

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA Y SU INCIDENCIA EN EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Sergio GONZÁLEZ REY*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Constitucionalización del derecho de petición*. III. *La constitucionalización del debido proceso administrativo*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico colombiano ha experimentado una muy importante transformación a partir de la Constitución Política de 1991. Esta carta, dotada de verdadera fuerza normativa, establece un Tribunal Constitucional y es la primera en consagrar un mecanismo judicial para la efectiva protección de los derechos fundamentales.

En sus pocos años de vigencia, y a pesar de haber padecido cerca de veinte reformas, la Constitución de 1991 se ha esparcido en todo el ordenamiento jurídico, de suerte que muchos temas que tradicionalmente habían sido del ámbito de la ley, paulatinamente han ido pasando a tratarse desde la óptica constitucional.

Riccardo Guastini se refiere al término “constitucionalización” como el proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al cabo del cual este “resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales”,¹ y advirtiendo que dicho concepto no puede entenderse como bipolar, esto es, sin puntos intermedios, enuncia siete condiciones que

* Profesor titular de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Guastini Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 49; este artículo de Guastini también aparece publicado en *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2003, pp. 153 y ss.

considera necesarias para la constitucionalización de un ordenamiento: 1) Constitución rígida, 2) garantía jurisdiccional de la Constitución, 3) fuerza vinculante de la Constitución, 4) “sobreinterpretación” de la Constitución, 5) aplicación directa de las normas constitucionales, 6) interpretación conforme de las leyes, y 7) influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Tales condiciones se empiezan a verificar en el caso colombiano, no sin dificultades, a un ritmo no constante, y con frecuentes retrocesos.

Me propongo demostrar, desde una perspectiva exclusivamente jurídica, que el tema del procedimiento administrativo es un claro ejemplo de la ocurrencia de tal fenómeno en el caso colombiano que ha tenido enorme incidencia en el control de la actividad de la administración pública. Para el efecto en una primera parte abordaré la constitucionalización del derecho de petición y en la segunda parte la del debido proceso administrativo.

II. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN

El derecho de petición resulta trascendental, en el contexto del Estado social de derecho, para la efectividad de la democracia participativa² porque mediante él se ejercen derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política, a la oposición,³ al control social de la actividad de la administración y a la libertad de expresión. Desde la perspectiva de los administrados el derecho de petición es un derecho en sí mismo, pero a la vez es un *derecho de derechos*, pues mediante él pueden solicitar el reconocimiento y la efectividad de sus derechos de rango constitucional o legal.

Aunque en Colombia el derecho de petición ya se encontraba previsto en la Constitución de 1886, en términos similares a la carta actual,⁴ solo en 1959 tuvo lugar la primera reglamentación general de la materia. En efecto, el decreto 2733⁵ de ese año consagró el deber —cuya omisión resultaba sancionable— de los funcionarios públicos de hacer efectivo el

2 El derecho de petición está “íntimamente ligado a la esencia de las relaciones entre la persona y el Estado en cuanto hace posible el acceso del gobernado a quien ejerce el poder y su control sobre la actividad pública”, Sentencia T-242 de 1993.

3 Constitución Política (C.P.), artículo 112.

4 El artículo 45 de la Constitución de 1886 establecía: “Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”.

5 Artículos 1o.-9o.

derecho de petición respondiendo de manera oportuna y “en términos definidos”. También estableció la obligación del Ministerio Público de velar por su efectividad, la necesidad de que cada entidad expidiera la reglamentación interna de este derecho “señalando para ello plazos máximos”, y la distinción entre el ejercicio del derecho de petición y la “acción de litigar”.

Posteriormente el Código Contencioso Administrativo⁶ de 1984⁷ derogó el mencionado decreto⁸ y estableció la regulación general⁹ —aún vigente—¹⁰ sobre el derecho de petición y bajo la premisa de que su ejercicio da inicio a la actuación administrativa, reglamentó temas como: modalidades de la petición (en interés general, en interés particular, solicitud de información, acceso a documentos públicos, formulación de consultas), requisitos de la petición, términos para resolver, citación a interesados, pruebas, requisitos de la respuesta expresa, silencio administrativo, entre otros. Esta reglamentación se caracteriza por ser muy formalista, por carecer de instrumentos eficaces¹¹ para la efectividad de dicho derecho, y por estar diseñada en beneficio exclusivo de la administración: los términos para resolver no son perentorios, una vez vencidos la administración no pierde competencia para responder, si se sobrepasa el término consagrado en la ley —que en general es de quince días hábiles— corresponde al peticionario esperar que transcurran tres meses, al cabo de los cuales, se entenderá que existe una respuesta ficta¹² (silencio administrativo), que por regla general será de carácter negativo.¹³ Esta negativa ficta permite al interesado interponer recursos en vía gubernativa —que si no son resueltos al cabo de dos meses dan lugar a otro acto ficto también por regla general negativo—¹⁴ o impugnar el acto ficto judi-

6 En adelante C.C.A.

7 Decreto 01 de 1984, que con relación a las disposiciones que nos ocupan tuvo una malograda reforma en 1989.

8 C.C.A., artículo 268.

9 Por disposición expresa del artículo 1o. del C.C.A. las normas referentes al procedimiento administrativo, solo se aplican en caso de que no exista una ley especial que regule la materia.

10 C.C.A., artículos 5 y ss.

11 Salvo el caso del recurso de insistencia al que se hará referencia adelante.

12 C.C.A., artículo 40.

13 El silencio administrativo es positivo solo en los casos expresamente consagrados en la ley y estos eventos son muy excepcionales en el derecho administrativo colombiano.

14 C.C.A., artículo 60.

cialmente,¹⁵ en un proceso que dada la congestión judicial, normalmente dura varios años.

En síntesis, durante poco más de cien años el derecho de petición fue un simple adorno retórico que pese a estar consagrado en una elocuente norma constitucional,¹⁶ al no existir un verdadero mecanismo de control judicial, se reducía en la práctica a la simple posibilidad que tenían las personas de acudir ante la administración con el fin de suplicar un favor, una graciosa concesión.

La Constitución Política de 1991 estableció en su artículo 23 que toda persona —natural o jurídica,¹⁷ nacional o extranjera— tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades y a obtener pronta resolución y agregó que la ley puede reglamentar el ejercicio de este derecho ante organizaciones privadas.

Pese a que continúan vigentes las normas preconstitucionales que regulan el derecho de petición, la Corte Constitucional se ha pronunciado en forma reiterada respecto de su naturaleza y alcance, generando un completo cuerpo de doctrina constitucional,¹⁸ que puede sintetizarse así:

1. El derecho de petición es el derecho constitucional fundamental en virtud del cual todas las personas pueden presentar solicitudes a las autoridades, y en algunos casos a ciertos particulares, con la certeza de obtener una pronta respuesta de fondo.

15 Según el artículo 135 del C.C.A., el silencio administrativo con relación a la petición inicial agota la vía gubernativa. Por su parte el artículo 136-3 prevé que la acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo, norma que por analogía se ha aplicado también respecto de la petición inicial, ante el vacío presente en el Código.

16 Juan Carlos Esguerra Portocarrero se refiere al artículo 45 de la Constitución de 1886, norma que consagraba el derecho de petición, en los siguientes términos: “No obstante su elocuencia, esta norma había resultado casi por completo ineficaz, ya que, en la práctica, las autoridades, dadas con frecuencia a gobernar mediante el cómodo expediente de sacarle el cuerpo a determinadas decisiones para dejarlas en manos de las fuerzas de la inercia, solía no responder determinadas peticiones, sin que ocurriera nada”. Ezequerra Portocarrero, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Legis, 2004.

17 “... la persona jurídica puede ser titular de los siguientes derechos fundamentales: la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada (artículo 15 C.P.), *el derecho de petición* (artículo 23 C.P.) la libertad de asociación sindical (artículo 38 C.P.) y el debido proceso (artículo 29 C.P.). Estos derechos nacen de su condición de sujeto que existe y ocupa un espacio dentro de la sociedad.” Corte Constitucional, sentencia T-377 de 2000.

18 En la sentencia T-1160A de 2001, la Corte Constitucional compiló algunos de los criterios desarrollados por la jurisprudencia acerca del derecho de petición, para lo cual se fundó, en la sistematización elaborada en la sentencia T-377 de 2000.

En tanto derecho fundamental, y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que haya lugar,¹⁹ el derecho de petición es susceptible de protección mediante la acción de tutela, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados los elementos constitutivos de su núcleo esencial.²⁰

2. El núcleo esencial del derecho de petición reside en: a) el derecho a presentar la solicitud, b) el derecho a una resolución pronta, y c) el derecho a una resolución de fondo.

a) *El derecho a presentar la solicitud.* En virtud de este elemento, la administración no puede negarse a recibir la petición, debe recibirla²¹ aún en caso de incompetencia, evento en el cual habrá de remitirla al funcionario u organismo competente²² y de cualquier manera la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea no la exonera del deber de responder.²³ En caso de que la petición parezca incompleta, la admi-

19 Ya el C.C.A. establecía como causal de mala conducta sancionable con destitución, negarse a recibir las peticiones (artículo 76-1). Más recientemente, el artículo 35 del Código Disciplinario Único incorporó dentro de las conductas prohibidas a los servidores públicos la siguiente: “8o. Omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares o a solicitudes de las autoridades, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento”.

20 La Corte Constitucional ha acudido reiteradamente a este criterio, entendiendo el núcleo esencia como el “ámbito intangible de un derecho fundamental cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares. Es el contenido esencial del derecho consistente en posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible, sin las cuales se desnaturalizaría... (Es la) parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”, Sentencia T-426 de 1992.

21 Los personeros municipales tienen a su cargo “recibir y hacer tramitar las peticiones o recursos que las autoridades por cualquier motivo no hayan querido recibir” (C.C.A., artículo 75-3). Así mismo, frente a la negativa a recibir un recurso de la vía gubernativa, se prevé que puede presentarse ante el procurador regional o el personero municipal, quien ordenará su recibo y tramitación, e impondrá las sanciones a que haya lugar (C.C.A., artículo 51).

22 El artículo 33 del C.C.A., establece: Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien se cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de diez (10) días, a partir de la recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días.

23 Corte Constitucional, Sentencias 219/01, y 1006 de 2001. En la sentencia T-476/01, la Corte afirmó “Desde una perspectiva constitucional, la obligación de realizar el traslado de la solicitud, en caso de incompetencia de la entidad ante la cual se eleva la petición, es un elemento del núcleo esencial del derecho de petición, toda vez, que

nistración simplemente habrá de advertir al solicitante, quien puede insistir en la presentación ante lo cual la administración está en la obligación de recibirla y posteriormente podrá por una sola vez solicitar la complementación a que haya lugar.

Consideramos que también hace parte de este elemento el derecho que tiene el peticionario a que se le otorgue, en la copia presentada al efecto, constancia de la radicación de la solicitud, así como de su fecha. La copia respectiva que “tendrá el mismo valor legal del original”,²⁴ servirá posteriormente de prueba para efectos de ejercer acción de tutela o de hacer efectivo el silencio administrativo positivo o negativo.

b) *El derecho a una resolución pronta*, implica de una parte, que el término para obtener respuesta, es determinado directa y exclusivamente por la ley²⁵ y no por la administración. En consecuencia, a falta de norma especial se aplica el término general previsto en el C.C.A. que es de 15 días²⁶ hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de recibo de la solicitud, sin que la administración pueda mediante reglamento interno modificarlo. De no ser posible contestar dentro del término legal, la autoridad “deberá informar al interesado expresando los motivos de la demora”, que deben ser justificaciones directamente relacionadas con ese caso específico (dificultad, complejidad), pero no asuntos estructurales que determinen ineficiencia de la administración, pues estaríamos ante un “estado de cosas inconstitucional”. A la vez debe señalar “la fecha en que se resolverá”,²⁷ no de manera caprichosa, sino teniendo en cuenta el criterio de razonabilidad.

De otra parte, dentro de ese término la resolución debe haber sido puesta en conocimiento del peticionario, esto es, no basta con la sola expedición de la respuesta en tiempo, sino que debe haber sido notificada

la simple respuesta de incompetencia, constituye una evasiva a la solicitud” y de acuerdo a lo expresado por la Corte: “...*las respuestas simplemente formales* o evasivas... no satisfacen el derecho de petición, pues en realidad, mediante ellas la administración elude el cumplimiento de su deber y desconoce el principio de eficacia que inspira la función administrativa, de conformidad con el artículo 209 de la Constitución...”.

24 C.C.A., artículo 50.

25 Sentencia T-050 de 1995. En la sentencia C-252 de 1994, la Corte señala que los asuntos fundamentales del procedimiento administrativo, sólo pueden regularse o modificarse por el legislador.

26 Artículo 60. Sobre el particular V. Sentencias T-1244 de 2001 y T-079 de 2003.

27 C.C.A., artículo 60.

personalmente o cuando menos se debe haber puesto en conocimiento del interesado la existencia de la respuesta, citándolo para que acuda a la diligencia de notificación. En síntesis, ante la presentación de una petición, la entidad pública debe expedir y notificar su respuesta al interesado dentro del término legal.²⁸

c) *El derecho a una resolución de fondo.* Se entiende por resolución de fondo aquella que siendo congruente con lo solicitado, brinda respuesta al peticionario de manera clara, precisa y seria. En consecuencia no es resolución de fondo la respuesta simplemente formal, aparente o tangencial,²⁹ ni aquella vaga e imprecisa.³⁰

Sin embargo, lo anterior no implica aceptación de lo solicitado,³¹ pues la respuesta de fondo puede ser, respecto del interesado, favorable o desfavorable, según corresponda en derecho.

En principio debe haber una respuesta respecto de cada peticionario, pero se ha aceptado que en cumplimiento de los principios de eficiencia, economía y celeridad, contenidos en el artículo 209 superior, la administración responda con un escrito general a un número plural de peticionarios, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- 1) Que exista un alto número de peticiones elevadas por personas distintas acerca del mismo punto, y que ellas estén formuladas con el mismo formato y los mismos argumentos, de tal manera que se pueda presumir que hay una organización formal o informal que coordina e impulsa esas solicitudes;

28 Corte Constitucional, Sentencia 249/01. En esta providencia, con relación a la violación del derecho de petición por falta de respuesta oportuna, se dijo: “Cabe recordar que en relación con el derecho de petición, no basta que se expida la respuesta, sino que además, es necesario que ésta se notifique de manera oportuna al interesado. En efecto, hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental consagrado en el artículo 23 de la carta, el hecho de que la respuesta se ponga en conocimiento del solicitante, pues no puede tenerse como real contestación la que sólo es conocida por la persona o entidad de quien se solicita la información.” En el mismo sentido pueden consultarse entre otras, las sentencias T-372 de 1995, T-214 de 1996, T114 de 2003.

29 Sentencia T-700 de 1996.

30 Sentencias C-304 de 1994, T-206 de 1997, T-395 de 1998. Como el amante frustrado que cantando le reprocha a su adorada: “*Siempre que te pregunto, que cuándo, cómo y dónde, tu siempre me respondes: quizás, quizás, quizás*”.

31 En la sentencia T-464 de 1992 señaló la Corte que “no se entiende conculcado el derecho de petición cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa”. En el mismo sentido V. Sentencia T-473 de 1992.

2) Que se dé suficiente publicidad al escrito de respuesta, de tal manera que se garantice efectivamente que los peticionarios directos puedan tener conocimiento de la contestación brindada;³²

3) Que se notifique de la respuesta a las directivas de las organizaciones que han impulsado y coordinado la presentación de miles de solicitudes del mismo corte o, en el caso de que se trate de organizaciones informales, a los líderes de ellas que se puedan identificar; y

4) Que el escrito de respuesta aporte los elementos necesarios para que cada uno de los peticionarios pueda conocer que en el documento se le está dando respuesta a su solicitud personal, bien sea porque en el escrito se mencionen los nombres de cada uno de los solicitantes o bien porque la respuesta se dirige hacia grupos u organizaciones que permitan individualizar a los destinatarios de la contestación.³³

3. El derecho de petición, por regla general, se dirige a autoridades administrativas, pero la Constitución de 1991 lo extendió a las “organizaciones privadas”, y pese a que en la actualidad no existe ley que regule la materia,³⁴ la Corte Constitucional ha determinado por la vía de revisión de fallos de tutela,³⁵ que el derecho fundamental de petición procede ante particulares si se presenta al menos una de las siguientes situaciones:

32 En la sentencia T-079 de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía, ya se había autorizado que la respuesta a un derecho de petición elevado por cientos de personas fuera notificada a través de los medios o de su exposición en lugares públicos. La sentencia trata sobre un derecho de petición presentado en un municipio por múltiples personas. La petición no contenía ninguna dirección y el alcalde decidió fijar copia de la respuesta en la alcaldía y en la Oficina de Planeación. La Corte consideró que con esta actividad no se había satisfecho la exigencia de dar a conocer la respuesta a los peticionarios. Por eso, señaló que el alcalde debía actuar en forma más diligente para que su respuesta pudiera ser conocida por los peticionarios. Al respecto se expresó: “El alcalde podrá utilizar medios escritos, como carteles puestos en lugares especialmente visibles, en los municipios de Funza, Madrid y Mosquera, y publicados en periódicos locales, etcétera; medios radiales, por ejemplo, programas institucionales o dirigidos a la comunidad, sobre los que se tenga certeza de que son ampliamente escuchados. Es decir, el medio o los medios escogidos por el alcalde, deben lograr que los peticionarios se enteren del contenido de la resolución de su solicitud.”

33 Sentencia T-466 de 2004. Nótese el nivel de detalle con el que interviene el juez constitucional.

34 Se han presentado varios proyectos de ley (*Vg.* Proyecto de Ley 122 de 2004 Cámara) que hasta el momento no han sido aprobados. Sin embargo, existen normas específicas como la Ley 510 de 1999 que en su artículo 52 regula el derecho de petición ante entidades financieras.

35 *V.* Sentencias T-507 de 1993, T-126A de 1994, T-105 de 1996, T-180 de 1998, SU-166 de 1999, T-177 de 2003.

- a) Que el particular preste un servicio público.
- b) Que el particular realice funciones de autoridad.
- c) Que el derecho de petición se ejerza como medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental.³⁶

4. El Consejo de Estado inicialmente consideró que a la petición se podía responder bien mediante acto administrativo expreso, bien mediante acto ficto y en consecuencia cuando éste se había producido, al haberse contestado la solicitud se había satisfecho el derecho de petición.

La Corte Constitucional no acogió dicho criterio y consideró que la configuración del silencio administrativo negativo no libera a la administración de la obligación de resolver la petición, ni le sirve de defensa en el trámite de una acción de tutela. Por el contrario, la configuración del silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho constitucional fundamental de petición.³⁷

5. Lo dicho con relación a la “petición inicial” es igualmente aplicable tanto a la interposición de recursos en vía gubernativa, como a la solicitud de revocatoria directa de un acto administrativo, pues en ambos casos se trata de expresiones del derecho constitucional fundamental de petición.³⁸

En consecuencia, se vulnera el derecho de petición “cuando para agotar la vía gubernativa, se utilizan los recursos de ley para impugnar un acto administrativo (expreso o ficto) y la respectiva entidad no contesta”. Es decir, “la inobservancia de los términos para resolver de manera oportuna los recursos interpuestos contra los actos administrativos viola de manera directa los derechos fundamentales al debido proceso y de petición,³⁹ en cuanto el peticionario debe recibir una respuesta oportuna al recurso formulado”.⁴⁰

6. El derecho a acceder a los documentos públicos, establecido en el artículo 74 de la carta,⁴¹ al no encontrarse en el respectivo capítulo de la Constitución, inicialmente no fue considerado derecho fundamental por

³⁶ Sentencia T-001 de 1998.

³⁷ Sentencias T-242 de 1993, T-369 de 1997, T-11 de 1998, T-164 de 1998, T-281 de 1998, T-1126 de 2002.

³⁸ Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-294, T-454 de 1997; T-240, T-281, T-291, T-306, T-365 de 1998; T-240, T-344 y T-811 de 1999; T-836 y T-1175 de 2000; T-1126 de 2001; T-303 de 2003.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-363 de 2002.

⁴¹ Su reglamentación legal se encuentra en el C.C.A., en la Ley 57 de 1985, en el artículo 33 de la Ley 130 de 1994 (acceso de la oposición a la información y documentación oficiales), y en la Ley 594 de 2000 (artículos 33 y ss.).

el Consejo de Estado. Posteriormente la Corte estimó que por estar íntimamente ligado con el derecho fundamental de petición⁴² debe compartir su naturaleza. Sin embargo, cuando para su protección procede el recurso de insistencia, la acción de tutela, dado su carácter subsidiario y la eficacia del recurso alterno, resulta improcedente.⁴³

El recurso de insistencia está reglamentado,⁴⁴ bajo los siguientes parámetros: a) se requiere acto administrativo motivado para negar la consulta o copia de documentos; b) en la motivación se deben indicar las normas legales que establezcan la reserva del documento, única causal para negar el acceso; c) si el peticionario insiste en su solicitud, la administración debe enviar el expediente al Tribunal Administrativo para que decida; d) el Tribunal cuenta con 10 días hábiles para decidir.

7. En relación con el derecho de petición frente a los jueces la Corte Constitucional ha señalado⁴⁵ que a) el derecho de petición no procede para poner en marcha el aparato judicial o para solicitar el cumplimiento de funciones jurisdiccionales sometidas a la ley procesal; b) dentro de las actuaciones ante los jueces se distinguen los actos estrictamente judiciales y los actos administrativos, en consecuencia las solicitudes en relación con actuaciones judiciales no pueden ser resueltas bajo los lineamientos propios de las actuaciones administrativas, sino bajo la respectiva ley procesal⁴⁶ y sólo respecto de éstos últimos se aplica el C.C.A.; c) no obstante lo anterior, el derecho de petición si puede ejercitarse ante la administración para solicitar el cumplimiento de una sentencia judicial, si no hay otro medio para el efecto.⁴⁷

8. Los límites del derecho de petición jurídicamente deben tratarse de manera excepcional y restringida, y solamente pueden estar contenidos en la ley⁴⁸ —que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial— esto es, no pueden establecerse o derivarse de regulación administrativa alguna. Hecha esta importantísima advertencia, los principales límites son:

42 Corte Constitucional, Sentencia T-473 de 1992.

43 Corte Constitucional, Sentencias T-618 de 1995, T-821 de 1999 y T-881 de 2004.

44 Artículos 21 y 24 de la Ley 57 de 1985.

45 Sentencias T-334 de 1995 y T-07 de 1999, citadas en la sentencia 377 de 2000.

46 Sentencia T-377 de 2000.

47 Sentencia T-241 de 2003.

48 Corte Constitucional, sentencia T-473 de 1992.

a) La petición debe ser respetuosa.⁴⁹ A lo largo de las normas que han regulado el derecho de petición se ha mantenido la condición de que la solicitud sea respetuosa como un límite para su ejercicio, ante cuya transgresión la autoridad correspondiente queda relevada de la obligación de responder, pues “el derecho de petición que la Constitución protege supone el carácter respetuoso de la solicitud”.⁵⁰

Aunque el tema no ha merecido mayor atención por parte de la doctrina colombiana y son muy escasos los eventos en que la jurisprudencia se ha ocupado de él,⁵¹ teniendo en consideración la drástica solución que se ha dado a su inobservancia —solución que no compartimos totalmente pues aun tratándose de petición irrespetuosa la administración ha de informar al peticionario que no decidirá de fondo argumentando esta circunstancia— quedan en el ambiente varias preguntas sin resolver: ¿qué es respetuoso? ¿Quién decide si una solicitud es irrespetuosa? ¿Con qué parámetros? ¿Cómo manejar los problemas de ambigüedad del lenguaje y de la comunicación? ¿Sólo puede considerarse irrespetuoso lo que constituiría delito de injuria?⁵²

b) La reserva legal constituye un límite para el ejercicio del derecho de petición en su modalidad de acceso a los documentos públicos, sin embargo, desde la óptica del derecho administrativo el concepto de do-

49 “El único límite que impone la Constitución para no poder ser titular del derecho de obtener pronta resolución a las peticiones, es que la petición se haya formulado de manera irrespetuosa. Dicho de otra manera, la petición irrespetuosa exime a las autoridades de resolver prontamente. En cualquier otro caso, es obligación de ellas actuar con prontitud, dentro de los términos que la ley establezca” (Sentencia T-473 de 1992).

50 La Corte Constitucional en la sentencia T-353 de 2000 sostuvo: “la forma irrespetuosa en que el accionante se dirigió a la autoridad de la cual buscaba una respuesta exoneraba a la funcionaria correspondiente de cualquier obligación, pues no encajaba la hipótesis en los presupuestos del artículo 23 de la Constitución Política.

En efecto, elemento esencial del derecho de petición radica en que la persona que a él acude formule sus solicitudes con el debido respeto hacia la autoridad.

De lo contrario, la obligación constitucional, que estaría a cargo del servidor o dependencia al cual se dirigió la petición, no nace a la vida jurídica. La falta de tal característica de la solicitud sustrae el caso de la regla general, que exige oportuna contestación, de fondo, sobre lo pedido”.

51 En la sentencia T-353 de 2000, la Corte Constitucional decidió no tutelar el derecho de petición por cuanto la solicitud era irrespetuosa pues “la forma ofensiva en que el solicitante se dirige a la autoridad resulta ostensible”, en especial en el documento del 30 de julio de 1999 (Fl. 7), en el que se tilda la primera respuesta de “amañada” y se sindicó a la personera municipal de ser “mañosa”.

52 El artículo 220 del Código Penal utiliza la expresión “imputaciones deshonrosas” para tipificar el delito de injuria.

cumento público es muy amplio: es documento público el que repose en el archivo de una entidad pública, sin importar si emana o no de funcionario público, y las leyes que establecen la reserva de documentos son muy escasas, aisladas y específicas.

c) En fin, la “razonabilidad” de la solicitud es un límite general tendiente a reprimir el abuso del derecho por parte del peticionario. El titular del derecho debe ejercerlo

...en forma que evite todo abuso en cuanto respecta tanto a su frecuencia como a la cantidad, contenido y forma... de modo que el ejercicio de su facultad sea compatible con las actividades propias de quien está llamado a permitir el acceso al documento o de sus demás conciudadanos. La petición debe ser, desde todo punto de vista, razonable.⁵³

De lo anterior se concluye que un tema que tradicionalmente ha sido tratado desde la óptica legalista de un C.C.A. diseñado para favorecer a la administración, se ha constitucionalizado al consagrarse el derecho de petición como un derecho fundamental y su protección judicial reforzada ha trasladado el centro de gravedad de la administración al administrado: es la persona, con su dignidad y sus derechos, y no la administración el eje del sistema administrativo del Estado social de derecho.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

El C.C.A. de 1984 ya consagraba como causal de nulidad de los actos administrativos la violación del derecho de audiencia y defensa,⁵⁴ sin embargo al elevarse a rango constitucional el principio en virtud del cual “*el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”,⁵⁵ el procedimiento administrativo se estructura, analiza y protege desde la órbita constitucional, de la que se deriva una construcción que articulada con las normas preconstitucionales, que continúan vigentes, se explica continuación.

1. El debido proceso administrativo es un derecho constitucional fundamental —susceptible, en nuestra opinión, de protección judicial refor-

53 Corte Constitucional, sentencia T-473 de 1992.

54 Artículo 84.

55 C.P., artículo 29.

zada por medio de la acción de tutela—,⁵⁶ que debe estar presente antes del acto administrativo, en el acto y después del acto.

Esta innovación es de la mayor trascendencia en el derecho administrativo colombiano, toda vez que si bien el interesado puede esperar a que se expida el acto, e incluso se ejecute, para acudir al contencioso administrativo solicitando se declare su nulidad por haberse vulnerado el derecho fundamental al debido proceso administrativo, esta vía judicial *ex post*, que se ha enfocado generalmente en controlar la legalidad, usualmente resulta muy demorada⁵⁷ y ante la ausencia de una adecuada arquitectura de medidas cautelares en los procesos mediante los cuales se impugna un acto administrativo,⁵⁸ el actor generalmente habrá de conformarse con una indemnización de carácter patrimonial, que aunque para la administración parezca costosa —especialmente si se tiene en cuenta el elevado porcentaje del PIB⁵⁹ que está sometido a controversia judicial ante el contencioso y la actualización de la condena por el prolongado tiempo del proceso— no siempre resulta adecuada y suficiente para reparar los daños padecidos.

La protección reforzada ante la violación o amenaza de este derecho fundamental, permite un real y efectivo acceso a la administración de justicia, pues en 10 días —no en 10 años— se tendrá sentencia que en caso de ser estimatoria ordenará el restablecimiento *in natura* del derecho tutelado, evitando la congestión de la justicia contenciosa y aminorando significativamente los costos tanto para la administración como para el interesado.

2. Antes de la expedición del acto, esto es, durante la actuación administrativa⁶⁰ el derecho al debido proceso administrativo implica que:

56 La procedibilidad de la acción de tutela para la protección de este derecho no ha sido asunto pacífico, pues en muchos fallos se aduce el carácter subsidiario de esta acción para señalar que cuando ya se ha expedido un acto administrativo existen las acciones contencioso administrativas como mecanismo ordinario de defensa judicial.

57 La duración promedio de un proceso contencioso administrativo de dos instancias es de 13,6 años. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *Colección de reformas en la rama judicial*, t. I, *Descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa*, Bogotá, 2004.

58 Sobre el particular puede consultarse nuestro artículo “Conversación virtual con un hurón sobre el control judicial del acto administrativo en Colombia”, *IV Jornadas internacionales de derecho constitucional y administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

59 El 17%. “Para el año 2002 las pretensiones de los demandantes registradas en el Balance General de la Nación, ascendieron a \$31.6 billones” (*Ibidem*, p. 86).

60 Nombre con el que se conoce en el derecho colombiano la primera etapa del procedimiento administrativo, esto es, la fase previa a la expedición del acto.

a) Los interesados —determinados⁶¹ o indeterminados—⁶² deben ser convocados a la actuación administrativa,⁶³ para que puedan hacer valer sus derechos, y solo habiéndoseles dado oportunidad para expresar sus opiniones⁶⁴ se tomará la decisión.

Una importante consecuencia que deriva de lo anterior, es que están proscritas del ordenamiento las sanciones administrativas “de plano” —antes frecuentemente previstas en diversas normas— pues es imperativo que el interesado conozca previamente que en su contra se adelanta actuación y tenga la oportunidad de presentar sus argumentos, solicitar la práctica de pruebas y controvertir las recaudadas.⁶⁵

b) Puesto que para proceder a la revocatoria directa de un acto administrativo de carácter particular es necesario adelantar la correspondiente actuación administrativa,⁶⁶ a ella se habrá de convocar a los interesados en los términos señalados.

c) Igualmente, antes de la expedición de un acto administrativo contractual, es menester adelantar actuación administrativa que se registrará por las disposiciones del C.C.A.,⁶⁷ asunto que no ha tenido un tratamiento pacífico en cuanto respecta a la aplicación de las cláusulas excepcionales, especialmente de la caducidad del contrato.

En efecto, en algunos fallos⁶⁸ se ha considerado que la declaratoria de caducidad constituye una sanción para el contratista pues termina el contrato, es constitutiva del siniestro de incumplimiento, hace efectivas la cláusula penal pecuniaria y la garantía única, y comporta inhabilidad para el contratista. Este carácter sancionatorio hace que el debido proceso

61 El artículo 14 del C.C.A. prevé que cuando “resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos”.

62 Por su parte el artículo 15 establece: “Cuando de la misma petición aparezca que terceros no determinados pueden estar directamente interesados o resultar afectados con la decisión, el texto o un extracto de aquélla que permita identificar su objeto, se insertará en la publicación que para el efecto tuviere la entidad, o en un periódico de amplia circulación nacional o local, según el caso”.

63 El artículo 5o. de la Ley 58 de 1982 establece que a falta de procedimiento especial se aplicará el principio de audiencia de las partes.

64 C.C.A., artículo 35.

65 Sentencias T-490 de 1.992, M. P.; T-145 de 1.993; T-467 de 1.995.

66 C.C.A., artículo 74.

67 Ley 80 de 1993, artículo 77.

68 *Vg.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, auto de septiembre 24 de 1998, Exp. 14.821, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

administrativo se instale de modo reforzado⁶⁹ ante la eventualidad de que la actuación concluya con un acto administrativo desfavorable. En consecuencia, se habrá de convocar al interesado, informándole que se adelanta la actuación, el objeto de la misma, las pruebas recaudadas, a fin de darle oportunidad para que presente sus argumentos, aporte o solicite pruebas y controvierta las existentes. Sólo una vez escuchado se dictará la decisión.

Otros fallos⁷⁰ hacen prevalecer que la caducidad es una prerrogativa que la administración ha de utilizar oportunamente para garantizar la co-

69 Corte Constitucional, Sentencias T-145 de 1993; C-214 de 1994; C-597 de 1996 y C-690 de 196.

70 Vg. Sentencia T-569 de 1998 con ponencia de Alfredo Beltrán Sierra. En esta providencia la Corte se abstuvo de tutelar el derecho al debido proceso administrativo ante la declaratoria de caducidad sin actuación previa, con el siguiente fundamento: “Pese a que se ha identificado la declaración de caducidad de los contratos como una sanción para el contratista, en razón a sus efectos... no por ello se puede deducir que su aplicación esté condicionada al agotamiento de un procedimiento previo que requiera de un debate entre la administración y el contratista, sobre la necesidad, viabilidad y fundamentos de su aplicación, como se explicará. 3.3. Primero, porque la ley, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en reconocer en esta cláusula, una prerrogativa o privilegio que se le otorga al Estado para dar por terminado un contrato donde él es parte, cuando el contratista ha desplegado ciertas conductas o se presentan circunstancias que, en general, impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del objeto contractual, hecho que hace necesaria la intervención rápida de la administración a fin de garantizar que el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte, porque de hecho se lesiona a la comunidad en general. Es decir, la caducidad del contrato es una potestad que se le reconoce al Estado como parte en él, para darlo por terminado... 3.4. Segundo, porque su aplicación no puede confundirse con la facultad sancionatoria que se le reconoce a la administración en otros campos como el disciplinario, tributario, etcétera, en desarrollo de su potestad punitiva, que exige, por su misma naturaleza, la observancia de un debido proceso a efectos de imponer las sanciones correspondientes, tal como ha reconocido esta corporación en un sin número de providencias. 3.5. Como la inclusión de la cláusula de caducidad en los contratos donde el Estado es parte, no es propia de la facultad sancionatoria que se le ha reconocido, sino de su especial condición, que lo faculta para dar por terminado un contrato, *no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo... en donde el contratista y los terceros que puedan estar interesados en la ejecución de éste, deban ser escuchados sobre la procedencia o no de esta cláusula, pues ella, en sí misma, debe responder a hechos objetivos que debe alegar y demostrar el ente estatal, en el acto administrativo que se profiera para el efecto. Y es este acto, el que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa, primero ante la administración y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso administrativa. 3.6. La comprobación de tales hechos, es producto del seguimiento de la ejecución del contrato que está obligado a realizar el ente estatal, por medio de visitas, requerimientos e informes que le permitan determinar la forma en que se está cumpliendo lo pactado. Seguimiento en el que ha intervenido el contratista y que le permitirá a la administración adoptar la decisión correspondiente”.*

recta prestación del servicio público correspondiente y en consecuencia la decisión puede tomarse sin necesidad de procedimiento previo y sin informar formalmente al contratista. Este concepto de las prerrogativas de la administración también ha servido para permitir tomar otra clase de decisiones contractuales sin previa actuación administrativa, como es el caso de la terminación unilateral de contrato que la administración considera afectado de nulidad absoluta.⁷¹

3. En el contenido mismo del acto administrativo se ha de respetar el debido proceso, lo que implica que la decisión debe estar debidamente motivada.

La evolución de la motivación del acto administrativo es uno de los más preciosos ejemplos del carácter garantista del derecho administrativo, de su talante como derecho de la libertad y de su misión como valiosa herramienta en la lucha contra la arbitrariedad: la motivación es inversamente proporcional a la arbitrariedad.

Lentamente la prohibición de motivar los actos se ha transformado en la obligación general de hacerlo, pasando por tesis intermedias como la que ha considerado la motivación como un elemento formal del acto, un simple aditamento, hasta llegar a tomar la estructura, el cuerpo, el alcance y la importancia de lo que es hoy: un elemento esencial del acto administrativo que debe existir en forma seria y cierta, so pena de nulidad, en virtud del cual la administración, en aplicación de los principios de publicidad y debido proceso, ha de manifestar de forma expresa las causas tanto fácticas como jurídicas que la llevan a tomar la decisión contenida en el objeto del acto.

La falta de motivación del acto, especialmente del desfavorable para su destinatario, esto es el que limita, impide o menoscaba un derecho, viola el debido proceso administrativo y en consecuencia el juez constitucional puede ordenar que se tutele este derecho.⁷²

4. Una vez expedido el acto, el debido proceso administrativo implica:

- a) Que el acto administrativo debe notificarse en debida forma.
- b) Que el administrado tiene derecho a interponer recursos en vía gubernativa cuando la ley los establece.
- c) Que el administrado tiene derecho a que los recursos interpuestos sean resueltos debida y prontamente.

71 Corte Constitucional, sentencia T-1341 de 2001.

72 Corte Constitucional Sentencia SU-250 de 1998.

- d) Que el recurrente tiene derecho a pedir pruebas en el trámite del recurso de reposición pese al texto literal una norma vigente,⁷³ que limita esta posibilidad exclusiva e inexplicablemente al recurso de apelación.
- e) Que en los recursos se aplique la prohibición de *reformatio in pejus*.
- f) Que el acto administrativo no se ejecute antes de tenga firmeza.⁷⁴
- g) Que la administración no puede revocar el acto particular expreso y favorable sin el consentimiento previo y escrito del interesado, cuando este requisito resulte jurídicamente necesario.⁷⁵

Como puede apreciarse el derecho fundamental al debido proceso administrativo se ha irradiado a todo el procedimiento administrativo (actuación administrativa y vía gubernativa), ampliando el objeto del control judicial de la actividad de la administración toda vez que la acción de tutela puede llegar incluso a temas que escapan del control contencioso administrativo.

IV. CONCLUSIÓN

A manera de conclusión puede afirmarse que la “extremadamente invasora”⁷⁶ Constitución Política de la República de Colombia de 1991, ha impregnado el importante tema del procedimiento administrativo, constitucionalización que ha comportado una amplia construcción conceptual y que a su vez ha implicado un verdadero reconocimiento de los derechos de los administrados y correlativamente un valioso mecanismo de control de la actividad de la administración pública, todo lo anterior pese a que continúan formalmente vigentes las normas legales preconstitucionales confeccionadas en beneficio exclusivo de la administración y bajo cuyo imperio se cometieron toda clase de arbitrariedades de manera permanente e impune.

Este proceso debe continuar sin vacilaciones, pues corresponde al derecho administrativo regular la actividad de la administración pero a partir de la base de la primacía de los derechos de los administrados, y no a partir de hacerle la corte a los que violan la carta.

73 Artículo 53 del C.C.A. V. Sentencia T- 505 de 2000.

74 Sentencia T-505 de 2000.

75 Sobre el particular puede consultarse la sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de julio de 2002, radicación IJ-029.

76 Guastini, *op. cit.*, nota 1, p. 49.