días siguientes a ella el recurso de insistencia, del cual será competente según el caso, el Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada. Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez 10 días siguientes.



#### **4.2.6. Administración Pública:**

Conjunto de instituciones y organizaciones estatales que administran y gestionan entes públicos. Esas instituciones u organizaciones se encuentran dirigidas por individuos y cuentan con una planta de personal notable que facilita el funcionamiento de las diversas áreas en las que normalmente se encuentra dividida.

#### **4.2.7. Derecho de Petición:**

El derecho de petición es la facultad que toda persona tiene para presentar solicitudes ante las autoridades o ante ciertos particulares y obtener de ellos una pronta solución sobre lo solicitado. Es un derecho fundamental, consagrado en el Artículo 23 de la Constitución Nacional y es un deber de obligatorio cumplimiento para la administración pública. El Derecho de Petición puede ejercerse en interés, general o particular u obrando en cumplimiento de una obligación o deber legal. También, puede tratarse del Derecho de Petición de Informaciones y del Derecho de Formulación de Consultas.

#### **4.2.8. Petición:**

Una petición es la solicitud verbal o escrita que se presenta en forma respetuosa ante un servidor público o ante ciertos particulares con el fin de requerir su intervención en su asunto concreto.

#### **4.2.9. Documento:**

Del latín documentum, un documento es una carta, diploma o escrito que ilustra acerca de un hecho, situación o circunstancia. También se trata del escrito que presenta datos susceptibles de ser utilizados para comprobar algo.

#### **4.2.10. Documento Público:**

Documento público es aquél otorgado por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Se denomina instrumento público cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario; se denomina escritura pública, cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo

#### **4.3. MARCO LEGAL**

-Constitución Política de 1991, específicamente en el artículo 23 que regula el derecho de petición y su tenor textual expresa: “ARTICULO 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”.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, específicamente los artículos 24, 25, 26 y 27 que regulan el tema objeto de estudio y sus tenores textuales expresan:

Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial:

1. Los protegidos por el secreto comercial o industrial.
2. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
3. Los amparados por el secreto profesional.
4. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información.

5. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

Artículo 25. Rechazo de las peticiones de información por motivo de reserva. Toda decisión que rechace la petición de informaciones o documentos será motivada, indicará en forma precisa las disposiciones legales pertinentes y deberá notificarse al peticionario. Contra la decisión que rechace la petición de informaciones o documentos por motivos de reserva legal, no procede recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo siguiente.

La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella.

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 o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente, la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos:

1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente.
2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo.

Artículo 27. Inaplicabilidad de las excepciones. El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales 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 1755 de 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición” que expresa:

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 o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

## **5. DISEÑO METODOLÓGICO.**

### **5.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.**

Esta es una investigación básica de tipo descriptivo. De igual forma, es una investigación jurídica, pues analiza al derecho desde su propia perspectiva, usando sus fuentes formales.

### **5.2. TIPO DE ESTUDIO.**

Es jurídico descriptivo, al partir de un tema jurídico que para su estudio se descompone en diferentes partes o factores, tendiendo como base los criterios empleados para su interpretación en las diferentes altas Cortes del país y la doctrina, en lo referente al recurso de insistencia en Colombia.

### **5.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.**

El método es deductivo por cuanto se parte del análisis de contextos generales toda vez que debe analizarse desde la teoría y desde la generalidad todo lo referente al recurso de insistencia. Es decir, se parte de la teoría y se llega a la

manera cómo han de entenderse las perspectivas de estos recursos como formas de hacer valer derechos de los ciudadanos.

#### **5.4. LAS FUENTES**

Debe entenderse que se usarán fuentes primarias de información, pues se irá directamente a la fuente para obtenerla. Es decir, se usarán textos de autores determinados, jurisprudencia de las altas cortes colombianas y la ley.

#### **5.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN**

La investigación jurídica documental utiliza técnicas de documentación aplicables a la información jurídica, caso de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, por lo que la técnica es de análisis documental, al estudiar, analizar y procesar la información encontrada sobre la materia objeto de estudio.

El instrumento de recolección de información son las fichas bibliográficas, al permitir sistematizar la información que se va obteniendo, para ir procesando los datos de una manera ordenada e ir clasificando la información de acuerdo con los propios criterios de las altas cortes emplean para su labor interpretativa y analítica de la legislación.

## **6. PLAN DE CAPÍTULOS.**

- Capítulo 1: Elementos teóricos y jurídicos del recurso de insistencia.
- Capítulo 2: Análisis de la jurisprudencia promulgada por la jurisdicción contenciosa administrativa que decida el recurso de insistencia.
- Capítulo 3: Análisis de la efectividad del recurso de insistencia.

## 7. RECURSOS DISPONIBLES.

RUBROS	FUENTES	TOTAL
1. Humanos: investigadores, director de trabajo de grado.	Fuentes propias	\$ 800.000
2. Técnicos: computador, impresoras, grabadoras, materiales de texto	Fuentes propias	\$ 300.000
3. Financieros: total de inversión	Fuentes propias	\$ 2'000.000
4. Institucionales: biblioteca, bases de datos, entidades	Fuentes propias, UCEVA	N/A
5. Viajes	Fuentes propias	\$ 50.000
6. Salidas de Campo	Fuentes propias	\$ 50.000
7. Bibliografía	Fuentes propias	\$ 150.000
8. Publicaciones	Fuentes propias	\$ 50.000
9. Servicios Técnicos	Fuentes propias	\$ 50.000
<b>TOTAL.</b>		<b>\$2'000.000</b>

### PERSONAS QUE PARTICIPAN EN EL PROCESO

**Ejecutores:** Marcela Alegría Londoño – Cristian David Hernández Victoria

**Director de Trabajo de Grado:** Mg. Juan David Arias Grisales

### 8. CRONOGRAMA.

ACTIVIDADES	NOVIEMBRE 2017												Diciembre 2017			Enero 2018						
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4		
<b>DISEÑO DE INVESTIGACIÓN</b>																						
Planteamiento del problema																						
Formulación y sistematización																						
Objetivos																						
Justificación																						
Marco de referencia																						
Diseño metodológico																						
Soporte investigativo																						
Presentación																						



## **9. ELEMENTOS TEÓRICOS Y JURÍDICOS DEL RECURSO DE INSISTENCIA**

En Colombia es difícil hacer una valoración integral y acertada frente al acceso a la información pública, ya que los análisis pueden incluir diferentes escenarios como el ejercicio no generalizado de esta clase de derecho, o sencillamente, el grado de cumplimiento de las leyes que lo garantizan por parte del servidor público o el particular con funciones públicas, no se compadece con la protección constitucional y legal que este derecho (cuya connotación de fundamental es inobjetable) ha alcanzado en los últimos treinta años en Colombia, algo que dependerá siempre de la forma en la que se conciban las prácticas estatales, junto con la voluntad política que se necesita para que el arraigo cultural que actualmente impera, vaya quedando paulatinamente en el pasado.

El acceso a la información pública en su concepción jurídico-normativa de derecho fundamental se puede encontrar en varias normas internacionales de alcance universal o regional, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos e incluso la Convención Interamericana contra la Corrupción.

El sentido de la redacción del derecho al acceso a la información es similar en todos los instrumentos antedichos, esto es, se deja clara su connotación de universal (su titularidad radica en cualquier persona) y la naturaleza de la información o idea a la que se pretende acceder, incluyendo la que se encuentre en poder de las entidades públicas y versen sobre el funcionamiento orgánico del Estado. Todas las normas internacionales han sido ratificadas por Colombia y hacen parte del bloque de constitucionalidad, de ahí que su vinculatoriedad y carácter obligatorio no esté llamado a la duda.

El acceso a la información es tan relevante para medir el grado de solidez de una democracia, que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que para darle sostén, es necesario encuadrarlo en dos principios: (i) principio de máxima divulgación, que propende por un andamiaje jurídico sólido cuya base sea la transparencia y la publicación de la información, y la excepción a la regla sea la restricción o el condicionamiento y (ii) principio de buena fe, que pregona una interpretación garantista de la norma cuya finalidad es la consecución de los objetivos que persigue el acceso a la información, de tal manera que se “asegure la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan una cultura de transparencia, coadyuven a transparentar la gestión pública, y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional”<sup>6</sup>.

Este derecho está consagrado en el artículo 74 de la Constitución de 1991, canon según el cual todas las personas tienen garantizado el acceso a los documentos públicos, sin perjuicio de las excepciones que establece la ley. Igualmente, el artículo 20 de la norma constitucional dispone que todos los nacionales colombianos o extranjeros residentes en Colombia tienen derecho a recibir información cierta e imparcial si así lo solicitan. A pesar de constituirse como un derecho con carácter de fundamental, no existe una Ley Estatutaria que lo regule de manera integral, lo que no ha sido obstáculo para que el legislador lo tenga en cuenta en diferentes normas que a pesar de todo, siguen quedando en deuda con el peticionario de la información.

La primera ley de la que se tiene registro frente al tema del deber de divulgación de las decisiones y/o actos de las autoridades públicas es la 57 de 1985, que

---

<sup>6</sup>. Comisión Interamericana Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Washington, 2010, p. 3, en Fundación para la Libertad de Prensa. El acceso a la información pública en Colombia, entre el secreto y la filtración. Embajada Británica en Bogotá, 2011, p. 12.

reglamentó parcialmente la cuestión. Igualmente, esta norma dispuso que la información sujeta a reserva permaneciera en dicha condición hasta por el término de 30 años, transcurrido el cual se debería hacer completamente pública. A su vez, con esta norma se dispuso la posibilidad de solicitar a las autoridades públicas la expedición de documentos, estableciendo un término de respuesta no superior a diez (10) días hábiles.

La norma dispuso por primera vez en Colombia la obligación que actualmente tienen las autoridades y/o entidades públicas de mantener en sitios de fácil acceso a la ciudadanía (incluyendo canales virtuales hoy en día) la información relativa a su objeto misional, tales como las que originaron la necesidad constitucional de su creación, su estructura, la organización funcional y las competencias o asuntos que tiene a su cargo. La Ley 57 dispuso también la obligación en cabeza de todas las Entidades públicas de producir de manera sistemática y constante información sobre el rumbo de su gestión, de tal modo que se puedan adelantar actividades de veeduría ciudadana.

Según la Fundación para la Libertad de Prensa, otra norma que tiene que ver con el tema del acceso a la información pública es la Ley 594 de 2000, según la cual radica en cabeza de las Entidades públicas la obligación de divulgar y custodiar los documentos de interés público en archivos cuyo acceso tiene la misma connotación. El deber incluye la actualización periódica de la información, la cual debe estar publicada en canales físicos y virtuales que permitan su fácil consulta; igualmente, la información se debe mantener en una cadena de custodia adecuada, de tal modo que su publicación se dé en las condiciones más idóneas<sup>7</sup>.

Existen otras leyes que hacen una pequeña mención al tema del acceso a la información pública, pero no se detienen a regular cada uno de sus elementos si se le entiende como derecho fundamental. Ejemplos de dicha situación los

---

<sup>7</sup> Fundación para la Libertad de Prensa. El acceso a la información pública en Colombia, entre el secreto y la filtración. Embajada Británica en Bogotá, 2011, p. 13.

constituyen la Ley 80 de 1993, que consagra la transparencia de las Entidades estatales como un principio transversal a la contratación en este ámbito, o la Ley Estatutaria 1266 de 2008, que regula el derecho fundamental al habeas data.

La principal herramienta para acceder a la información pública, esto es, para materializar dicho derecho fundamental, es, a su vez, otro derecho de consagración constitucional y cuya connotación de fundamental es aún más clara. Se trata del derecho de petición consignado en el artículo 23 de la Constitución, regulado actualmente por la Ley Estatutaria 1755 de 2015, la cual derogó las disposiciones que sobre el particular se encontraban en los primeros artículos de la Ley 1437 de 2011.

Esta última norma consagra otro mecanismo a través de la cual se puede acceder a la información pública, esto es, el llamado recurso de insistencia, el cual, en todo caso, ya había sido previamente dispuesto en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985. En la forma en la que estaba redactada la norma en 1985, se podía afirmar que la insistencia era un recurso administrativo que le permitía al peticionario disentir de la negación de acceso a información o documento público cuando el servidor competente arguyera que los mismos estaban sujetos a reserva. Al no estar de acuerdo con la decisión de la Administración, el ciudadano podrá insistir en su petición de información, frente a lo cual se activará de manera automática la competencia del Tribunal Contencioso Administrativo del correspondiente distrito judicial para que resuelva definitivamente la controversia mediante providencia que no es apelable.

La jurisprudencia que se analizará infra, permitirá comprender que del ejercicio de recurso de insistencia se desprende un procedimiento contencioso-administrativo de carácter especial cuyo origen también podría radicar en la afirmación de la administración según la cual la información que se solicita es de carácter reservado. Es por lo anterior que la acción de tutela difícilmente podría proceder

ante dicha negativa, porque al ser ésta subsidiaria y la insistencia el “mecanismo ordinario” que dispone el Código para obtener una decisión con fuerza de cosa juzgada, resultaría procesalmente complejo intentar primero la vía constitucional, máxime si se tiene en cuenta que la insistencia, tal como está concebida, es un mecanismo célere.

Para efectos del peticionario, la acción de tutela sólo procede cuando la Entidad definitivamente guarde silencio frente a la solicitud de acceso a la información; o la respuesta sea incompleta, evasiva o falta de motivación y/o argumentación; e incluso, cuando a través de la respuesta la Administración solicite trámites adicionales sin ninguna clase de justificación, e incluso el cobro de derechos pecuniarios excesivos. Para la Administración, la acción de tutela puede ser procedente en caso de que considere que la decisión de la autoridad judicial desconoce derechos de terceros, principalmente a la intimidad o buen nombre, o cuando la información solicitada sea tan sensible que pueda poner en riesgo la seguridad del Estado o el orden público.

En lo que respecta a los medios de comunicación, la Ley 190 de 1995 en sus artículos 76 y 77 dispone que los periodistas tienen acceso garantizado a toda clase de información pública:

Las investigaciones que sobre los actos de las autoridades públicas adelanten los periodistas y los medios de comunicación en general, son manifestación de la función social que cumple la libertad de expresión e información y recibirán protección y apoyo por parte de todos los servidores públicos, y deberán ser ejercidas con la mayor responsabilidad y con el mayor respeto por los derechos fundamentales al debido proceso, honra y buen nombre. Su incumplimiento dará lugar a las acciones correspondientes.

Frente a este tipo de sanciones, la misma norma dispone que el funcionario público que obstaculice, retarde o niegue sin justificación alguna el acceso a la ciudadanía en general, y particularmente, a los medios de comunicación, a los documentos que estén en su poder o que hagan parte de sus funciones, incurrirá en causal de mala conducta. Cuestión que es refrendada en su momento por el

artículo 22 del Decreto 01 de 1984, cuando estableció que el servidor público que fuese renuente a emitir respuesta a las peticiones de información en el lapso de diez días hábiles, será sancionado con la pérdida del empleo<sup>8</sup>.

Con la Ley 1437 de 2011, nuevo Código Contencioso Administrativo y de lo Procedimiento Administrativo, dispuso una serie de reservas legales frente a la información que se solicite, así: (i) protección de secretos industriales y comerciales, (ii) de defensa y seguridad nacional, (iii) el secreto profesional, (iv) privacidad e intimidad de las personas y (v) operaciones financieras y de crédito público de la Nación. En lo que refiere a la aplicación del recurso de insistencia, se observa que la redacción del artículo 26 de la Ley 1437 de 2011 es similar a la forma en la que se concibió la figura con la Ley 57 de 1985.

Con la Ley 1437 de 2011, se establecen asimismo obligaciones específicas para cada una de las entidades públicas frente a la producción sistemática en cada uno de sus canales de divulgación, toda la información relativa a sus procedimientos y regulaciones, así como en los actos administrativos de carácter general. Igualmente, con este Código se dispuso la posibilidad de presentar peticiones a organizaciones de particulares, tales como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras, clubes, cajas de compensación familiar y todas las instituciones del sistema de seguridad cuya naturaleza no sea pública. La petición, en todo caso, también es procedente frente a personas naturales, siempre que se verifique que el peticionario sí se encuentra en una situación de indefensión o vulnerabilidad frente a ellas.

Según la Fundación para la Libertad de Prensa, no se puede dejar de lado que el Estado no sólo tiene la obligación de emitir respuesta a las solicitudes que se interpongan frente al acceso a la información pública, sino que todas y cada una

---

<sup>8</sup> Fundación para la Libertad de Prensa. Óp. Cit., p. 15.

de sus actuaciones deben orientarse bajo el principio de transparencia. Lo anterior, quiere decir que la función del Estado de manera oficiosa debe establecer canales de publicación de la información relevante para el interés general, la cual tiene que ver con elementos tales como la estructura, el presupuesto y las funciones de cada una de las entidades estatales. Las entidades públicas, en ese sentido, deben permitir que la información para el ejercicio de los derechos ciudadanos esté disponible para ello, de tal modo que se tenga pleno conocimiento de los servicios a los que puede acudir y a los procedimientos necesarios para interponer quejas y reclamos<sup>9</sup>.

La Ley 1712 de 2014, conocida como la ley de transparencia y la Ley 1755 de 2015, que regula al derecho de petición, contienen regulaciones expresas con respecto del recurso de insistencia en tenor similar a lo expresado por el legislador mismo en la Ley 57 de 1985. No obstante, existen diferencias marcadas entre ambas legislaciones con respecto a cuestiones tanto sustanciales como procesales del recurso de insistencia.

Es válido afirmar, de cara a lo anterior, que han sido muchas las decisiones que se han tomado en sede judicial, por la jurisdicción contenciosa administrativa, en todos los niveles de la misma, acerca del recurso de insistencia. No obstante, cabe reconocer que han sido pocas las que han sido resueltas a favor del peticionario, en la medida que o bien no se tienen los conocimientos necesarios para incoar este tipo de procesos de manera adecuada o bien porque faltan requisitos procesales y legales que permita que el juez o magistrado administrativo pueda tomar la decisión a favor del administrado. Sin embargo, no puede reputarse que este mecanismo no sea efectivo por sí mismo, pues cuando se incoa y una decisión judicial es tomada, así sea en contra de las pretensiones que tiene el administrado, se está determinando que sí existe efectividad, pues

---

<sup>9</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Óp. Cit., p. 9.

moviliza el aparato judicial y se produce una sentencia. Además, ha de entenderse que en los casos en los que se sí se defienden los derechos de los administrados, es decir, se materializan las pretensiones en la sentencia, aquello obedece porque lo contemplado en la ley fue llevado a cabo a integralidad. Seguidamente, se presentan algunas causales por las cuales el recurso de insistencia no prospera en sede judicial:

1. Falta de requisito de procedibilidad: La Ley es clara al determinar que el recurso de insistencia debe presentarse directamente ante la autoridad administrativa que negó la información, para así poderlo presentar ante el juez administrativo.
2. Algunos peticionarios, en su afán de obtener la información deseada, después de haber insistido ante la misma administración, proceden a incoar el recurso ante la jurisdicción, enviando los documentos por cuenta propia, cuestión que no está contemplada en el procedimiento del recurso de insistencia. Debe esperarse a que se la misma entidad accionada la que remita la documentación al juez, pues es esta la obligada.
3. En ocasiones se presenta el recurso de insistencia, cuando el peticionario recibe una información contraria a sus intereses, pero que no tiene nada que ver con una negativa de acceso a la información.
4. Puede presentarse una falta de legitimidad por activa al momento de incoar el recurso de insistencia, ello porque la persona que insiste no es la misma que presentó la solicitud de información y que fue objeto de la negación.
5. Ocurren situaciones en las que se presenta un recurso de insistencia a entidades que no son propias del derecho público, sino que son propias del derecho privado.



## **10. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ACERCA DEL RECURSO DE INSISTENCIA.**

Para efectos de este trabajo, se analizarán de manera detallada dos sentencias del Consejo de Estado en las que se dejan claros los alcances y connotaciones procesales y de materialización del ejercicio democrático del recurso de insistencia, ejercicio que permitirá comprender la forma en la que deben actuar los jueces y tribunales de instancia cuando se resuelven esta clase de trámites, teniendo en cuenta el poder vinculante de la jurisprudencia de la Corporación según el concepto de precedente vertical, el cual debe irradiarse a la forma en la que se asume el ejercicio del instrumento procesal tanto a nivel administrativo como judicial.

### **10.1. Sentencia de 17 de julio de 2014. Consejo de Estado. Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo.**

La ponencia estuvo a cargo del Consejero encargado Alberto Yepes Barreiro y se trató de la decisión en sede de segunda instancia de la impugnación elevada por la parte actora dentro del ejercicio del medio de control acción de cumplimiento interpuesto por Caracol Televisión S.A. en contra de la Autoridad Nacional de Televisión-ANTV, en contra de la sentencia de 06 de febrero de 2014 a través de la cual la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó por improcedente la acción formulada.

Mediante el ejercicio de la acción de cumplimiento y a través de apoderado judicial, Caracol Televisión S.A. demandó de la Autoridad Nacional de Televisión (por sus siglas, ANTV) el cumplimiento de los artículos 21 de la Ley 57 de 1985 y 26 de la Ley 1437 de 2011, respectivamente. La pretensión de la demanda se reducía a la orden que se le debía impartir a la ANTV para que accediera al cumplimiento perentorio del artículo 21 de la Ley 57 de 1985 y del artículo 26 de la

Ley 1437 de 2011, y como consecuencia de ello, procediera al envío de todos los documentos sobre los cuales consideraba existía reserva legal al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Los hechos que constituían la base de la pretensión fueron los siguientes:

-(1) El 18 de septiembre de 2013 en ejercicio del derecho de petición, la sociedad Caracol Televisión S.A. solicitó a la ANTV copia auténtica de todas las actas de las sesiones de la Junta Nacional de Televisión llevadas a cabo desde el inicio de sus funciones y hasta el momento en que se emitiera respuesta a la solicitud.

-(2) La respuesta de la Autoridad administrativa, calendada 23 de octubre de 2013, se redujo a afirmar que: "...la documentación que usted pretende conocer contiene información privilegiada y aspectos financieros sometidos a reserva, de su futuro e inmediato competidor, como lo será el operador del tercer canal de televisión abierta. Le reitero que la reserva de los documentos relativos a la estructuración del modelo financiero de los contratos de concesión, no es pública, de conformidad con el numeral cuarto del artículo 2.1.1 del Decreto 734 de 2002".

-(3) Ante la respuesta de la ANTV, la sociedad que ejercía la acción de cumplimiento en esta sede, solicitó a quien fungía como demandada, mediante misiva de fecha 30 de octubre de 2013: "...Que en aplicación del artículo 21 de la Ley 57 de 1985, respecto de la información que la ANTV considere reservada, se expida providencia que lo motive con indicación de las disposiciones legales pertinentes. Que en aplicación del artículo 26 del CPACA, se remita al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Reparto) la información que según la ANTV tiene carácter reservado, con el fin de que sea dicha entidad quien resuelva lo correspondiente".

-(4) No obstante acceder la Autoridad accionada a la entrega de las copias de las actas de la Junta Nacional de Televisión el día 14 de noviembre de 2013 a Caracol Televisión, lo cierto es que guardó silencio frente al fundamento legal que previamente había utilizado para alegar una presunta reserva de la información

solicitada, ni mucho menos sobre la aplicación del trámite que prevé el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011.

-(5) De cara a lo anterior, Caracol Televisión constituyó en renuencia a la ANTV a través de solicitud de fecha 03 de diciembre de 2013 en la que demandaba de ésta el cumplimiento de los artículos 21 de la 57 de 1985 y 26 de la Ley 1437 de 2011, de tal modo que se indicara con exactitud cuáles eran las normas de carácter legal que respaldaban la tesis según la cual no era posible suministrar la información solicitada, de modo que se enviara al Tribunal Administrativo de Cundinamarca toda la documentación para que dicha Corporación resolviera lo que en derecho correspondiera, algo sobre lo cual se había guardado silencio.

En la contestación de la demanda, a través de escrito de fecha 28 de enero de 2014, el Coordinador Legal de la Autoridad Nacional de Televisión sostuvo la improcedencia de la acción de cumplimiento puesto que la Entidad que representaba sí había remitido la insistencia formulada por Caracol Televisión al Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de oficio 201400000346 de 13 de enero de 2014; sostuvo que el objeto de la acción se había superado, motivo suficiente para desechar las pretensiones.

Mediante sentencia de 06 de febrero de 2014 la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó por improcedente la acción de cumplimiento. Al respecto, afirmó que Caracol Televisión contaba con un mecanismo de defensa ordinario ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en la que el juez ordinario decide si accede total o parcialmente a entregar los documentos o si niega la solicitud por motivos de reserva legal.

A través de escrito presentado el 14 de febrero de 2014, Caracol Televisión impugnó la decisión de la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aduciendo que no se podía estar de acuerdo con lo resuelto debido a la flagrante contradicción de esa decisión con lo señalado en

la sentencia de 12 de noviembre de 2013 proferida por la Sala, en la que se acogió el criterio según el cual quien debe acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para efectos de tramitar la insistencia es la entidad requerida más no el interesado en acceder a la información cuya restricción por reserva se predica. Igualmente, afirmó que de aceptar una postura de esa índole, se estaría justificando la inexistencia de un mecanismo idóneo para que lo dispuesto en la norma—Ley 57 de 1985, art. 21; Ley 1437 de 2011, art. 26—se pueda cumplir eficazmente.

Igualmente, se señaló que la ANTV no había cumplido con el trámite de la insistencia, ya que el documento que presuntamente había remitido al Tribunal a través de oficio 201400000346 datado 13 de enero de 2014, no se había glosado al expediente. Estableció que a pesar de haber recibido copia de un escrito dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca procedente de la Entidad accionada y con la fecha ya referida, en dicho documento no se verificó constancia de recibido en la Corporación judicial, puesto que sólo se remite a hablar del envío del “recurso” de insistencia formulado por Caracol Televisión S.A.; igualmente, se dijo en dicho oficio que la información objeto de la insistencia era especialmente sensible para el mercado de la televisión colombiana y su divulgación podría tener un impacto significativo para ella. A pesar de ello, las razones jurídicas y/o legales que sustentaban esa afirmación, brillaron por su ausencia.

La Sala, después de despejar unas dudas referentes a la remisión del expediente administrativo por parte de la ANTV al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de hacer unas consideraciones previa referentes a los alcances y características de la acción de cumplimiento y los requisitos que se deben acreditar para su procedencia según los derroteros del artículo 87 de la Constitución y de las disposiciones de la Ley 393 de 1997, matizadas algunas de ellas por la jurisprudencia constitucional, entra a analizar el caso concreto.

En cuanto a la constitución en renuencia que se debe dar de cara a la entidad accionada según el artículo 8 en concordancia con el numeral 5 del artículo 10 de la Ley 393 de 1997, establecida como requisito de procedibilidad para acudir a la instancia judicial, la Sala precisa, refiriéndose a su propia postura, que “el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento”<sup>10</sup>

Quiere decir lo anterior que para dar por satisfecho el requisito en mención no se hace necesario mencionar expresamente en la petición la finalidad de la misma, es decir, la de constituir en renuencia a la respectiva autoridad, toda vez que el artículo 8 de la Ley 393 de 1997 no lo impone de esa manera; sólo es necesario que se consigne la intención de dar cumplimiento al deber dispuesto en la norma, de tal modo que se pueda dar por cierto el propósito de agotar el requisito previo del cual se habla.

Del escrito de fecha 2 de diciembre de 2013, a través del cual Caracol Televisión le solicitó al Director de la ANTV el cumplimiento de los artículos 21 de la Ley 57 de 1985 y 26 de la Ley 1437 de 2011 y que no obtuvo respuesta alguno, la Sala colige que sí tenía la entidad suficiente para constituir en renuencia a la referida Autoridad. Después de citar las disposiciones cuyo cumplimiento se pretendía a través de la acción constitucional, la Sala recuerda que el juez de primera instancia había declarado la improcedencia de la acción de cumplimiento porque en su juicio la sociedad accionante contaba con un mecanismo de defensa de carácter legal como lo es la insistencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que el operador judicial decide si accede total o parcialmente a la entrega de los documentos cuya reserva legal se alega.

---

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 20 de octubre de 2011, expediente 2011-01063. C.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo.

De las pruebas obrantes en el expediente y del trámite de segunda instancia, la Sala destacó:

- Escrito con radicado 2013-00007893 de 15 de noviembre de 2014 a través del cual la ANTV informa al Representante Legal de la sociedad demandante que: "...en cuanto el peticionario acepta que la reserva hace imposible revelar la información amparada, y por consiguiente procederemos a entregar la información no sometida a reserva (...) Adicionalmente considero importante mencionar que además de la reserva relativa al modelo financiero de los contratos de concesión, mencionada en su comunicación, existen otros tipos de información reservada. Es reservada la información relacionada con asuntos tributarios, con el derecho a la intimidad de las personas, con los secretos comerciales e industriales, con las infracciones de carácter penal o fiscal, con las actuaciones administrativas o disciplinarias, con los documentos en elaboración y con los documentos relativos a prestaciones sociales. Como ya se ha expuesto en oportunidades anteriores, dada la condición de concesionario de la operación de un canal de televisión que ostenta Caracol Televisión, S.A., la información relativa al proceso de Licitación Pública para la adjudicación de la operación privada de un tercer canal de televisión resulta información privilegiada, pues quien la conozca tendrá ventaja sobre los demás aspirantes y puede ser utilizada para obtener algún tipo de provecho, para sí o para un tercero" (fl. 23).
- A través de Oficio N° 201400009201 de 10 de junio de 2014, la ANTV remitió copia del documento con radicación N° 201400000346 de 13 de enero de 2014 mediante el cual se entregó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, todos los documentos necesarios para tramitar la insistencia formulada por Caracol Televisión, con sello de recibido rubricado por la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal.
- Escrito N° ESMM 2014-3849 de 28 de abril de 2014 recibido en la oficina de correspondencia del Consejo de Estado el 29 de mayo de 2014. En el oficio, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

informa: "...tampoco obra el mencionado oficio (201400000346) y de la revisión que se hizo en esta oficina, no hay ningún memorial para agregar a expedientes o para remitir a corporaciones; se concluye que esta secretaría no ha recibido el 'oficio radicado 201400000346 de 13 de enero de 2014 por parte de la Autoridad Nacional de Televisión'" (fl.95).

Para la Sala, resultó acreditado que la ANTV sí había allegado al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el recurso de insistencia presentado por Caracol Televisión, junto con los anexos necesarios para su trámite. Ello, a través de Oficio N° 201400000346 de enero 13 de 2014. Así, para la Sala era claro que la Autoridad sí había cumplido con el mandato claro, inobjetable y vinculante dispuesto en los artículos 21 de la Ley 57 de 1985 y 26 de la Ley 1437 de 2011, remitiendo todo el expediente contentivo de la insistencia ante el correspondiente tribunal administrativo.

En el caso concreto, resultó evidente para la Sala que la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sí había recibido los documentos remitidos por parte de la ANTV para surtir el trámite de insistencia que había solicitado Caracol Televisión S.A.; no obstante, al momento de proferir su decisión, dichos documentos se encontraban extraviados, por lo que no era posible endilgar a la entidad accionada el error cometido en la Secretaría, el cual fue determinante para que no se tramitara la insistencia y de contera, se ejerciera la acción de cumplimiento.

Es por el razonamiento anterior que la Sala decide modificar lo resuelto en primera instancia, para en su lugar negar las pretensiones de la acción de cumplimiento. Sin embargo, con el fin de garantizar el ejercicio de la insistencia a la sociedad accionante, el cual había sido debidamente radicado por la ANTV ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se ordenó a dicha Entidad que dentro de las cuarentaiocho horas siguientes a la expedición de la decisión, se remitiera nuevamente copia del expediente que contenía la insistencia presentada por

Caracol Televisión junto con sus anexos, de modo que la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, una vez recibida toda la documentación, decidiera en el menor tiempo posible si negaba o aceptaba parcial o totalmente la petición de documentos formulada, en los términos del artículo 26 de la Ley 1437 de 2011.

A pesar del objeto consumado respecto a la acción de cumplimiento, el Consejo de Estado asume una posición garantista para el peticionario, ya que a través de una orden perentoria conmina a la Entidad que fue peticionada a poner todo a disposición para que se tramite la insistencia, aun cuando se habían cometido sendos errores en el manejo de la documentación necesaria para resolver de fondo la cuestión. También queda claro a partir de la providencia analizada que la insistencia, a pesar de no ser considerada como un recurso en el sentido estricto por las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, al parecer sí tiene esta connotación impugnativa, lo cual puede afirmarse como una garantía adicional para establecer debates jurídicos con la Administración que aseguren el cabal ejercicio de los derechos ciudadanos.

## **10.2. Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 03 de noviembre de 2016.**

Con ponencia de la Consejera, Dra. Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez, la sentencia se encarga de resolver la petición de protección constitucional elevada a través de la acción de tutela instaurada por José Fernando Echeverry Murillo el 29 de julio de 2016 contra la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo del Quindío, tal como lo autoriza el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto N° 1069 de 2015.

José Fernando Echeverry Murillo, en su calidad de rector y representante legal de la Universidad del Quindío y actuando a su vez como agente oficioso de todo el personal administrativo y contratista de la Institución, activo y en retiro, solicitó la



protección de los derechos fundamentales al debido proceso, la intimidad y la dignidad humana, que a su juicio fueron desconocidos por la sentencia N° 138 dictada por la Corporación accionada en fecha de 22 de julio de 2016, dentro del trámite de la insistencia a la que se vio forzada la Universidad accionante en virtud de la petición presentada por el abogado Sabel Reinerio Arévalo Arévalo, en su calidad de ciudadano.

Como hechos que a juicio de la Universidad eran relevantes para sustentar la pretensión de amparo, la Sala destacó los siguientes:

-(i) El 10 de mayo de 2016 el abogado Sabel Reinerio Arévalo Arévalo radicó petición ante la Universidad del Quindío en la que solicitó la expedición de copias de los “actos administrativos de nombramiento, traslado, ascensos, contratos de prestación de servicios, inherentes al personal de la parte administrativa de esta Institución, desde junio de 2014 hasta la fecha”; (ii) el 19 de mayo del mismo año el referido abogado presentó recurso de insistencia, reiterando la entrega de los documentos solicitados; (iii) el 23 de mayo de 2016, la Institución responde negativamente la petición aduciendo reserva de la información solicitada, toda vez que los datos pedidos hacían parte de la historia laboral de los empleados y contratistas; (iv) el recurso de insistencia le correspondió resolverlo a la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo del Quindío a través de providencia de 22 de julio de 2016, a través de la cual resolvió declarar indebidamente negada la petición de información formulada por el abogado Arévalo. En consecuencia, ordenó a la Institución que entregara los siguientes documentos: “Segundo: Como consecuencia de lo anterior, ORDÉNESE a la UNIVERSIDAD DEL QUINDÍO que expida de forma inmediata a favor del SABEL REINEIRO ARÉVALO ARÉVALO, las copias de los actos administrativos de nombramientos, traslados, ascensos y contratos de prestación de servicios, del personal administrativo de la universidad del Quindío, a que hace referencia su petición del 10 de mayo de 2016”.

Como fundamentos de la acción constitucional, el rector de la Universidad del Quindío sostuvo que el Tribunal había incurrido en una “vía de hecho” debido a la ambigüedad y elementos contradictorios que podían verificarse en la sentencia, así como a la vulneración del principio de congruencia, toda vez que en su parte resolutive le ordenaba a la Institución la entrega de una información, pero en la parte considerativa imponía la responsabilidad de clasificar los documentos que debían ser entregados:

“(…) para la Universidad, todos los documentos del personal adscrito (Activo o inactivo) en la parte administrativa y laboral, goza (sic) de reserva y solo hasta tanto cada uno de los ciudadanos que han prestado sus servicios a la Universidad autorice la entrega de sus documentos personales a un tercero, el Alma Mater seguirá considerando que tal documentación goza de reserva legal”.

De forma adicional, acusó el fallo de permitir la configuración de una vía de hecho ya que sólo se preocupó por velar por el interés particular de un tercero, quien presuntamente se valió de artificios para obtener los documentos, tales como que los requería para ejercer una acción de cumplimiento. Dijo que la Corporación judicial accionada dejó de lado los alcances del concepto de personal administrativo y contratistas de una Ente Universitario Autónomo, máxime si la finalidad del acceso a la información siempre fue desconocida.

Por su parte, sostuvo que los derechos de contradicción y defensa de todo el personal administrativo y contratista de la Universidad del Quindío habían sido conculcados, puesto que se les dejó de lado durante el trámite de insistencia adelantado por el abogado Arévalo, cuando en realidad tenían interés jurídico legítimo en la no divulgación de la información solicitada. Adujo de igual manera que con la información que se había ordenado publicar, se ponía en riesgo a estos empleados, puesto que esto “le permite a personas inescrupulosas en un

momento determinado abusar de dicha situación y poner en peligro inminente a las personas y familia de estas (...).”.

Finalmente, sostuvo que con su decisión, el Tribunal también había vulnerado derechos fundamentales de los directivos de la Universidad, puesto que estos se vieron forzados a transgredir derechos de terceros sin que hubiese justificación legal para ello, lo cual los ponía en un plano de eventual responsabilidad disciplinaria y/o penal.

Con fundamento en lo anterior, el rector de la Universidad solicitó que se tutelaran los derechos fundamentales ya referidos en favor de la Institución que representaba en su calidad de agente oficioso; como consecuencia de ello, que se declarara la nulidad de la sentencia N° 138 de 22 de julio de 2016, emanada de la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo del Quindío. De manera adicional, pretendió que se declarara la imposibilidad de acceso a información reservada por parte del abogado Arévalo.

En el trámite de la acción de tutela, el 23 de agosto de 2016 la Sala recibió escrito de un contratista de la Universidad quien manifestó su oposición a la entrega de la información que había ordenado el Tribunal Administrativo del Quindío, puesto que a su juicio, ello vulneraba derechos fundamentales suyos y de su familia. Igualmente, el 02 de septiembre del mismo año, ante la Secretaría de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se recibieron 26 escritos a título de “derecho de petición y solicitud de sentencia inmediata”, en la que el mismo número de empleados se oponían a la entrega de la información solicitada por el abogado Arévalo, advirtiendo a su vez que hacían responsable a la Rama Judicial de la vulneración de sus derechos patrimoniales. Interpretando los alcances del principio de seguridad y confidencialidad, los peticionarios concluyeron que la decisión demandada sí atentaba contra los derechos a la intimidad y seguridad de las familias, lo cual también dejaba de lado el principio de dignidad humana.

En virtud de lo anterior, la Consejera ponente decretó como prueba de oficio, a través de auto de 02 de septiembre de 2016, que la Universidad accionante rindiera un informe acerca de la naturaleza de la información solicitada por el abogado Arévalo, detallando cuáles podrían encuadrarse en el rótulo de datos sensibles a la luz del artículo 5 de la Ley 1581 de 2012. De forma adicional, ordenó que todo aquel que se considerara con interés en dicho proceso de tutela se vinculara al mismo, cuestión que se llevó a cabo mediante publicación de la providencia en los sistemas de información del Consejo de Estado, así como los canales de comunicación con los que contara la Universidad y en un periódico de verificada influencia regional. Por último, suspendió provisionalmente la orden impartida por el Tribunal Administrativo del Quindío justificando su decisión en la anticipación que quería consolidar de cara a la eventual vulneración de los derechos en juego.

En el término que se indicó en auto de 10 de agosto de 2016 no se fundamentó la procedencia de la agencia oficiosa ejercida por el rector de la Universidad del Quindío en el presente trámite de tutela, motivo por el cual se procedió a rechazar la acción constitucional incoada bajo esta figura, a través de auto de 14 de octubre de 2016.

Durante el trámite constitucional de amparo, intervinieron los siguientes sujetos procesales:

-Abogado Sabel Reineiro Arévalo Arévalo. En su escrito solicitó que se denegara la protección constitucional de los derechos invocados. En su disertación, sostuvo que a través de acción de cumplimiento con radicación 2013-411, que había sido decidida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Armenia, se había ordenado a la Institución de Educación Superior implementar la carrera administrativa para todos los empleados del área. Esta

decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Quindío de fecha 22 de julio de 2013.

Sostuvo que en virtud del incumplimiento del fallo arriba referido fue que se procedió a solicitar al rector de la Institución la información que se ha mencionado, cuestión que al ser negada legitimó la presentación de la insistencia en fecha 07 de junio de 2016. La información no fue entregada en los términos que se resolvió la insistencia, motivo por el cual también se eludía el cumplimiento de la acción constitucional previa.

-Magistrado Luis Carlos Alzate Ríos del Tribunal Administrativo del Quindío. El magistrado que tomó la decisión objeto de debate constitucional sostuvo que su providencia se fundamentó en la interpretación autónoma e independiente de las normas que se pueden aplicar al caso, sin perjuicio de la valoración del acervo probatorio según las reglas de la sana crítica. Igualmente, sostuvo que el accionante sólo pretendía extender la discusión ya resuelta en sede de insistencia, según la cual existían documentos con carácter reservado. Por su parte, defendió la naturaleza “evidentemente pública” de los documentos solicitados, ya que los mismos habían sido expedidos por un órgano perteneciente al Estado en ejercicio de sus funciones y en su texto, se materializaban obligaciones que además de comprometer recursos del erario, en nada se metían con la intimidad de los empleados y contratistas de la Universidad.

Debido al carácter público de los documentos, adujo que la controversia era del orden legal y que debido a la clase de datos que se estaban manejando, no era necesario vincular a las personas “titulares de la información”, debido a que se desconocía en realidad quiénes eran. Igualmente, el abogado Arévalo sostuvo que además de no corroborarse la vulneración de los derechos invocados, la

Universidad estaba inmersa en una “omisión legal” ya que había dejado de divulgar los documentos solicitados.

De forma posterior, el mismo abogado allegó un nuevo memorial en el que reiteró los argumentos ya esbozados y adicionó que la Entidad accionante había tergiversado la información que se estaba manejando la comunidad universitaria, de tal modo que los empleados se opusieran a la entrega de los mismos. Para esos efectos, allegó CD de datos en los que se escuchaba lo que decía el rector de la Institución en una reunión convocada por él: “oculta el contenido de la orden de expedición de actos administrativos y se les traslada la idea de que lo pedido son la ‘historia clínica, dirección de las residencias, incapacidades, constancias de mis enfermedades’ información personal ‘y de la familia, de mis hijos, de mi casa”.

Por último, denuncia que el rector de la Universidad faltó a la verdad y que puso en peligro la integridad del presidente del Sindicato de Trabajadores, toda vez que fue él quien interpuso la acción de cumplimiento que originó la petición de información. El memorial se acompañó de 39 firmas de trabajadores de la Universidad que autorizan se “compulsen copias de la información relacionada con los actos administrativos emanados de la misma”.

Del mismo modo, el rector de la Universidad, José Fernando Echeverry Murillo, detalló las actuaciones que se llevaron a cabo en virtud de la expedición del auto, destacando:

Informe en el que discrimina los documentos que hacen parte de los contratos de prestación de servicios y los nombramientos suscritos con la Universidad. Frente a estos documentos, afirmarí que estaban compuestos de datos sensible y/o sujetos a reserva, tales como: órdenes de prestación de servicios, el examen médico laboral, el RUT, formato único de hoja de vida, certificaciones bancarias y aportes a seguridad social, formato de vinculación de docentes, declaración de

ingresos y retenciones, acumulados de identificación e informe de empleado por nómina (todo lo cual constó de un anexo de 134 folios útiles).

Insistió, de manera adicional, que la Universidad no había sido vinculada al trámite de la acción de cumplimiento, lo cual es contrario al principio de buena fe. Manifestó que la información pública es de libre acceso y estaba publicada en la página web de la Universidad y en el SECOP.

Por último, con el informe se allegaron intervenciones de 466 interesados, quienes mayoritariamente se opusieron a la entrega de la información, siguiendo este formato:

“Yo (...), persona mayor de edad, titular de la cédula de ciudadanía número (...), en calidad de (...) de la Universidad del Quindío, de la manera más atenta y respetuosa, una vez conocido el texto de la resolución fechada en 2 de septiembre de 2016, publicada en la página web de la Universidad del Quindío, emanada de su despacho me permito manifestarle que NO autorizo la entrega de los documentos que otrora ordenara el H. Tribunal Administrativo del Quindío, con ponencia del Magistrado Luis Carlos Alzate Ríos, mediante sentencia número 138, fechada de julio 22 de 2016, como consecuencia de acción de insistencia impetrada por el Abogado Sabel Reineiro Arévalo Arévalo, quien actúa en nombre y representación del sindicato de empleados administrativos de la Universidad del Quindío, SINTRAADMIN, lo anterior con fundamento en el derecho fundamental a la intimidad, privacidad, habeas data y demás derechos afines”.

En sus consideraciones, la Sala diría que el problema jurídico a resolver se reducía a determinar: (i) si se cumplían todos y cada uno de los requisitos establecidos en la jurisprudencia para declarar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, examen que, de ser superado, permitiría entrar a establecer (ii) si la providencia que se cuestiona sí vulneró los derechos que indicó en su disertación el rector de la Universidad, según los antecedentes de la acción de marras.

Para fundamentar su fallo, la Sala empieza citando la sentencia de 31 de julio de 2012, mediante la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó

criterios entorno a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales:

“... si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente...”<sup>11</sup>

De conformidad con el precedente anterior, la Sala concluye que el Consejo de Estado ha variado su jurisprudencia entorno a la procedencia de la acción de tutela, de tal manera que para resolver los asuntos constitucionales que llegaran a su conocimiento, imperioso resultaba analizar las acciones de amparo que se presentaran contra una providencia judicial, y de contera, analizar si la misma sí dejaba de lado cualquier derecho fundamental siempre que el estudio se ajuste a los parámetros jurisprudenciales delineados por la sentencias de unificación.

Para resolver el caso concreto, la Sala consideró relevante determinar cuáles eran los elementos que se iban a tener en cuenta en su estudio, ya que en el fallo de unificación se había hablado de criterios “fijados previamente por la jurisprudencia”. Lo anterior, porque es bien sabido que la tutela es un mecanismo residual y excepcional, dirigido al amparo de los derechos fundamentales en los términos del artículo 86 de la Constitución, situación que no puede ser indiferente

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala Plena. Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.



al análisis que se haga cuando la acción constitucional se interponga en contra de una providencia judicial.

Recuerda la Sala que la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse ampliamente<sup>12</sup> a los requisitos generales y específicos con los cuales debe cumplir una acción de tutela que se interponga contra una providencia judicial para efectos de ser declarada procedente, sin diferenciar cuáles permiten la concesión o negación del derecho a la protección—procedencia sustantiva—y cuáles impiden en realidad analizar el fondo del asunto, esto es, los elementos para hablar de una procedencia adjetiva.

En cuanto a los requisitos generales de procedibilidad frente al caso concreto, la Sala sostiene que si no se cumple con alguno de ellos, no hay más opción que declarar improcedente el amparo pretendido, lo cual impide que se estudie el fondo de lo que se debate.

Frente al primer requisito, es decir, acción de tutela contra una sentencia que también resuelve una acción similar, la Sala verificó que se encontraba superado de cara a su procedencia en el caso concreto porque la acción de tutela interpuesta por la Universidad del Quindío no atacaba una providencia similar, sino la decisión que se tomó en el trámite de un “recurso” de insistencia regulado en el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley Estatutaria 1755 de 2015.

En cuanto a la inmediatez, diría la Sala que también se encontraba acreditada en el caso concreto porque la tutela se había presentado tan sólo siete (7) días después de la notificación de la decisión judicial que había declarado mal negada la petición elevada por el abogado Arévalo.

---

<sup>12</sup> Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

En cuanto a la subsidiariedad, la Sala refiere la sentencia de unificación de 05 de agosto de 2014 (expediente 2012-02201), la cual diría lo siguiente del requisito:

“La subsidiariedad, como condición para la procedencia de la acción de tutela, supone que el actor no cuente o haya contado con otro medio, ordinario o extraordinario de defensa judicial para cuestionar la decisión objeto de amparo.

Esta regla tiene su excepción en los casos en los que el actor demuestre que la providencia del Consejo de Estado cause un perjuicio iusfundamental irremediable.

En términos de la jurisprudencia constitucional, esta carga se deriva del deber del actor de “desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos”, condición, además, que se deriva del requisito general de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, contemplado en el literal b) del fundamento jurídico 24 de la sentencia C-590 de 2005”.

De cara a dicho requisito, la Sala afirma que en el caso concreto se cumple parcialmente, toda vez que dos de los cuatro reproches que fundamentan la acción constitucional contra la providencia judicial sí pudieron tramitarse a través de solicitudes de aclaración y/o adición de la decisión, tal como lo permiten los artículos 285 y 287 del Código General del Proceso. Para el efecto, se recordó que el argumento del actor giró en torno a las presuntas contradicciones, ambigüedades, incongruencia y vulneración de los derechos del personal administrativo de la Universidad.

Lo anterior, con base en el hecho según el cual el fallo había ordenado la expedición de las copias solicitadas por el abogado peticionario, pero no obstante, en la parte considerativa, se dijo que todos estos datos debían ser clasificados por la Institución a efecto de establecer si los mismos podían ser objeto de reserva de conformidad con la normatividad vigente. La Universidad supuso que el

cumplimiento de esa orden necesariamente implicaba la asunción de responsabilidades de tipo patrimonial y disciplinario frente a acciones de esa índole que pudieran interponer los titulares de la información.

Para la Sala resulta evidente que, en virtud de las normas del Código General del Proceso que regulan la aclaración y complementación de las sentencia, el accionante sí le pudo haber planteado al Tribunal las dudas que le generaba la decisión, y como consecuencia de ello, solicitar la adición de la parte resolutive para que se complementara de cara a lo expuesto en la parte considerativa. Si para la Institución, el tener que clasificar la información que iba a divulgar tornaba confusa la decisión, perentorio era proponer esos interrogantes dentro del término de ejecutoria de la providencia, de modo tal que el Despacho—en cumplimiento de una obligación procesal—entrara a esclarecer las dudas.

Empero, la Sala también verificó que en el informe allegado por la Universidad en virtud del auto dictado el 12 de septiembre de 2016, sí se distinguió con suma claridad cuáles datos estaban sometidos a reserva y cuáles no, es decir, cuáles podían entregarse al peticionario y cuáles no. Del informe, la Sala también pudo determinar que la duda de la Institución recaía sobre el alcance de la frase “copias de todos los actos administrativos”, ya que para el Claustro ello implicaba reproducir absolutamente todos los actos administrativos que soportaron la decisión.

Para la Sala, en definitiva, este reparo se debió manifestar durante el trámite de la insistencia o dentro del término de ejecutoria de la providencia que la resolvió, sobre lo que se debe decir que el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011 no dispone nada sobre manifestaciones de la Entidad que debe resolver la petición, tales como dudas, reparos o dificultades de cara a la información solicitada, lo cual, de entrada, permite afirmar que el Consejo de Estado a veces le da al mecanismo unos alcances procesales que realmente no tiene, con lo cual se socava del todo

la posibilidad que tiene el peticionario de acudir al juez constitucional en caso de ver vulnerados sendos derechos fundamentales durante el trámite.

En efecto, la Sala sostuvo que según el principio de subsidiariedad en materia de acciones de tutela no es posible desplazar los medios ordinarios que el actor está en la obligación de hacer cumplir cuidadosamente. Es por ello que frente a los ataques referidos, se concluyó que el requisito de subsidiariedad no se cumplía a cabalidad, motivo suficiente para anticipar la decisión frente a su improcedencia.

En virtud de este razonamiento, se pueden afirmar dos cosas: (i) para el Consejo de Estado el carácter impugnatorio ordinario que tiene la insistencia no está llamado a la duda y (ii) como consecuencia de ello, sus alcances procesales casi que tienen una connotación incidental que si bien en principio podría denominarse como una postura amplia y garantista, lo cierto es que dejan en la más completa indeterminación las consecuencias (desconocidas para casi todos los peticionarios) que se desprenden de una inactividad que la misma norma respalda debido a sus pocos elementos de regulación.

Frente a las demás censuras que se consignaron en la acción constitucional, la Sala considera que se cumplían los demás requisitos adjetivos como quiera que se discutía el alcance de la petición (entendida como derecho fundamental de los asociados) frente a la entrega de unos documentos que contenían datos presuntamente sensibles para la intimidad y buen nombre de los servidores de la Universidad del Quindío.

Aterrizando el caso concreto, la Sala afirma que de los dos reproches que eran susceptibles de un análisis de fondo y que fueron calificados como vías de hecho en el escrito de tutela, se resumen en (i) la sentencia sólo había tutelado el derecho de un tercero cuya finalidad para acceder a la información era desconocida y (ii) dentro del recurso de insistencia se dejó de lado la vinculación de los terceros que podrían verse afectados con la divulgación de la información.

Aunque a juicio de la Sala el actor no había especificado con claridad el tipo de defecto en el que habría incurrido la sentencia atacada, lo cierto es que sí podría plantearse en los dos casos un presunto defecto procedimental absoluto, definido por la misma Sección como:

“La causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales denominada defecto procedimental, encuentra sustento en los artículos 29 y 228 de la Constitución, que se refieren a los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. Este defecto se presenta cuando se desconocen las formas propias de cada juicio”.<sup>13</sup>

Frente a la primera censura, la Sala considera que la acción de tutela se fundamenta en que presuntamente el Tribunal Administrativo del Quindío sólo se había decantado por los intereses del peticionario, dejando de lado cualquier apreciación o pronunciamiento respecto a los planteamientos e intereses de la Universidad, minando con ello la esencia misma de la administración de justicia.

Distanciándose de lo planteado por el accionante, la Sala verificó que la sentencia de 22 de julio de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío sí se había basado en una valoración normativa y ponderada de los argumentos esgrimidos por las partes. Tanto así, que el Tribunal llevó a cabo un análisis que denominó “derecho de petición frente a la operancia (sic) de la reserva”, a través del cual se estudió la definición de documentos sometidos a reserva según lo preceptúa el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015 y algunas disposiciones de la Ley 1712 de 2014, “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y el Derecho de Acceso a la Información Pública y se dictan otras disposiciones”. Igualmente, el Tribunal hizo hincapié—a juicio de la Sala—en el

---

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02115-01(AC), Actor: SOCIEDAD I.A. S.A. INGENIEROS ASOCIADOS, Consejera ponente: Rocío Araujo Oñate.

derecho a la intimidad y la clase de información que puede ser divulgada sin que éste se vea afectado según la jurisprudencia constitucional (destacándose las sentencias T-729 de 2002 y C-951 de 2014). A raíz de estos parámetros concedió razón a la Universidad de manera parcial, concluyendo lo siguiente:

“De acuerdo con lo expuesto, los datos contenidos en el historia laboral corresponden a los que se denominan ‘información reservada’ y ello significa que, en principio, la administración no puede ponerlos en circulación sin previa autorización del datahabiente (sic) y sin que exista una norma que la autorice para ello, y sólo puede ser obtenida por voluntad de su titular o por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones; por lo que frente a terceros, la reserva sí es oponible.

Sin embargo, no toda la información que hace parte de dicha historia laboral tiene ese carácter, porque su contenido no es de aquellos a los cuales se pueda calificar de datos sensibles por lo que su revelación o conocimiento no vulnera la honra, la privacidad o el derecho a la intimidad de las personas, debiendo la autoridad en cada caso analizar si le corresponde negar el acceso a la información solicitada”.

Acto seguido, el Tribunal efectuó un “juicio o test de ponderación en el caso concreto”, previa aclaración frente al carácter de actos administrativos que tenían los documentos solicitados en la petición, concluyó:

“Considera la Sala que si bien la información solicitada hace parte de la historia laboral de cada empleado y contratista de prestación de servicios del área administrativa de la Universidad, los nombramientos, traslados y ascensos realizados por la entidad pública, así como los contratos de prestación de servicios suscritos contienen datos con relevancia pública, no sólo porque fueron generados por la misma administración sino también porque la misma ley 1712 de 2014 art. 9º ya citado- dispone que aspectos como las escalas salariales de los servidores y contratistas, el objeto de los contratos y monto de los honorarios deben ser publicados; a contrario sensu

no se advierte que contengan datos considerados como sensibles y su conocimiento no amenaza el derecho fundamental a la privacidad e intimidad de dichos servidores públicos, porque su uso indebido pueda generar discriminaciones o señalamientos por orientaciones, hábitos o aspectos de cualquier índole, de tal forma que afecte su núcleo esencial, pues se trata más bien de información general de cada administrativo – empleado y contratista- que no traspasan la esfera personal y privada de los servidores públicos”.

Del análisis de estos acápites se desprende con facilidad que la sentencia del Tribunal Administrativo del Quindío no sólo se inclinó por los argumentos esbozados por el peticionario. La providencia distinguió con rigurosidad cuáles documentos podían ser de conocimiento público y a partir de dicha condición sólo ordenó la expedición de copias de contratos y actos administrativos solicitados por el Abogado Arévalo, dejando de lado los soportes discriminados por el accionante, algunos de los cuales, según él mismo lo reconoció, sí estaban sujetos a reserva.

Fue por eso que la Sala, concluyendo que el reproche formulado por el rector de la Universidad del Quindío carecía de fundamento, desechó de plano cualquier tipo de tutela a los derechos fundamentales cuya vulneración se predicaba.

Como último argumento del actor que fue analizado por la Sala, se tiene la afirmación según la cual el Tribunal Administrativo del Quindío había incurrido en una vía de hecho ya que se había omitido la vinculación de todas las personas interesadas en la no divulgación de la información y frente a quienes sí era necesario obtener su autorización.

Bajo esa premisa y teniendo en cuenta que para la Sala el accionante no había precisado la norma según la cual los presuntos titulares de la información debían vincularse al trámite del recurso, se concluyó que dicho reproche tampoco

configuraba vulneración de los derechos alegados, básicamente por las siguientes razones:

El trámite del recurso está regulado por el artículo 26 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015 como un mecanismo célere (10 días para una decisión final) que permite verificar el acceso a una información que de manera previa ha sido negado porque se considera sujeto a reserva. La Sección pudo verificar que la decisión del Tribunal Administrativo del Quindío en este sentido sí se adhirió al procedimiento legal para resolver la insistencia, ya que la providencia se originó a partir de la negativa de la Institución de permitir el acceso a la información requerida por el abogado Arévalo, siendo resuelta de manera expedida por parte de la aludida Corporación.

Partiendo de esa afirmación y ciñéndose a la esencia del artículo, la Sala sostiene que a través de la insistencia no se facilita o regula el acceso a la información reservada (Art. 24, Ley 1755 de 2015), supuesto que sí obligaría a la convocatoria de los titulares de la información; a través de la insistencia sólo se verifica la connotación pública que puedan tener algunos documentos y que pueden ser entregados de manera expresa al peticionario. La Sala concluye que la insistencia no puede asimilarse como un medio para que el ciudadano acceda sin más a los datos que están sometidos a reserva, ya que en realidad sólo es un medio para determinar, en un escenario judicial, si los datos cuyo acceso se pretende son de carácter público.

Si el operador judicial determina que la información a la que se quiere acceder sí es de conocimiento público, permitirá su libre divulgación, la cual deberá ser garantizada por la administración pública atendiendo a los principios de transparencia, facilitación, celeridad y responsabilidad, tal y como lo determina el artículo 2 de la Ley 1712 de 2014.



La Sala recuerda que la autorización del titular para acceder a determinada información, la cual está regulada en el parágrafo del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015 sólo se limita a los eventos allí establecidos, elementos que ni la Universidad ni ninguno de los intervinientes acreditó. En ninguna de las intervenciones que se dieron en el proceso por parte de empleados o ex empleados de la Universidad se pudo verificar que la información cuya divulgación fue permitida por el Tribunal (contratos y actos administrativos) en realidad conculcara un aspecto nuclear o concreto de su intimidad.

De acuerdo al procedimiento fijado por la norma para resolver el recurso de insistencia, la Sala afirma que no es necesario vincular a todo aquel que se considere afectado con la divulgación de determinado dato; lo anterior, porque sin perjuicio de la no regulación de este supuesto en la norma, la acreditación que se materializa con el trámite es objetiva, lo que quiere decir que se determina con rigurosidad la naturaleza y contenido de los documentos, más no a la percepción que de ellos tengan los interesados. El trámite de la insistencia, según este criterio, es la manifestación más clara de la transparencia y publicidad en las actuaciones de la Administración, ya que a través de su ejercicio no se deja al arbitrio de ésta el establecimiento de la naturaleza de la información a la que el ciudadano pretende acceder.

Es por lo anterior que la Sala concluye que en el caso concreto no se habían vulnerado ninguno de los derechos fundamentales alegados por la Universidad del Quindío, motivo suficiente para denegar la pretensión de amparo.

Frente a la medida provisional decretada por la Sala a través de auto de 02 de septiembre de 2016, la Corporación diría que el fundamento de esa decisión recaía en el eventual peligro que podía materializarse de cara a los titulares de la información; sin embargo, acto seguido recuerda que durante el proceso constitucional no se había sustentado y/o acreditado las circunstancias en las que

el peligro en realidad pudiera presentarse. La mayoría de los intervinientes sólo se limitó a diligenciar unos formatos en los que se negaba la autorización a acceder a sus datos personales, cuestión que no podía ser de relevancia en el proceso puesto que la copia de los actos administrativos solicitados por el Tribunal Administrativo del Quindío sí era de naturaleza pública, algo que incluso fue reconocido por la Universidad en el informe que rindió, sin que ello fuese desvirtuado por los demás intervinientes. De ahí que la medida de suspensión provisional fuese revocada, tal como pasó con la acción de tutela, cuyas pretensiones fueron negadas en la parte resolutive de la sentencia.

**10.3. Sentencia del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartago de 07 de abril de 2016. Radicación 76-147-33-40-002-2016-00088-00. Juez Néstor Raúl Gutiérrez Castillo.**

Se trató de la petición de una persona natural remitida al Despacho en virtud del recurso de insistencia interpuesto por la peticionaria, que implicó la remisión de todo el expediente administrativo por parte del Concejo Municipal de Roldanillo.

El despacho judicial, citando en varias oportunidades a jurisprudencia de la Corte Constitucional (entre ellas Sentencia C-038 de 1996; Sentencia C-105 de 2014) ha afirmado que los documentos, las entrevistas, los resultados y demás cuestiones que se deriven de concursos de méritos, al ser estos unos procedimientos abiertos, son de carácter público y, por tanto, no pueden ser restringidos por ninguna autoridad administrativa de cualquier índole.

Considera el juzgado administrativo, que el concurso de méritos para ocupar el cargo de Personero Municipal, está enmarcado en el principio de publicidad implicando con ello la imposibilidad de que las autoridades responsables o beneficiarias de tal concurso se nieguen a la entrega de los documentos que lo sustentaron o que fueron motivo de análisis en el mismo.

Se declaró procedente el recurso de insistencia y se le ordenó a la mesa directiva del Concejo municipal de Roldanillo, la expedición y entrega de las copias de los documentos solicitados por el peticionario, así como todo lo relativo al concurso de méritos para el cargo de Personero Municipal de ese municipio: exposición de plan de acción, entrevista, competencias personales, profesionales, organizacionales estratégicas e institucionales.

Resulta extraña la posición del Concejo Municipal referenciado en tanto que no es posible que se impida el acceso a los documentos de un concurso de méritos, sea cual fuere el cargo a proveer, en virtud que este tipo de procedimientos son de naturaleza netamente pública. Los documentos, las entrevistas, los resultados, los planes de acción, los méritos profesionales de los aspirantes a cargos públicos que participan en concursos de méritos, deben entender que sus documentos, hojas de vida y demás aspectos pueden ser solicitados y puestos a consideración a la opinión pública, en la medida que dispondrán de la administración misma. Por tanto, era más que necesaria la decisión del juzgado mencionado, la cual resulta además acertada, toda vez que el contenido y la naturaleza de los documentos solicitados por el peticionario no pueden estar sometidos a reservas legales de ninguna clase, en virtud de la naturaleza del procedimiento que los expide y requiere. Nuevamente se observa la efectividad del recurso de insistencia amparado en la legislación del año 2015

#### **10.4. La perspectiva de la Corte Constitucional.**

La Corte Constitucional, ha sostenido frente al acceso a la información, que: (i) entendido en sentido amplio, es decir, sin limitarlo exclusivamente a la información pública, es un derecho que guarda íntima relación con la libertad de información, la cual juega un papel determinante en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que si la información no fluye armónicamente en una democracia, difícilmente puede hablarse de unos buenos cimientos de la misma. De ahí que la misma

Corte haya dispuesto una serie de presunciones que fortalecen la libertad de información y que deben desvirtuarse si la misma quiere limitarse<sup>14</sup>:

- Si la libertad de información entra en tensión con otros derechos de igual e incluso superior jerarquía a nivel constitucional o axiológico (derecho a la intimidad, a la honra, al buen nombre), se preferirá a la primera por encima de los segundos, debido, claro está, a su posición privilegiada. Cuestión que no quiere decir, ni mucho menos, que la libertad de información sea un derecho absoluto<sup>15</sup>.
- Cualquier obstáculo que provenga de la Entidad pública frente al acceso a la información que se requiera, será calificada como “constitucionalmente sospechosa”, lo cual implicará un control constitucional más riguroso. Si el derecho a la información colisiona con otro derecho, necesariamente se tendrá que hacer un ejercicio de ponderación mucho más estricto en el que, en la medida de lo posible, prime la libertad de acceder a la información que se requiera<sup>16</sup>.

Igualmente, la Corte ha sostenido que el acceso a la información pública constituye un derecho fundamental cuya titularidad está en cabeza de todas las personas. Eso quiere decir que para acceder a este tipo de información no se necesita acreditar la condición de ciudadano, o perito en determinada rama del conocimiento. De igual manera, la persona no tiene la necesidad de acreditar un interés directo o indirecto para el acceso a la información pública. Es por eso que

---

<sup>14</sup> Ver, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-512 de 1992, C-488 de 1993, C-872 de 2003, T-391 de 2007.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencias C-038 de 1996, C-010 de 2000, C-872 de 2003 y T-391 de 2007, entre otros.

<sup>16</sup> Ver Corte Constitucional, sentencias T-391 de 2007, C-010 de 2000.

el peticionario no está obligado a comunicarle a la Entidad cuáles son los motivos de su petición o el uso que hará de la información<sup>17</sup>.

La información que las autoridades suministren debe ser clara, completa, oportuna, idónea, veraz y debe resolver cada una de las inquietudes de la petición<sup>18</sup>. Los particulares que presten servicios públicos, ejerzan cualquier tipo de función pública o administren recursos del erario, también tienen el deber de divulgar la información de interés público que tengan en su poder. Ello no quiere decir que toda la información del particular deba ser publicada, pero sí la que tenga plena relación con el servicio público o el manejo de recursos del erario<sup>19</sup>.

Como el acceso a la información pública tiene el carácter de derecho fundamental, el mismo es susceptible de ser amparado vía tutela. No obstante, la misma no procederá cuando la Entidad alegue que la información solicitada está sujeta a reserva, caso en el cual procede el recurso de insistencia consagrado en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985 y en el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011, respectivamente<sup>20</sup>.

Con todo, sí hay información de carácter oficial que no es de libre consulta y acceso a todo el público<sup>21</sup>. Se trata de la información sujeta a reserva por disposición únicamente de la ley, de ahí que siempre se hable de reserva legal. Las autoridades públicas están autorizadas para negar el acceso a determinada información que pueda poner en riesgo la defensa y seguridad nacionales<sup>22</sup>, o

---

<sup>17</sup> Al respecto, consultar Corte Constitucional, sentencias T-473 de 1992, T-511 de 2010, T-010 de 1998; Corte Suprema de Justicia, sentencia de 21 de agosto de 2008, expediente 11001221500020080024701.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencias T-567 de 1992, T-511 de 2010, T-490 de 1998, T-630 de 2002, T-236 de 2005, T-672 de 2007; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 02182 del 18 de enero de 2007.

<sup>19</sup> Ver Corte Constitucional, sentencias C- 491 de 2007, T-511 de 2010, T-001 de 1998, T-630 de 2002.

<sup>20</sup> Ver Corte Constitucional, sentencias T-473 de 1992, T-12 de 1992, T-464 de 1991, T-424 de 1998; Consejo de Estado, sentencia del 29 de enero de 2010, Rad: 25000-23-31-000-2009-01566-01.

<sup>21</sup> Ver Corte Constitucional, sentencias T- 391 de 2007, T-512 de 1992, C-033 de 1993, T-332 de 1993, C-179 de 1994, T-293 de 1994 y C-586 de 1995.

<sup>22</sup> Ver Corte Constitucional, sentencia C-431 de 2004.

cuando la información que se solicita comprometa datos sensibles de las personas<sup>23</sup>.

Así las cosas, para que la reserva a la información pública se pueda considerar ajustada al ordenamiento jurídico, deben concurrir las siguientes condiciones:

- a. Deben estar contenidas de forma clara, expresa, taxativa, previa y precisa en una ley de la República o en una norma con fuerza de ley.
- b. Deben perseguir un fin que sea imperativo, definido concreta y específicamente por la autoridad pública, como por ejemplo el orden público, el derecho a la intimidad, la seguridad y la defensa nacional.
- c. Estas finalidades deben ser interpretadas de manera restringida y no se aplican a casos similares por analogía. Asimismo, no es suficiente alegar una de estas finalidades imperiosas de forma abstracta, sino que es necesario manifestar la realización de un interés público concreto, específico e imperioso.
- d. Deben ser proporcionales al fin que persiguen. Esto quiere decir que las restricciones deben ser necesarias, útiles y proporcionales en estricto sentido.<sup>18</sup>
- e. Las respuestas que nieguen el acceso a la información deben ser motivadas y el funcionario público que se ampare en alguna reserva para negar información, debe mencionar de forma explícita la norma constitucional o legal que lo autoriza a hacerlo<sup>24</sup>.

El contenido del documento público puede mantenerse en reserva, pero no sucede lo mismo con su existencia. De ahí que (i) el secreto sólo aplique frente a información reservada, más no frente a la totalidad del expediente del cual haga parte; (ii) no se puede inventar la reserva, es decir, si constitucionalmente la información debe ser pública, no le es dable a la entidad alegar una reserva por fuera de la órbita de la ley; (iii) la reserva de un documento es temporal, nunca indefinida; (iv) la reserva implica que el servidor público no puede permitir que los medios de comunicación accedan al documento reservado. No obstante, ello no implica que la entidad estatal pueda oponerse o incluso censurar la información

---

<sup>23</sup> Ver Corte Constitucional, sentencia T- 729 de 2002.

<sup>24</sup> Ver Corte Constitucional, sentencias C-491 de 2007, T-074 de 1997; Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de agosto de 2008, Rad: 11001 22 15 000 2008 00247 01.

de esta índole que llegue al medio de comunicación por diversas fuentes. La información no puede reservarse a los entes de control tales como la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República o las oficinas de control interno de cada entidad. No se puede alegar reserva en asuntos de control político<sup>25</sup>.

Tal vez la ausencia de una Ley Estatutaria que regule de manera integral el derecho fundamental de acceso a la información pública a nivel nacional, tal como sucede en otros países, ha permitido que en Colombia no exista una idiosincrasia institucional en este sentido que a su vez, permita hablar de conductas o actuaciones mucho más afines a la protección del núcleo esencial de dicha prerrogativa. Con todo, las normas que lo regulan parcialmente, junto con la jurisprudencia ordinaria, constitucional y contencioso-administrativa que han delineado sus matices, han contribuido a su protección transversal en el ordenamiento jurídico colombiano.

---

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencias C-491 de 2007, T-511 de 2010.

## 11. ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DEL RECURSO DE INSISTENCIA

Como se ha venido analizando, la evolución jurídica y normativa que ha tenido el recurso de insistencia desde 1985 ha sido sustancial en términos de cobertura de los derechos protegidos y del procedimiento expedito que lo contiene. Inició siendo improcedente cuando la administración negaba el acceso a la información argumentando cuestiones distintas a la reserva legal, cuestión que podía el peticionario controvertir acudiendo a la acción de amparo. Así las cosas, la insistencia era un completo desgasta administrativo y pérdida de tiempo, pues era infructuosa su incoación, mientras que en la actualidad, la efectividad sí se seriamente reforzada. La Corte Constitucional al respecto ha afirmado que:

La jurisprudencia constitucional ha distinguido dos hipótesis de desconocimiento del derecho fundamental de acceso a los documentos públicos que cuentan con dos mecanismos de defensa judicial diferentes. En efecto, la primera consiste en que la administración emita una respuesta negativa a la solicitud, aduciendo su carácter reservado e invocando las disposiciones constitucionales o legales pertinentes. En este evento, la Corte no ha dudado en afirmar que el recurso de insistencia es el mecanismo judicial de defensa procedente, en tanto aquel constituye un instrumento específico, breve y eficaz para determinar la validez de la restricción a los derechos fundamentales en cuestión. La segunda hipótesis consiste en la vulneración por falta de respuesta material o respuesta diversa al carácter reservado de la información. En este supuesto, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que es la acción de tutela el mecanismo idóneo para obtener la protección de tal derecho fundamental<sup>26</sup>.

Las sentencias inhibitorias han tratado de ser erradicadas de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, ya que no contribuyen a la materialización del aspecto teleológico del derecho procesal. La reserva legal se estaba convirtiendo en una talanquera para la efectividad del derecho fundamental a la información pública, ya que so pretexto de su mecánica y poco rigurosa aplicación, muchas veces contraria a derecho debido a que no tenía la entidad suficiente para soportar la restricción del acceso a la información requerida, el juez administrativo emiía

---

<sup>26</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1025 de 2007. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.



providencias denegatorias del recurso de insistencia, o peor aún, inhibitorias para resolver del fondo el asunto, con lo cual se ponía en entredicho la eficacia del mecanismo administrativo y a la vez, se desbarajustaba el núcleo esencial de los derechos fundamentales de petición y de información, en los términos del derecho internacional.

El recurso de insistencia gozó de una verdadera efectividad a partir de la promulgación de la Ley 1755 de 2015 que regula al derecho de petición. Todo ello porque eliminó circunstancias, como el requisito de procedibilidad, que impedían que los ciudadanos pudieran incoar efectivamente este recurso, violentándose su derecho al acceso a la información y, además, al acceso a la justicia, pues no podía acudir a la jurisdicción sin el cumplimiento de la procedibilidad, cuestión que no solo alargaba el procedimiento, sino que blindaba a la administración en los casos de incumplimiento de sus responsabilidades.

Es decir, una entidad de carácter público, podía negarse a la entrega de una determinada información, el peticionario acudía a la jurisdicción para hacer valer su derecho, pero sin el cumplimiento de requisitos, la jurisdicción debía declararse inhibida para fallar, así estuviese probada la falla de la administración. Así las cosas, por exceso de procedimiento, el ciudadano no podía hacer valer sus derechos constitucionales de carácter fundamental.

Con la promulgación de la Ley 1755 de 2015, se elimina tal requisito, lográndose evadir las sentencias inhibitorias, permitiendo que los ciudadanos encontraran las vías idóneas para, no solo acudir a la jurisdicción, sino también hacer valer sus derechos a la información cuando entendían que la misma no obedecía a reservas de carácter legal. La eliminación del requisito de procedibilidad, le otorgó al recurso de insistencia, el empuje que necesitaba para lograr materializarse y consolidarse dentro de la estructura del derecho administrativo colombiano, lográndose su efectividad.

## CONCLUSIONES

1-El acceso a la información pública no fue considerado siempre como un derecho fundamental de la ciudadanía, y se puede afirmar que hace parte de las garantías propias de las democracias contemporáneas de occidente que han consolidado sus ordenamientos jurídicos a partir de la cláusula de Estado Social de Derecho y del principio de supremacía constitucional. Colombia no ha sido ajena a dichos postulados, de ahí que el Constituyente de 1991 concibiera una estructura estatal cuya actividad administrativa se basara en los principios de moralidad y transparencia, entendidos también como derechos colectivos que son imprescindibles para la legitimidad de las instituciones. Es por esa razón que a los asociados, dentro del nuevo paradigma constitucional, les asiste el derecho a solicitar a la administración toda clase de información pública que tenga que ver con cuestiones relativas al bienestar general, al ejercicio de los derechos individuales y/o colectivos, al rumbo de las instituciones o a la verdad sobre los casos judiciales que interesan al país. Todo ello es lo que se conoce en el derecho internacional como información pública, constituida como un bien colectivo de acceso universal que sólo puede ser condicionado por la ley en casos excepcionalísimos, que en verdad puedan poner en peligro la estabilidad de la estructura estatal y el goce de derechos reconocidos o inherentes, según el caso. El recurso de insistencia es el mecanismo de orden legal que protege esa garantía en el ordenamiento colombiano, incluso con anterioridad a la Constitución de 1991. Su íntima relación con los aspectos nucleares del derecho de petición confirma su importancia de cara a la materialización del derecho fundamental de acceso a documentos públicos que no estén sometidos a reserva.

2-La jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa ha sido coherente con estos postulados y ha protegido, al menos desde una perspectiva garantista y

en no pocos casos, formal, el ejercicio del derecho a acceder a información pública por parte de los ciudadanos. Esta protección se refleja en trámites judiciales del recurso de insistencia en los cuales, pese a la postura recurrente por parte de la Entidad estatal acerca de la presunta reserva de la información que se solicita, las Corporaciones judiciales han aplicado un test de tensión entre el derecho a contar con la información pública y los derechos al buen nombre y a la honra, los elementos de seguridad del Estado, el habeas data, entre otros, para concluir que esas afirmaciones no se pueden basar en el criterio discrecional de la Entidad que es obligada a divulgar la información, sino que debe tener un sustento legal plenamente articulado con la prueba sumaria y pertinente de la reserva. Si este ejercicio no se verifica, las excepciones de ley no pueden operar y la carga normativa del derecho a acceder a información pública prevalece. Aunque de todo ello se desprende que dicho derecho no es absoluto, lo cierto es que su restricción debe soportar un análisis riguroso de constitucionalidad que en la mayoría de ocasiones no es superado, tal como se desprende de los fallos estudiados.

3-La nueva legislación ha determinado que cuando se niegue información o documentación alegándose que está reservada por motivos de seguridad nacional, defensa del país o relaciones internacionales, el peticionario, antes de incoar el recurso de insistencia, deberá promover el recurso de reposición ante la administración misma, para que quede habilitado para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa. Por tanto, ello permite concluir que cuando se está ante la negativa del acceso a la información por una causal distinta, el peticionario queda facultado para acudir directamente a la jurisdicción para hacer valer el recurso de insistencia, sin que se le pueda exigir requisito de procedibilidad alguno. No obstante, se tiene la desventaja de que se impide que el peticionario pueda aportar los documentos personalmente junto con el recurso de insistencia, pues debe esperar, por mandato legal, que la entidad requerida sea la que remita los documentos al administrador de justicia, sin que se le pueda exigir, a la

entidad, algún término para la remisión de los documentos. Así las cosas, se puede concluir que: si bien es cierto que con la legislación del 2014, la Ley 1712, el recurso de insistencia no gozaba de efectividad plena pues se exigía en todo momento y en toda causal el agotamiento de un requisito de procedibilidad, también es claro que con la Ley 1755 de 2015 la efectividad del recurso de insistencia sufre un revés cuando no se permite que el peticionario agregue o adjunte la documentación de la petición, sino que debe esperar a que sea la entidad la que remita tal documentación sin que se le pueda exigir término alguno para ello, toda vez que la ley no lo establece. De todos modos, ha sido la Corte Constitucional la que ha definido, mediante jurisprudencia, que se entiende que dicho requerimiento debe ser de inmediato.

4-El recurso de insistencia tiene una mayor efectividad a partir de la Ley 1755 de 2015 pues elimina, como se ha venido analizando y argumentando, varios procedimientos que hacían que la insistencia se volviera difícil, con exceso de procedimiento, compleja y de acceso complicado. Así las cosas, se facilitó el recurso de insistencia y se pudo acercar más al ciudadano hacia la materialización de sus derechos fundamentales comprometidos. No obstante, la efectividad de dicho recurso depende seriamente del acuerdo mancomunado, de la unidad de criterios en la administración y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, acerca del procedimiento definitivo que requiere el recurso de insistencia, de lo contrario resulta completamente infructuoso. El desconocimiento de la norma, puede llevar a que el juez o magistrado administrativo que sea responsable de adoptar una decisión frente a un recurso de insistencia, se vea en la obligación de promulgar una sentencia inhibitoria con respecto a la petición que fue negada.

5-La efectividad de este recurso de insistencia puede verse seriamente comprometida por la dualidad que ofrece la legislación. Sus confusiones intrínsecas, que son consecuencia de las vigencias de las normas y de la disparidad de requisitos que se exigen en una y otra (Ley 1712 de 2014 y la Ley

1755 de 2015) para que se haga efectiva la insistencia, han generado que ni siquiera la administración misma conozca el procedimiento adecuado y pueda evitarse la cristalización de dicho recurso. No obstante, la forma como está contemplado en la actualidad, ofrece garantías para que los ciudadanos puedan acceder al recurso sin mayores obstáculos.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

ANGULO BARBOSA, Jaime. "El Preámbulo de la Constitución Nacional". Segunda Edición. Editorial Leyer. Bogotá D.C., 2000.

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Editorial Legis, Segunda Edición, Bogotá D.C, 2013.

BECERRA PINILLA, Jorge. El Derecho de Petición. Primera Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C., 1995.

BENAVIDES, José Luis y OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. La justificación de los derechos administrativos. Revista Derecho del Estado, n° 29, julio-diciembre de 2012, pp. 73-105. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.

BULLA ROMERO, Jorge Enrique. Derecho de Petición. 1ª ed. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2010.

CHARRIA SEGURA, Juan Manuel. El Derecho de Petición frente a Entidades Privadas: Reflexiones Constitucionales II. Volumen 2. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá D.C., 2012.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-951 de 2014.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, 3 edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.

DUGUIT, León, traducido por Acuña José G. "Manual de Derecho Constitucional", Segunda Edición. Editorial Librería Española y Extranjera Príncipe. Madrid, 1926.

FUNDACIÓN PARA LA LIBERTAD DE PRENSA. El acceso a la información pública: entre el secreto y la filtración. Embajada Británica. Bogotá, 2011.

MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. “Preámbulo de los principios fundamentales de la reforma de la Constitución”, Primera Edición. Editorial Impreandes Presencia. Bogotá D.C., 1998.

MARTÍNEZ CEBALLOS, Guillermo José. El Derecho de Petición, Primera Edición. Editorial Leyer. Bogotá, 2002.

Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Memorias del Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá julio 2008.

MORA CAICEDO, Esteban y RIVERA RAMÍREZ, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo, Editorial Leyer, Novena Edición, Bogotá D.C, 2017.

MUNAR CASTELLANOS, Lucelly Rocío y ORTIZ ARCINIEGAS, Luis Roberto. Nuevo Régimen Administrativo, Especial y Procesal, Comentarios al Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo. Ley 1437 del 18 de enero de 2011, Ediciones Universidad Católica de Colombia. Bogotá, 2011.

PARADA VÁSQUEZ, Ramón. Derecho Administrativo I Parte General, 15ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2004

PENAGOS, Gustavo. Definición de Acto Administrativo: El Acto Administrativo. Tomo I. Sexta Edición; Ediciones librería del Profesional. Santa fe de Bogotá, D.C., 1996.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Tres Ideas Constitucionales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1978.

RIVERO, Jean. Profesor de la Universidad de París. Droit Administratif. Septième edition, Dalloz. “La véritable décision exécutoire se caractérise par la volonté d’apporter un changement dans la situation juridique”, 1975.

RODRÍGUEZ, Libardo. “Derecho Administrativo, General y Colombiano”, Reimpresión de la Decimosexta Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2011.

UVALLE BERRONES, Ricardo. Condiciones, procesos y tendencias de la administración pública contemporánea *Convergencia*, Vol. 16, Núm. 49, enero-abril, 2009, pp. 73-102 Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México. <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=10504904>.

VEGA de HERRERA, Mariela y SUÁREZ BOHÓRQUEZ, Julián. *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Leyer, Cuarta Edición, Bogotá D.C., 2014.

YOUNES MORENO, Diego. *Vía Gubernativa-Conciliación-Arbitramento: una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso administrativo*. Colección Reformas en la Rama Judicial, Gtz, Bogotá, 2008.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *Acto Administrativo, Teoría General*. Tercera Edición. Editorial Legis S.A. Bogotá D.C., 2004.