

bien se ha anotado anteriormente, es necesario resaltar la necesidad de marcar las diferencias entre Derecho Penal y Derecho disciplinario, y entre Derecho disciplinario regular y Derecho disciplinario de los abogados, apelando a llenar los institutos traídos de aquel con contenidos propios de este (v. gr, la ilicitud sustancial atenuada), porque, tal como ha indicado la jurisprudencia,

(...) retomando el problema jurídico que plantea el distinguido colaborador del Ministerio Público en torno al momento de consumación de la falta del artículo 54-4 del Decreto 196 de 1971 (utilización en provecho propio), debe convenirse en que como su fundamento –al igual que todas las demás faltas del estatuto del abogado– reside en la infracción de un deber, en el caso concreto el deber infringido sería el de “(...) obrar con absoluta honradez en sus relaciones con los clientes” del artículo 47 numeral 4 ibídem. En este orden de ideas, en el camino de la adecuación típica es claro que si el abogado en desarrollo del encargo recibe dineros que pertenecen al cliente, los mantiene en su poder injustificadamente, es obvio que encauza su conducta en los parámetros de la utilización en provecho propio, la que ha sido erigida, como falta en el numeral 4 del artículo 54 del Decreto 196 de 1971 y de esta manera, está violando el deber de honradez que lo obliga a entregar de inmediato las sumas al legítimo destinatario; en consecuencia, mientras no se verifique la entrega del dinero, incuestionablemente debe afirmarse que el deber se está infringiendo, llevando a concluir que la falta no se consuma en un solo momento, sino que permanece en el tiempo, es decir, constituye una de las que se denominan como de ejecución permanente⁵⁴⁵ (resaltado fuera del texto).

6. EL DEBIDO PROCESO EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO

A la hora de hablar del debido proceso en el ámbito disciplinario puede resultar relativamente fácil caer en el equívoco de confundir la satisfacción de los momentos procesales, del procedimiento, con la garantía de los derechos que aseguran la efectividad de los derechos fundamentales de los disciplinados. Lo que hasta cierto punto resulta comprensible en el contexto del CDA porque la totalidad de su libro tercero (arts. 48 a 112) compromete el desarrollo de la competencia y “[...] observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este Código” (art. 6°. Debido Proceso).

Es más, dada la flexibilidad hermenéutica a que se refiere la jurisprudencia respecto de los nexos entre derecho penal y disciplinario en el caso del régimen de los Abogados⁵⁴⁶, tienden a solaparse sus

⁵⁴⁵ Consejo Superior de la Judicatura, Sentencia del 16 de septiembre de 2003, Rad. 19971473-01, M.P. Temístocles Ortega Narváez. Otros ejemplos de jurisprudencia que siguen el mismo enfoque argumentativo son: Sentencia del 12 de octubre de 2005, Rad. 200002766-01, M.P. Jorge Alonso Flechas Díaz; Sentencia del 29 de noviembre de 2004, Rad. 19970975, M.P. Guillermo Bueno Miranda; sentencia del 14 de septiembre de 2005, Rad. 199804092-01, M.P. Fernando Coral Villota; Sentencia del 27 de octubre de 2005, Rad. 199901642, M.P. Jorge Alonso Flechas Díaz; Sentencia del 29 de junio de 2005, Rad. 200000444-01, M.P. Guillermo Bueno Miranda y Sentencia del 1° de febrero de 2006-04-25, Rad. 199900421-03, M.P. Temístocles Ortega Narváez.

⁵⁴⁶ “[...] En relación con el contenido y alcance del derecho disciplinario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que su ámbito de regulación comprende: (i) las conductas que pueden configurar falta disciplinaria; (ii) las sanciones aplicables según la naturaleza de la falta, y (iii) el proceso, o “conjunto de normas sustanciales y procesales que aseguran la garantía constitucional del debido proceso y regulan el procedimiento a través del cual se deduce la correspondiente responsabilidad disciplinaria” Cfr. Sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

5.3. Ahora bien, teniendo en cuenta que los principios del derecho penal son aplicables al derecho disciplinario, realizando los matices necesarios, el alcance de la potestad de configuración legislativa se guía por las siguientes reglas (Cfr. Sentencia C-884 de 2007):

a. La potestad conferida al legislador para establecer los diversos regímenes sancionatorios, se encuentra vinculada a los fines constitucionales del estado y limitada por el respeto a los derechos fundamentales de la persona (Sentencias C-038 de 1995,

categorías de un ámbito a otro sin advertir, lo que tantas veces se ha repetido en este estudio, la autonomía que como subespecie tiene el disciplinario de los Abogados respecto del *ius puniendi* del Estado; habida cuenta *el Derecho Disciplinario pertenece al ámbito de las relaciones especiales de sujeción, del cual emana el soporte para la construcción de la idea de potestad disciplinaria*⁵⁴⁷. Un ámbito diferenciado, empero, por la caracterización referida a la intensificación misma de la relación. Recuérdese que la sujeción especial referida a los Abogados en ejercicio es una relación *intensificada* respecto de relaciones generales de sujeción –soportadas por todos ciudadanos–, pero es *atenuada* respecto de las

M.P.: Alejandro Martínez Caballero y C-013 de 1997 M.P.: José Gregorio Hernández Galindo).

b. Si bien ha admitido la Corte que el control de constitucionalidad en materia disciplinaria resulta de una intensidad menor que en materia penal (Cfr. Sentencia C-653 de 2001 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa), al determinar la gravedad de las faltas (Sobre la potestad del legislador para determinar la gravedad de las faltas disciplinarias, sentencia C-708 de 1999. M.P.: Álvaro Tafur Galvis), y la intensidad de las sanciones, el legislador debe orientarse por criterios de proporcionalidad y razonabilidad y, especialmente por los principios de lesividad y necesidad.

c. Dentro de los márgenes señalados, el legislador se encuentra facultado para: "(i) tipificar (...) las faltas disciplinarias en que puedan incurrir los servidores públicos, su grado de intensidad y las sanciones correspondientes, y (ii) establecer el conjunto de enunciados normativos de orden procesal que regulen la facultad constitucional otorgada a la administración pública para imponer sanciones a todos los servidores que con sus acciones u omisiones, transgredan las normas de conducta relativas al correcto desempeño de las funciones asignadas." (Sentencia C-819 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, tomando a su vez referencias de las sentencias C-341 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-430 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-095 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara y C-014 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño), así como (iii) establecer las causales de extinción de la acción o de la sanción penal o disciplinaria (Cfr. Sentencias C-301 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-1490 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz; C-884 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño). Sentencia C-290 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁴⁷ La relación Especial de sujeción es el fundamento constitucional del Derecho disciplinario "que concierne a la facultad constitucional que tiene la administración pública de imponer a sus propios funcionarios sanciones previamente definidas mediante ley, quienes en tal calidad, **le están sometidos a una sujeción especial**". Sentencia C-431 de 2004 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. (resaltado fuera del texto). Cabe agregar que cuando la potestad disciplinaria se despliega en los ámbitos penal y disciplinario, ello obedece a "la necesidad de proteger bienes jurídicos de distinta naturaleza" y "cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni de causa, pues la finalidad de uno de tales procesos es distinta, **los bienes jurídicamente tutelados son también diferentes**, al igual que el interés jurídico que se protege". Sentencia C-554 de 2001. M.P.: Clara Inés Vargas. Sentencia C-860 de 2006. (resaltado fuera del texto).

relaciones particulares específicas -estandarizadas- de los funcionarios públicos⁵⁴⁸.

Con todo, la relación especial de sujeción de los Abogados no emerge de una disposición funcional sino deontológica, dado que si todo ciudadano o persona debe, como expresión de la solidaridad social (artículo 1° de la Carta Política), "colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia" (artículo 95 numeral 7° *Ibíd.*), con mayor razón dicho deber como carga social se predica del Abogado; pues, tiene su fundamento en los deberes de solidaridad social que se demandan en razón de la "función social", y de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, que cumple la abogacía.

Lamentablemente, el desconocimiento de la específica relación de sujeción que le compromete a los Abogados en ejercicio de la profesión no ha tenido, como en el caso de las relaciones estandarizadas de sujeción⁵⁴⁹, la sanción y el recibo jurisprudencial que solventaría el equívoco de volcar las categorías del derecho penal al disciplinario de los Abogados. Aun cuando, hasta cierto punto, la jurisprudencia ha intentado resolver el mentado equívoco como se aprecia en la Sentencia C-290 de 2008 que, recogiendo la jurisprudencia constitucional sobre la materia, señala:

⁵⁴⁸ No está de más remarcar con Gómez Pavajeau que "el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, se constituye en el portaestandarte de la noción de 'relación especial de sujeción', diríase que de su presentación matriz, puesto que pueden identificarse otro tipo de manifestaciones que a su lado, esto es, a la par de la 'relación especial de sujeción estandarizada', se muestran pertinentes de reconocer para un adecuado entendimiento del problema [...] se habló de una relación especial de sujeción intensificada, a la cual de conformidad con algunos criterios constitucionales, implica que ciertos funcionarios se encuentren ante una demanda más exigente de compromisos y deberes que el resto de los servidores públicos (régimen disciplinario como el de las Fuerzas militares y de la Policía nacional)". Gómez Pavajeau, Carlos (2009a). Módulo: El Derecho Disciplinario Judicial de la Autonomía e Independencia. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", IV curso de formación judicial inicial para Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de la República. Vale aclarar, por ende, que la intensificación a la que nos referimos no es la de las relaciones especiales de sujeción sino las relaciones generales.

⁵⁴⁹ Sobre esta categoría: Gómez Pavajeau, Carlos (2009a). En particular: Unidad 1, numeral 5.

6.1. El principio de legalidad de las sanciones contenido el artículo 29 de la Constitución, conforme al cual "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa", forma parte de las garantías integrantes de la noción de debido proceso, y exige la determinación precisa de las penas, castigos o sanciones que pueden ser impuestas por las autoridades en ejercicio del poder punitivo estatal. Este postulado tiene plena validez en el campo de la actividad sancionatoria de la administración, toda vez que la misma Carta enuncia que "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas." (C.P art. 29).

En sostenida jurisprudencia la Corte ha señalado que en el derecho administrativo sancionador son aplicables mutatis mutandi las garantías superiores que rigen en materia penal, entre ellas la de legalidad de las infracciones y de las sanciones, conforme a la cual nadie puede ser sancionado administrativamente sino conforme a normas preexistentes que tipifiquen la falta y señalen la sanción correspondiente. (Sobre el particular pueden consultarse, entre otras las siguientes sentencias: C-922 de 2001, y C- 475 de 2004 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra; C-211 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz. C-564 de 2000, M.P Alfredo Beltrán Sierra. C-1161 de 2000 M.P Alejandro Martínez Caballero. C-386 de 1996, M.P Alejandro Martínez Caballero).

6.2. **Tal principio que es rígido en cuanto se refiere a asuntos penales, no es tan estricto en materia disciplinaria pues, en este evento, la autoridad sancionadora cuenta con cierta discrecionalidad, que no arbitrariedad, en la interpretación y aplicación de las faltas y correctivos administrativos.** Esta flexibilización razonable obedece de una parte, a que en la definición de faltas y correctivos disciplinarios entran en juego elementos propios de la función pública que interesan a contenidos político institucionales, que colocan a la autoridad disciplinaria en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permitan un más amplio margen de apreciación la conducta del disciplinado (Sentencia C-427 de 1994 M. P. Fabio Morón Díaz).

6.3. Uno de los principios esenciales en el campo de las sanciones de carácter disciplinario es el de tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada (Sentencia C-386 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero). Su finalidad es la de garantizar

la libertad de los administrados y controlar la arbitrariedad judicial y administrativa mediante el señalamiento legal previo de las penas aplicables.

6.4. En cuanto a las exigencias de predeterminación de la sanción en materia disciplinaria, ha indicado la jurisprudencia que la norma que la contiene debe "determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto" (Sentencia C- 564 de 2000, M.P Alfredo Beltrán Sierra. Este criterio fue reiterado en la Sentencia C-653 de 2001, M.P Manuel José Cepeda Espinosa). Igualmente, ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición. En estos términos, la tipificación de la sanción administrativa resulta indispensable como garantía del principio de legalidad (Sentencia C- 564 de 2000, M.P Alfredo Beltrán Sierra.)

Al respecto, en la sentencia C-564 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), señaló la Corte que en el derecho disciplinario: "(...) a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto".

6.5. En conclusión, el principio de legalidad de las sanciones de índole disciplinaria exige: (i) que la sanción sea establecida directamente por el legislador (reserva legal); (ii) que esta determinación sea previa al acto merecedor de la conminación; (iii) que el contenido material de la sanción esté definido en la ley (Sentencia C-343 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), o que el legislador suministre criterios que permitan razonablemente tanto al disciplinable como a la autoridad competente contar con un marco de referencia cierto para la determinación; (iv) ha de ser razonable y proporcional, a efectos de

colegio y al disciplinado de todas las garantías legales que contiene el nivel potestativo sancionar.

Se entrecruzan así la denominada *autoadministración* profesional y la *policía de vistas*, pues “mientras la policía de estrados se centra y tiende a preservar el buen orden el proceso como simple instrumento para hacer viable su función, razón por la cual viene atribuida con carácter de exclusividad al justiciable ante quien tramita, el Colegio, por su parte, tiende a la salvaguarda y amparo de la ética y el buen hacer en el oficio”⁵⁸⁵. Lo que viene a desarrollar un modelo de *due process substantive* y *due process procesal* que no objeta la posibilidad de demandar, vía excepcional, el amparo cuando el derecho-garantía se considerase vulnerado en estos dos niveles.

6.3. EL DEBIDO PROCESO EN LA LEY 1123 DE 2007 Y LA JURISPRUDENCIA

Cabe recordar que la Ley 1123 de 2007 pese a que se constituyó en el actual Código Disciplinario del Abogado, estableció en su artículo 112 que sólo se derogaba el Decreto 196 de 1971 (antiguo Estatuto del Abogado) en “lo pertinente”, esto es, en lo que concierne estrictamente a las materias procesal y disciplinaria. Lo que involucra que su fondo ético y axiológico sea todavía un material jurídicamente plausible de razonabilidad para la hermenéutica de los deberes (artículo 28) y las faltas disciplinarias (artículos 30 a 39).

Bajo ese tenor, se justifica la existencia de la “jurisdicción disciplinaria” de la práctica del Abogado (artículo 256 numeral 3° de la Carta Política) como expresión derivada de los deberes de solidaridad referidos a una “función social”. De la cual, como se ha dicho, es fundamento la relación deontológica especial de sujeción *-intensificada* respecto de relaciones generales pero *atenuada* respecto de las relaciones estandarizadas de los funcionarios públicos-, mientras es tarea la *ilicitud sustancial atenuada*, referida a la antijuridicidad deontológica. Por eso, desde una perspectiva funcional-material, en la actuación procesal disciplinaria referida a los Abogados en ejercicio de la profesión se imparte en justicia y, por lo mismo, *la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo*,

⁵⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 80-81.

la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas constituyen la finalidad del proceso (artículo 15 del CDA).

En ese orden de ideas, el *debido proceso* en el régimen disciplinario de los Abogados en Colombia no es sólo medio, es fin. Y como tal, como dice la jurisprudencia constitucional, no es posible “interpretar una institución o procedimiento previstos en la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”⁵⁸⁶. De lo que se infiere que los principios sustanciales dirigen los procesales y no al contrario. Cómo demuestra el caso de *la dignidad de persona como fundamento del orden disciplinario* precisamente ubicado en el artículo 1 del CDA. Máxime, cuando en el ejercicio profesional la intervención disciplinaria es un examen de conducta, de acto; pues “[ha] estimado igualmente la Corte que la previsión de la reincidencia en materia disciplinaria no vulnera la concepción de la responsabilidad fundada en el acto, consagrada en la Constitución colombiana, en cuanto constituye una circunstancia de agravación de la responsabilidad por causa de la reiteración de unas conductas ya sancionadas, valoración que se sustenta en la estructura de la conducta sancionable y no en la personalidad o la naturaleza presuntamente peligrosas del agente”⁵⁸⁷.

Resulta claro, entonces, que el derecho disciplinario no se dirige a la tutela de bienes jurídicos como lo hace el derecho penal sino a “[...] garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético”⁵⁸⁸. Y en ese, y sólo ese sentido, es que debe comprenderse que en el Régimen disciplinario de los Abogados *son aplicables mutatis mutandi las garantías superiores que rigen en materia penal*. Con razón advierte Pavajeau:

Aquella doctrina disciplinaria que encara el asunto de sus fundamentos [y aún de su práctica] desde la perspectiva del Derecho Penal, transpolando mecánicamente principios de uno a otro, no entiende que la distinción planteada entre ellos es de naturaleza cualitativa, y no sólo diferenciable en el tipo de reacción penal y su medida, lo que

⁵⁸⁶ Sentencia T-406 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

⁵⁸⁷ Sentencia C-290 de 2008 y C-077 de 2006 M.P.: Jaime Araujo Rentería.

⁵⁸⁸ Sentencia C-342 de 1996

traería como consecuencia que con ello se “infringen los principios de subsidiaridad y fragmentariedad del derecho Penal. El Juicio disciplinario implica, *per definitionem*, “una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto” de aquellas que se formula en el juicio penal. Cada uno de ellos tiene características específicas y por consiguiente exigen tratamientos diferenciales⁵⁸⁹.

El tratamiento diferencial, no obsta empero para considerar alguna especificidad en el debido proceso disciplinario para los Abogados, pues de Acuerdo con los artículos 11 y 16 del CDA, la función disciplinaria de los abogados está dirigida a garantizar y aplicar los principios y fines contenidos en la Constitución que se enderezan con la impronta constitucional (artículo 228 de la Carta Política) de la prevalencia, en la aplicación e interpretación de las normas por los jueces, de lo sustancial por sobre lo meramente formal y adjetivo.

No cabe así matiz alguno en la aplicación del artículo 29 de la Carta Política, precisamente redituado para los efectos del disciplinario de los Abogados por el artículo 6 del CDA, que se encuentra ordenado por los principios de legalidad, publicidad, imparcialidad, favorabilidad, presunción de inocencia, contradicción, celeridad, protección de los derechos fundamentales en la consecución y valoración probatoria y consagración del *non bis in idem*⁵⁹⁰. Que, a su vez, se encauzan por razones materiales, esto es, porque como ha señalado la jurisprudencia:

Las formas procesales no se justifican en sí mismas sino en razón al cometido sustancial al que propenden la administración de justicia [...] Todos estos elementos integran la plenitud de las formas propias de cada juicio, contemplada como factor esencial del debido proceso y por lo tanto no constituyen simplemente reglas formales vacías de contenido sino instrumentos necesarios para que el derecho material se realice objetivamente⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Gómez Pavajeau, Carlos. (2009). Vid. Corte Constitucional, Sentencias: T-413 de 1992; C-417 de 1993; y, C-948 de 2002.

⁵⁹⁰ Sobre el contenido y alcance del derecho sancionador a la luz de los derechos constitucionales, puede consultarse la sentencia C-827 de 2001.

⁵⁹¹ Sentencia T-323 de 1999.

Hay que modular, por ende, la definición -también de la jurisprudencia- que indica que:

En sentido estricto, el concepto de **debido proceso** alude al derecho que tienen todas las personas involucradas en una determinada actuación, encaminada a la toma de una decisión que adjudica derechos o impone obligaciones, para que durante el curso de la misma se cumplan de manera rigurosa los pasos y etapas previamente señalados en la norma que regula ese específico asunto.

El objeto de esta garantía es entonces que quienes participan de ese trámite o procedimiento (de allí el nombre de debido *proceso*), no resulten sorprendidos por el abuso de poder de la autoridad que lo dirige o de aquellos sujetos que defienden intereses contrapuestos a los suyos, lo que además sería contrario a la igualdad y pondría en serio riesgo los derechos sustanciales cuya garantía o efectividad se persigue a través del diligenciamiento. Por el contrario, se busca que todos los involucrados puedan prever, en lo que fuere previsible, el desarrollo subsiguiente y futuro del diligenciamiento de su interés, y a partir de ello decidir sus futuras actuaciones y comportamiento procesal y anticiparse de manera efectiva a las contingencias que pudieran surgir, sea a partir de la actuación de los demás sujetos interesados o por otras causas⁵⁹².

El peligro de una lectura no sustantiva de una definición como la precedente resultaría en el *concepto tradicional del debido proceso legal* que no considera cuestionar la validez de las garantías en cada caso, pues parte del *a priori* -indemostrado- que el procedimiento es considerado válido sólo *por cumplir, de manera rigurosa, los pasos y etapas previamente señalados en la norma*. Cuando es claro, también, que “las garantías del debido proceso predicables en el ámbito disciplinario deben entenderse moduladas en función de los objetivos propios de la actuación disciplinaria”, los cuales son de carácter deontológico. Sin que ello implique, claro está, socavar los principios de legalidad, publicidad, imparcialidad, favorabilidad, presunción de inocencia, contradicción, celeridad, protección de los derechos fundamentales en la consecución y valoración probatoria y consagración del *non bis in idem*⁵⁹³. Porque:

⁵⁹² Sentencia T-345 de 2014 M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. (negrilla en el original)

⁵⁹³ La jurisprudencia constitucional ha señalado desde sus inicios el mínimo de aspectos inherentes a la noción de debido proceso, cuya vigencia es indispensable en todo tipo

[...] también se ha establecido con reiteración por la jurisprudencia constitucional, que existen diferencias en la implementación de los mencionados principios entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, como se expuso, por ejemplo, en la sentencia C-948 de 2002, en donde se destacaron tres elementos sustanciales de la referida distinción “(i) la imposibilidad de transportar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario, (ii) el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria y (iii) la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal⁵⁹⁴.”

En principio, el derecho de defensa y los subprincipios de contradicción y publicidad han de ser ejercitados durante la actuación disciplinaria, como recuerda en artículo 12 del CDA y como señala la

de actuación disciplinaria. Esos criterios, que se traducen en deberes de la autoridad disciplinaria, son los siguientes:

i) La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas pasibles de sanción;

ii) La formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias;

iii) El traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados;

iv) La indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos;

v) El pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente;

vi) La imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y

vii) La posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones.” (Sobre este tema ver: sentencia T-301 de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Reiterada en otras posteriores, entre ellas T-433 de 1998 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), T-561 de 2005 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1034 de 2006 y C-213 de 2007 (en estas dos M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y C-542 de 2010 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio)

En la misma línea, la jurisprudencia se ha referido también a los siguientes elementos o principios, derivados del artículo 29 superior y aplicables a todas las actuaciones disciplinarias: “(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de *non bis in idem*, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la *reformatio in pejus*.”

Cfr. especialmente la sentencia C-555 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra y sentencia T-345 de 2014, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁹⁴ Sentencia T-763 de 2010, Sentencia C-948 de 2002. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

jurisprudencia, pues la defensa “debe ser ininterrumpida y por lo tanto, debe estar presente tanto en la investigación como en el juzgamiento de acuerdo al precepto constitucional que la consagra como garantía del debido proceso (art. 29 de la C.P)”⁵⁹⁵; es decir, que el disciplinado debe tener la garantía real y material de oponerse jurídicamente a la persecución disciplinaria no teniendo reserva alguna el derecho a conocer el expediente y su contenido, tal y como se deriva del artículo 16 del CDA.

Implica el anterior subprincipio el derecho de realizar postulaciones e impugnaciones de todo tipo de conformidad con la ley, el subprincipio de “un proceso público sin dilaciones” (artículos 228 de la Carta Política y 16 del CDA), el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra” (Sentencia SU-044 de 1995), el principio de lealtad y buena fe aplicable tanto para el juez como para todos los sujetos procesales, testigos, peritos, etc. (por integración a los procedimientos disciplinarios desde el artículo 83 de la Carta Política y el artículo 17 de la Ley 600 de 2000), la garantía del antecedente fundando exclusiva y excluyentemente en una decisión con carácter de cosa juzgada (artículos 248 de la Carta Política y 21 del CDU) y el derecho a que las decisiones judiciales sean motivadas.

No obstante, como el ejercicio de los derechos y garantías precitados puede colisionar con la celeridad y economía exigidas a toda actuación judicial, por principio de integración normativa e independencia del juez (artículo 16 del CDA) “el funcionario competente [...] cumplirá estrictamente los términos previstos en este código” (artículo 12 del CDU). Así mismo, direccionará el proceso y corregirá los “actos procesales irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales” (artículos 21 del CDU y 16 del CDA).

Naturalmente, para el cabal ejercicio de los derechos y garantías adecuados al debido proceso resta mencionar la observancia: del principio de doble instancia (artículo 31 de la Carta Política); de favorabilidad (artículo 7 de CDA); de igualdad material (inciso final del artículo 13 de la Carta Política y artículo 10 del CDA); de presunción de inocencia (artículo 29 inciso 4° de la Carta Política, 9 del

⁵⁹⁵ Sentencia C-948 de 2002.

CDU y 8 del CDA) precisamente adecuado al ámbito procesal, en el entendido que “[durante] la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla (artículo 8 inciso 2° del CDA), teniendo en cuenta el riesgo que representa para el juez disciplinario que se busque agotar la situación jurídica del disciplinado con “estrategias probatorias” dilatorias; y, de *non bis in idem* precisamente morigerado a que “[1]a acción disciplinaria es independiente de cualquier otra que pueda surgir de la comisión de la falta” (artículos 2 inciso 3° del CDU y 2 inciso 2° del CDA)⁵⁹⁶.

Ahora bien, teniendo en cuenta las particularidades del proceso verbal contemplado en la Ley 1123 de 2007 (artículo 57), debe advertirse que su artículo 48 reconoce el debido proceso en términos formales y materiales; por consiguiente:

La importancia del debido proceso se liga a la búsqueda del orden justo, por consiguiente, en la Constitución de 1991 el debido proceso es algo más profundo que tipificar conductas, fijar competencias, establecer reglas de sustanciación y ritualismos, indicar formalidades y diligencias, como se deducía de los términos empleados por la Ley 153 de 1887. [Debido proceso] no es el riguroso seguimiento de reglas de orden simplemente legal, sino el manejo de reglas procesales para tomar decisiones que pueden justificarse jurídicamente, es decir, hay que ver el debido proceso desde el ámbito constitucional y no desde el simplemente legal⁵⁹⁷.

Por tanto, el juez disciplinario es juez constitucional y la garantía de defensa va de la mano del principio de oralidad por el que *toda persona tiene el derecho a ser oído contradictoriamente*. Como aclara Gómez Pavajeau:

El contradictorio sugiere la noción de partes, lo que se denomina ‘estructura controversial’, empero [...] si bien en el proceso disciplinario que nos ocupa no existe *forma contradictoria*, si es claro que demanda la aplicación del *principio de controversia*. Este, sin duda alguna,

⁵⁹⁶ Esta independencia es manifiesta en que: “Los destinatarios del presente código cuya situación se haya resuelto mediante sentencia ejecutoriada o decisión **que tenga la misma fuerza vinculante**, proferidas por autoridad competente, no serán sometidos a nueva **investigación y juzgamiento disciplinarios** por el mismo hecho [...]” (artículos 11 del CDU y 9 del CDA. Resaltado fuera del texto).

⁵⁹⁷ Sentencia T-280 de 1998

resulta cosustancial al principio de oralidad que emana de los artículos 14 del Pacto Internacional de derechos Civiles y del 8, numeral 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al demandar que el sospechoso, imputado, procesado o como se quiera llamar, sea “oído” por la autoridad judicial⁵⁹⁸.

En atención al propósito de esta parte, de este estudio, cabe destacar que los elementos jurídicos internacionales que cita Gómez Pavajeau ponen en su lugar la necesaria adecuación hermenéutica que debe seguir el juez disciplinario; por cuanto hay que recordar que de acuerdo con el artículo 16 del CDA “[...] en lo no previsto en este Código se aplicarán los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y deontología de los abogados, y lo dispuesto en los Códigos Disciplinario Único, Penal, de Procedimiento Penal y Procedimiento Civil, en lo que no contravenga el derecho disciplinario”. Así, la adecuación hermenéutica resulta jerárquicamente clara: es necesaria e indefectible la aplicación del bloque de constitucionalidad en lo concerniente a posiciones iusfundamentales en *procesos*, mientras la aplicación de lo dispuesto en los Códigos citados es correctiva del *procedimiento*.

En efecto, “la preeminencia del bloque tiene rango constitucional e impera por encima de cualquier consideración legislativa o de cualquier intención hermenéutica [Porque] frente a un vacío legal es posible dar aplicación directa a las normas del bloque de constitucionalidad [en cuanto] suple la voluntad del legislador o, mejor, complementa su olvido”⁵⁹⁹. Pues, como bien se sabe, el *bloque de constitucionalidad* está constituido por todas aquellas normas y principios que pese a no aparecer formalmente en el texto constitucional han sido incorporados como elementos de juicio en los exámenes sobre la constitucionalidad y aplicación de las normas por el máximo ente de interpretación constitucional. Si bien los grados de intensidad en la vinculación son *distintos* dadas las diversas formas en que dichas normas y principios han venido a integrarse al texto constitucional⁶⁰⁰,

⁵⁹⁸ Gómez Pavajeau, Carlos. (2009b), p. 51.

⁵⁹⁹ Sentencias C-381 de 2000 y C-067 de 2003.

⁶⁰⁰ Sentencia C-225 de 1995 M.P: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578 de 1995 M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358 de 1997 M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191 de 1998 M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

no por ello puede esquilmar su valor por el mero parecer del intérprete⁶⁰¹.

En ese contexto, el ordenamiento jurídico y constitucional colombiano le reconoce carácter vinculante a los tratados de Derecho Internacional Humanitario,⁶⁰² pero además a todas las garantías judiciales –contenidas en la figura del *debido proceso*– indispensables para su desarrollo⁶⁰³. De ahí que las normas del ordenamiento

⁶⁰¹ En lo que refiere a la adopción de normas internacionales por el ordenamiento interno el texto constitucional enuncia: a) en su artículo 9º, que el reconocimiento de las relaciones Exteriores del Estado colombiano se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en *el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia*; b) en su artículo 53º, que destaca que: “*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna*”; c) en su artículo 93º, según el cual “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”; d) El artículo 94º que establece que “*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*”; e) El artículo 102º que dice en su inciso 2 que “*Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república*”; y f) el artículo 214º que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: “*No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.*”

⁶⁰² Sentencia C-578 de 1995 M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁰³ En esta perspectiva la Sala Plena de la Corte, mediante Auto 182 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), invocó: “*1. El artículo 241-10 de la Constitución Política dispone entre las funciones de la Corte Constitucional la de decidir definitivamente sobre la ejecutividad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Este control de constitucionalidad, en los términos de dicha disposición, se distingue por su carácter previo, automático e integral. // Con base en la norma citada, resulta claro que los tratados internacionales que suscriba Colombia a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 sólo podrán ser ratificados por el Presidente de la República una vez esta Corporación profiera el fallo de control respectivo, que verifique la constitucionalidad del instrumento contenido en la ley aprobatoria. 2. No obstante la claridad del ejercicio de la competencia de la Corte para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados, la jurisprudencia ha tenido que ocuparse de la controversia jurídica generada sobre la posibilidad de conocer acerca de leyes aprobatorias de tratados que ya han sido perfeccionados. Ello bien porque se trate de compromisos internacionales vigentes con anterioridad a la promulgación de la Carta Política (tratados preconstitucionales) o bien porque se refiera a leyes promulgadas durante la vigencia de la Constitución, que contienen instrumentos perfeccionados con omisión del control constitucional previo. 3. Sobre el tema de la competencia de la Corte en estas materias, es posible identificar tres momentos definidos en la jurisprudencia constitucional. El primero, que contempló ese control, restringido a los casos de violación de las normas de competencia para suscribir compromisos internacionales y la*

jurídico interno tengan un rango “inferior” respecto de aquellos tratados y/o convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción⁶⁰⁴. Así, entonces, es indubitable que la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Pacto de San José de Costa Rica” (Adhesión y Ratificación por Colombia el 05/28/73), tiene plena vigencia en el orden jurídico interno. Tanto así que la Corte Constitucional precisó que, pese a que no todas las garantías judiciales inhiere un derecho humano fundamental, si es cierto que: “Tanto el derecho al debido proceso (artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos) como el artículo 27 de la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre hacen parte del bloque de constitucionalidad por ser derechos que no pueden ser suspendidos en estados de excepción”⁶⁰⁵.

Como bien establece el preámbulo de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*:

*Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención [...] reconocen que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*⁶⁰⁶.

contraposición entre el tratado y las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario (C-027 de 1993). El segundo, que concluyó la imposibilidad absoluta del control judicial posterior, fundado en la interpretación del artículo 241-10 en cuanto prevé únicamente el análisis previo a la ratificación del instrumento internacional por el Ejecutivo (C-276 de 1993). Y el tercero, en el cual esta Corporación estimó, como se había previsto en la primera etapa, la competencia de la Corte para tramitar las demandas ciudadanas contra leyes aprobatorias de tratados perfeccionados, con base en la aplicación del principio de supremacía constitucional y el reconocimiento para el caso colombiano de una teoría monista moderada del derecho internacional (C-400 de 1998).” Texto referido en: Sentencia C-321 de 2006 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁰⁴ Cfr. Sentencia C-225 de 1995 MP: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-582 de 1999 MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁰⁵ Sentencia C-200 de 2002 M.P.: Álvaro Tafur Galvis. Posición reiterada en sentencia C-392 de 2002 M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁰⁶ Esta Convención fue acogida por Colombia sin reservas, conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

Por lo mismo, pese a que los deberes y cargas que soportan los abogados en ejercicio de la profesión involucran un tratamiento particular, ello no es óbice para que se desconozcan sus derechos fundamentales; máxime cuando el 25 de junio de 1985 Colombia presentó un instrumento de aceptación del *Pacto de San José de Costa Rica* por el cual se reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para hechos posteriores a dicha aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención. La cual literalmente en su artículo 2° establece que “[...] los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos [los] derechos y libertades [reconocidos en ella]”⁶⁰⁷.

Es más, según anota el artículo 27(2) del *Pacto*, aún en los casos de suspensión provisional de garantías:

La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), *ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos* (cursiva fuera del texto).

Garantías que siendo leídas a partir del artículo 93° constitucional (*supra*) vienen a formar parte de llamada regla hermenéutica de *favorabilidad constitucional*. Regla que consiste en que no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos y garantías reconocidos por un Estado *so pretexto* de no aparecer taxativamente

⁶⁰⁷ El reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos abre la puerta para que el Estado colombiano sea denunciado al tenor del artículo 44° del *Pacto* que dispone que “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.” Por cuanto, como según lo expresa el artículo 62 (3) del *Pacto*, “La Corte [Interamericana de Derechos Humanos] tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia [...]”.

en su texto constitucional o de aparecer aminorados en un Tratado o Convenio Internacional sobre la materia⁶⁰⁸.

Visto desde esa perceptiva, el debido proceso es un derecho *justiciable* más allá del ordenamiento jurídico interno; habida cuenta que el Estado colombiano se obligó, al momento de acoger el *Pacto*, a implementar cuando *no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*. Y, al mismo tiempo, reconoció como mandato imperativo que “Todas las personas son iguales ante la ley. [Y] En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (Art. 24° del *Pacto*). Por ello, sin distingo de su posición, derechos y deberes ante la sociedad el *Pacto* considera que:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales [...]” (Art. 25° de *Pacto*).

En ese sentido, la totalidad de las garantías judiciales son de cumplimiento imperativo por parte de Colombia y, por lo mismo, toda interpretación, en este caso, de jueces disciplinarios ha de ajustarse a la obligación de investigar tanto lo favorable como desfavorable al procesado, de manera que no hacerlo equivale a quebrantar el principio de presunción de inocencia, que “se encuentra en estrecha relación de interdependencia con el derecho de defensa y el debido proceso”⁶⁰⁹. Porque resulta indispensable que, “en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta, de acuerdo con los criterios *pro-libertatis* y *pro-homine*, derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano”⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ Al respecto: cfr. Uprimny Yepes, Rodrigo (2000) “El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un Análisis Jurisprudencial y un Ensayo de sistematización doctrinal.” En “Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional.” Vol. I, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia, pp. 149 y ss.

⁶⁰⁹ Sentencia T-055 de 1994

⁶¹⁰ Sentencia C-1026 de 2001.

Dicha inspiración resulta de una importancia capital si se atiende que la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de *numerus apertus* exige, de parte del juez-interprete, decantar la tipicidad; punto este sobre el que reposan las mayores diferencias con el Derecho penal⁶¹¹. “No obstante lo anterior, debe reconocerse que los tipos disciplinarios que dan cuenta de las faltas de los abogados en el ejercicio profesional tienen una mayor capacidad de cerramiento [...] pero también frente a la manera que se abordaba el tema de los tipos disciplinarios por el Decreto 196 de 1971, el actual estatuto resulta más abierto”⁶¹².

Al respecto se dijo en la sentencia C-769 de 2009, retomando jurisprudencia precedente, que este elemento esencial del debido proceso, reclama claridad en el tipo disciplinario con que se reconoce la falta por el legislador para evitar la indeterminación y una decisión subjetiva y arbitraria. Aun así, el cumplimiento de tales exigencias “no tiene el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por razón de la naturaleza de las conductas que se reprimen, los bienes jurídicos protegidos, la finalidad de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a los asociados”⁶¹³. Por ello en sentencia T-1093 de 2004, se destacaron como principales diferencias relacionadas con el principio de tipicidad en materia disciplinaria, respecto del Derecho penal delictivo: “(i) la precisión con la cual deben estar definidas las conductas en las normas disciplinarias, y (ii) **la amplitud que goza el fallador disciplinario para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas disciplinarias en los procedimientos sancionatorios**” (resaltado fuera del texto).

La amplitud mencionada, de hecho, reconoce que en el Derecho disciplinario son admisibles las faltas que consagren “tipos abiertos” o “conceptos jurídicos indeterminados”. Por lo que esta configuración, con

⁶¹¹ Sobre la clasificación y sistematización de los deberes, las faltas por incompatibilidad en el ejercicio profesional y de las faltas en particular contenidas en los Títulos I y II de la Ley 1123 de 2007 (artículos 28 a 39): Gómez Pavajeau, Carlos. (2009c) Derecho Disciplinario Judicial Especial, Quinto Modulo, Unidad IV. Bogotá: Consejo superior de la judicatura. Sala administrativa. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, pp. 95-240..

⁶¹² *Ibíd.*, p. 98.

⁶¹³ Vid. sentencia C-530 de 2010.

las limitaciones necesarias, se ha estimado admisible bajo el supuesto de que con ellos es posible actualizar y configurar las conductas típicas a partir de la interpretación sistémica de diferentes normas jurídicas que se imponen a los servidores públicos o a los miembros de una profesión. Con el fin, supuestamente, de que pueda cumplirse con “la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como [con] la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado”⁶¹⁴; o de que se someta el ejercicio de las actividades profesionales a las reglas que la ordenan, asumiendo las responsabilidades que las mismas comporten frente a la comunidad y a los fines del Estado⁶¹⁵.

En este punto, las limitaciones necesarias a la hermenéutica del juez disciplinario se refieren a que, como ha decantado la jurisprudencia:

Frente al ejercicio de una profesión las normas disciplinarias deben establecerse con referencia a las funciones y deberes propios del respectivo hacer profesional, no en atención a la conducta personal que se agota en los linderos de lo privado, o que aún campeando en la arena de lo público no trasciende ni afecta el buen desempeño de la función [...]. De allí que la conducta del abogado no pueda ser reprochada válidamente “bajo el imperio de tipificaciones que no atienden la probidad de su ejercicio profesional, ni su responsabilidad frente a los clientes, y mucho menos la misión que le incumbe de cara al orden jurídico del país, sino sus opciones de vida personal, o hábitos ligados a su esfera estrictamente personal que normalmente se agotan en su mundo privado, lo cual entraña una irrazonable e innecesaria restricción del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En esta perspectiva, los fines éticos del estatuto que regula el ejercicio de la profesión de abogado sólo pueden imponérsele a este profesional en relación con el desempeño de su actividad profesional, y no en el espectro de los comportamientos que él protagonice al margen de la misma”⁶¹⁶.

Sin embargo, es claro en la jurisdicción disciplinaria que:

[En] la **adecuación típica**, como correlato necesario de la admisibilidad constitucional del sistema de tipos abiertos en materia disciplinaria, se admite la existencia de un mayor margen de apreciación para

⁶¹⁴ Vid. sentencias C-010 de 2000, C-567 de 2000, C-373 de 2002, C-350 de 2009.

⁶¹⁵ Sentencia T-763 de 2010. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

⁶¹⁶ Sentencia 098 de 2003 M.P.: Jaime Araújo Rentería.

el fallador disciplinario al momento de efectuar la subsunción de la conducta analizada al tipo disciplinario, a los efectos de su investigación, juzgamiento y sanción. Ha dicho la Corte a este respecto que “a diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario” y que por ende, “el investigador disciplinario dispone de un campo amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad” (Sentencia C-427 de 1994).

28. En fin, conviene precisar que, dentro de los varios aspectos en los que existen diferencias de intensidad entre el régimen sancionatorio penal y el disciplinario, se encuentra el relacionado con la **presunción de inocencia**. Dicho principio que naturalmente impera en ambos regímenes, en materia disciplinaria supone que quien adelante la actuación disciplinaria deberá demostrar que la conducta de que se acusa a una persona (i) se encuentra tipificada como falta disciplinaria; (ii) ha ocurrido efectivamente según acreditación obrante en el proceso y (iii) que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo cuando estos tres elementos se reúnen, es posible dar por desvirtuada la reconocida presunción, que como garantía individual hace parte del debido proceso (Sentencia C-124 de 2003).

29. La presunción de inocencia, sin embargo, puede implicar *grados diferenciales de aplicación*, según el bien jurídico que se pretende proteger con la falta dispuesta por el Derecho sancionador, el sujeto pasivo de la conducta punible y la sanción a que da lugar la responsabilidad establecida. Esto es así, observó la sentencia T-969 de 2009, “porque ningún principio es absoluto, de modo que su aplicación en un caso concreto admite la ponderación de los elementos que componen el ámbito de su aplicación”. De tal suerte, resulta de nuevo predicable el supuesto según el cual el principio de presunción de inocencia no opera con el mismo rigor en materia disciplinaria que en penal, “pues los bienes tutelados por el primero, son de mayor relevancia social que los del segundo y por consiguiente la sanción y los derechos afectados por

ella, son también de mayor importancia, imponiendo sobre el citado principio una mayor exigencia en su aplicación concreta”.

30. Ahora bien, en este contexto encuentra la Sala importante re-tomar con brevedad, algunos de los lineamientos trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, relacionados con el ejercicio de la profesión de abogado dentro del Estado Social de Derecho, cuya vigencia cubre tanto lo previsto por el Decreto 196 de 1971, como por el actual Código Disciplinario del Abogado, ley 1123 de 2007 (Vid. Sentencias C-244 de 1996, C-1156 de 2003, T-969 de 2009).

31. Conforme lo anterior, en la mencionada sentencia T-969 de 2009, se observó que de manera sustancial, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el ejercicio de la profesión de abogado se da en por lo menos dos escenarios: “(i) por fuera del proceso, a través de la consulta y asesoría a particulares, y (ii) al interior del proceso, en la representación legal de las personas naturales o jurídicas que acuden a la administración de justicia para resolver sus controversias” (Cfr. Sentencias C-884 de 2007, C-290 de 2008, T-969 de 2009).

32. En este marco, se ha dicho que el ejercicio de la profesión de abogado se vincula de manera estrecha con la realización de valores fundamentales para el Estado Social de Derecho, por cuanto el desempeño de su labor se halla próximo a la consecución de un orden justo y de la convivencia pacífica, a través del uso de las fuentes jurídicas con el cual representa los intereses de sus clientes, atiende las labores de estudio y argumentación encomendadas y la procura de la resolución adecuada de los conflictos. Por lo demás, hace posible la realización constante, progresiva y efectiva de derechos fundamentales, a través de su representación para el acceso a la administración de justicia (art. 229 CP).

Todo ello justifica que, como se observara en sentencia C-290 de 2008, exista un “interés público inmerso en la configuración y aplicación de un régimen disciplinario para los abogados” por lo que resulte lícito “que la ley procure ajustar su comportamiento social a la observancia de tales fines, impidiendo, a través de la imposición de determinadas sanciones, que el profesional desvíe su atención y opte por obrar contrario a derecho, impulsado por el ánimo egoísta de favorecer sus intereses particulares en detrimento de la Administración de Justicia y de la propia sociedad” (Se citan allí: sentencias C-060 de 1994 y C-393 de 2006)”.

33. Empero, no sobra reiterar, con todo y la importancia de su rol profesional en el Estado social de Derecho, que las investigaciones disciplinarias a las que pueda verse sometido por presunto incumplimiento de sus deberes o incursión en faltas disciplinarias, deben someterse a las reglas del debido proceso establecidas en el ordenamiento jurídico, de conformidad con lo arriba expuesto (negrilla en el original)⁶¹⁷.

Tal cual se observa el mayor margen de apreciación para el fallador disciplinario coloca a aquél en la encrucijada de una evaluación deontológica, para la cual ciertamente no existe una metodología adecuada discursivamente controvertible, en términos de plausibilidad y razonabilidad. De tal suerte que bien puede el Consejo Superior de la Judicatura o el juez disciplinario de instancia llegar a vulnerar el *debido proceso* al endilgarle a un disciplinado una conducta y/o falta disciplinaria sin la “debida justificación desde el ámbito constitucional y no simplemente desde el legal”.

Ciertamente, en ese caso, no es extraño que el juez disciplinario persiga una de dos rutas [al final concurrentes]. Una, como indica Posner, seguirá:

“una ideología”, un cuerpo de creencias en materia social, económica y política que esté más o menos fundamentado, una visión del mundo que conforme sus respuestas a cuestiones relacionadas con estos ámbitos cuando surjan allá cuando tienen que decidir en la zona abierta [de los *numerus apertus* en el caso que nos convoca] La ideología, sin embargo, no es el único recurso al que acceden los jueces cuando han de tomar decisiones en aquellas cuestiones que caen en la zona abierta. Pero tal y como sugiere la literatura actitudinal, es uno de los más importantes, de modo que habremos de reflexionar sobre las fuentes de la ideología judicial [...] Los valores religiosos y morales están entre tales fuentes y son a su vez producto de como crecimos, de qué educación recibimos, de cuáles son nuestras experiencias laborales, y características personales que pueden, a su vez, traer aparejadas el tipo de experiencias que un individuo trata de tener. Las características personales incluyen la raza, el sexo, la etnia y otros elementos innatos que identifican a la persona, pero también el temperamento, que conforma no sólo nuestros valores, sino también predisposiciones tales

⁶¹⁷ Sentencia T- 763 de 2010

como la timidez y la audacia, que influyen el modo en que una persona responde ante las circunstancias⁶¹⁸.

La otra, en tanto, irá a resguardarse en el tecnicismo, pues como ha indicado Boris Mirkine-Guetzevitch

El mismo problema [de los derechos fundamentales], que tenía al concluir el siglo XVIII un carácter filosófico y doctrinal, reviste en nuestra época un carácter puramente técnico. Esta transformación de la doctrina en técnica, de la filosofía del Derecho en técnica política, es quizá el fenómeno más característico de la evolución del Derecho Constitucional. La democracia, durante la Revolución francesa, precisaba de una doctrina; El método histórico-empírico nos hace reconocer que el progreso de la ciencia jurídica y de las formas políticas se manifiesta en el hecho de que toda idea jurídica aparece primordialmente ante una forma filosófica y doctrinal [...] Pero si esta idea doctrinal entra en la conciencia jurídica del pueblo debe perder necesariamente, al cabo de un cierto tiempo, su carácter filosófico y tomar figura de problema técnico⁶¹⁹.

Con seguridad, no obstante, ningún juez disciplinario confesará –si los reconoce– los móviles tras su adecuación hermenéutica, extensiva o restrictiva, de un concepto valorativo como el decoro, la dignidad o la lealtad por el cual se le endilga o excusa a un disciplinado de una determinada conducta y/o falta disciplinaria. De suerte que prefiera ampararse en la denominada teoría legalista de la actividad judicial; la que, entre las nueve teorías del comportamiento judicial descritas por Posner⁶²⁰, se caracteriza por presentarse a sí misma como una “teoría descriptiva” porque:

⁶¹⁸ Posner, Richard. (2011) *Cómo Deciden los Jueces*. Madrid: Marcial Pons, p. 112.

⁶¹⁹ Mirkine-Guetzevitch. B. (2013) “Modernas tendencias del Derecho Constitucional”, Capítulo VII “La significación política del Ejecutivo”. Madrid: Editorial Reus.

⁶²⁰ Posner identifica como teorías explicativas de las decisiones judiciales, además de la legalista que ahora tratamos: 1, la *actitudinal*, que afirma que la mejor forma de explicar las decisiones de los jueces es identificar las preferencias políticas (en sentido amplio) que estos proyectan en sus fallos; 2, la *estratégica* que afirma que sea lo que sea aquello que un juez quiere conseguir, dependerá en un grado considerable de otros individuos de la cadena de autoridades (otros jueces, los legisladores y el público) entendida en un sentido amplio; 3, la *sociológica* que centra su atención en la dinámica de los pequeños grupos y, en consecuencia, en la práctica judicial de apelación, constituye una aplicación o extensión de la teoría estratégica combinada con la teoría *actitudinal*; 4, la teoría *psicológica* afirma que la decisión judicial es producto de impulsos no racionales e ilusiones cognitivas; 5, la teoría *económica*

[...] parte del supuesto que las decisiones judiciales están predeterminadas “por el derecho”, concebido este como un cuerpo de reglas preexistentes establecidas en materiales jurídicos canónicos tales como los textos constitucionales y legislativos y las decisiones previas del mismo tribunal o de otro superior [...] el lema legalista es el “imperio de la ley” [...] El legalismo considera al derecho como un Disciplina autónoma, un “dominio delimitado”. Toda vez que las reglas son consideradas como ya dispuestas para ser aplicadas, lo cual sólo exige (con la determinación de los hechos) examinar los materiales jurídicos y ejecutar operaciones lógicas, el juez legalista no está profesionalmente interesado en las ciencias sociales, la filosofía o cualesquiera otras posibles fuentes [como los estudios deontológicos para el caso del disciplinario de los Abogados] que le suministraran la orientación necesaria para llevar a cabo aquellos juicios en relación con determinadas medidas políticas, puesto que él mismo no se ve –o al menos cree que no se ve– involucrado en la formulación de juicios de ese tipo⁶²¹.

Naturalmente, las formas descritas arriba no son más que formas tipo (tipos ideales en términos weberianos) porque, en realidad, nadie puede sostener que las decisiones judiciales nunca se ven influenciadas por el “derecho” o que ellas no se hallan con frecuencia influidas por la “ideología”. Aunque en el nivel descriptivo, los jueces serán reacios a admitir esto último; toda vez que, en el caso particular de los jueces-falladores disciplinarios de los Abogados, la estrategia será más bien intermedia (entre el legalismo y una u otra de las restantes teorías del comportamiento judicial). Esto es, o se preferirá seguir pie juntillas el modelo penalista o la puridad ritualidad procedimental o se adherirá juiciosamente a un precedente. Sin embargo.

[...] el hecho de que los jueces sigan los precedentes de forma regular, aun si no de forma invariable, no es un argumento tan fuerte a favor

considera el juez como un maximizador de la utilidad, que es autointeresado y racional, el juez tiene una función de utilidad (ingresos recibidos, ocio, poder, prestigio, reputación, autorrespeto, satisfacción) y que de acuerdo con ella lleva a cabo su cálculo; 6, la organizacional presume que un agente y su mandante (el juez y el gobierno para quien trabaja) tienen intereses divergentes y que el segundo intentará articular una estructura organizativa que minimice esa divergencia mientras el agente se opondrá a ella; 7, la pragmática que encuentra que el fundamento de los juicios ha de encontrarse en sus consecuencias y no en la deducción; 8, la fenomenológica es el puente entre la teoría pragmática y la legalistas, pues estudia principalmente los procesos conscientes en primera persona. Vid. (2011), pp. 31-53.

⁶²¹ *Ibid.*, pp. 53-54.

pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general (CP art. 1°) sobre el particular, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5°). Por ello, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general prima siempre sobre el particular. En efecto, conviene recordar que los derechos constitucionales son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo pues “condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías -y a esas minorías radicales que son las personas- de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas”. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo había señalado [...]” (resaltado fuera de texto)⁶²⁴.

Demuestra lo anterior, que el juez-fallador disciplinario ordinario se ve obligado a una hermenéutica deontológica fundada sobre principios, de pesos y contra pesos materiales. Porque “tampoco puede olvidar el intérprete, por ningún motivo, que ‘el acceso a la administración de justicia no debe entenderse en un sentido puramente formal’ (sentencia T-190 de 1995) [sino] del principio según el cual el derecho sustancial

⁶²⁴ Sentencia T-669 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Reiterado en Sentencia T-784 de 2000. M.P.: Vladimiro Naranjo.

prevalece sobre cualquier otro”⁶²⁵, reiterado en los artículos 228 de la Carta Política y 49 del CDA.

El juez-fallador disciplinario del Abogado, por tanto, debe atenerse a las preceptivas del debido proceso formal y material, máxime cuando en él coinciden los roles de director del proceso y parte acusadora; la cuestión está en ¿cómo pueden brindarse criterios de proporcionalidad y razonabilidad a los jueces-falladores disciplinarios de los Abogados para interpretar y aplicar el CDA bajo criterios iusfundamentales adecuados al *debido proceso* desde el ámbito interno como externo? A eso nos abocaremos ahora.

6.4. OBSERVACIONES HERMENÉUTICAS AL EJERCICIO DEL DISCIPLINARIO DE LOS ABOGADOS

En palabras de Wróblewski: “la interpretación garantiza *ex definitione* la observancia de reglas constitucionales que tienen de por sí un carácter político [...] y determina los asuntos políticamente relevantes”⁶²⁶. Que, en el caso del disciplinario de los Abogados, revierten en asuntos éticos y deontológicos referidos, en últimas, al contenido y alcance de los “derechos fundamentales” en una decisión. Por lo cual, en aquél ámbito, el debido proceso sustantivo o material (*due process substantive*) y el debido proceso procesal (*due process procesal*) se encuentran más que emparentados.

Con todo, el precitado axioma, evidente por sí, no resulta tan fácil de llevar a la práctica en el ámbito disciplinario de los Abogados como su formulación promete. La cuestión está en que, tal y como se declaró arriba, le resulta relativamente sencillo al juez-fallador disciplinario solapar ideología, o pragmatismo, tras legalismo [lo que no apunta a decir que pueda existir un método aséptico, sin influencias, en la adjudicación]. Más aún, porque allí “la imparcial objetiva” no surge de la división de roles procesales. Puesto que, como destaca Gómez Pavajeau:

⁶²⁵ Gómez Pavajeau, Carlos. (2009b), p. 58.

⁶²⁶ Wróblewski, J. (1985) Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica. Madrid, Civitas, pp. 110 y ss.