

Bogotá, D.C 19 de octubre de 2023.

CONCEPTO JURÍDICO DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA RESULTANTE SOBRE LA EXPOSICIÓN DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN QUE CONCEDE LA LEY 1828 DEL 2017 A QUEJOSOS Y A DISCIPLINABLES.

A fin de presentar el concepto jurídico de la temática antes citada se hace necesario realizar un análisis en primer sentido general de lo que contempla el ordenamiento legal, frente La justificación de los recursos administrativos;

Aspectos generales.

Recursos administrativos como consolidación de la decisión administrativa.

Consolidación de influencias

Nuestro sistema conservó múltiples elementos de estas concepciones del derecho comparado como es el español y el francés. Así, la *vía gubernativa* constituye un paso previo obligado, un requisito de procedibilidad, para acceder al juez de lo contencioso administrativo. No obstante, ello no impone la autorrevisión sistemática de las decisiones administrativas, por cuanto tan solo el recurso de apelación es obligatorio, por disposición del Código (art. 51 CCA). Por consiguiente, el recurrente verá cerrada la vía jurisdiccional si solo interpone el recurso de reposición, si es posible ejercer también el recurso de apelación, por no haber agotado la *vía gubernativa*, sin que pueda considerarse un aspecto formal, saneable, incluso en aplicación del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.).

Es significativo que sea justamente la apelación el recurso que necesariamente ha de interponerse, por cuanto es este el que garantiza

que la decisión finalmente adoptada es la que refleja la posición institucional de la entidad autora del acto, siguiendo la lógica del sistema francés de los recursos obligatorios. Ha de recordarse, en este sentido, la estructura jerarquizada de nuestra administración, que determina la adopción de las decisiones definitivas. El Consejo de Estado tenía clara esta particularidad de la apelación, como lo establece una sentencia de 1958, cuya explicación didáctica es ilustrativa:

La naturaleza y estructura de los recursos el de reposición y el de apelación son totalmente distintas. Este último, como lo dice Luis rollán, "consiste, en poner en movimiento por parte de un particular el control jerárquico que podría ser ejercido espontáneamente por el superior", añadiendo: "como el señor Hauriou lo destaca justamente, este recurso (el de reposición), difiere del recurso jerárquico puesto que evoca la idea de una simple petición en lugar de corresponder a la idea de poner en movimiento control" (Précis de Droit Administratif).

El expositor doctor Guillermo Hernández Rodríguez considera que "el recurso de reposición no es propiamente recurso sino un simple pedimento gracioso dirigido al mismo funcionario que pronunció la providencia. Y es las más de las veces inútil pues, como lo anotó el doctor Tulio Enrique Tascón en su Tratado de Derecho Contencioso Administrativo, resulta muy difícil que un mismo funcionario varíe las razones y conclusiones de sus fallos". El recurso de apelación es necesario dentro de la interpretación jurídica para agotar la vía gubernativa, pues para la mejor administración de justicia deben intervenir dos instancias en el juzgamiento de un mismo problema; y porque en su calidad de recurso jerárquico hace mover como se ha dicho el control del superior. Concretándonos más a la legislación colombiana, es de advertir que la necesidad del recurso de apelación para instaurar demanda contenciosa se hace patente al considerar que, faltando una carrera administrativa bien organizada, es indispensable que los negocios de esa índole los pueda conocer en segunda instancia un superior, pues es bien sabido que no siempre los funcionarios administrativos de la primera instancia tienen la suficiente idoneidad.

En Francia, país en donde el derecho administrativo ha tenido su cuna y en donde ha sido más profundizado, se exigió en 1880 -según dice Hauriou- acudir al superior jerárquico administrativo antes de acudir a la jurisdicción contenciosa. De esa fecha en adelante ya no se exigió tal

cosa y se admiten directamente los recursos ante lo contencioso, de las decisiones de las autoridades inferiores. Esto se explica precisamente porque en Francia existe una carrera administrativa y el Consejo de Estado puede confiar en la idoneidad de aquellos funcionarios evitando la dilación de los procesos con una instancia más que no se encuentra necesaria; y porque allí -en virtud precisamente de su carrera administrativa- el Prefecto, v. gr., es un funcionario de carrera y el ministro puede no serlo. Sin embargo, como se ha visto, sólo hasta el año de 1880 se permitió prescindir del recurso jerárquico administrativo. En el caso de Colombia está en ese primer período; nuestro derecho administrativo es todavía incipiente y nuestros funcionarios hasta ahora empiezan a tratar de perfeccionarse en esa ciencia. De donde resulta que es imprescindible que sus actos los revise un superior.

De todo lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que para acudir a la Jurisdicción Contenciosa es necesario haber interpuesto el recurso de apelación, pero no el de reposición; y como corolario, cuando el acto administrativo no tenga el primero de tales recursos, la sola ejecutoria es suficiente para agotar la vía gubernativa. Se exceptúan aquellos actos administrativos a los cuales la ley les ha señalado expresamente la exigencia de la reposición.

En estas condiciones, la decisión de los recursos en vía administrativa (*gubernativa*) tiene un alcance y una finalidad diferente a la función ejercida por la jurisdicción cuando resuelve la demanda contra el respectivo acto administrativo en firme. La amplitud de la competencia de la administración permite sustentar la resolución del recurso (y con ella la decisión definitiva) en razones de conveniencia, cuando el juez administrativo tan solo puede controlar y fundar su decisión en fundamentos de legalidad del acto (art. 84 CCA).

En la misma lógica, la decisión del recurso no está regida de manera general por el principio de la *non reformatio in pejus*, según el cual no se puede desmejorar la situación del apelante único. El Consejo de Estado controla la congruencia de la decisión final de ciertas decisiones sancionatorias frente al acto de acusación o pliego de cargos formulados durante la instrucción, como ocurre en los procesos disciplinarios o en ciertos procesos sancionatorios de la dian. Pero ello no obsta para que rechace de manera general la aplicación del principio de la *non reformatio in pejus*.

En primer lugar, la jurisprudencia resalta que el principio se predica de los procesos judiciales y que la Constitución lo previó, más concretamente, para los juicios penales (art. 31 C.P.). Por consiguiente, para que el principio "tenga operancia en otros campos, es menester que así se haya consagrado expresamente", como ocurre en el caso del procedimiento disciplinario de los médicos en el que la Ley 23 de 1981, que lo rige, establece expresamente la remisión al Código de Procedimiento Penal, en el que se reitera el principio.

El Consejo de Estado ha considerado que la regla general es la siguiente:

(...) al conocer del recurso de apelación, [la administración] puede ejercer su competencia funcional sin limitación alguna sobre la decisión administrativa impugnada. [...]

[...] es claro para la Sala que en la vía gubernativa la Administración puede corregir los errores en que haya incurrido el funcionario de inferior jerarquía al expedir el acto recurrido, lo cual permite que el *ad-quem* pueda llegar a modificar la decisión administrativa que haya adoptado el *ad-quo*, así esto traiga como consecuencia la aplicación de una sanción mayor a quien actuó como impugnante respecto del acto de primera instancia, cuando lo que se vislumbra es el desconocimiento abierto de la ley.

En el caso de esta decisión, el superior agravó la multa impuesta por el inferior jerárquico en la decisión impugnada y decretó las medidas nuevas de sellamiento y suspensión de una obra, lo que no había sido decidido inicialmente. La Sala destaca así que la expresión del artículo 59 CCA otorga plena competencia para la decisión del recurso: "La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes".

En igual sentido, la alta corporación encontró lícito que el superior jerárquico revocara una liquidación de deudas realizada por un liquidador financiero, lo que desmejoró la situación de la entidad liquidada. El Consejo de Estado resaltó que, no habiendo acto definitivo en firme, no existía restricción a la revocatoria de un acto individual.

Pruebas en la vía gubernativa

También es determinante el manejo de la prueba durante el trámite de los recursos. El artículo 56 CCA prescribe que estos se deciden de plano. Tan solo en la apelación se autoriza al recurrente solicitar pruebas, tal vez por la importancia de ofrecer al superior jerárquico todos los elementos para adoptar la decisión final. Corresponde entonces a la administración valorar la pertinencia de su decreto, competencia que siempre tiene de oficio, para esclarecer mejor los fundamentos de su decisión. Más aún, incluso en la solicitud de pruebas, en la apelación, el recurrente carece de las garantías esenciales consagradas en el proceso jurisdiccional, en la medida en que el rechazo o decreto de pruebas no es objeto de recurso alguno. En efecto, el capítulo consagrado a las pruebas no prevé recurso alguno y el artículo 49 CCA establece que los recursos no proceden contra los actos de trámite ni contra los preparatorios.

El objetivo de las pruebas así concebido se orienta a ofrecer a la administración los elementos de juicio necesarios para su decisión final unilateral y por ello la jurisprudencia del Consejo de Estado establece que es carga del actor, en la acción jurisdiccional de nulidad del acto, solicitar las pruebas que fueron rechazadas en la vía gubernativa.

Frente a la violación del derecho de defensa en la vía gubernativa, porque no se decretaron ni practicaron las pruebas solicitadas por la actora, estima la Sala que la prosperidad de dicho cargo está condicionada a que en la instancia jurisdiccional, en la que obviamente se tiene franca la oportunidad para ello, se pidan y practiquen esas mismas pruebas, u otras pertinentes, a objeto de que en el proceso respectivo quede evidenciado que la importancia o trascendencia del supuesto fáctico que se echa de menos era tal que resultaba imprescindible considerarlo para efectos de inclinar, en uno u otro sentido, la decisión administrativa controvertida. Resulta, empero, que esa eventual incidencia en el caso presente no se puede medir o ponderar, pues la demandante no solicitó ni aportó pruebas con ese propósito, [...] con lo cual quedó en el limbo el efecto útil, determinante o revelador de los elementos de convicción que no fueron decretados.

En realidad, podría afirmarse que en ningún caso el rechazo de una prueba, en sí mismo, sea violatorio del derecho de defensa. De ser así, el simple rechazo de una prueba pertinente y conducente daría lugar a la nulidad del acto, como sí ocurre en un procedimiento judicial. El exigir al demandante la solicitud de pruebas no practicadas en la vía gubernativa tiene por finalidad esclarecer los hechos que fundamentan la decisión administrativa o las consideraciones que tuvo la autoridad para adoptarla. Por consiguiente, si al practicadas en sede judicial las pruebas tampoco logran desvirtuar la juridicidad de la decisión administrativa, el acto demandado no será anulado. No es entonces el rechazo de la prueba lo que genera la ilegalidad del acto sino la irregularidad del mismo.

Cosa distinta es que el juez puede apreciar la irregularidad porque la prueba, practicada en sede judicial, le pone de presente que, de haberse practicado en sede administrativa, habría ofrecido a la administración elementos para decidir en otro sentido.

Sentencias de 17 de marzo de 2000, Exp. 5583, 26 de julio de 2001, Exp. 6549, 14 de febrero de 2002, Exp. 7346 y 31 de enero de 2003, Exp. 6689)

Agotamiento de la vía gubernativa, como requisito de procedibilidad del contencioso

Hemos resaltado que los recursos administrativos constituyen un privilegio para la administración cuando su ejercicio es requisito indispensable para poder acudir al juez administrativo, como ocurre con la apelación. Pero, además, el recurrente debe estar atento al cumplimiento estricto de ciertos requisitos y formalidades, cuyo incumplimiento es grave para él por cuanto le cierran las puertas ante el contencioso administrativo.

En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa. El privilegio de la revisión previa

encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

El privilegio es más significativo si se recuerda que la vía gubernativa no exige la intervención de un abogado que represente al afectado, pese a lo cual la impugnación realizada será determinante para la futura estrategia contenciosa ante el juez administrativo. No obstante, el principio ha sido objeto de importantes restricciones por la jurisprudencia, como lo veremos en la segunda parte de este análisis.

En segundo lugar, el recurrente debe tener en cuenta que la inadmisión o el rechazo del recurso por parte de la administración tienen por consecuencia la firmeza definitiva del acto administrativo impugnado, por no haber agotado correctamente la *vía gubernativa*. El administrado tiene entonces la carga procesal importante de impugnarlo correctamente en sede administrativa, so pena de ver frustrada su demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así, el Consejo de Estado consideró (...) También es de cuidado la presentación personal del recurso. La sección I del Consejo de Estado ha considerado que ella no es obligatoria. Aunque el artículo 52 CCA exige la presentación personal y por escrito, el artículo 33 del Decreto 2150/95 suprimió "la exigencia de la presentación personal en las actuaciones frente a la administración pública, salvo aquellas exigidas taxativamente en los códigos". Sin embargo el nuevo Código (CPACA) reitera implícitamente la exigencia, excepto si "quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación".

La jurisprudencia ha establecido que la inadmisión o el rechazo *infundado* del recurso exigen al destinatario solicitar al juez administrativo la nulidad de esta decisión, lo que genera, en el evento de prosperar la pretensión, que la sentencia ordene a la administración resolver el recurso interpuesto. Esta forma de restablecer el derecho conlleva, sin embargo, para el particular, un nuevo proceso judicial, si controvierte la decisión explícita o ficta del recurso.

El demandante también tiene que ser cuidadoso en presentar el recurso administrativo en los plazos legales, sustentando el recurso con la expresión concreta de los motivos de inconformidad, como lo exige el Código (art. 52.2 CCA), así como demandar ante el contencioso todos

los actos que forman la decisión. A diferencia del caso francés de los recursos obligatorios en los que, como hemos visto, la decisión del recurso constituye el único acto de la administración, en nuestro sistema el acto por el que se resuelve el recurso no substituye el acto recurrido en sede administrativa.

Por consiguiente, el demandante debe impugnar los dos en sede judicial, a menos que el recurso haya revocado el acto original, caso en el cual solo es demandable en último, lo que permitirá dar vida al acto original, si prospera la demanda contra su revocatoria.

Más aún, si la administración no resuelve el recurso interpuesto, el actor debe también demandar el acto negativo presunto, fruto del silencio de la administración. No obstante, como la administración no pierde competencia por la ocurrencia del silencio administrativo procesal (art. 60 CCA), el Consejo de Estado ha considerado procedente la demanda contra la negativa de decidir, originada en una nueva solicitud de pronunciamiento, por parte del interesado.

La técnica exigida al recurrente es significativamente importante, como se aprecia en las exigencias expuestas y se evidencia en el siguiente pronunciamiento de nuestro alto tribunal de lo contencioso administrativo: el Código de 1984 establece que el recurso de apelación debe interponerse *directamente o en subsidio del de reposición* (art. 51 CCA). Impugnado un acto mediante reposición, la administración confirmó su acto, por lo que el actor interpuso apelación contra la resolución que así resolvió la reposición. La administración puso de presente al recurrente la falta de técnica, pero tramitó la apelación, en aplicación del principio de eficacia, considerando que la apelación se refería al acto original. El Consejo de Estado juzgó sin embargo que el proceder constituía un trámite no previsto en el Código, por lo que sancionó el indebido agotamiento de la vía gubernativa: el actor no había propuesto la apelación en subsidio de la reposición, cerrándole así el acceso a la revisión jurisdiccional del acto.

La caracterización así descrita de los recursos como *vía gubernativa* se condensa en la expresión de la jurisprudencia administrativa:

El agotamiento de la vía gubernativa consiste en términos generales, en la utilización de los recursos previstos en la ley para impugnar los actos administrativos. Con dicha exigencia se persigue que la Administración

tenga la oportunidad de revisar sus propias decisiones a fin de que pueda revocarlas, modificarlas o aclararlas, esto es, que las autoridades administrativas puedan rectificar sus propios errores, antes de que sean objeto de proceso judicial.

Esta visión de privilegios del Estado se ha visto sin embargo profundamente transformada por la evolución reciente hacia la concepción de los recursos como verdaderos instrumentos de un Estado social de derecho, recentrados en la protección de los derechos de los administrados.

Un mecanismo de defensa de los derechos de los administrados.

El Estado social de derecho implica que los privilegios de que goza la administración deben ser sometidos a un control para determinar su justificación. El privilegio solamente se explica en razón de su vínculo con las finalidades que persigue la acción administrativa a través de este privilegio. Dichas finalidades deben ser conformes con aquellas del Estado social. Así, cuando el privilegio es un instrumento de la realización de los fines del Estado social de derecho, resulta más adecuado hablar de una prerrogativa de la administración, que de un privilegio.

En el Estado social de derecho se refuerza la naturaleza simplemente instrumental de los poderes de la administración y, en general, de la administración en sí misma. De igual manera, el valor otorgado a la dignidad humana exige que el administrado no pueda ser a su turno el instrumento de la administración. Así, el administrado sería el instrumento de la administración si su actuación en materia de los recursos administrativos fuera simplemente un medio para la realización de los fines exclusivos de la administración, como es el caso del autocontrol administrativo, y él resultara desprotegido frente los privilegios administrativos.

Bajo esta lógica de la instrumentalización del administrado, los recursos administrativos se concebirían únicamente a favor de la administración, de la disciplina y de la legalidad. Se trataría de un privilegio del que no gozan los particulares y que consiste en la imposibilidad de ser demandado directamente para corregir sus propios errores o, simplemente, para retardar el acceso a la jurisdicción. La posición jurídica del administrado en los recursos administrativos no sería objeto

de protección, mediante el reconocimiento de derechos procesales, ya que su labor sería simplemente instrumental: dar noticia a la administración de las razones por las que él considera que la administración debería ejercer sus poderes oficiosos de control y que podrían justificar una futura demanda jurisdiccional. Por lo tanto, la administración no estaría obligada a analizar con seriedad en todos los casos los recursos administrativos, a responder a las 'críticas' que lanza el administrado o a explicarle el porqué de la decisión.

Hoy en día no es posible afirmar tajantemente que los recursos previos contra los actos administrativos sean únicamente un privilegio de la administración, lo que determinaría su inconstitucionalidad por no respetar, en el fondo, la cláusula del Estado social de derecho. Sin embargo, ello no significa el abandono total de las funciones iniciales de los recursos administrativos, como la del control administrativo que pretende la coherencia final de la acción administrativa o incluso aquella de ser un privilegio de la administración. La evolución de los recursos administrativos ha determinado que exista una superposición de funciones a partir de un régimen jurídico mixto que por momentos está concebido para la protección de los administrados, pero también, a veces, en beneficio de la acción administrativa.

La justificación de los recursos administrativos no se limita hoy en día al carácter de privilegio de la administración. El reconocimiento de los derechos procesales de los administrados en el contexto de los recursos administrativos los justifica como un medio de protección de los administrados que, a su vez, puede contribuir a la lucha contra la congestión jurisdiccional.

Los recursos administrativos como un medio de protección de los administrados

El régimen jurídico de los recursos administrativos permite afirmar que una de sus finalidades es la protección de los administrados. Antes de la Constitución de 1991 ya era posible concluir con el Código Contencioso Administrativo que se trataba de mecanismos puestos a disposición de los administrados para defenderse de los actos de la administración. Sin embargo, esta característica fue reforzada por el ímpetu protector y garantista de la Constitución de 1991. En lo que nos interesa, el derecho al debido proceso deja de ser una garantía

exclusivamente judicial, y principalmente referida a los asuntos penales, para ser aplicada indistintamente a la jurisdicción y a la administración.

Esta perspectiva constitucional implica una concepción del procedimiento administrativo, determinada por la presencia constante del derecho de defensa del administrado y no solamente referido a una defensa posterior y posible ante los jueces. En este sentido, los recursos de que dispone el administrado para solicitar la modificación o la revocación de los actos administrativos son necesariamente instrumentos del derecho de defensa, y para ello resulta indiferente si se trata de un medio de defensa administrativo o jurisdiccional.

El nuevo Código, lo mismo que el de 1984, pone a disposición de los administrados un conjunto de instrumentos de defensa (reposición, apelación y queja y regula la manera como estos deben ser ejercidos y como la administración debe recepcionarlos, instruirlos y decidirlos. La protección del administrado se concreta en un procedimiento donde el recurrente está presente, puede solicitar pruebas, incluso en materia del recurso de reposición, a diferencia del anterior Código que limitaba esta facultad al recurso de apelación, y ejerce una contradicción de hechos y de argumentos. Todo esto hace parte del debido proceso administrativo en cuanto se trata del procedimiento previsto por las normas. No es de extrañar entonces que se afirme que los recursos administrativos son instrumentos del debido proceso administrativo.

Esta concepción de los recursos administrativos como medios de defensa ha determinado el abandono parcial de los fundamentos técnicos de los recursos administrativos en tanto que instrumentos de disciplina o del control administrativo jerárquico. Así, en vista de ofrecer a los administrados la posibilidad de ejercer el derecho de defensa por medio de mecanismos administrativos, incluso respecto de autoridades que no están sometidas a la jerarquía administrativa, hoy en día existen recursos administrativos que son resueltos por una autoridad que no es el superior jerárquico de aquella que tomó la decisión. De esta manera, los recursos administrativos se alejan de la justificación original como mecanismos del control jerárquico. Entonces, con fundamento en el carácter protector de los recursos administrativos, la jurisprudencia justificó la existencia de una cierta "jerarquía funcional" o referida exclusivamente a la decisión de los recursos, pero desprovista del conjunto de características de la jerarquía administrativa y que pretende

la protección de los derechos de los administrados, así como de la legalidad.

A pesar de ser los recursos administrativos unos mecanismos de defensa de los administrados frente a los actos de la administración, perviven elementos propios de un sistema de recursos administrativos concebidos como instrumentos del perfeccionamiento de la decisión administrativa. En particular, como hemos reseñado, el administrado que pretenda defenderse de una decisión administrativa adversa podría ver agravada su situación por la decisión de su recurso. En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha limitado la prohibición de la reforma peyorativa a favor del apelante único, a los casos expresamente previstos en las normas, como en materia disciplinaria. Incluso, la jurisprudencia no se ha esforzado en ampliar esta limitación al conjunto de las sanciones administrativas o, más ampliamente, a todas las decisiones administrativas desfavorables al administrado. Solamente en materia disciplinaria, la fundamentación de la decisión de un recurso sobre una sanción mediante la inclusión de nuevos reproches constituye una violación del derecho de defensa. Así, para el Consejo de Estado, la prohibición de reforma peyorativa no hace parte del debido proceso administrativo aplicable a todo tipo de procedimiento. Esta jurisprudencia se fundamenta explícita o implícitamente en el hecho de que la decisión objeto del recurso no se encuentra en firme y, por consiguiente, no se han creado derechos para el administrado, como sería de una cierta manera el derecho a no empeorar su situación.

En este tema, el artículo 59 CCA disponía que la autoridad debe resolver las "cuestiones" que hayan sido planteadas y las que surjan con motivo del recurso. El artículo 80 CPACA, conserva la misma estructura de redacción, aunque no limita la decisión del recurso a las cuestiones planteadas, sino a las "peticiones que hayan sido oportunamente planteadas" y las que surjan con motivo del recurso. En este cambio, que parecería ser insignificante, podría vislumbrarse la tendencia a la limitación del poder de reforma peyorativa de la administración: en materia de recursos, las "peticiones" surgen del recurrente y, eventualmente, de una intervención oficiosa de un agente del Ministerio Público, en defensa del interés general. Pero en términos ordinarios, las peticiones provienen del recurrente, que en el caso de la apelación puede ser apelante único. La administración no podría hacerse ella misma peticiones que dieran lugar a empeorar la situación

del recurrente y, por consiguiente, su iniciativa no podría dar lugar a agravar la decisión. La situación cambia cuando no se trata de un apelante único y, por ejemplo, un tercero interesado eleva también oportunamente peticiones, es decir, recurre el acto, pues en este caso las otras peticiones fundamentarían una agravación de la situación del destinatario del acto. Además, el nuevo Código suprime la posibilidad de motivar la decisión del recurso sobre razones de conveniencia, como lo hacía el antiguo Código y, por lo tanto, la reforma peyorativa no podría fundarse en la conveniencia o no de la agravación de la decisión. Esta tendencia a la restricción de la reforma peyorativa del apelante único resulta coherente con la jurisprudencia constitucional que no solamente ha interpretado de una manera extensiva el carácter de sanción, con el fin de limitar la reforma peyorativa, sino que, además, se ha pronunciado en términos generales afirmando que la prohibición de la reforma peyorativa no se aplica solamente a la materia penal, sino que esta se aplica al conjunto del procedimiento administrativo en materia de recursos administrativos. De esta manera, la reforma peyorativa es considerada una vía de hecho, violatoria del debido proceso administrativo. Esta jurisprudencia resulta coherente con algunas decisiones del Consejo de Estado que han hecho aplicación de la prohibición de la reforma peyorativa por aplicación analógica del Código de Procedimiento Penal, cuando se trata de sanciones administrativas, y del Código de Procedimiento Civil, cuando el recurso de apelación concierne a decisiones administrativas no sancionatorias controvertidas en vía gubernativa. Sin embargo, más que una evolución completa en el sentido de la limitación absoluta de la reforma peyorativa, se trata de una perspectiva que puede desarrollarse en razón de la nueva redacción del Código y, sobre todo, de la consideración de los recursos administrativos como un mecanismo de defensa de los administrados que, en razón del debido proceso, no podría devolverse en su contra para permitir que su situación sea agravada por su propia iniciativa.

La afirmación de los recursos administrativos como garantías y como medios de defensa de los administrados ha significado una transformación de la concepción clásica de la protección de los administrados, que se situaba de manera primordial en el ejercicio de acciones jurisdiccionales contra los actos de la administración. En estas circunstancias, resultaba lógico que la inacción administrativa por la no decisión de los recursos administrativos no podía bloquear indefinidamente el acceso a la jurisdicción, es decir, el acceso primario

a la protección. He aquí la razón fundamental de la ficción jurídica que consiste en afirmar que el silencio administrativo crea una decisión implícita que podrá ser controvertida jurisdiccionalmente.

Sin embargo, el nuevo modelo de caracterización de los recursos como mecanismos de defensa no podía aceptar que esta garantía de los administrados quedara, en la práctica, al arbitrio de la administración quien ha preferido, en demasiados casos, que el tiempo presuma lo que la inacción administrativa no quiso decidir. Así, la jurisprudencia constitucional caracterizó los recursos administrativos como peticiones que se presentan en ejercicio del derecho fundamental previsto en el artículo 23 CP. Esta calificación hace posible la protección mediante acción de tutela por violación del núcleo esencial del derecho de petición, cuando la administración no resuelve los recursos administrativos. De igual manera, para la jurisprudencia, la ficción jurídica llamada "silencio administrativo" procesal no es una verdadera decisión que responda al derecho fundamental de petición y, por lo tanto, la decisión que presume la ley no exonera de responsabilidad respecto de la petición no decidida. El nuevo Código recoge esta evolución jurisprudencial y afirma formalmente la pertenencia de los recursos administrativo al género de las peticiones. Esta calificación garantiza la efectividad de estos verdaderos mecanismos de defensa que son así, a no dudarlo, derechos de los administrados, no ya súplicas a la administración o simplemente privilegios de la administración, quien no podrá ni impedir el acceso a la jurisdicción ni arrogarse un derecho al silencio, pues este será sancionado.

Esta evolución acerca los recursos administrativos colombianos a la categoría alemana de recursos formales o a la categoría francesa de recursos obligatorios, caracterizados por tener previsto un detallado régimen jurídico que garantiza los derechos de los administrados pero que, a su vez, garantizan la efectividad de los recursos en cuanto al control administrativo ejercido. De esta manera, es posible afirmar que los recursos administrativos dejan de ser un privilegio para convertirse, a la vez, en una prerrogativa de la administración y en un derecho del administrado, el derecho al recurso. Esta organización procesal, protectora de los administrados, permite identificar, al mismo tiempo, una contribución de los recursos administrativos a la lucha contra la congestión de la jurisdicción.

Los recursos administrativos como instrumento contra la congestión jurisdiccional.

La jurisprudencia constitucional ha considerado los recursos administrativos como un sustituto de la jurisdicción, que garantiza también el derecho de defensa de los ciudadanos, en el que la administración ejerce una forma de "justicia interna" ya que puede proceder a la "composición del conflicto planteado" y, de esta manera, el administrado dispone de la posibilidad de obtener una resolución más rápida y menos costosa que la jurisdiccional. Así, los recursos administrativos contribuyen a la disminución de asuntos llevados al conocimiento del juez cuando, a raíz del recurso, el administrado obtiene satisfacción a sus pretensiones, y por lo tanto no tendría ningún objeto acudir posteriormente al juez, o cuando, gracias a la decisión fundamentada del recurso, incluso simplemente confirmativa, el administrado comprende que sus pretensiones no tienen posibilidad de prosperar ante el juez.

La decisión administrativa de los recursos se caracteriza por ser más rápida y eficiente que aquella dispensada por las jurisdicciones. Gracias a la decisión seria de los recursos, la administración reduce los riesgos patrimoniales de una eventual condena jurisdiccional, agravada por el paso del tiempo y la consecuente causación de intereses. Esto implica que los recursos administrativos, a más de no ser contrarios al derecho de acceso a la justicia, sean una de sus manifestaciones, en cuanto son un medio de acceso a la justicia o un requisito previo de acceso a esta.

Es posible identificar la contribución en la lucha contra la congestión jurisdiccional por medio de los recursos administrativos, a través del análisis de la instrucción del asunto. Así, la instrucción da los elementos de juicio necesarios para revisar la decisión administrativa y, si es del caso, dar razón al administrado, evitando así un proceso judicial. En este contexto, el administrado puede solicitar y presentar pruebas que pretende hacer valer para llevar al convencimiento de las razones de su recurso, incluso de reposición. Esto implica la existencia de una nueva instrucción y un debate que va a permitir a la autoridad administrativa decidir de fondo, con base en elementos de juicio, y tomar así una decisión que sería eventualmente aquella del juez si el recurso no hubiera sido ejercido. A pesar de que el decreto de las pruebas solicitadas continúa siendo una potestad de la autoridad administrativa,

se trata de una potestad razonada y no arbitraria. En esta medida, la autoridad administrativa deberá realizar un verdadero análisis de la conducencia y la pertinencia de la prueba solicitada ya que el no decreto de una prueba necesaria será sancionado en el curso de un eventual proceso judicial.

Por otra parte, la decisión debe ser de fondo. Permitir a la administración que espere la configuración de la decisión ficta, para que el administrado pueda acudir ante el juez, es un sistema cuyo efecto preventivo de las acciones jurisdiccionales es casi nulo. Incluso en el evento en el que la administración tenga razón y el acto no deba ser modificado o revocado, con el silencio, la administración pierde la oportunidad de persuadir al administrado de que sus pretensiones no son fundamentadas y que corre un cierto riesgo de que el proceso judicial le sea adverso.

Frente al silencio de la administración, los recursos administrativos no pueden ser considerados como una garantía del administrado, sino como un entrabe de su derecho de acceso a la jurisdicción. Sin embargo, ciertos elementos permiten pensar en la eficacia de los recursos administrativos, a partir de una decisión de fondo, el nuevo Código exige que la decisión del recurso haga referencia a todas las peticiones que fundamentaron el recurso, lo que implica un trabajo serio de la autoridad administrativa, de examen, de reflexión y de argumentación, ya que la decisión debe ser motivada. Además, la naturaleza de petición reconocida a los recursos administrativos hace esperar una eficacia mayor de estos mecanismos, bajo la amenaza de la tutela o la orden del juez de tutela de responder el recurso en un plazo de 48 horas, más aún si se tiene en cuenta la jurisprudencia constitucional que respecto de las peticiones exige una verdadera decisión, de fondo, no evasiva y a tiempo. Una respuesta expresa y de fondo implica un análisis juicioso del asunto que puede dar lugar a corregir errores sin necesidad de recurrir a la vía jurisdiccional. La decisión del recurso no podrá entonces consistir en la presunción de decisión en razón del silencio ya que esta "tiene un objeto distinto y, por otra parte, es precisamente prueba clara e incontrovertible de que él [derecho de petición] ha sido violado".

Lo que deja concluir de este análisis general de los recursos administrativos como consolidación de la decisión administrativa, que

los recursos administrativos no disponen de una justificación per se y por lo tanto resulta legítimo poner en duda su razón de ser, su utilidad, su necesidad. La existencia de los recursos administrativos debe ser entendida a partir de su carácter instrumental. De esta manera, los recursos administrativos se justifican en la medida en que cumplan efectivamente sus objetivos múltiples, esto es, que gracias a ellos la administración realice un control interno de sus decisiones y proteja los derechos de los administrados, permitiéndoles defenderse eficaz y rápidamente frente a las decisiones de la administración, y además que gracias a todo esto se reduzca el número de nuevas demandas jurisdiccionales en contra de la administración. Un análisis serio de los recursos administrativos permite al mismo tiempo a la administración una retroalimentación y una adecuación de los procedimientos administrativos a partir de la reflexión acerca de las patologías frecuentes de los actos de la administración.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3293/3068>

El recurso de reposición y apelación aterrizado en materia disciplinaria y ético disciplinario, este último de acuerdo a lo dispuesto por la ley 1828 de 2017 “por medio del cual se expide del código de Ética y disciplinario del congresista y se dictan otras disposiciones”.

¿Qué es el recurso de reposición en términos generales?
Se trata de un recurso ordinario que se abre en contra de decisiones tanto administrativas como judiciales para que estas sean evaluadas. Conforme al recurso de reposición, **una decisión puede ser reformada o revocada.**

Este recurso es **de tipo potestativo**; esto quiere decir que será el mismo interesado quien debe presentar la solicitud al juez o funcionario competente según aplique. Sin embargo, si el actor no quiere hacer uso de este derecho, también puede rechazarlo. Entonces, no será obligatoria la presencia de un procurador o abogado para presentar el recurso de reposición.

Por supuesto, cuando se tiene la ayuda de un profesional especializado, será más factible lograr el objetivo. Aun así, será el mismo usuario quien decide si hacerlo él o recurrir a un experto legal.

Vale mencionar que **para poder interponer una apelación, es requisito fundamental haber recurrido al recurso de reposición**. No importa si se trata de un proceso civil o administrativo, la norma es la misma para ambos casos. <https://www.conceptosjuridicos.com/co/recurso-de-reposicion/>

¿Qué es el recurso de apelación en términos generales? Por su parte, el recurso de apelación se presenta ante el inmediato superior de quien dictó la decisión inicial, siempre que así proceda, a fin de agotar la actuación administrativa y, según lo decidido, continuar con las acciones judiciales.

Con fundamento en la normativa expuesta, el recurso de apelación puede interponerse directamente, sin presentar recurso de reposición el cual no es obligatorio, o como subsidiario del recurso de reposición dentro de los 10 días siguientes a la notificación. En otras palabras, no resulta procedente interponer primero el recurso de reposición y después el recurso de apelación por cuanto, la norma exige que ambos se presenten en una misma oportunidad. Por tanto, a criterio del interesado puede interponer sólo recurso de apelación o como subsidiario de la reposición. En todo caso, cuando procede el recurso de apelación, es decir hay inmediato superior de quien dictó la decisión inicial, es requisito obligatorio para agotar la actuación administrativa y acudir a la vía judicial. artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo – Ley 1437 de 2011. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php>

¿Tratándose de actuaciones administrativas (CPACA), la interposición del recurso de reposición en contra de un acto administrativo suspende

el término del que trata el artículo 76 de la ley 1437 de 2011, estando facultado por tanto el interesado para al momento de que se resuelva el de reposición para interponer el recurso de apelación respectivo o, por el contrario, el termino no sufre suspensión alguna y por ende es preferible radicar recurso de reposición en subsidio de apelación?”

La Ley 1437 de 2011, «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», en su artículo 76 sobre la oportunidad y presentación de los recursos, precisa:

ARTÍCULO 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Recursos. Radicado: 20222060078442 del 10 de febrero de 2022. Departamento Administrativo de la Función Pública -Concepto 115651 de 2022.

LEY 1828 DE 2017.

CAPITULO VII – RECURSOS DE REPOSICION Y APELACION.

¿Cómo procede el recurso de reposición?

El recurso de reposición procede contra todas las decisiones de fondo que profiera el Instructor Ponente y contra los fallos de única instancia, salvo el fallo o decisión de primera instancia en la cual solo procederá el recurso de apelación.

¿Cuándo procede el recurso de reposición?

El recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la decisión, este contendrá las razones de hecho y de derecho que lo sustenten, en caso contrario se rechazará de plano. El recurso será resuelto por el Instructor Ponente dentro de los cinco (5) días siguientes a su formulación.

¿Ante quien procede el recurso de reposición?

Procede ante todas las decisiones de fondo que profiera el Instructor Ponente y contra los fallos de única instancia, salvo el fallo o decisión de primera instancia en la cual solo procederá el recurso de apelación.

¿Quién decide el recurso de reposición?

El recurso será resuelto y/o lo decide el Instructor Ponente dentro de los cinco (5) días siguientes a su formulación.

Artículo 41 de la ley 1828 de 2017.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79063>

¿Cómo procede el recurso de apelación?

El recurso de apelación procederá contra:

- a) Los autos que nieguen parcial o totalmente la práctica de pruebas solicitadas oportunamente.
- b) El auto que rechaza de plano o resuelve desfavorablemente las nulidades solicitadas.
- c) El fallo o decisión de primera instancia proferido por la Comisión por faltas gravísimas y graves.

¿Cuándo procede el recurso de apelación?

Este recurso podrá ser subsidiario al de reposición

¿Ante quien procede el recurso de apelación?

Será interpuesto ante el Instructor Ponente dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la respectiva providencia, contendrá las razones de hecho y de derecho que lo sustenta, en caso contrario se rechazará de plano. El recurso se concederá en el efecto devolutivo, salvo el fallo de primera instancia; La Comisión de Ética y Estatuto del Congresista respectiva, lo resolverá dentro de los diez (10) días siguientes.

¿Quién decide el recurso de apelación?

La Comisión de Ética y Estatuto del Congresista respectiva, lo resolverá dentro de los diez (10) días siguientes.

Para el trámite en Comisión, la Mesa Directiva designará como ponente un Congresista diferente al instructor que viene conociendo, quien presentará ponencia que será sometida a discusión y votación de los miembros de la misma. El Instructor Ponente no participará en la decisión de la Comisión que resuelve la apelación.

Otro aspecto importante a tener en cuenta frente al recurso de apelación es el hecho que, constituye quórum decisorio a efecto de resolver el recurso de apelación en la correspondiente Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, para el caso del Senado de la República cuatro (4) Senadores de la República; en la Cámara de Representantes, será de cinco (5) Representantes a la Cámara.

Artículo 42 de la ley 1828 de 2017,
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79063>.

Desarrollo del problema jurídico de los recursos.

En el trámite que se adelanta de acuerdo a la ley 1828 de 2017 del proceso ético disciplinario en contra de los congresistas, existe un vacío jurídico que vislumbra la inobservancia del principio al debido proceso del cual deben gozar todas las personas en Colombia sin distinción alguna.

Lo que sin duda nos lleva hacer un análisis de lo consagrado en el nuevo código general disciplinario, ley 2094 de 2021, en arreglo al principio de integración normativa que señala el artículo 5to literal m) de la ley 1828 de 2017.

Surgen entonces dos interrogantes;

¿Cuál principio refiere que en la investigación disciplinaria el funcionario instructor no será el mismo que adelante el juzgamiento?

Investigación y juzgamiento

Si nos remitimos a La Ley 2094 por medio de la cual **“POR MEDIO DE LA CUAL SE REFORMA LA LEY 1952 DE 2019 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”** en su artículo 3ro consagra, que el disciplinable debe ser investigado por una autoridad distinta de la que adelanta el juzgamiento, la cual debe ser independiente, imparcial y autónoma. *Significa que el funcionario instructor será diferente del que juzga.*

¿Cómo funciona que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento en las comisiones disciplinarias de acuerdo a lo que señala la ley 2094 de 2021?

En el proceso disciplinario debe garantizarse que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento. Todo disciplinable tiene derecho a que el fallo sancionatorio sea revisado por una autoridad diferente, su trámite será el previsto en esta ley para el recurso de apelación.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=165113>.

Antes de iniciar el estudio de la problemática jurídica del archivo en la etapa de indagación preliminar, se hace necesario revisar su contexto desde el **ámbito del derecho disciplinario**.

Ley 734 de 2002 - ARTÍCULO 150. Procedencia, fines y trámite de la indagación preliminar. *En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.*

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo.

En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses.

(...) Concepto 291631 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=140312>

Estudio sobre el planteamiento de, ¿la decisión de archivo constituye fallo de única instancia, de primera, o solo debe considerarse como un auto mediante el cual se ordena archivo?

Esto al desarrollarse como resultado de la indagación preliminar, al interior del proceso. - LEY 1828 DE 2017- .

Sea lo primero definir a manera general que se entiende en un proceso por fallo de única instancia, fallo en de prima instancia y un auto de procedimiento:

FALLO DE UNICA INSTANCIA: Dícese del proceso judicial en el que la sentencia es inimpugnable o inapelable y por tanto adquiere firmeza y es ejecutable tras ser dictada por el Juez de instancia. Se produce cuando se prima en el proceso judicial el principio de economía procesal frente a la satisfacción de la necesidad de justicia a través de la posibilidad de impugnar y que se traduce, por tanto, en la exclusión del doble grado jurisdiccional. eliasymunozabogados.com

La figura de la única instancia en la ley 1564/2012 o Código General del Proceso, con la finalidad de determinar *si estos procesos son una infracción a la garantía constitucional del debido proceso y la doble instancia*. Esta ley en sus artículos 17, 19 y 21, estableció la competencia de los jueces civiles municipales, civiles de circuito y de familia en procesos de única instancia, ***disposiciones que pueden constituirse como una infracción a la garantía procesal y constitucional del debido proceso y la doble instancia***, desde la lectura del artículo 31 de la Constitución Política de 1991.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

Es el Pronunciamiento proferido por el funcionario de conocimiento, que pone fin a un Proceso Disciplinario.

Es la decisión que define el proceso bien sea sancionado o absolviendo de responsabilidad. <https://ansv.gov.co/es/atencion-ciudadania/glosario/fallo-de-primera-instancia>

Vale la pena recordar que en diversas ocasiones la Corte Constitucional se ha referido de manera uniforme acerca la impugnación del fallo, sosteniendo que es un derecho fundamental que hace parte del debido proceso, y que busca que el superior jerárquico de la autoridad judicial que emitió el pronunciamiento, evalúe nuevamente los

argumentos debatidos y adopte una decisión definitiva, bien sea confirmando o revocando la sentencia de primera instancia.

Lo que pretende la impugnación es garantizar la doble instancia, ya que en el caso en el que el funcionario no la surta, estaría quebrantar normas superiores. <https://blog.legis.com.co/juridico/impugnacion-de-fallo>

AUTO PROCESAL: El auto, como la mayoría de las resoluciones, debe ir acompañado de un razonamiento jurídico (consideraciones y fundamentos), en los casos en que las leyes de procedimiento (civil o penal) así lo determinan.

Dado que el auto es una resolución decisoria, en la mayoría de los casos es posible impugnarlo mediante la interposición de un [recurso judicial](#).

Al auto judicial también se le denomina **sentencia interlocutoria**, que se refiere a toda aquella decisión judicial que resuelve una controversia incidental suscitada entre las partes en un [juicio](#). Se distingue de la [sentencia definitiva](#) en que esta resuelve el asunto principal objeto del litigio.

En este sentido, la razón por la que se denomina *interlocutoria* es porque sus efectos jurídicos en relación con las partes son provisionales, en el sentido de que pueden modificarse sus consecuencias a través de la sentencia definitiva.

Tipos de autos:

- Los autos de sustanciación: tal y como los ha considerado la doctrina y jurisprudencia patria son simples decisiones de actos o solicitudes sencillas sin exigencias de motivación que no repercuten mayor trascendencia dentro del proceso, lo cual les permite ser analizados nuevamente y ser decididos sin complicaciones, ratificando o cambiando de opinión. Su carácter tal y como los señalamos anteriormente está en la naturaleza del acto a decidir, son actos de simple trámite del proceso.
- **Los autos motivados:** si son trascendentales, porque deciden actos importantes dentro del proceso como una medida cautelar privativa de libertad. *Son autos que tienen la facultad de cambiar situaciones procesales y hasta extra procesales de las partes, incluso con ellos se puede llegar a finalizar el proceso*, en el caso de un sobreseimiento definitivo en nuestra legislación. Entonces sobre la base de la naturaleza de lo que se decida, los obliga a ser autos motivados con características similares a una sentencia.

Nunca bajo ningún concepto un auto de mera sustanciación que no conlleve una motivación y que solo se refiere a aspectos procesales técnicos tendrá características similares a las de una sentencia.

Una vez señalado estos conceptos de manera general, nos adentramos en materia disciplinaria, lo que para la Corte es claro que en estos procesos disciplinarios ***la doble instancia constituye una garantía suplementaria para quien es investigado***, puesto que quien sea sancionado puede impugnar ante el superior jerárquico la decisión. Se encuentran entonces en desventaja procesal quienes, conforme a la Ley 4º de 1990, son investigados en única instancia (...) en relación con quienes han cometido una falta cuya investigación corresponda, por ejemplo, a las Delegadas para la Vigilancia Administrativa o para la Contratación Administrativa. En efecto, mientras que los primeros no pueden apelar la decisión tomada por el procurador delegado, los segundos pueden hacerlo frente al Procurador General. Las restricciones de la doble instancia consagrada por las normas impugnadas son entonces irrazonables y, por ende, son discriminatorias y violan el principio de igualdad.

(...) En reciente decisión, la Corte estudió el mismo problema, en relación con el artículo 22 literal b) de Ley 4º de 1990. Esta Corporación consideró entonces, y lo reitera ahora, que el juicio de igualdad en relación con el trato diferente que establezca la ley en materia de recursos y garantías procesales debe ser estricto, por cuanto es susceptible de afectar el goce de un derecho fundamental como el debido proceso. Con base en ese criterio, la Corte no encontró ninguna razón objetiva que justificara la consagración de única instancia en los procesos disciplinarios adelantados por el procurador delegado de derechos humanos, cuando la misma ley establece doble instancia para la mayor parte de los otros procesos disciplinarios. Para la Corte, el supuesto de hecho relevante en estos casos es idéntico, pues en todos los eventos se regula la investigación de una falta disciplinaria, por lo cual la consagración de los recursos, y en particular de la doble instancia, debió ser igual. ***La Corte consideró que ni la gravedad de la falta, ni la calidad de los funcionarios investigados, ni ninguna razón de tipo orgánico-funcional, justificaban esa exclusión de la doble instancia, por lo cual ella era violatoria del principio de igualdad***

Ahora bien, aterrizando en el campo de la ley 1828 de 2017, en su Capítulo II, que se refiere a la etapa de indagación preliminar del proceso ético disciplinario, Artículo 46 y 47, que a letra se transcribe:

ARTÍCULO 46. Indagación preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación ético-disciplinaria, el Instructor Ponente ordenará la apertura de indagación preliminar.

La indagación preliminar tendrá un término de duración de tres (3) meses, prorrogable por un (1) mes más cuando fuere necesario y culminará con la decisión de archivo o auto de apertura de investigación.

El auto de apertura de la indagación preliminar ordenará, las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes, las cuales se practicarán dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del mismo. Vencido este término, siempre que se establezca que no se han practicado la totalidad de las pruebas decretadas y que estas son determinantes para el archivo o apertura de la investigación ético disciplinaria, podrá prorrogarse por veinte (20) días más.

En la apertura de la indagación, se ordenará notificar al Congresista la iniciación de esta, allegar al expediente la certificación del ejercicio del cargo, dirección laboral y personal o domiciliaria registrada en la hoja de vida y los antecedentes disciplinarios del Congresista indagado.

ARTÍCULO 47. Cierre indagación preliminar. Agotada la etapa probatoria, *el Instructor Ponente determinará si procede la apertura de investigación ético disciplinaria o el archivo de la indagación preliminar. El archivo se solicitará mediante ponencia ante la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista respectiva, conforme lo prevé el artículo 56 y siguientes de este Código.*

ARTÍCULO 56. Ponencia final. Vencido el término para presentar alegatos de conclusión, el Instructor Ponente dispondrá de quince (15) días para radicar en la Secretaría General de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, *ponencia motivada la cual será evaluada por la respectiva Comisión que de **aprobarse constituirá el fallo de***

primera instancia. *(cursiva, resaltado y subrayado fuera de texto original)*

La ponencia contendrá:

- a) Relación sucinta de los hechos.
- b) Evaluación de las pruebas.
- c) El análisis y la valoración jurídica de los cargos, descargos y alegaciones presentadas.

Seguidamente el artículo 58 y 59 de la citada ley señala:

ARTÍCULO 58. *Recurso de apelación del fallo. Contra el fallo de primera instancia procederá el recurso de apelación, el cual podrá ser interpuesto y sustentado, dentro del término de su ejecutoria, ante la Mesa Directiva de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista de la respectiva Cámara, la cual podrá concederlo o negarlo. El recurso se concederá en el efecto suspensivo.*

El recurso de apelación será rechazado si la persona que lo interpone no lo sustenta en el término procesal oportuno o si es presentado extemporáneamente.

ARTÍCULO 59. Trámite de la apelación en Plenaria. *Corresponde a la Plenaria decidir el recurso de apelación contra el fallo proferido por la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista de la Cámara respectiva, previo el siguiente procedimiento:*

Recibido el recurso, la Mesa Directiva avocará su conocimiento, corriendo traslado al interesado por el término de tres (3) días. Vencido este, dentro de los quince (15) días siguientes elaborará ponencia que someterá a discusión y aprobación de la Plenaria en la sesión siguiente.

La discusión y aprobación de la ponencia que presente la Mesa Directiva será al inicio del Orden del Día y en sesión reservada de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de este Código.

Bajo el entendido de como describe la norma el proceso ético disciplinario, y luego de un análisis conceptual y normativo frente al

tema, el archivo del proceso en la etapa de indagación preliminar del mismo debe ser tenido como un AUTO que decide o pone fin a una actuación procesal por parte del instructor ponente ; desde ningún punto de vista debe entenderse como un fallo de única instancia, ya que a dicha decisión le procede recurso de reposición y además está sujeta la aprobación y evaluación por la respectiva comisión de ética y estatuto del congresista, de acuerdo a lo señalado en el artículo 56 de la ley 1828 de 2017.

“Que, vencido el término para presentar alegatos de conclusión, el Instructor Ponente dispondrá de quince (15) días para radicar en la Secretaría General de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, *ponencia motivada la cual será evaluada por la respectiva Comisión que de **aprobarse constituirá el fallo de primera instancia.***”

Conclusión.

Ahora bien, entendiendo entonces en este análisis que ese fallo en primera instancia lo emite la mesa directiva de la comisión de ética y estatuto del congresista, para efectos de la etapa preliminar frente a un auto de archivo, ese fallo de primera instancia debería ser modificada su denominación y enunciarlo como un auto de confirmación o negación del auto de archivo por parte de la mesa directiva, frente a lo solicitado por el instructor ponente originario que tiene asignado el proceso.

Haciendo la claridad y reiterando lo antes dicho, para que sea tenido en cuenta solo para la etapa de indagación preliminar del proceso ético disciplinario.

Ahora bien, cuando ya estamos frente a la apertura formal de la investigación ético disciplinaria en contra de un congresista, la postura de este análisis se identifica con lo señalado en el artículo 56 de la ley 1828 de 2017, Que, vencido el término para presentar alegatos de conclusión, el Instructor Ponente dispondrá de quince (15) días para radicar en la Secretaría General de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, *ponencia motivada la cual será evaluada por la respectiva Comisión que de **aprobarse constituirá el fallo de primera instancia.***”, compartiendo que efectivamente en ese punto del proceso es oportuno y jurídicamente acertado hablar de un fallo en primera instancia.

Contrario sensu, existe un vacío jurídico en la norma que regula el proceso ético disciplinario, en establecer cual sería esa “segunda instancia o fallo de segunda instancia”, que claramente lo deja ver el artículo 59 de la norma en comento, que a continuación me permito transcribir literalmente:

ARTÍCULO 59. Trámite de la apelación en Plenaria. Corresponde a la Plenaria decidir el recurso de apelación contra el fallo proferido por la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista de la Cámara respectiva, previo el siguiente procedimiento: (negrilla, cursiva, subrayado fuera de texto original).

Recibido el recurso, la Mesa Directiva avocará su conocimiento, corriendo traslado al interesado por el término de tres (3) días. Vencido este, dentro de los quince (15) días siguientes elaborará ponencia que someterá a discusión y aprobación de la Plenaria en la sesión siguiente.

La discusión y aprobación de la ponencia que presente la Mesa Directiva será al inicio del Orden del Día y en sesión reservada de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de este Código.

Claramente el artículo deja ver que es la plenaria quien decide el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia proferido por la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista de la Cámara respectiva, siendo entonces esta la segunda instancia del proceso ético disciplinario de los congresistas.

Atentamente,



TATIANA PAOLA GUERRERO SEPÚLVEDA

C.C 45.531.458 de Cartagena Bolívar

T.P 162533

Abogada Externa Comisión Legal de Ética

Especialista en Derecho Administrativo y Contratación Estatal.

