

# **Discrecionalidad Sancionatoria en el Régimen Disciplinario de La Ley 1123 De 2007**

Discrecionalidad Sancionatoria en el Régimen Disciplinario de La Ley 1123 De 2007

Juan Sebastián Amaya Quintero

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Director:

Ernesto Rueda Puyana

Abogado Especialista en negociación, conciliación y arbitraje

Universidad Industrial De Santander

Facultad de Ciencias Humanas

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Programa de Derecho

Bucaramanga

2021

**Dedicatoria**

A mi madre, que ha esperado esto por mucho tiempo

A mi hermano, que trajo un vino de Buenos Aires para el día de mi grado (hace años)

Al tío Lalo y Olga que estarán orgullosos

A mamá Delia, que creyó en mí hasta el fin de sus días

**Juan Sebastián Amaya Quintero**

**Agradecimientos**

A Fede y Manu, por su amor, paciencia y café

A Albus por su incondicional afecto y permanente compañía

A mi director de proyecto por su confianza

**Contenido**

**Pág.**

Introducción ..... 1

1. Objetivos ..... 4

1.1. Objetivo general: ..... 4

1.2. Objetivos específicos: ..... 4

2. Contextualización del régimen disciplinario del abogado ..... 4

2.1. El abogado ..... 4

2.2. Particularidades del sistema deontológico – disciplinario establecido en el CDA ..... 10

2.2.1. Proceso ..... 17

2.2.2. Las faltas disciplinarias en el CDA ..... 20

2.2.3. Sanciones disciplinarias en la Ley 1123 de 2007, imposición y graduación: ..... 21

3. Imposición y graduación de la sanción en el Código Disciplinario del Abogado (CDA) como una expresión de discrecionalidad ..... 24

3.1. Indeterminación normativa como aproximación al concepto de discrecionalidad ..... 25

3.2. Discrecionalidad en el ámbito sancionatorio de la ley 1123 ..... 29

4. Límites a la discrecionalidad en la imposición y graduación de las sanciones en el CDA ..... 31

4.1. Deber de motivación aplicado a las sentencias en el marco de la Ley 1123 de 2007. .... 31

4.2. Aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad como exigencia normativa para imponer y graduar la sanción ..... 37

4.3. Criterios generales, de atenuación y de agravación de la sanción ..... 43

4.3.1. Criterios Generales: ..... 44

4.3.2. Criterios de atenuación: ..... 47

4.3.3. Criterios de agravación: ..... 48

5. Análisis de la motivación de la imposición y graduación de la sanción en una muestra significativa de sentencias proferidas en el ámbito estudiado. .... 50

## **Juan Sebastián Amaya Quintero**

5.1. Descripción de la muestra.....	51
5.2. Ejecución del análisis.....	52
5.3. Resultados .....	54
5.3.1. Análisis de las sentencias de apelación.....	54
5.3.2. Análisis de las sentencias de consulta.....	57
5.4. Hallazgos y observaciones.....	61
6. Conclusiones.....	65
Referencias Bibliográficas .....	70

## Resumen

**Título:** Discrecionalidad Sancionatoria en el Régimen Disciplinario De la Ley 1123 De 2007\*

**Autor:** Juan Sebastián Amaya Quintero\*\*

**Palabras Clave:** Discrecionalidad, Sanción, régimen disciplinario, abogado, razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, deontología, ética, motivación.

### Descripción:

La imposición y graduación de sanciones disciplinarias en el marco de la Ley 1123 de 2007, de acuerdo con la jurisprudencia, es un asunto de carácter discrecional por voluntad del legislador, sin embargo tal ámbito se encuentra limitado por parámetros legales, que conminan al fallador a establecer la respuesta punitiva de la responsabilidad de manera argumentativa y prudente. En la presente investigación parte de la contextualización del sistema deontológico disciplinario con el propósito de comprender tanto sus características especiales como la naturaleza de la falta y la correlativa sanción.

Desde ese enfoque se estudió cómo el deber de motivación, la observación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad y la aplicación de criterios generales, de agravación y atenuación limitan el ejercicio discrecional antes descrito y garantizan los derechos de los destinatarios del CDA.

A partir de este análisis, se evaluó una muestra jurisprudencial significativa, para comprender como opera la discrecionalidad en la práctica en relación con los límites, a fin de indagar por el criterio para sancionar utilizado por el competente para elegir y tasar la sanción en cada caso concreto, dentro de los límites antes mencionados.

---

\* Trabajo de grado

\*\* Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho. Director Ernesto Rueda Puyana

**Abstract**

**Title:** Sanctioning Discretionality in the Disciplinary Regime of Law 1123 of 2007\*

**Author:** Juan Sebastian Amaya Quintero\*\*

**Keywords:** Discretionality, sanction, disciplinary regime, lawyer, reasonability, proportionality, necessity, deontology, ethics, motivation.

**Description:**

The imposition and graduation of disciplinary sanctions within the scope of Law 1123 of 2007, according to the jurisprudence, is a discretionary matter by the will of the legislator, however, such scope of discretion is limited by legal parameters, which compel the judge to establish the punitive response of the responsibility in an argumentative and prudent way. In this research, we start from the contextualization of the deontological disciplinary system to understand both its special characteristics as the nature's fault and the correlative sanction.

From this approach, we studied how the duty of motivation, the observation of the principles of proportionality, reasonableness and necessity, and the application of general, aggravating and mitigating criteria limit the discretionary exercise described above and guarantee the rights of the CDA's recipients.

Based on this analysis, a significant jurisprudential sample was evaluated to understand how the instructor's discretionality operates in practice in relation to the limits, to inquire into the sanctioning criteria applied by the judges of the Jurisdictional Disciplinary Chamber of the Superior Judiciary Council to choose and assess the sanction in each specific case, within the limits mentioned above.

---

\*Bachelor thesis

\*\* Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho. Director Ernesto Rueda Puyana

**Lista de tablas**

**Pág.**

Tabla 1. Cuestionario cumplimiento de los requisitos para asignar sanción.....53

**Juan Sebastián Amaya Quintero**

**Lista de apéndices**

**Ver apéndices adjuntos y pueden ser consultados en la base de datos de la Biblioteca UIS**

Apéndice A: Libro con análisis de la muestra de sentencias que incluye tablas y gráficos

Apéndice B: Documento en PDF que contiene los denominados textos modelo, identificados en las sentencias de la muestra.

Apéndice C: Carpeta de archivos que contiene 100 sentencias de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.



### **Introducción**

La Ley 1123 de 2007 por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado (CDA) , contiene un catálogo de deberes que orientan el ejercicio profesional del derecho, tal normativa pretende ajustar la conducta de los destinatarios de dicho código a las expectativas éticas tanto del conglomerado social como de los actores del sistema judicial y las autoridades administrativas, en virtud de su papel preponderante la materialización de derechos fundamentales de los ciudadanos entre los que se destaca el derecho de acceder a la justicia.

En ese orden de ideas, a fin de garantizar el recto ejercicio profesional de la abogacía, la normativa en mención prevé un juicio de reproche, que lista una serie de descripciones típicas de conductas que atentan contra los deberes establecidos, un proceso encaminado a declarar la responsabilidad del sujeto disciplinable o la ausencia de la misma, enmarcado en el respeto de los derechos y garantías fundamentales y una lista de sanciones a aplicar como consecuencia de la declaración de responsabilidad disciplinaria por la incursión probada en alguna de las conductas descritas como falta en la norma; tales sanciones son la censura, la multa, la suspensión y la exclusión del ejercicio profesional.

Sin embargo, la norma *sub examine* no contiene clasificación de las faltas en relación con gravedad o levedad, es decir que esta no contempla de manera expresa cuales conductas merecen un mayor reproche y por ende la imposición de una sanción más gravosa, es así que la consecuencia jurídica de la declaración de responsabilidad es determinada en cada caso por el magistrado instructor; por lo que la imposición y graduación de las sanciones disciplinarias descritas en la ley 1123 de 2007 se circunscriben a un ámbito amplio de discrecionalidad.

Al Respecto La Sentencia C-290 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, aclaró que el legislador no clasificó las faltas contenidas en el estatuto deontológico de la abogacía de acuerdo con su gravedad, por lo que la dosificación sancionatoria es de orden discrecional, no obstante, aclaró que dicha discrecionalidad se encontraba limitada por la aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad así como los criterios generales, de agravación y atenuación previstos en el CDA. (Corte Constitucional, 2008)

Establecido lo anterior, resulta relevante analizar de qué forma se concretan los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad así como los criterios dispuestos en el artículo 45 de la Ley 1123 de 2007, que la Corte Constitucional consideró limitantes de la discrecionalidad del juez disciplinario, a fin de comprender si en la práctica, la motivación de los fallos contiene una aplicación suficiente de dichos principios y criterios a la hora de asignar una sanción al profesional del derecho que se aparta del cumplimiento de sus deberes éticos.

Así las cosas, la asignación de la sanción disciplinaria, requiere una motivación que permita tener en cuenta los criterios dispuestos en el artículo 45 y aplicar los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad previstos en el artículo 13 para que tal ejercicio discrecional no se torne arbitrario y garantice los derechos procesales del investigado y demás intervinientes.

En tal sentido, la presente investigación pretende en primera medida establecer el marco normativo aplicable a la imposición y graduación de las sanciones disciplinarias dispuestas en la Ley 1123 de 2007, para comprender la manera en que opera el deber de motivar tal decisión jurisdiccional, cuando la consecuencia normativa de la responsabilidad no se encuentra expresamente determinada en la norma.

Dicho andamiaje normativo se contrastará con su aplicación mediante la revisión del ejercicio argumentativo de los jueces disciplinarios, en una muestra significativa de sentencias a fin de comprender cómo se motiva la imposición y graduación de las sanciones, para superar la indeterminación presente en el estatuto estudiado.

Tal aproximación a los presupuestos normativos requeridos para establecer una sanción disciplinaria en el régimen analizado y su contraste con las decisiones del competente, en una muestra significativa de sentencias brinda la posibilidad de comprender la forma en la que funciona la discrecionalidad jurisdiccional en el procedimiento establecido en la Ley 1123 de 2007 en relación con los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes en estos procesos, en particular del disciplinable.

La reflexión académica sobre la discrecionalidad del juez en el marco del CDA puede constituir un aporte significativo a la práctica jurisdiccional sobre todo en la actual coyuntura que atraviesa la jurisdicción disciplinaria competente, ante la inminente conformación de la Comisión Nacional de Disciplina, que relevará a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la judicatura, puesto que la revisión de la aplicación de los principios y criterios antes mencionados por parte de la corporación que será relevada, puede aportar una óptica crítica a la nueva corporación que asumirá la instrucción de ese tipo de procesos.

## **1. Objetivos**

### **1.1.Objetivo general:**

Identificar los parámetros normativos establecidos para imponer y graduar las sanciones en el marco de discrecionalidad jurisdiccional previsto en la Ley 1123 de 2007 para contrastarlos con su aplicación en una muestra de sentencias proferidas por la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, emitidas en el periodo 2018 a 2020.

### **1.2.Objetivos específicos:**

- Describir y contextualizar el régimen disciplinario de los abogados establecido en la Ley 1123 de 2007
- Explicar como la imposición y graduación de las sanciones descritas en el Código disciplinario del abogado constituyen una manifestación de la discrecionalidad jurisdiccional
- Determinar los límites que la ley y la jurisprudencia han establecido a la discrecionalidad sancionatoria en el régimen disciplinario del abogado
- Comparar el marco legal y jurisprudencial que limita la discrecionalidad en la imposición y graduación de las sanciones disciplinarias con una muestra de sentencias de segunda instancia en la materia, para evaluar su aplicación.

## **2. Contextualización del régimen disciplinario del abogado**

### **2.1. El abogado**

La comprensión del régimen sancionatorio incluido en la Ley 1123 de 2007 requiere de manera previa una aproximación al papel que desempeña el abogado en el sistema jurídico, puesto que la trascendencia de este rol dota de sentido al control especial que ejerce el Estado a la profesión a través de la norma revisada.

Para aproximarse al papel de profesional del derecho, en primer lugar se analizará su rol social desde una perspectiva filosófica, posteriormente se analizará el ejercicio de la abogacía desde un punto de vista normativo a fin de enmarcar la función social de la profesión que en últimas es la justificación del régimen disciplinario especialísimo que rige el comportamiento de los togados.

Desde un punto de vista filosófico, aquí se propone que las teorías constitutivas sobre la relación entre lenguaje y derecho son una buena base para ubicar la razón de ser del abogado en sus relaciones con la sociedad, la norma, sus prohijos y el sistema jurídico, por cuanto estas ideas brindan un enfoque ilustrativo que permite describir el ámbito en el que engrana la actuación del litigante.

Sobre la relación de derecho y lenguaje, a diferencia de los puntos de vista instrumentalistas que piensan al segundo como herramienta del primero, el enfoque constitutivo considera que el derecho no se sirve del lenguaje, sino que el derecho es lenguaje y no existe de manera independiente a este, en tanto sus elementos son eminentemente lingüísticos (Aguirre Román, 2008)

A partir de esta perspectiva, surge el concepto de comunidad jurídica, que es un conjunto conformado por quienes interactúan con el lenguaje del derecho, mediante su creación, apropiación e interpretación, que es ejercida por los diferentes actores de la referida comunidad. (Aguirre Román, 2008)

La Comunidad jurídica, desde el pensamiento de Aarnio no se reduce a la relación entre el creador de la norma y el juez que la interpreta, sino que se extiende a la relación del intérprete

con otros miembros del auditorio, tal cadena comunicativa también funciona a la inversa, toda vez que el derecho es una manifestación del poder social (Aarnio , 1995)

Habermas, cuyo pensamiento se acerca más al entendimiento del derecho como lenguaje, identifica a este como una bisagra entre el lenguaje común del *mundo de la vida* y el *sistema* constituido por los medios de control (dinero y poder administrativo) que permite el flujo comunicativo y la integración social, de tal suerte que es necesario para que el contenido normativo se extienda por toda la sociedad y se erige como un traductor o transformador necesario y abierto tanto al *sistema* como al *mundo de la vida* que posibilita su interconexión. (Habermas, 1998, págs. 119-120)

En el marco de estas concepciones, aquí se sostiene que el abogado, en su labor de litigio y asesoría, es el hilo conductor que permite que el canal comunicativo que representa el derecho cumpla con sus cometidos, dado que el papel de estos profesionales en la comunidad jurídica los conmina a interpretar las situaciones de hecho que ocurren en lo social en conjunto con la norma a fin de llevar las problemáticas representadas en lenguaje común a instancias jurisdiccionales y administrativas en búsqueda de soluciones favorables a sus representados, así como la simplificación del sentido práctico de la norma jurídica con el fin de orientar las decisiones de los clientes en perspectiva de la trascendencia jurídica de las mismas.

En ese orden de ideas, el abogado es un usuario especial del lenguaje del derecho, que cumple con la tarea de traducir los hechos del mundo *de la vida* al lenguaje jurídico, para que estos puedan incidir en el sistema. Tal función permite que las normas tengan efectos sociales y se constituyan en mecanismos útiles para acceder a las autoridades y dirimir conflictos.

Lo anteriormente considerado, puede ser aterrizado de inmediato en la concreción del derecho de acceder a la administración de justicia y a las autoridades administrativas, que a su vez permite la garantía y materialización de otros derechos de los ciudadanos orientada por el cumplimiento de las normas jurídicas; dicho de otra manera, el abogado funge como el puente que permite al conglomerado social elevar sus debates ante las autoridades mediante la defensa de sus intereses y como resultado de tales pugnas la normatividad consigue ser aplicada y surtir efectos sociales.

Desde un punto de vista netamente normativo, en términos generales, en el derecho colombiano el abogado es “quien obtiene el correspondiente título universitario con las exigencias académicas y legales” (Decreto 196, 1971) y se encuentre inscrito como tal. Su ejercicio se enmarca en la asesoría y asistencia a las personas en sus asuntos de orden legal, así como en la representación de los derechos e intereses de estas (Sentencia C-196, 1999)

Sin embargo, la labor estudiada, como se advirtió anteriormente, tiene una trascendencia mucho mayor que no se encuentra delimitada en el marco anteriormente descrito, sino que impacta en la realización de los derechos fundamentales de la comunidad, al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se refirió a los efectos negativos del ejercicio indebido de la profesión en los siguientes términos:

(E)n en la atención debida al cliente, la labor del abogado no se limita a resolver problemas de orden técnico, sino que su actividad va más allá, proyectándose también en el ámbito de lo ético, de modo que la regulación de su conducta por normas de ese carácter no implica una indebida intromisión en el fuero interno de las personas. Ello es así, justamente, porque la conducta individual del abogado se encuentra vinculada a la protección del interés general o común, de manera que el ejercicio inadecuado o

irresponsable de la profesión, puede proyectarse negativamente sobre la efectividad de diversos derechos fundamentales de terceros, como la honra, la intimidad, el buen nombre, el derecho a la defensa y el acceso a la administración de justicia, así como también, poner en entre dicho la vigencia de principios constitucionales de interés general, orientadores de la función jurisdiccional, tales como la eficacia, la celeridad y la buena fe. (Sentencia C-138, 2019)

Los efectos negativos del indebido ejercicio de la profesión, no se contraen exclusivamente a la relación abogado – cliente, sino que comprometen al conglomerado social, puesto que las malas prácticas de los togados, además de arriesgar los intereses de los terceros representados o asistidos, afectan derechos fundamentales, el interés general, la recta administración de justicia y la credibilidad tanto en la profesión como en las autoridades jurisdiccionales y administrativas.

De allí se puede afirmar que la abogacía cumple una función social, que prima sobre la representación de los derechos e intereses de los particulares, en tanto el actuar del abogado debe estar orientado primeramente a la justicia, que es un interés público (Franco Tobón , 2019, pág. 73) tal función social de acuerdo con la corte constitucional se materializa en los siguientes deberes:

La función social, que resulta ser consustancial a la actividad del abogado, se concreta, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1° y 2° del decreto 196 de 1971, en los siguientes deberes: (i) colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia; (ii) defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares; y (iii)

asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas. Los citados deberes, se ven complementados con otros establecidos en los artículos 1º, 2º, 13 y 16 de la Ley 1123 de 2007, como son los de: (iv) observar la Constitución y la ley, (v) defender y promocionar los derechos humanos, (vi) prevenir litigios “innecesarios, inocuos o fraudulentos”, (vii) facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos, y (viii) abstenerse de incurrir en actuaciones temerarias.

(Sentencia C-819, 2011)

De la jurisprudencia en cita se resalta que en los deberes traídos a colación, se ratifica la dualidad del rol del abogado, como colaborador de la justicia y defensor de los derechos de la sociedad y los particulares por una parte, y como asesor de los intereses de las personas en sus asuntos jurídicos por la otra.

Tales deberes, como expresión de la función social de la abogacía, le son exigibles al jurista, como límite correlativo al poder que supone ser un usuario especial del lenguaje del derecho que permite su conexión con lo social, lo que a su vez conlleva a la realización del marco normativo en el que el Estado pretende garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Entonces, la dimensión social del ejercicio del derecho es el contexto que dota de sentido al establecimiento de un código ético – profesional que oriente la labor de sus destinatarios mediante la asignación de deberes, así como un sistema disciplinario que conmine al cumplimiento de los mismos y reproche su quebranto; sobre la función social de la abogacía como justificación para establecer normas disciplinarias la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

En razón a la función social que están llamados a cumplir, los abogados se encuentran sometidos a ciertas reglas éticas que se materializan en conductas prohibitivas con las que se busca asegurar la probidad u honradez en el ejercicio de la profesión y la responsabilidad frente a los clientes y al ordenamiento jurídico. Ya lo ha dicho la jurisprudencia, citando la doctrina especializada, que la tarea que cumplen los abogados no es eminentemente técnica, sino que suele desarrollarse en el campo de la moral y de la ética, siendo ese su escenario natural y, por ende, donde radica su poca estimación y su honra o nobleza. (Sentencia C-396, 2006)

Luego de aproximarse al rol del abogado, desde una óptica filosófica, para comprender la función social de la profesión que a su vez fundamenta la existencia de un sistema deontológico – disciplinario que considera tanto la trascendencia de la labor estudiada como los riesgos que supone el indebido ejercicio de esta, tanto a la realización de derechos fundamentales, como al correcto funcionamiento del sistema jurídico, se pasará a analizar las particularidades de la Ley 1123 de 2007, con el propósito de entender la convergencia entre su estructura deontológica y la codificación sancionadora y procedimental que lo integra, y así abarcar de manera breve pero cabal la mayor cantidad de aspectos del CDA.

## **2.2.Particularidades del sistema deontológico – disciplinario establecido en el CDA**

Recapitulando lo antes mencionado, la norma *sub examine*, presenta una naturaleza dual, ya que en primera medida es un estatuto deontológico que establece unas normas de conducta exigibles a los profesionales del derecho y en segunda medida es un sistema disciplinario, que incluye un compendio de faltas y sanciones así como un procedimiento aplicable (Riascos

Gómez, 2010). En ese sentido, se analizará primero el ámbito deontológico de la norma, luego se observará el aspecto disciplinario y se establecerá una relación entre estos.

Para vislumbrar el contenido deontológico de la norma, hay que acercarse al concepto de deontología para descender a la deontología que orienta a los profesionales del derecho; entonces la deontología se puede definir como el “estudio de los deberes que surgen en el desempeño de profesiones que se consideran de interés público, requieren un vínculo con el cliente o paciente, se ejercen en régimen de monopolio –porque exigen estar en posesión de un título” (Aparisi Millares, 2006, pág. 156)

Esta definición resulta muy útil puesto que hace referencia al estudio de los deberes, sin acotarlos a normas de conducta jurídicamente establecidas, por cuanto la deontología no se resume a la positivización, sino que se enmarca en el proceder ético que parte del fuero interno del profesional (Aparisi Millares, 2006), a partir de las expectativas de moralidad creadas en el conglomerado social y en el gremio al que se pertenece, por lo que es un deber que preexiste y supera el campo de las disposiciones legales. Luego para abordar la deontología jurídica, se traerá a colación la siguiente definición:

Si la deontología es la aplicación al terreno de las profesiones de los criterios éticos o morales, habrá entonces que decir que la deontología jurídica es justamente la aplicación de los deberes, principios, reglas y virtudes morales aplicados al terreno del derecho. La deontología jurídica sería así aquel conjunto de reglas, principios y virtudes morales

que han de regir la conducta de los profesionales del derecho. (Saldaña Serrano, 2013, pág. 39)

Dicho lo anterior, se puede concluir que la deontología en el ejercicio de la abogacía no puede ser comprendida mediante el compendio de deberes jurídicos incluidos en la Ley 1123 de 2007, ya que estos corresponden a una deontología positivizada, no así al sistema moral en el que se enmarca el ejercicio del derecho, constituido por la propia determinación de cada jurista y por las expectativas gremiales y sociales, como antes se indicó.

Del mismo modo, la deontología de la profesión del abogado, desde una perspectiva ética profesional, no se manifiesta de manera negativa, es decir contrayéndose a los comportamientos que vulneran los principios orientadores de la profesión, sino en positivo, es decir, sobre el imaginario del deber ser del profesional. (Aparisi Millares, 2006, págs. 153-154)

En este punto del análisis, se puede anticipar que la norma estudiada, en perspectiva de la deontología, solo atañe al espectro de esta que ha sido transformado en norma jurídica, es decir, el listado de deberes contenidos que si bien se fundamentan en preceptos de orden moral, son de obligatorio cumplimiento al estar previstos en la ley. Así las cosas, el legislador ha construido un marco vinculante que establece un modelo idóneo del abogado, como un baremo del que parten las conductas trasgresoras de los principios contenidos en el referido modelo.

Sin embargo, como se explicó, el CDA no abarca todo el espectro deóntico del ejercicio del derecho, por lo que pueden existir conductas de los abogados que merezcan valoración negativa moral, pero que no se contrapongan a los deberes previstos ni constituyan por ende falta disciplinaria alguna.

Sobre lo anterior, se propone como ejemplo la separación del reproche ético profesional y los asuntos personales emanada de un cambio de paradigma introducido por la Constitución Política de 1991 y desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en virtud de la garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a saber:

Los fines éticos del decreto 196 de 1971 sólo pueden imponérsele al abogado en relación con el desempeño de su profesión, que no en el espectro de los comportamientos que él protagonice al margen de la misma, toda vez que las infracciones en que pueda incurrir en otras dimensiones por causa de su mala fe, deberán ventilarse y enjuiciarse al amparo de los respectivos estatutos jurídicos, ya de orden penal, ora de tipo civil o administrativo (Sentencia C-098, 2003)

Dicho desarrollo jurisprudencial, se contrapone a los lineamientos estructurados en la antigua normatividad relacionada con los deberes éticos de los profesionales del derecho, que incluía disposiciones que trastocaban la esfera privada de los abogados, al prescribir como conductas disciplinariamente relevantes la embriaguez pública, y el hecho de frecuentar casas de lenocinio entre otras. (Decreto 196, 1971)

La Ley 1123 de 2007, ciertamente recogió los cambios de paradigma surgidos de la Constitución de 1991, incluyendo por supuesto la capacidad para ser objeto de sanciones disciplinarias, acotada a los profesionales del derecho exclusivamente en las actividades que se circunscriben al ejercicio de la abogacía, como lo prevé el artículo 19 *ejusdem* (Congreso de la República, 2007)

Del mismo modo, aun dentro del marco del ejercicio profesional, pueden surgir prácticas que aun fuera del espectro normativo de lo descrito como falta, sean reprochadas social o

gremialmente, como la preparación de testigos o recomendar actuaciones que se encuentren en zonas grises de la legalidad.

En síntesis, sobre la cara deontológica del CDA puede decirse que está constituida por los deberes éticos de los abogados recogidos por el legislador y establecidos en el artículo 28 de la norma bajo análisis, cuyo incumplimiento puede traer como consecuencia la incursión en alguna de las conductas constitutivas de falta disciplinaria.

De otro lado, ya en el aspecto disciplinario de la norma, debe indicarse que tal potestad estatal, es una variación del *ius puniendi*, que otorga la facultad de investigar y sancionar conductas que se apartan de la ética que corresponde a los destinatarios de la norma (Forero Salcedo, 2007, págs. 57 - 58) se encuentra basada en la relación especial de sujeción, una expresión del principio de legalidad (Constitución Política de Colombia, 1991), que se funda en el sometimiento de los particulares al cumplimiento de la constitución y las leyes (relación general de sujeción) mientras los funcionarios estatales, además de lo anterior se encuentran sometidos al cumplimiento óptimo y moral de las funciones que desempeñan.

Sin embargo, las relaciones especiales de sujeción no se limitan al vínculo funcionario-Estado, sino que pueden existir de distintos grados y clases que operan para las relaciones estatales como privadas en el ejercicio de potestades sancionatorias.

De acuerdo con Gómez Pavajeau, las relaciones especiales de sujeción se pueden clasificar como intensificadas, cuando el nivel de exigencia es mayor al exigido en general a los funcionarios públicos; relaciones especiales de sujeción moderadas, cuando los niveles de exigencia son inferiores a los exigidos a los funcionarios públicos; relaciones especiales de sujeción degradadas que se predica de las instituciones privadas o de las profesiones no

intervenidas en donde existe un sistema disciplinario interno y finalmente la relación especial de sujeción especializada, que es la que opera en las profesiones intervenidas por el Estado, en desarrollo del artículo 26 de la carta política (Gómez Pavajeu, 2007)

En esta última, la relación especial de sujeción especializada, se encuentra enmarcada la Ley 1123 de 2007, salvo que la potestad disciplinaria en este ámbito se ejerce de manera diferencial al resto de las profesiones intervenidas por el Estado, en tanto la titularidad de la acción corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que es una autoridad pública, de carácter jurisdiccional, mientras que en las demás profesiones objeto de intervención estatal dicha acción corresponde a asociaciones gremiales. Tal vigilancia e intervención por parte del Estado denota la importancia del ejercicio de la abogacía, en la perspectiva de su función social y la realización de derechos fundamentales.

De lo anterior, puede concluirse que el ejercicio de la potestad disciplinaria estatal en el marco de la Ley 1123 de 2007, tiene como fin el control del ejercicio de la abogacía mediante la imposición de sanciones que son consecuencia del incumplimiento de los deberes éticos expuestos en la norma, cuando tal incumplimiento se enmarque en una de las tipologías conductuales que dentro del panorama legal estudiado se reprochan

Sobre el objeto del control disciplinario del ejercicio profesional de la abogacía, la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria indica lo siguiente:

(...) el control disciplinario que por mandato de la Constitución esta jurisdicción ejerce sobre la conducta profesional de los abogados, tiene como objetivo primordial el cumplimiento efectivo de su principal misión, de defender los intereses de la colectividad y de los particulares, mediante el ejercicio responsable, serio, honesto, cuidadoso y

diligente de la profesión. (Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, 2020)

De lo dicho se establece un vínculo entre la deontología positivizada en la norma como deberes de los abogados y las conductas tipificadas como falta, que se dividen en preceptos éticos, como son; la dignidad de la profesión, el decoro, el respeto debido a la administración de justicia y a las autoridades administrativas, la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado, lealtad con el cliente, honradez del abogado, lealtad y honradez con los colegas, debida diligencia profesional y el deber de prevenir litigios y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos. Las dos partes antes expuestas (deontología y sistema disciplinario) guardan una relación lógica ya que las conductas previstas como falta, precisamente son infracciones a los deberes impuestos por el legislador para un ejercicio ético de la abogacía.

El régimen disciplinario del abogado difiere del general establecido en la Ley 1952 de 2019; entre las diferencias se resalta el carácter jurisdiccional del juicio de reproche establecido en la Ley 1123 de 2007, lo cual implica que las providencias del órgano competente son sentencias judiciales y no actos administrativos (Riascos Gómez, 2010, pág. 44), en vista de tal característica, las decisiones adoptadas por el juez en este marco normativo no están sometidas al control de la jurisdicción contencioso – administrativa, no obstante, si pueden ser objeto de control constitucional, como lo indica la jurisprudencia del órgano de cierre en esta materia:

Esta Corporación ha advertido, que las decisiones judiciales emitidas por el Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria que le confiere el artículo 254 de la Carta Política, no escapan al control constitucional por la vía de la tutela cuando en ellas se observe una vía de hecho, aunque solo por vía excepcional, toda vez que las mismas constituyen verdaderas sentencias que no están sujetas al

posterior estudio y pronunciamiento de otra jurisdicción, salvo que se configure en forma fehaciente, la presencia del fenómeno mencionado. Las providencias que dicte la Sala Jurisdiccional Disciplinarias son en realidad sentencias y, por tanto, cuentan con la misma fuerza y efectos jurídicos que aquellas que profiera cualquier otra autoridad judicial.

(Sentencia T-121, 1999)

Entonces, como se recalcó anteriormente el órgano competente para investigar y sancionar las conductas antiéticas de los abogados es la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y las salas jurisdiccionales disciplinarias de los consejos seccionales.

No obstante, dicha corporación actualmente ejerce la acción disciplinaria descrita en el CDA de manera interina ya que en el acto legislativo 02 de 2015 (Acto Legislativo 02, 2015) se trasladaron tales funciones disciplinarias a la Comisión Nacional de Ética judicial, que hoy por hoy no ha sido conformada. Sin embargo, la Corte Constitucional recientemente dispuso un término perentorio a la conformación de las ternas para que el Congreso de la República proceda a la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (Sentencia SU-355, 2020)

Luego de aproximarse al sistema deontológico – disciplinario contenido en el CDA se expondrán de manera sucinta las etapas procesales dispuestas en la norma, para asimilar la manera práctica en la que se desarrolla el juicio de reproche.

### **2.2.1. Proceso**

En lo relativo a la parte procesal del CDA, debe indicarse en primera medida que el trámite disciplinario desarrolla el derecho al debido proceso descrito en el artículo 29 superior

(Constitución Política de Colombia, 1991), por lo que en la norma se desarrollan todas las garantías procesales para las partes e intervinientes, cuyos principios se ubican en los artículos del 48 al 58. (Ley 1123, 2007)

Los intervinientes procesales son el profesional investigado y el agente del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación. El quejoso no es parte del proceso, por lo que solo concurre al mismo para la ampliación y ratificación de la queja y tiene la facultad de interponer recursos contra las decisiones que pongan fin a la actuación distintas a la sentencia (Ley 1123, 2007).

El trámite puede iniciar de oficio, por queja o mediante informe de servidor público u otros medios que ameriten credibilidad; luego de puestos en conocimiento de la autoridad (constituida actualmente por las salas jurisdiccionales disciplinarias de los consejos seccionales de la judicatura) los hechos que puedan constituir una trasgresión a los deberes éticos del abogado y la correlativa incursión en falta, se debe acreditar que el querellado sea destinatario de la norma de conformidad con el artículo 19 *ejusdem*, en caso afirmativo, se profiere el auto de apertura de la investigación disciplinaria. (Ley 1123, 2007)

La investigación es de carácter oral y se lleva a cabo en la audiencia de pruebas y calificación provisional, momento procesal en el que se escucha la ampliación y ratificación de la queja bajo la gravedad del juramento (si aplica) así como la versión libre del investigado, del mismo modo se lleva a cabo el recaudo probatorio (Ley 1123, 2007).

Terminada la etapa de pruebas y calificación provisional, el instructor deberá proferir decisión de cargos, cuando sea posible endilgar al disciplinable alguna de las faltas tipificadas en la norma en grado de probabilidad, o bien terminar anticipadamente la actuación al verificarse

“el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el disciplinable no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse”. Tal decisión es susceptible del recurso de apelación. (Ley 1123, 2007)

Posteriormente, en la etapa de juzgamiento se practican las pruebas que no fueron evacuadas en la fase de pruebas y calificación provisional, y se da la palabra a las partes para que rindan los alegatos de conclusión. Luego de dicho escaño, el magistrado instructor realizará la valoración de las pruebas a fin de emitir un fallo, bien de carácter sancionatorio absolutorio, o mixto. (Ley 1123, 2007)

El trámite de segunda instancia, adelantado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, se asume para resolver recursos de apelación o el trámite de consulta, en su defecto. La diferencia fundamental entre estos se constituye por el límite de revisión en sede de apelación, que está definido por los asuntos argüidos por el recurrente y aquellos conexos a estos, de conformidad con el artículo 234 del Código General Disciplinario (Ley 1952, 2019) de acuerdo con la remisión normativa del artículo 16 del CDA, mientras que en sede de consulta, el instructor tiene vía libre para revisar la providencia de manera integral.

Es de anotar que si bien el CDA no contempla la participación del Ministerio Público en segunda instancia, al contrario de su antecesor (Decreto 196, 1971), de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 17 del Decreto 262, el Viceprocurador General de la nación puede intervenir cuando sea necesario, “en defensa del orden jurídico, los derechos y las garantías fundamentales”. (Decreto 262, 2000)

Por último, el fallo de segunda instancia por lo general pone fin a la actuación, por cuanto la Sala Jurisdiccional Disciplinaria es el órgano de cierre de esta jurisdicción, no obstante, dicha autoridad también puede decretar la nulidad de lo actuado y retornar el proceso a una etapa anterior.

### **2.2.2. Las faltas disciplinarias en el CDA.**

Se puede definir la categoría de falta en el sistema general (del servidor público) como una conducta previamente definida en la ley, que constituye una trasgresión al deber funcional, el desacato de prohibiciones, la extralimitación en el ejercicio de funciones y violaciones al régimen de inhabilidad, incompatibilidad, impedimentos y conflicto de intereses, de manera injustificada, es decir, sin que la conducta se ejecute en circunstancias previstas por el legislador como eximentes de responsabilidad (Forero Salcedo, 2007)

De otra parte, la falta disciplinaria en el CDA como es lógico no se circunscribe al cumplimiento de funciones públicas, sino que se funda en el carácter moral del ejercicio de la profesión que pretende orientar la referida normativa, por lo que la falta se estructura en un reproche ético – jurídico. (Maya Villazón, 2007) en ese sentido, las faltas disciplinarias en este régimen sancionatorio parten del quebrantamiento de deberes fundados en principios éticos tutelados por la norma, entre los que se incluye la transgresión al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En ese orden de ideas, la falta disciplinaria en el estatuto deontológico de la abogacía constituye la incursión en alguna de las conductas previstas en el catálogo de faltas descritas en los artículos 30 al 39 de la norma, que se fundan en el desconocimiento de los

deberes dispuestos en el artículo 28 *ibidem* (Ley 1123, 2007).

**2.2.3. Sanciones disciplinarias en la Ley 1123 de 2007, imposición y graduación:**

La sanción disciplinaria en el CDA es la consecuencia jurídica de la responsabilidad del disciplinado en la comisión de alguna de las conductas que dicho estatuto prevé como falta, tales consecuencias están dispuestas en el artículo 40 *ejusdem* que se cita a continuación:

ARTÍCULO 40. SANCIONES DISCIPLINARIAS. El abogado que incurra en cualquiera de las faltas reseñadas en el título precedente será sancionado con censura, multa, suspensión o exclusión del ejercicio de la profesión, las cuales se impondrán atendiendo los criterios de graduación establecidos en este código. (Ley 1123, 2007)

La sanción de censura es una reprobación pública aplicada al infractor (Ley 1123, 2007) de esta sanción se puede decir que es la menos gravosa puesto que su imposición no es incompatible con el ejercicio del derecho.

De otro lado, la suspensión consiste en apartar al sancionado del ejercicio profesional durante un período definido por el fallador, que está delimitado en sus máximos y mínimos por la ley, entre dos meses y tres años en general y entre 6 meses y 5 años cuando el declarado responsable hubiera asesorado o representado los intereses de alguna entidad Pública o actuado como apoderado de su contraparte (Ley 1123, 2007)

La multa consiste en el pago de una suma de dinero a favor del Consejo Superior de la Judicatura, cuya cuantía comienza en 1 SMLMV y termina en 100 SMLMV; esta sanción puede ser de carácter autónomo o imponerse de manera concurrente con las demás. (Ley 1123, 2007), aunque tal consecuencia jurídica no aparta al disciplinado del ejercicio de la profesión, si puede tornarse gravosa, en relación con la cuantía impuesta y las condiciones económicas del encartado.

Por último la exclusión en el ejercicio profesional, en principio puede vislumbrarse como la sanción más gravosa, en tanto aparta al profesional del derecho del ejercicio de la abogacía, hasta que este cumpla con los requisitos necesarios para la rehabilitación, que podrá solicitarse en 5 años en general, o 10 cuando se actúa como apoderado o contraparte de una entidad pública. Sin embargo, dicho término puede reducirse al aprobar los cursos autorizados por el Consejo Superior de la Judicatura, que al adelantarse pueden generar la rehabilitación en 3 y 5 años respectivamente (Ley 1123, 2007)

En ese orden de ideas, puede estimarse que la sanción de exclusión del ejercicio profesional en algunos casos puede tornarse menos gravosa para el abogado declarado disciplinariamente responsable, toda vez que la sanción de suspensión opera ipso iure y no es posible la anticipación de sus plazos (Sentencia C-290, 2008) por lo que esta puede apartar al abogado de su oficio durante 5 años, mientras la exclusión puede hacerlo por un término de 3 años.

Sobre la función de las sanciones disciplinarias del abogado, aquí se sostiene que la primigenia es la promoción del modelo deontológico descrito en el código, esto es, la orientación del ejercicio profesional a los deberes exigidos en la norma, como una forma de estandarizar las actuaciones del abogado a un esquema jurídico que se basa en preceptos de orden moral y en últimas en la función social de la abogacía.

Ahora bien, las sanciones tienen un carácter ejemplarizante, mediante el cual se pretende disuadir a los destinatarios de la norma del quebranto de los deberes que les son exigibles y con ello la incursión en conductas previstas como falta.

También las sanciones de suspensión y exclusión del ejercicio profesional suponen la protección de la sociedad en general, para que los abogados que han quebrantado los principios éticos que rigen su profesión se vean temporalmente separados de la misma y no puedan poner en riesgo los intereses y derechos de eventuales clientes; no obstante este fin de la sanción supone que esta hubiera incidido en el actuar del destinatario, de tal forma que al concluir se produjera la reorientación de su conducta hacia el respeto de sus deberes éticos.

Los dos últimos puntos expuestos se acompañan con lo previsto en el artículo 11 del CDA, que indica que las sanciones disciplinarias bajo este régimen tienen función de prevención y corrección. (Ley 1123, 2007)

Desde una perspectiva crítica, el CDA carece de sanciones que supongan un resarcimiento a la comunidad o a los perjudicados con el actuar de los profesionales que se alejan de sus deberes éticos, al respecto Castaño Ocampo considera que

Más allá de la responsabilidad civil o penal que pueda derivar de la conducta del profesional frente a las acciones que puedan adelantarse por el perjudicado con tal infracción, no se contempló en la normativa disciplinaria alguna sanción que representara un efectivo reproche social en contra del abogado como lo fuera por ejemplo la obligación de realizar alguna labor o trabajo social en la comunidad y que se constituyera entonces tal circunstancia en un riguroso llamado de atención en su contra y una medida preventiva en general para todos aquellos que ejerzan la profesión. (Castaño Ocampo, 2020, pág. 103)

Al respecto, se comenta que la procura del resarcimiento de los daños causados con la comisión de la conducta antijurídica únicamente está considerada en la norma como un criterio

atenuante de la sanción, cuando la misma surge por voluntad propia del infractor. (Ley 1123, 2007)

Las sanciones previstas en la norma no están asignadas a ninguna falta o clasificación de faltas en particular, máxime cuando existe una indeterminación de la gravedad o levedad de la conducta, por lo que la imposición y graduación de la sanción regida por las disposiciones contenidas en los artículos 13, 45 y 46 corresponde al magistrado instructor y como se explicará en el capítulo siguiente es una manifestación de la discrecionalidad.

### **3. Imposición y graduación de la sanción en el Código Disciplinario del Abogado (CDA) como una expresión de discrecionalidad**

Como se ha sostenido desde la introducción, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-290, 2008) reconoce la imposición y graduación de las sanciones disciplinarias establecidas en la Ley 1123 de 2007 como un acto de discrecionalidad, dado el margen abierto que otorgó el legislador al fallador en este régimen.

Entonces, para los fines de la presente investigación es necesario abordar en el concepto de discrecionalidad, para comprender en qué consiste y como se desarrolla la tasación de la pena y qué implicaciones trae de suyo el carácter de discrecional de tal labor jurisdiccional.

En ese sentido se estudiará el carácter indeterminado de las normas, como el espectro en el que surge el concepto de discrecionalidad, luego se ahondará en las acepciones más útiles para explicar la manifestación de discrecionalidad estudiada y por último se descenderá al caso en concreto, es decir, la aplicación del concepto de discrecionalidad a la asignación de la consecuencia jurídica de la responsabilidad disciplinaria en el CDA.

### 3.1. Indeterminación normativa como aproximación al concepto de discrecionalidad

La discrecionalidad de los jueces y autoridades constituyó uno de los principales puntos de debate entre Dworkin y Hart, tal discusión es muy útil para aproximarse al concepto de discrecionalidad desde su defensa como su crítica, puesto que desde el disenso se puede observar la naturaleza de la decisión del encargado de aplicar la norma, cuando existe un campo de indeterminación y una gama de distintas opciones válidas a la luz de la norma.

Desde el punto de vista de Hart, en los casos difíciles producto de la vaguedad del lenguaje, el juez deberá escoger de manera prudente la interpretación más apropiada; sobre tal planteamiento Dworkin considera que, en primer lugar no todos los denominados casos difíciles tienen su origen en la vaguedad del lenguaje y en segundo, los jueces no se encuentran dotados de facultades discrecionales o autorizados para crear la norma, por cuanto las personas tienen derecho a ser juzgadas de conformidad con el derecho preexistente, por lo que en los casos difíciles se debe acudir a los principios reconocidos en el sistema jurídico (Rodríguez, 1997)

Desde la óptica de Dworkin, el concepto de discrecionalidad expuesto por los positivistas es como el agujero de una rosquilla, existe únicamente por que a su alrededor hay un contexto prohibitivo, *como el agujero de una rosquilla* (Dworkin, 1989)

Sin embargo, de manera posterior, Hart clasificó a los teóricos estadounidenses en dos grupos, *the nightmare*, quienes sostienen que el derecho es un conjunto de normas que el juez aplica de manera caprichosa, por lo que son un mero vaticinio de la decisión judicial y *the noble dream*, quienes creen firmemente que el derecho gracias a su coherencia interna puede ofrecer una respuesta para todos los casos, inclusive aquellos difíciles. (Hart, 1977)

Al respecto, sobre la teoría de Dworkin sobre la capacidad de los jueces de dar aplicación de los principios que se adapten de la mejor manera al derecho vigente para encontrar la respuesta más acertada en los casos difíciles, en lugar de proceder a la zona de creación del derecho, Hart rebate al indicar que aun siguiendo el método planteado por Dworkin, un juez puede encontrarse con colisiones entre un principio o un conjunto de principios, escenario en el cual tendrá alternativas de aplicación, en las que opera la discrecionalidad. (Rodríguez, 1997)

Sin embargo, aquí se acudirá a una concepción de la discrecionalidad judicial más sencilla siguiendo a Kelsen, que afirmó que la determinación de la norma jurídica nunca es completa, en tanto el marco normativo no puede definir todos los aspectos de su aplicación, en tales vacíos de determinación se desarrolla en mayor o menor medida la discreción del encargado de ejecutar la norma (Kelsen, 1982, pág. 349)

Tal circunstancia no debe entenderse *a priori* como problemática, puesto que la falta de determinación completa está directamente relacionada con la característica general y abstracta del lenguaje normativo, que permite el cumplimiento de sus propios fines, como pueden ser la incidencia en la conducta de los destinatarios, sobre lo que se recalca que la norma interactúa con una multiplicidad de aspectos fácticos, propios de una realidad dinámica, que restringen la previsión de su productor y dotan de un espacio interpretativo y creativo a su ejecutor, claro está, dentro de los estándares que el propio sistema jurídico le exige.

La aceptación de las limitaciones de la norma para la resolución de todos los casos concretos se contrapone a la visión arcaica expuesta por Montesquieu del juez como instrumento que comunica la voluntad de la Ley, carente de toda apreciación o moderación de esta (Barón de Montesquieu, 1906), en tanto el reconocimiento de vacíos de determinación incluidos de forma voluntaria por el legislador como autor de la norma, para que su sentido general sea

posteriormente concretado al momento de su aplicación. (Kelsen, 1982, pág. 350) o como resultado de los límites propios del lenguaje, constituye una necesidad interpretativa del texto normativo para poder emitir una respuesta. Sobre la discrecionalidad por voluntad legislativa, se recalca que

los sistemas jurídicos contemporáneos distribuyen cada vez más poderes expresos de decisión a funcionarios y operadores jurídicos para realizar los objetivos legislativos de carácter más general; e inevitable porque el paso de las normas a la acción, o de la abstracción a la realidad, implica sujetos que interpreten, realicen y adopten decisiones (Ruíz Ruíz, 2014)

Retomando el pensamiento de Kelsen, la discrecionalidad no puede entenderse en total ausencia o presencia, sino que es un asunto gradual, cuya mayor o menor manifestación surge en función de los vacíos de la norma, esto quiere decir que a mayor indeterminación normativa mayor discrecionalidad, al respecto se cita:

Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto. Hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones. Si el órgano A dispone que el órgano B ponga en prisión al súbdito C, el órgano B tendrá que resolver a su criterio cuándo y dónde y cómo se pondrá en efecto la orden de prisión, decisiones que dependen de circunstancias externas que el órgano que dio la orden no previó y que, en buena parte, tampoco pudo prever. (Kelsen, 1982, pág. 350)

El término discrecionalidad se ha descrito desde dos principales aristas, la primera de ellas se refiere a la aplicación de la norma jurídica, mediante un proceso intelectual que permita encaminar su actuación a lo previamente descrito (discrecionalidad débil); la segunda, sobre la que se centrará la presente investigación, se circunscribe a las dificultades interpretativas del derecho, en los casos en los que el fallador debe aplicar estándares indeterminados y elegir entre distintas opciones jurídicamente válidas (Discrecionalidad fuerte) (Duque Sandoval, 2007, pág. 66)

Siguiendo a Kelsen, puede decirse que el carácter débil o fuerte de la discrecionalidad, depende del grado de indeterminación de la norma, por lo que en lugar de tratarlas como acepciones de discrecionalidad separadas, aquí se plantea que la discrecionalidad, entendida como el ejercicio decisorio de quien aplica la norma dentro del espectro de la indeterminación, es una sola, sin embargo, el enfoque que se abordará para los fines de este estudio es la discrecionalidad en su mayor grado, esto es, en aquellos casos en que la norma jurídica se expresa de forma abierta y ofrece más de una alternativa o interpretación viable.

Sin embargo, esta esfera decisoria dentro del espectro indeterminado de las normas no debe leerse como una potestad supeditada a los caprichos y subjetividades del intérprete, por lo que cabe resaltar distinción que establece H.L.A Hart entre discrecionalidad y elección; el autor define la primera como un ejercicio de prudencia, sabiduría y discernimiento de lo que debe hacerse, mientras la segunda corresponde a una decisión basada en los simples deseos personales. (Hart, 2014)

En síntesis, se puede definir la discrecionalidad como la facultad de interpretar y crear el lenguaje jurídico en los espacios no cubiertos por la determinación normativa, con el fin de emitir una respuesta; tal facultad discrecional es de carácter gradual, y está directamente relacionado

con el nivel de indeterminación normativa a la hora de analizar cada caso concreto y puede provenir de la voluntad del creador de la norma o de las ambigüedades lingüísticas.

### **3.2. Discrecionalidad en el ámbito sancionatorio de la ley 1123**

Contrario a lo que ocurre en la responsabilidad en materia penal, el ejercicio del *ius puniendi* en el sistema sancionatorio de la Ley 1123 de 2007 conlleva una determinación menor de las sanciones a imponer, ya que en el primer caso, desde la descripción normativa del tipo penal, se contemplan los límites de las consecuencias jurídicas, enmarcando la discreción del juez a la verificación de circunstancias agravantes y atenuantes que también están dispuestas en el código, mientras que el régimen disciplinario estudiado únicamente establece de manera general los topes mínimos y máximos de cada tipo de sanción, de manera aislada de las descripciones típicas de las conductas constitutivas de falta.

Dicho lo anterior, se identifica que en la actividad encaminada a la imposición y graduación de las sanciones previstas en el CDA el instructor asume la facultad discrecional en dos escenarios, el primero, sería el de la asignación de la sanción propiamente dicha, esto es, la escogencia racional de la consecuencia jurídica más adecuada para reprochar la conducta constitutiva de falta, en plena observancia de las circunstancias en las que esta fue cometida y el segundo, a la hora de determinar los conceptos jurídicos incluidos en los criterios para la graduación de la sanción presentes en el artículo 45 del CDA (Ley 1123, 2007) que no se encuentran plenamente definidos en la Ley y que deben ser dotados de significado para que orienten la decisión del fallador.

Sobre el primer escenario, cabe destacar que en el CDA no existe una determinación de gravedad o levedad de las faltas correlativa a la asignación de la sanción a imponer, y como se

dijo, no se contempló relación entre la declaración de responsabilidad por una falta o un grupo de faltas y la asignación de alguna de las sanciones, por lo que el fallador se encuentra limitado únicamente por la aplicación de los principios del artículo 13, los criterios del artículo 45 y el deber de motivar del artículo 46 (Ley 1123, 2007). Sobre la discrecionalidad en el ejercicio de facultades sancionadoras Gómez González expuso lo siguiente:

La hipótesis que aquí se plantea sostiene que contrariamente a lo que se estima, en el ejercicio de potestades sancionadoras existe discrecionalidad, la cual ha sido deliberadamente atribuida por el legislador a la autoridad respectiva. Además, que dicha discrecionalidad es necesaria para el ejercicio adecuado de la potestad sancionadora. Lo expuesto, no implica una apertura o habilitación a la ilegalidad, arbitrariedad, abuso o exceso, puesto que la atribución de discrecionalidad conlleva, como contrapartida, una serie de límites que equilibran su ejercicio y contribuyen a su control. (Gómez González, 2020)

Este tipo de indeterminación no es involuntaria, ya que el legislador dotó de esta facultad interpretativa y creadora a la autoridad jurisdiccional competente, al dejar tal espacio de indeterminación junto con las herramientas necesarias para permitir al fallador asignar de manera razonable una sanción en cada caso concreto, dichas herramientas, siguiendo la doctrina en cita también se erigen como límites a la facultad discrecional, tema que será tratado a fondo en el capítulo siguiente.

Sobre el segundo escenario, en la imposición y graduación sancionatoria en el marco del CDA también se puede identificar un ámbito de discrecionalidad amplia en la interpretación y aplicación de los criterios de graduación de las sanciones, puesto que los mismos tienen expresiones que no se encuentran normativamente determinadas tales como “trascendencia social de la conducta” “el perjuicio causado” “ignorancia, inexperiencia y necesidad” entre otras, por lo

que el instructor también asume el deber de asignar un sentido a tales conceptos, para aplicarlos y tasar la consecuencia jurídica.

#### **4. Límites a la discrecionalidad en la imposición y graduación de las sanciones en el CDA**

##### **4.1. Deber de motivación aplicado a las sentencias proferidas en el marco de la Ley 1123 de 2007.**

Como se explicó en el capítulo anterior, la asignación de la sanción disciplinaria aplicable como consecuencia de la incursión en alguna de las conductas previstas como falta en la Ley 1123 de 2007 corresponde a la discrecionalidad del magistrado quien a partir del análisis de la situación de facto probada en el marco del trámite y las fuentes normativas de las que dispone toma una decisión.

Sin embargo esta decisión no puede guardarse en su fuero interno, sino que necesariamente debe plasmarse en la providencia, para que los intervinientes puedan conocer y comprender los criterios aplicados, de tal forma que puedan ser objeto de debate en trámite de segunda instancia o inclusive en sede de tutela.

Dicho lo anterior, en este acápite del texto, se contextualizará la motivación de las sanciones como un derecho deber, que restringe la actividad jurisdiccional, a fin de evitar que los actos jurisdiccionales se conviertan en elecciones arbitrarias que dependan del querer del administrador de justicia, posteriormente, se trasladará ese deber de motivación al objeto de estudio de la presente investigación, es decir las imposición y graduación sancionatoria en el régimen sancionatorio del CDA.

A partir de lo expuesto, se determinarán los criterios normativos que deben aplicarse a la hora de elegir la consecuencia jurídica de la responsabilidad disciplinaria en el ámbito estudiado, esto es, las cargas legales jurisprudenciales y principialísticas que el fallador debe asumir y comunicar en la sentencia.

Sobre la motivación de las decisiones es necesario establecer primeramente que constituye un deber del juez y un derecho de los ciudadanos, que consiste en la exteriorización del ejercicio argumentativo que se surte al interpretar la norma jurídica y aplicarla al caso concreto; al respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales. (Sentencia T-214, 2012)

Como puede asimilarse del texto en cita, la motivación de las decisiones no tiene el propósito exclusivo de dar a conocer las decisiones, para que estas puedan ser controvertidas, sino que también es útil para la evolución y ajuste de la interpretación normativa constituyendo también una “muestra de la responsabilidad del juez que ofrece explicaciones y razones de su decisión, cumpliendo una tarea de pedagogía social y contribuyendo así a aumentar la confianza del ciudadano” (Ruíz Ruíz, 2014)

El deber de motivación de las decisiones, desde la teoría funge como la separación de sistemas de pensamiento jurídico antiguos, en los que se consideraba la decisión jurisdiccional como un acto eminentemente positivo y la actividad del juez como infalible y no susceptible de críticas. (Ibañez, 2011, pág. 253)

La necesidad de motivación entonces abre la puerta para poner en tela de juicio tanto las decisiones de las autoridades jurisdiccionales, como los ejes argumentales sobre los que se estructuran las mismas, por lo que puede erigirse como una barrera entre las convicciones personales y condiciones anímicas del fallador y la interpretación y aplicación del sistema normativo al caso concreto.

Sin embargo, esto no implica que el lugar de la motivación, como ejercicio argumentativo basado en la aplicación del derecho, se usurpado por la justificación de mera forma de la decisión tomada, es decir, la apariencia de interpretación jurídica bajo la que se oculta la elección del fallador, al respecto Ibañez afirma lo siguiente:

En el marco de tal planteamiento, es decir, de la libre convicción como intime convicción, no hay un lugar real para la motivación. Porque si lo nuclear de la decisión radica en ese plano quasi subliminal, difícilmente el emisor podrá dar cuenta —e incluso ser plenamente consciente del auténtico porqué de la misma. Así, la justificación quedará en una ritual racionalización *pro forma*, mero cumplimiento de un trámite. (Ibañez, 2011, pág. 255)

En este punto del análisis salta a la vista que es precisamente en la motivación en la que se surte un debate sobre la argumentación jurídica, recapitulado por Atienza sobre si la decisión jurídica no requiere ser justificada porque parte de la aplicación estricta de las normas y

proceden de la autoridad competente (determinismo metodológico), o si la decisión jurídica es un acto de voluntad que luego se racionaliza (decisionismo metodológico) (Atienza, 2016)

Ahora bien, aquí nos apartaremos por ahora de la discusión del decisionismo y el determinismo así como de otras teorías de la argumentación, por cuanto el objeto de la actual discusión se remite a establecer que de acuerdo con la estructura constitucional del Estado, como desarrollo del derecho al debido proceso, existe el deber de exponer los argumentos que llevan a la autoridad a tomar una decisión, que en últimas serán objeto de debate procesal y de observación y crítica social, más allá de responder la pregunta de si primero se tomó la decisión o en su lugar lo que precedió fue el análisis.

Para sintetizar el derecho deber de motivar las decisiones, puede decirse no se reduce a la simple exposición de fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios, la autoridad está conminada a exteriorizar el porqué de sus decisiones, construido a partir de los argumentos que las cimientan.

Si de la motivación de la sentencia no se puede vislumbrar las razones que condujeron al fallador a tomar la decisión que está adoptando, se estaría frente a lo que Ibañez ha denominado motivación aparente (Ibañez, 2011), que en realidad no aborda el fondo de la cuestión. Aquí se propone que este tipo de motivación ciertamente no puede tenerse como cumplimiento del deber judicial del que se ha venido hablando, puesto que se reduce a un cumplimiento meramente formal que no realiza los derechos y garantías procesales de los actores en pleito ni satisface el fin de corrección de posturas injustas o inadecuadas al orden constitucional.

La motivación de las sanciones disciplinarias en el CDA sería la exposición de los argumentos que conducen al instructor a elegir una sanción, en lugar de las otras y establecer la

medida en la que se aplica la misma en el caso de la suspensión y la multa. En ese hilar de ideas, teniendo en cuenta la aproximación al régimen normativo estudiado que se desarrolló en el primer capítulo, como quiera que en el código no existe distinción entre faltas graves y leves, ni se determina qué tipo de sanción corresponde a la incursión en los distintos comportamientos previstos como falta, al magistrado le corresponde explicar en cada caso como estableció la gravedad o levedad de la conducta para dosificar la consecuencia jurídica de la responsabilidad.

Como se ha dicho, el ejercicio de imposición y graduación de la sanción es de orden discrecional, pero el principal límite de tal discrecionalidad es el deber de consignar en el fallo la exposición de motivos que permitieron determinar la sentencia. Es decir que la motivación es lo que separa a la asignación de la sanción disciplinaria de una mera elección a un acto de discreción en los términos de Hart (Hart, 2014)

Sobre el deber de motivar las sanciones puede decirse que además de los preceptos constitucionales y la jurisprudencia antes citada, se fundamenta en el presupuesto legal dispuesto en el artículo 46 de la Ley 1123 de 2007, que se cita a continuación:

**ARTÍCULO 46. MOTIVACIÓN DE LA DOSIFICACIÓN SANCIONATORIA.** Toda sentencia deberá contener una fundamentación completa y explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la sanción (Ley 1123, 2007)

Sobre la norma en cita, se resalta que es clara al advertir sobre la necesidad de explicar las razones para elegir el tipo de sanción y su medida, por lo que es requerido para la validez del fallo exponer con argumentos de qué forma se eligió la consecuencia, además de eso la norma califica la motivación, que debe ser “*completa y explícita*” (Ley 1123, 2007), por lo que el lector de la providencia no debe albergar duda al respecto.

En lo relativo a la obligatoriedad de exponer los argumentos de la sanción disciplinaria en el régimen sancionatorio del CDA, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en el siguiente sentido:

Entonces, se tiene que la motivación, cuya razón de ser es evitar el ejercicio arbitrario del poder, es justamente la que permite el control de la decisión, no solamente por las partes del proceso, sino también por el público en general.

(...)

Así las cosas, comoquiera que la Corporación demandada no motivó las razones por las cuales imponía la misma sanción, en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a pesar de que según se ha señalado, declaró la prescripción de la falta contenida en el numeral 1º del artículo 35 de la ley 1123 de 2007, no queda otra opción que salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso del accionante y por ende revocará la sentencia impugnada y en su lugar dejará sin efecto el fallo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria el 1º de noviembre de 2017, y en consecuencia, se ordenará a esa Corporación proferir nueva providencia dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión, motivando la dosificación de la sanción impuesta a Holmer Villareal González, en criterios de razonabilidad y proporcionalidad (Tutela 98178, 2018)

Entonces, a partir de la obligatoriedad de la motivación de la sanción, se expondrán las disposiciones previstas en el CDA, en las que se debe enmarcar la imposición y graduación de la sanción, es decir, la sujeción a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad descrita en el artículo 13 y los criterios generales, de agravación y atenuación establecidos en el artículo 45 *ejusdem* (Ley 1123, 2007)

#### **4.2. Aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad como exigencia normativa para imponer y graduar la sanción**

Como se indicó anteriormente, de conformidad con el artículo 13 *ejusdem* la sanción disciplinaria se encuentra sujeta a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, tal sujeción también se erige como una barrera que encausa la potestad discrecional de la que el legislador ha investido a al juez disciplinario del CDA a la hora de fijar sanciones.

Tal requerimiento legal para la imposición y graduación de las sanciones deviene de la propia indeterminación de la norma, que como se explicó en el capítulo 2, genera un vacío interpretativo que debe ser colmado por el instructor en cada caso concreto, para encontrar la consecuencia jurídica adecuada en los casos concretos.

Antes de abordar los principios arriba expuestos, se torna necesario anticipar que la acción de aplicar la sanción es un acto de ponderación, que pone en una balanza los derechos del destinatario y los fines propios de la sanción y de la norma aplicable. Respecto de la ponderación Bernal Pulido afirma que esta:

Representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación. La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la

argumentación apropiada para el caso conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad. (Bernal Pulido, 2005)

En el criterio de Bernal, la ponderación no representa una garantía de objetividad, pero si permite precisar cuál es el ámbito de subjetividad; si se acepta tal concepción, puede decirse que la ponderación conlleva una carga inevitable de injerencia de las posiciones personales de la autoridad jurisdiccional, sin embargo, dicha injerencia no se manifiesta de manera caprichosa, sino que se encuentra provista de argumentos, que pueden ser revisados en otras instancias o sometidos al escrutinio de la comunidad.

Dicho lo anterior, emerge la pregunta que permite dar contexto a la aplicación de los principios expuestos en el artículo 13 del CDA ¿qué se pondera?, en efecto dicha cuestión conlleva a estructurar el contenido que se va a ubicar en cada extremo de la balanza; por una parte los derechos fundamentales del abogado y por otra las funciones de la sanción disciplinaria.

Ahora bien, sobre la afectación derechos fundamentales del abogado como consecuencia de la sanción, en sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinario del Consejo Superior de la Judicatura, tal corporación indicó que tales asuntos no corresponden al debate en el proceso disciplinario, ni pueden ser un motivo válido para que se revoque una sanción en sede de apelación, tal posición se cita a continuación:

Lo anterior, a juicio de esta Sala, no puede ser considerado en modo alguno como vulneración del derecho al mínimo vital, como lo propone el recurrente, por cuanto no está acreditado en el proceso disciplinario ni tiene sentido alguno acreditar, que en efecto el encartado depende para su sustento única y

exclusivamente de la actividad profesional, pues ello aún en el caso de ser cierto, debe ser demostrado en un escenario diferente al debate que se origina en un juicio de índole disciplinario, como quiera que se trata de una discusión sobre derechos fundamentales que resulta propia de las acciones constitucionales y que Por ello, no puede ser la motivación para que en un estrado disciplinario y en sede de apelación, se revoque la sentencia que fue impuesta (Sentencia Rad. 201503429 01, 2020)

Sobre tal posición aquí se considera que desde un punto de vista concreto es absolutamente acertada, en tanto la situación de derechos del abogado, que se puede ver afectada por la imposición de una sanción disciplinaria no es objeto de debate en el juicio de reproche previsto en el CDA, por cuanto el cumplimiento de los deberes éticos profesionales y la capacidad para ser sujeto pasivo de la acción disciplinaria no está supeditada a la situación particular de cada profesional juzgado.

Sin embargo, tal posición también se considera desacertada desde un punto de vista abstracto, toda vez que precisamente a la hora de aplicar los criterios exigidos en el artículo 13 del CDA también se revisa la adecuada dosificación sancionatoria, que consiga un ubicarse en el justo fulcro que nivela el objeto de la sanción, constituido por la promoción de los deberes deontológicos, la prevención de la comisión de las faltas y la corrección del quebranto de los deberes éticos de un lado y por prerrogativas fundamentales del destinatario como el buen nombre, el derecho al trabajo, a la elección y ejercicio de profesión u oficio, el mínimo vital entre otros.

Visto lo anterior, la motivación de la dosificación sancionatoria debe exteriorizar la base argumentativa que permite percibir a la sanción como equilibrada, de tal forma que cumpla con su objetivo sin ser excesivamente onerosa para los derechos del destinatario.

Ahora bien, los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad no están definidos en la norma jurídica analizada, por lo que corresponde al juez disciplinario en primer lugar acudir a las fuentes del derecho disponibles para dotarlos de significado y aplicarlos a cada caso en concreto.

Sobre el principio de proporcionalidad, precisamente en el marco de la Ley 1123 de 2007, la jurisprudencia de la Corte Constitucional definió que este

exige que el juez verifique si la respuesta punitiva del Estado atiende a la gravedad conducta, sin imponer un sacrificio desmedido respecto de los derechos del investigado y sin restarle importancia a la falta, a partir del examen integral de las circunstancias que rodearon el asunto bajo examen (Sentencia T-316 , 2019)

Así las cosas, se considera que la proporcionalidad como relación entre la gravedad y la sanción requiere que el instructor determine el nivel de afectación de la conducta cometida por el profesional juzgado a los deberes éticos que le son exigibles, por lo que deberá establecer la importancia del quebranto de estos en cada caso concreto, para poder imponer de manera mesurada la respuesta punitiva.

Sobre el principio de necesidad, este puede definirse como la congruencia entre los fines de la sanción y la severidad de las consecuencias de la responsabilidad disciplinaria, es decir, la verificación de la inexistencia de sanciones alternativas más benignas derechos del investigado que permita cumplir con el propósito de la norma (Váldez Palacios et al. , 2007)

Sobre el criterio de racionalidad, (Bernal Pulido, 2005, pág. 75) Bernal Pulido afirma que este es muy ambiguo por lo que no puede definirse de manera estable y categórica, sin embargo, trae a colación dos de las acepciones más destacadas, de un lado la expuesta en la doctrina de Atienza, según la cual

Una decisión es razonable: 1. Si representa el punto de equilibrio entre las exigencias contrapuestas que necesariamente deben tenerse en cuenta en el caso concreto, y 2. Si ella es admisible por la comunidad, entendida como un auditorio ideal. Estos dos criterios se implican recíprocamente, porque una decisión será tanto más compartida por la comunidad cuanto mejor sea el equilibrio de las exigencias contrapuestas en el caso concreto. (Bernal Pulido, 2005)

De otro lado, el criterio de la jurisprudencia constitucional española que asimila la razonabilidad a la “*interdicción de la arbitrariedad*” por lo que los actos de Estado son razonables cuando se encuentren fundamentados y se orienten en el desarrollo de objetivos y se funde en razones jurídicamente relevantes. (Bernal Pulido, 2005)

Sobre este tópico, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que el concepto de razonabilidad se aplica a través del criterio de proporcionalidad, dentro del cual también subsume la necesidad, al respecto resulta relevante citar la Sentencia C-022 de 1996:

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno

implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. (Sentencia C-022, 1996)

Ahora bien, lo que resulta trascendente, para la exigencia del artículo 13 es que el instructor realice un examen de los criterios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad aplicados al caso concreto, y tal análisis en últimas tenderá a demostrar al inculpado y a la comunidad en general que la sanción aplicada es la adecuada para las circunstancias particulares del proceso.

En este punto del análisis, cabe resaltar que el deber de aplicar los principios de proporcionalidad necesidad y razonabilidad legalmente exigido al fallador, constituye también un requisito de validez para la decisión sancionatoria ya que apartarse de estos criterios, inclusive parcialmente, es motivo para dejar sin efectos la sanción impuesta.

Al respecto una sentencia de tutela de la Corte Constitucional revocó, en lo relacionado con la dosificación de la sanción impuesta, una sentencia de segunda instancia de Consejo Superior de la Judicatura, por haberse omitido, entre otras cosas, el análisis relacionado con la aplicación de los criterios expuestos en el artículo 13 del CDA, por cuanto solo se estudió el principio de necesidad, al respecto la corporación indicó:

Con fundamento en lo anterior, es claro que debe concederse el amparo pretendido, por cuanto las sentencias del Consejo Seccional de Bogotá y del Consejo Superior de la Judicatura incurrieron en un defecto sustantivo por la no aplicación de los artículos 13 y 46 de la Ley 1123 de 2007, que fijan la obligación de que la sanción responda a los **criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad**, al mismo tiempo que le imponen contener una fundamentación completa y explícita de los motivos que justifican cualitativa y cuantitativamente la pena impuesta, obedeciendo a los criterios generales, agravantes y atenuantes establecidos en la citada ley. (Se resalta) (Sentencia T-316 , 2019)

Entonces, de lo expuesto puede sintetizarse que para poder hablar de la imposición y graduación de la sanción disciplinaria del CDA como un acto de discreción jurisdiccional y no de una elección arbitraria y carente de fundamento, es necesario que la determinación de la consecuencia jurídica se efectúe con sujeción a los postulados de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, para responder tanto a los fines sancionatorios de corrección y prevención como a los derechos del inculpado que se verán limitados como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad.

#### **4.3. Criterios generales, de atenuación y de agravación de la sanción**

Los criterios previstos en el artículo 45 que en teoría fungen como una línea orientadora para delimitar y conducir la actividad del instructor a la hora de establecer la respuesta punitiva a la declaración de responsabilidad disciplinaria, en general son circunstancias que pueden afectar en agravación o atenuación tanto el aspecto cualitativo (tipo de sanción) como el aspecto cuantitativo (grado de sanción) y se encuentran divididos en criterios generales, de atenuación y agravación.

En adelante, se citarán las normas que contienen cada grupo de criterios y se puntualizarán aspectos generales de algunos de ellos, con el objetivo de comprender como delimitan la discrecionalidad del juez y como en algunos casos asignar de significado a algunos conceptos incluidos en los criterios también puede entenderse como un actuar discrecional.

#### **4.3.1. Criterios Generales:**

ARTÍCULO 45. CRITERIOS DE GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN. Serán considerados como criterios para la graduación de la sanción disciplinaria, los siguientes:

##### A. Criterios generales

1. La trascendencia social de la conducta.
2. La modalidad de la conducta.
3. El perjuicio causado.
4. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación.
5. Los motivos determinantes del comportamiento. (Ley 1123, 2007)

Los criterios arriba citados, pueden operar como atenuantes o agravantes según el caso, es decir, el instructor de manera motivada debe interpretarlos y ajustar en mayor o menor medida la sanción, sobre lo que debe apreciarse que en este apartado resulta más evidente la

indeterminación, por cuanto no se expresa en qué casos hace más o menos gravosa la respuesta punitiva.

El primer criterio general es la trascendencia social de la conducta, sobre lo que se podría asumir que este aplica como agravante cuando las circunstancias de hecho en las que fue cometida la falta traen consigo algún impacto en el público que genera notoriedad y señalamiento del actuar del infractor o su conducta compromete de manera directa la credibilidad de la ciudadanía en las autoridades jurisdiccionales y administrativas así como el impacto negativo en la percepción del ejercicio de la profesión.

Establecido lo anterior, se destaca que, como se dijo en el capítulo 1 la profesión del derecho trae de suyo una función social, por lo que todas las conductas antiéticas desplegadas por los abogados generan efectos sociales negativos; de ahí que la comisión de cualquier falta conlleva una trascendencia social, sin embargo, la aplicación de este criterio como agravante no puede estar subsumida a la propia capacidad pasiva del sujeto de la acción disciplinaria, ya que de ser así carecería de todo sentido práctico, por cuanto no sería útil para tasar la consecuencia punitiva.

Así las cosas, la labor del magistrado sería determinar en cada caso concreto como la conducta impactó en la sociedad más allá de la trascendencia social del quebranto de los deberes éticos del abogado en términos generales; aquí se considera que una posible respuesta podría ser establecer la trascendencia social de la conducta cuando los efectos de esta traspasen de manera directa la relación con el cliente y la contraparte.

El siguiente criterio de aplicación compleja sería el perjuicio causado, que en líneas generales actuaría como agravante, cuando exista un perjuicio en la medida de este y como

atenuante cuando la conducta constitutiva de falta no genere ningún perjuicio, sin embargo, el instructor en cada caso deberá definir el concepto de perjuicio, puesto que este no se encuentra claramente determinado en la norma y los perjuicios pueden tener distintas entidades.

*Prima facie* al reflexionar sobre este criterio, se podría pensar en un perjuicio de carácter económico para el cliente o la contraparte, sin embargo, las consecuencias de la comisión de faltas disciplinarias pueden ir mucho más allá, por ejemplo se puede considerar que las acciones dilatorias de un abogado causan un menoscabo en los recursos de la administración de justicia, también los actos de los abogados podrían generar daños de carácter moral al crear falsas expectativas en los clientes, como en el caso de las faltas previstas en los literales b y c del artículo 34 del CDA.

Otro criterio general del que se puede considerar que supone un alto grado de ambigüedad es el relacionado con los motivos determinantes de la conducta; su observación se dirige más al contexto subjetivo que condujo al infractor a la comisión de la falta, es decir, las condiciones en las que se desarrolló su actuar volitivo, por lo que se puede considerar que están excluidos los comportamientos de carácter eminentemente culposos.

Para dilucidar mejor este criterio, puede echarse mano de lo que disponía un antiguo código disciplinario único, la Ley 200 de 1995, cuyo literal c del artículo 27 describía como criterio para determinación de gravedad o levedad el análisis de los motivos de la siguiente manera: “Los motivos determinantes se apreciarán según se haya procedido por causas innobles o fútiles o por nobles altruistas” (Congreso de la República, 1995) si se sigue la perspectiva dispuesta en esta norma no vigente, podría establecerse que al verificarse la nobleza o altruismo de las razones que llevaron al inculcado a la comisión de la conducta, se debería aminorar la

respuesta sancionatoria mientras que la verificación de impulsos maliciosos o insignificantes en torno a la incursión en la falta aplicaría en aumento de la onerosidad de la sanción.

#### **4.3.2. Criterios de atenuación:**

1. La confesión de la falta antes de la formulación de cargos. En este caso la sanción no podrá ser la exclusión siempre y cuando carezca de antecedentes disciplinarios.
2. Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado. En este caso se sancionará con censura siempre y cuando carezca de antecedentes disciplinarios. (Ley 1123, 2007)

Sobre el primer criterio de atenuación, se tiene que es un incentivo correlativo a la aceptación de la falta, que evita un desgaste en la administración de justicia, en particular de la jurisdicción disciplinaria, así como un reconocimiento a la buena voluntad del investigado de reconocer su actuar antijurídico.

Sin embargo, la norma condiciona la aplicación a la carencia de antecedentes disciplinarios; tal parte del texto fue demandado por inconstitucionalidad, lo que generó al respecto el pronunciamiento de la Corte en el siguiente sentido:

Al contemplar la carencia de antecedentes como un elemento concurrente para el reconocimiento de los beneficios previstos en los numeral 1 y 2 del literal B del artículo 45, el legislador realizó un ejercicio legítimo de su potestad de configuración normativa en la determinación de las sanciones (Arts. 114, 150 num. 1 y 2 C.P.), en cuanto no se advierte en ello quebranto a los límites constitucionales. En efecto tal previsión no vulnera la concepción de la responsabilidad disciplinaria fundada en el acto puesto que como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación la valoración negativa se

sustenta “*en la estructura de la conducta sancionable y no en la personalidad o naturaleza presuntamente peligrosa del agente.* (Sentencia C-290, 2008)

Respecto del segundo criterio de atenuación al que también se aplica la jurisprudencia en cita, resulta acertado aclarar que la norma contiene la expresión “haber procurado” que requiere una interpretación cuidadosa; la palabra procurar, es definida por la Real Academia de la Lengua como “Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa” (Real Academia de la Lengua Española) por lo que el atenuante no requiere para su verificación el resarcimiento efectivo de los perjuicios causados y no sería aplicable para las conductas de mero riesgo. En ese sentido, el instructor deberá definir en cada caso concreto que tipo de actuaciones pueden ser consideradas como diligencias o esfuerzos para reparar los daños causados.

Otra situación que debe observar el instructor es la condición de la iniciativa propia, es decir, cuando puede considerarse que la procura del resarcimiento surge primeramente de la voluntad del investigado, al respecto se opina que en estos casos se excluiría del beneficio cuando la pretensión indemnizatoria surja por requerimiento judicial o extrajudicial del afectado o en el marco de una actuación disciplinaria contra el infractor. Sin embargo, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha aplicado este criterio de atenuación cuando se restituyen los dineros al afectado en el marco de una conciliación (Sentencia 201401180 01, 2020)

#### **4.3.3. Criterios de agravación:**

##### **C. Criterios de agravación**

1. La afectación de Derechos Humanos.
2. La afectación de derechos fundamentales.

3. Atribuir la responsabilidad disciplinaria infundadamente a un tercero.
4. La utilización en provecho propio o de un tercero de los dineros, bienes o documentos que hubiere recibido en virtud del encargo encomendado.
5. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
6. Haber sido sancionado disciplinariamente dentro de los 5 años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga.
7. Cuando la conducta se realice aprovechando las condiciones de ignorancia, inexperiencia o necesidad del afectado. (Ley 1123, 2007)

En lo relativo al numeral 6 de los criterios de agravación, la Corte Constitucional ha establecido que aunque no se encuentre previsto en la ley, como quiera que la presencia de antecedentes disciplinarios constituye un agravante de la sanción impuesta, en plena aplicación del principio de proporcionalidad, debe considerarse que la ausencia de estos debe ser utilizada como circunstancia de atenuación. (Sentencia T-316 , 2019)

Respecto de los criterios de agravación restantes, se puede decir que resultan bastante claros, por lo que no se observan ámbitos de indeterminación particularmente amplios con la salvedad del expuesto en el numeral 7 que trae a colación los términos de ignorancia, inexperiencia y necesidad, sobre lo que se precisa que el análisis de la situación del afectado corresponde al estudio de cada caso. Sin embargo, cabe resaltar que el criterio comparte circunstancias paralelas con la descripción típica de la falta descrita en el numeral 1 del artículo 35, que se trae a colación: “ARTÍCULO 35. Constituyen faltas a la honradez del abogado:1. Acordar, exigir u obtener del cliente o de tercero remuneración o beneficio desproporcionado a

su trabajo, con aprovechamiento de la necesidad, la ignorancia o la inexperiencia de aquellos”  
(Se resalta) (Ley 1123, 2007)

Sobre el paralelismo entre el tipo disciplinario y el criterio de agravación punitiva, se puede establecer que el segundo resulta inaplicable cuando se asigna la sanción a la conducta arriba citada; de otro lado, la Corte constitucional se pronunció sobre las circunstancias de necesidad, inexperiencia o ignorancia, en lo relacionado con el tipo disciplinario, definiciones que también son útiles para aproximarse a la comprensión del agravante:

ha de entenderse que el abogado se aprovecha de una situación de necesidad, cuando acuerda, exige u obtiene un beneficio desproporcionado de su poderdante o de un tercero, que se encuentra avocado a un peligro actual o inminente en un bien jurídico. En igual sentido, el apoderado que acuerde, exija u obtenga un provecho desproporcionado valiéndose de la situación de inferioridad de su cliente, bien sea por su falta de conocimiento especializado o por la inexperiencia en la materia también es objeto de reproche disciplinario. Cada una de estas hipótesis exige que se encuentren debidamente soportadas en elementos de convicción legal y oportunamente allegados al proceso.  
(Sentencia T-625, 2016)

En vista de la jurisprudencia en cita, para poder implementar este criterio en agravación de la sanción, es necesario que el instructor cuente con los elementos de prueba, que permitan verificar la situación de vulnerabilidad del afectado.

##### **5. Análisis de la motivación de la imposición y graduación de la sanción en una muestra significativa de sentencias proferidas en el ámbito estudiado.**

Luego de establecerse en el capítulo anterior que los límites a la discrecionalidad del fallador están constituidos por el deber de motivar las sanciones, la observación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad dispuestos en el artículo 13 del CDA así como la aplicación de los criterios previstos en el artículo 45 *ejusdem*, tal andamiaje conceptual, de acuerdo con las fuentes consultadas integra los requisitos para asignar la respuesta punitiva a la responsabilidad disciplinaria en este régimen, por lo que desde esta óptica se evaluará una muestra significativa de sentencias para estudiar de qué forma se aplican tales requerimientos a fin de dar cumplimiento al contraste propuesto en el objetivo general de esta investigación, especificado en el cuarto objetivo específico.

### **5.1. Descripción de la muestra**

Se trata de una muestra de 100 sentencias sancionatorias de segunda instancia proferidas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el período 2018-2020, de las cuales 40 corresponden al grado jurisdiccional de consulta y 60 al trámite de apelación.

Se decidió tomar exclusivamente sentencias de carácter sancionatorio, por cuanto las providencias en las que se resuelve la nulidad de lo actuado, el archivo de las diligencias o la absolución del investigado no incluyen análisis sobre la dosificación sancionatoria, que es el asunto central de la presente investigación.

Es de anotar que las sentencias que resuelven el recurso de apelación se examinarán de forma especial, por cuanto las mismas no incluyen un análisis integral de la imposición de la sanción en todos los casos, dado que la competencia del *ad quem* está delimitada por los asuntos impugnados, por lo que es normal que en algunos casos no exista discusión frente a los criterios

para seleccionar la consecuencia jurídica, no obstante, en tales eventos se examinará lo expuesto por el *a quo* incluido generalmente en el resumen de la providencia.

De otro lado, las sentencias en las que se surte el grado jurisdiccional de consulta deben incluir un análisis integral de la providencia, lo que encierra el estudio a fondo de la dosificación de la sanción, por lo que en teoría deberían poderse observar los parámetros aquí consultados.

## **5.2. Ejecución del análisis**

A continuación se describirán los pasos aplicados a la muestra de jurisprudencia, con el fin de explicar en qué forma fueron ordenadas y clasificadas las sentencias estudiadas, en aras de cumplir los propósitos previstos en los objetivos de la presente investigación.

En primer lugar, como antes se advirtió, se separaron las sentencias en las que se resolvió el recurso de apelación de las sentencias en sede de consulta, para estudiarlas de forma separada, de acuerdo con su naturaleza particular.

En segundo lugar, las sentencias fueron evaluadas desde una perspectiva cuantitativa de cumplimiento o incumplimiento, para lo que se usó como base comparativa lo estudiado en el capítulo 3 mediante la formulación de 7 preguntas dicotómicas que se describen a continuación:

**Tabla 1.***Cuestionario cumplimiento de los requisitos para asignar sanción*

Requisito	Cumple	No cumple
1. ¿Existe motivación de la sanción?		
2. ¿En la motivación se menciona alguno de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad?		
3. ¿En la motivación se mencionan los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad?		
4. ¿Alguno de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad fue aplicado al caso concreto?		
5. ¿Los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad fueron íntegramente aplicados al caso concreto?		
6. ¿En la motivación de la sanción fue expuesto algún o algunos de los criterios descritos en el artículo 45 del CDA?		
7. ¿Se explicó de qué manera se aplicaron tales criterios para determinar la sanción?		

En tercer lugar, luego del análisis desde un punto de vista cuantitativo del cumplimiento, se buscaron patrones y demás circunstancias especiales, tanto de la muestra como de las sentencias en específico para contextualizar los resultados y aproximarse al objetivo de investigación.

### 5.3. Resultados

#### 5.3.1. Análisis de las sentencias de apelación

Se presentarán inicialmente los resultados de la aplicación de las 7 preguntas expuestas en la tabla 1 a las sentencias de apelación. La fuente de análisis detallada puede consultarse en el anexo 1, que corresponde a un Excel de 6 hojas que contiene una tabla en el que se encuentra la totalidad de las tablas dinámicas y gráficas utilizadas.

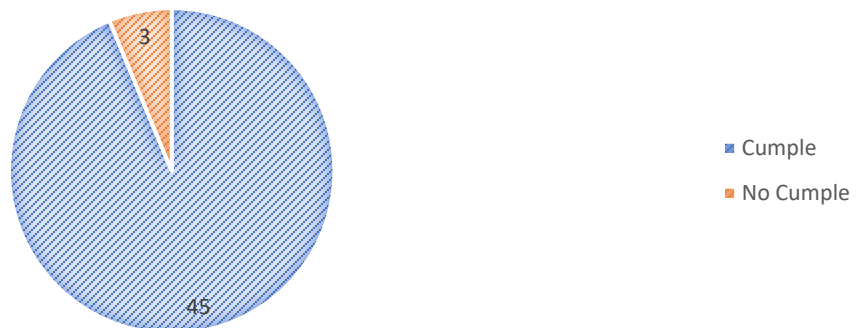
En primer lugar, hay que anotar que de la muestra total de 60 sentencias de apelación, 12 no realizaron análisis alguno de la imposición y graduación de la sanción, por no corresponder con aspectos impugnados.

De las 48 sentencias restantes se obtuvieron los siguientes datos:

Pregunta 1 ¿Existe motivación de la sanción?

#### Figura 1.

*Resultado de la pregunta 1 de las apelaciones*



Para dar contexto al presente resultado debe tenerse en cuenta que no se indagó por el cumplimiento general del deber de motivar adecuadamente la imposición y graduación de la sanción de conformidad con el artículo 40 del CDA, sino que se verificó de manera exclusiva la

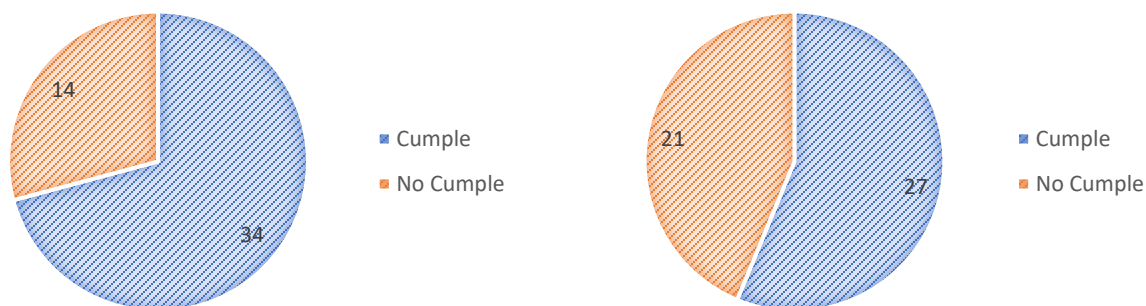
existencia de una motivación, esto es, que así fuera de manera sucinta el instructor se refiriera al tema.

Se halló total ausencia de motivación en 3 casos; en dos de ellos, se trató de una reducción de la sanción por circunstancias probatorias que modificaron las faltas imputadas, sin que se mencionara bajo qué criterios se aplicaba la nueva sanción, es decir, simplemente se estableció que se asignaba en su reemplazo, sin establecer o mencionar la aplicación de principios o criterios. En el caso restante, el apelante debatió precisamente la dosimetría de la sanción, sin embargo, en el fallo simplemente se le pone de presente la transcripción del párrafo del artículo 43 del CDA, sin ninguna otra explicación que permitiera relacionar tal cita con la imposición y graduación sancionatoria.

Preguntas 2 y 3 ¿En la motivación se menciona alguno de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad?, ¿En la motivación se mencionan los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad?

## Figura 2.

*Resultados de las preguntas 4 y 5 de las apelaciones*



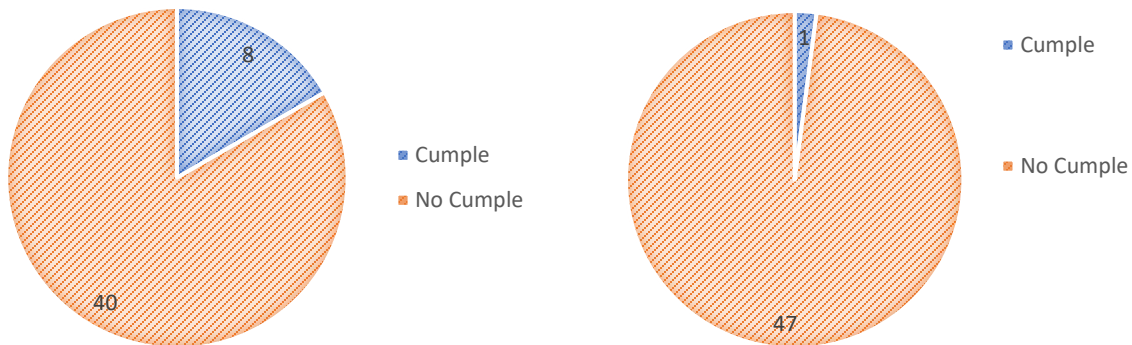
Los resultados de las preguntas 2 y 3 se presentan en conjunto, por cuanto ambas están orientadas a identificar la mera mención de los principios antes expuestos, como puede verse, la mayoría de las sentencias estudiadas mencionó al menos 1 de los principios previstos en el artículo

13 del CDU, sin embargo solo 5 de las 21 sentencias analizadas hicieron mención directa a los 3 principios, sobre esto cabe destacar que en muchos de estos casos, los principios solo fueron referidos para aludir a la exigencia normativa, situación que se explicará mejor al ver los resultados de las próximas 2 preguntas.

Preguntas 4 y 5 ¿Alguno de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad fue aplicado al caso concreto?, ¿Los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad fueron íntegramente aplicados al caso concreto?

**Figura 4.**

*Resultados de las preguntas 4 y 5 de las apelaciones*

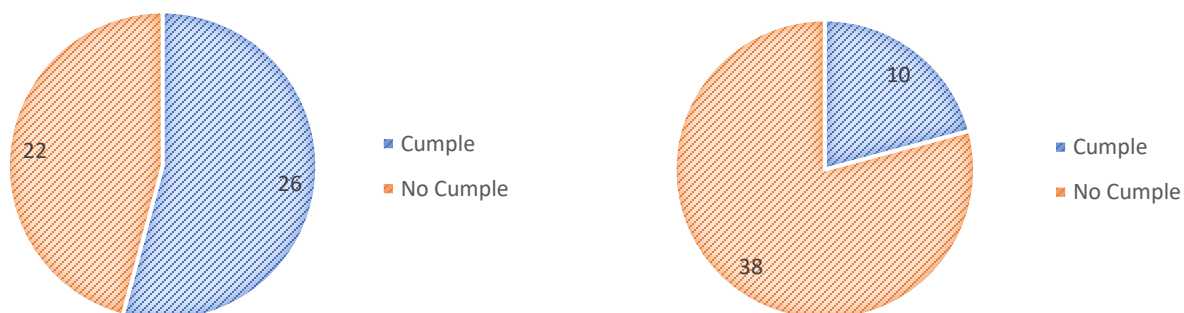


Como puede observarse, en la mayoría de los casos, el instructor no aplicó ningún principio al caso concreto, salvo por 8 sentencias en los que además de la mera mención se vislumbraron las circunstancias fácticas del caso a la luz de alguno de los principios dispuestos en la Ley, sin embargo, debe advertirse que solo en un caso hubo una aplicación de la totalidad de los principios. Sobre los 8 casos puntuales en los que existió algún tipo de aplicación se ampliará más adelante en el subtítulo de hallazgos y observaciones.

Preguntas 6 y 7 ¿En la motivación de la sanción fue expuesto algún o algunos de los criterios descritos en el artículo 45 del CDA?, ¿Se explicó de qué manera se aplicaron tales criterios para determinar la sanción?

#### Figura 4.

*Resultados de las preguntas 6 y 7*



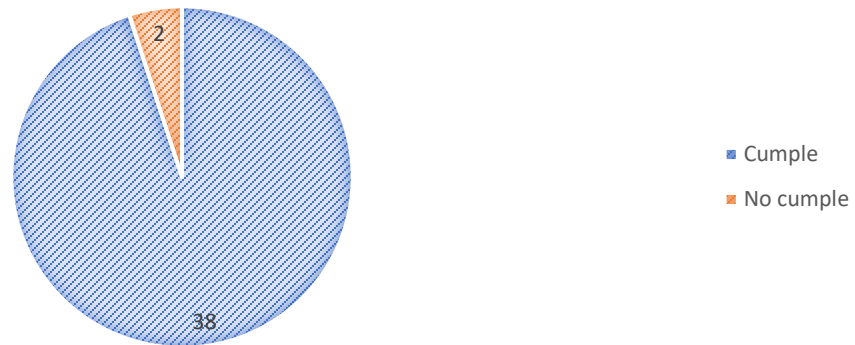
En las gráficas se observa como la mención de los criterios para graduar la sanción del artículo 45 son ampliamente mencionados, sin embargo a la hora de aplicarlos al caso concreto y explicar cómo operaron en la selección de la consecuencia jurídica se encuentra un vacío, sobre lo que debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos en los que se explicó la aplicación, se trató de establecer la modalidad de la conducta como agravante o atenuante.

#### 5.3.2. Análisis de las sentencias de consulta

Pregunta 1 Existe motivación de la sanción?

**Figura 5.**

*Resultados de la pregunta 1 de las consultas*

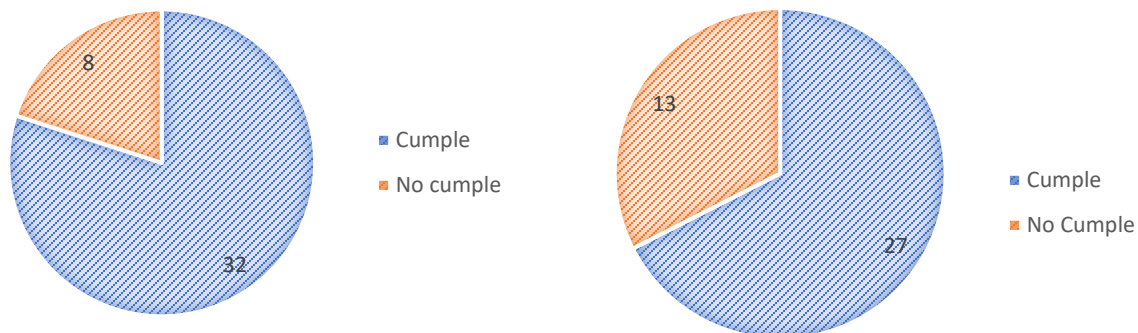


Como puede apreciarse, solo 2 de los 40 proveídos analizados presentaron ausencia de motivación, de manera similar a lo ocurrido en los trámites de apelación, en estos casos se trató del reemplazo de una sanción anterior por otra, en uno de ellos, la variación operó en virtud de la prescripción de una de las conductas endilgadas y en el segundo, por no haberse probado una de las faltas enrostradas. Como se dijo anteriormente, el grado jurisdiccional de consulta faculta al magistrado instructor para estudiar de manera integral el fallo, razón por la cual estos dos elementos de la muestra llaman la atención, por cuanto pese a la modificación sancionatoria no se expuso ningún argumento para asignar la nueva consecuencia, más allá de relevar a la asignada por el *a quo*.

Preguntas 2 y 3 ¿En la motivación se menciona alguno de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad?, ¿En la motivación se mencionan los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad?

**Figura 6.**

*Preguntas 2 y 3 de las consultas*

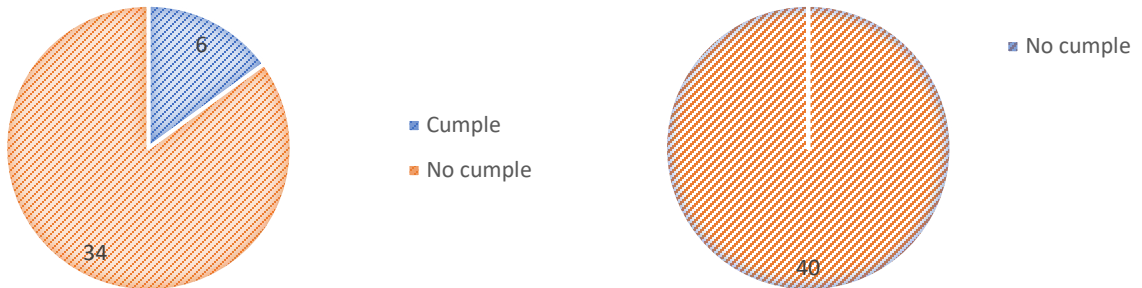


En este caso, las gráficas demuestran que en la mayor parte de las sentencias de consulta se hizo mención cuando menos de un principio de los exigidos en el artículo 13, en varios de estos no se desarrolló de manera teórica ninguno de los principios, sino que únicamente fueron mencionados para indicar que la sanción impuesta cumplía con tales presupuestos.

Preguntas 4 y 5 ¿Alguno de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad fue aplicado al caso concreto?, ¿Los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad fueron íntegramente aplicados al caso concreto?

**Figura 7**

*Respuestas a las preguntas 4 y 5 de las consultas*

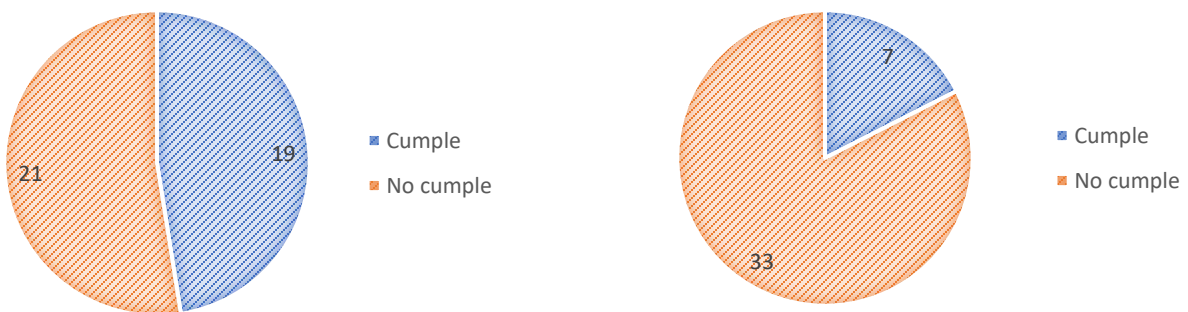


Como se observa, en las sentencias que surtieron el grado jurisdiccional de consulta, solamente 8 de 40 aplicaron alguno de los principios previstos en el artículo 13 al caso concreto y en ninguna de las providencias evaluadas se detectó la aplicación integral de los 3 principios, ni siquiera asumiendo la observancia del principio de razonabilidad a la aplicación del criterio de proporcionalidad.

Preguntas 6 y 7 ¿En la motivación de la sanción fue expuesto algún o algunos de los criterios descritos en el artículo 45 del CDA?, ¿Se explicó de qué manera se aplicaron tales criterios para determinar la sanción?

**Figura 8**

*Preguntas 6 y 7 de las consultas*



En las gráficas se observa que en menos de la mitad de los casos (19) hubo mención de los criterios para la graduación de las sanciones, de los cuales únicamente en 7 se explicó de qué forma fueron aplicados, sobre lo que se comenta que muchas de las menciones se refirieron a la modalidad de la conducta, esto es si se actuó con culpa o con dolo.

#### **5.4. Hallazgos y observaciones**

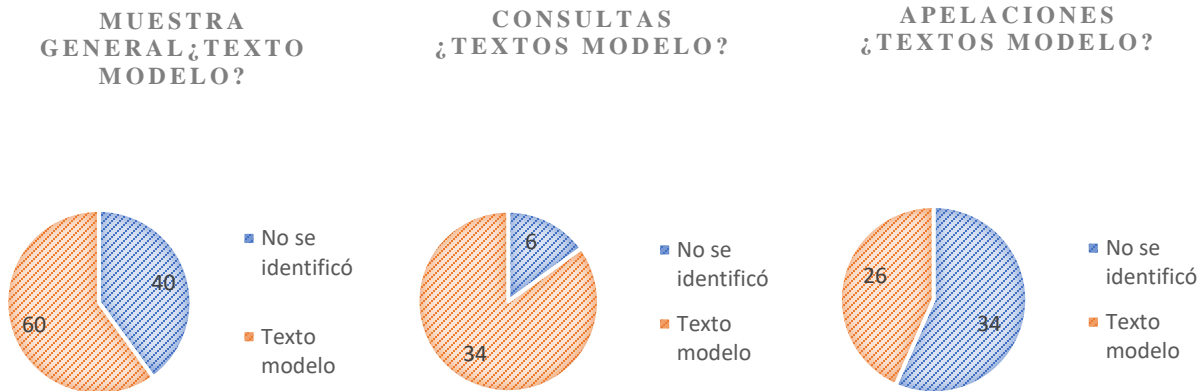
Para dar contexto a las cifras y gráficas presentadas, a continuación se expondrán ciertos hallazgos y observaciones generales sobre la muestra y se destacarán aspectos particulares de las sentencias analizadas, para aproximarse a los datos desde múltiples enfoques.

En este punto del análisis, se expondrán tanto características comunes de la muestra en general como de las submuestras (consultas y apelaciones) que fueron extraídas como observaciones que pueden ser consultadas en las tablas y gráficas incluidas en el libro Excel del anexo 1, así como de los cruces de la información obtenida.

En primer lugar, se cuenta como hallazgo importante la gran cantidad de textos modelo, que se repiten de forma recurrente en la mayoría de las sentencias, en los que se cita jurisprudencia y se hace alusión a principios y criterios requeridos para la imposición y graduación de la sanción, sin que tales consideraciones sean aterrizadas al análisis del caso en concreto salvo por pocos casos. Es decir que, simplemente se incluye un párrafo o serie de párrafos que aluden a los principios y criterios, sin explicar la relación entre los mismos y los motivos de determinación cualitativa y cuantitativa de la sanción. Sobre lo anterior cabe añadir que no se puede identificar la fuente de dichos apartes, en tanto no hay citas que permitan determinar la autoría y se encuentran en providencias de distintos magistrados. Para ilustrar se muestran las siguientes gráficas y ejemplos:

**Figura 9**

*Identificación de textos modelo*



Se identifica más textos modelo en las consultas que en las apelaciones, resaltándose que en la muestra general la mayor parte de las sentencias que la integraron (60 de 100) presentaban estos párrafos genéricos que en la mayoría de los casos constituyeron todo el acápite de determinación sancionatoria.

En el anexo 2, que es un documento en formato PDF se pueden encontrar todos los fragmentos de texto recurrentes que se hallaron en estas 60 providencias, no obstante, aquí se citarán algunos como de la autoría del la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en tanto no se pudo obtener el dato del autor original:

“Es entonces, que acorde con el principio de necesidad, íntimamente ligado con la función de la sanción disciplinaria, no admite duda que en el sub lite, le es imperativo al operador disciplinario afectar con sanción al profesional del derecho, pues la imposición de la referida, cumple con el fin de prevención particular, entendiéndose este, como un mensaje de reflexión para los profesionales del derecho, y a futuro se abstengan de

incurrir en conductas consagradas como faltas disciplinarias, o incumplan sus deberes en el ejercicio de la profesión de la abogacía.

En cuanto a la SANCIÓN impuesta, la Sala comparte los motivos del a quo, pues consideró la modalidad y gravedad de las faltas, al establecer que los profesionales del derecho están llamados a dar ejemplo de diligencia y lealtad con sus clientes” (Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura)

De la dosimetría de la Sanción. - Respecto de la sanción impuesta, observa esta Superioridad que guarda concordancia con las faltas imputadas y consultó los parámetros establecidos en el artículo 13 de la Ley 1123 de 2007, es decir, es razonada, necesaria y proporcionada y está conforme a los criterios de graduación de que trata el artículo 45 ibídem, tales como la trascendencia social de la conducta, la modalidad, circunstancias y el perjuicio causado.

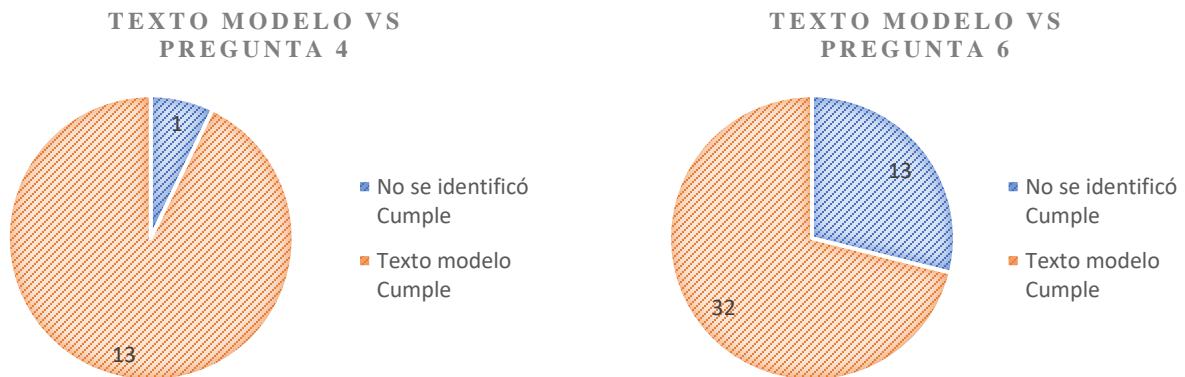
De igual manera, la sanción impuesta cumple con el principio de proporcionalidad en la medida de que corresponde a la respuesta sancionatoria con la gravedad de la misma, pues sin justificación alguna, el jurista dejó hacer oportunamente diligencias propias del asunto encomendado por el quejoso. (Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura)

Del hallazgo arriba presentado, cabe aclarar que no en todos los casos la inclusión de textos modelo similares a los arriba citados incluyeron de suyo una falta de análisis del caso concreto a la luz de los principios y criterios aplicables a la determinación sancionatoria; al respecto se cruzó la identificación de los textos modelo con la pregunta 4 y 6 sobre la aplicación de principios y criterios respectivamente y se obtuvo lo siguiente:

En las gráficas expuestas se muestra que la mayoría de las sentencias que cumplen con la aplicación de al menos uno de los principios y criterios al caso concreto, están basados en textos modelo, esto sucede porque en tales providencias se incluyeron los mencionados párrafos genéricos, sin embargo las consideraciones allí descritas fueron contrastadas con las circunstancias de hecho.

**Figura 10**

*Identificación de textos modelo vs aplicación de principios y criterios*



Otro dato general para tener en cuenta es que 16 sentencias de la muestra modificaron la sanción, de las cuales 9 no cumplieron con la aplicación de al menos uno de los criterios dispuestos en el artículo 13 del CDA de acuerdo con la pregunta 4 y solo 3 cumplieron con la aplicación de alguno de los criterios previstos en el artículo 45 *ibidem*.

De otro lado, hubo dos casos (las sentencias identificadas con los números 32 y 33 de la muestra) en los que se absolvió por alguna de las conductas endilgadas en primera instancia y aun así se mantuvo la sanción primigenia, en ambas ocasiones sin proceder a la aplicación de ningún criterio o principio.

Por último, en varias providencias tanto de apelación como de consulta se encontró que se aplica la trascendencia social de la conducta como agravante, en atención a la profesión de abogado del disciplinado que causa una afectación con su conducta a la imagen que tiene el conglomerado social de este oficio.

## **6. Conclusiones**

El abogado por sus conocimientos y facultades es un usuario especial del lenguaje jurídico, dicho lenguaje de acuerdo con Habermas funciona como un punto de conexión y retroalimentación ambivalente entre el lenguaje común y el sistema (Habermas, 1998), en ese entendido, en la función de litigio y asesoría los profesionales del derecho tienen un papel preponderante para lograr tal comunicación, por cuanto son intérpretes tanto de la norma, como de la realidad fáctica, puesto que en desarrollo de su labor deben analizar las circunstancias de hecho en conjunto con el marco legal para incidir en las autoridades y solucionar conflictos, al tiempo que reducen la complejidad propia del sistema legal, para otorgar explicaciones e interpretaciones a los miembros del conglomerado social que acuden a sus servicios en busca de asesoría.

Lo anteriormente expuesto se traduce en el derecho fundamental de la ciudadanía a acceder a la administración de justicia y a las autoridades, prerrogativa que supone la realización y garantía de múltiples derechos fundamentales, por lo que el ejercicio profesional de la abogacía cumple una función social y su mala praxis conlleva grandes riesgos tanto para los intereses y derechos particulares de los clientes, como para los objetivos del Estado social de derecho en general.

La función social y los riesgos arriba descritos justifican la existencia de un régimen deontológico – disciplinario para regular el comportamiento de los juristas en su ejercicio. Tal cometido ha sido de suma relevancia en el derecho colombiano, hasta el punto de que la competencia para juzgar a estos profesionales reside en una autoridad jurisdiccional y no en una organización gremial, como ocurre con las demás profesiones sometidas a vigilancia.

Sobre el aspecto deontológico del código, debe decirse que la norma jurídica aquí estudiada constituye la parte positivizada de la ética ligada al ejercicio de la profesión del derecho, por cuanto su espectro va mucho más allá de los parámetros regulados; compromete también el fuero interno del profesional y las expectativas tanto del gremio y las autoridades como del conglomerado social. Esta parte positivizada se manifiesta en forma de deberes con una alta carga moral instituidos en el CDA con el fin de orientar la conducta de los destinatarios a un ejercicio adecuado de sus labores.

Sobre el aspecto disciplinario, se sintetiza que el fin de este es sancionar las conductas que se aparten de los deberes deontológicos cuyo quebranto está descrito como falta y puede acarrear la declaración de responsabilidad así como una sanción, luego de surtirse un trámite procesal de corte inquisitivo. Las sanciones (censura, multa, suspensión y exclusión) tienen una finalidad tanto correctiva, enfocada en la punición de las conductas antiéticas del infractor, como preventiva, enfocada en enviar un mensaje a los destinatarios de la norma para que ajusten su conducta a los deberes previstos.

Como quiera que la norma no estableció de manera expresa de qué manera deben ser aplicadas las consecuencias de la responsabilidad disciplinaria, puede identificarse la imposición y graduación de las sanciones como una manifestación de discrecionalidad, ya que el instructor es quien se encarga de asignar tanto cualitativa, como cuantitativamente la respuesta punitiva.

Sobre la discrecionalidad, puede decirse que es un ámbito en el que se otorga una facultad interpretativa – creativa al ejecutor de la norma, que está ligado al nivel de indeterminación de esta, ante su imposibilidad de prever la multiplicidad de circunstancias en las que puede derivar su aplicación. De lo dicho, se concluyó que la discrecionalidad no puede observarse en la identificación de su ausencia o presencia, sino que se trata de un asunto de gradualidad, en relación directa con la ambigüedad o indeterminación normativa.

En este caso, la indeterminación y ámbito discrecional para imponer y graduar la sanción, deviene de la voluntad legislativa, que otorgó al competente en esta materia dicha facultad, no obstante, no debe confundirse la discreción del fallador con la simple elección, por cuanto la primera constituye un ejercicio razonable y argumentativo (Hart, 2014), mientras la segunda solo es una exteriorización de la subjetividad.

Precisamente, la norma y la jurisprudencia han establecido los límites de la discrecionalidad del juez para asignar consecuencias a la responsabilidad en el régimen disciplinario contenido en el CDA, dichos límites se erigen como deberes del juez, como lo son la motivación de la sanción, la aplicación de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad y la consulta y aplicación de los criterios generales, de atenuación y agravación expuestos en el artículo 45 *ejusdem*.

La motivación de la sanción, que es un derecho en cabeza del investigado y la sociedad y un deber del juez, engloba la aplicación de los principios y criterios arriba señalados; en ese sentido funge como la manifestación de los argumentos que orientan la discrecionalidad a la hora de asignar tal consecuencia punitiva, por lo que debe expresar de manera prístina la forma en la que se aplicaron los principios y criterios que enmarcaron la respuesta punitiva tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo.

Luego de hacer el contraste entre el marco legal y jurisprudencial aplicable a la discrecionalidad sancionatoria en el marco de la Ley 1123 de 2007 y una muestra significativa de sentencias sancionatorias, a la luz de las 7 preguntas dicotómicas de la tabla 1 y las observaciones realizadas mediante el proceso de lectura y análisis, el resultado más contundente que arrojó esta evaluación comparativa es la casi total falta de aplicación de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, así como de los criterios dispuestos en el artículo 45 (Ley 1123, 2007).

De lo dicho se resalta que solo una de las providencias analizadas realizó una verdadera aplicación de los principios tantas veces mencionados a las circunstancias del caso concreto, sobre lo que se destaca que en este único caso tampoco resalta la univocidad y claridad de las razones para determinar los aspectos de la sanción, como lo ordena el artículo 46 del CDA (Ley 1123, 2007), no obstante si se identificó al menos una relación de las circunstancias fácticas en las que se cometió la falta, con los principios y criterios.

Del mismo modo, como se observó, la mayoría de las sentencias analizadas llenaron el apartado de dosificación sancionatoria con textos modelo genéricos, en los que se refieren los principios y se cita jurisprudencia relacionada con estos, sin que se aterricen los mismos al caso concreto ni mucho menos se establezca de qué manera afectaron la imposición y graduación sancionatoria.

Tal hallazgo puede identificarse como una manifestación de motivación aparente (Ibañez, 2011), por cuanto no aborda el fondo de la cuestión, es decir, no explica la manera en la que se asignó el tipo y *quantum* de la respuesta punitiva, sino que fue copiado e incluido únicamente con el fin de cumplir un formalismo, sin aportar nada al análisis ni mucho menos permitirle al destinatario o la sociedad saber cuál fue el criterio del fallador para tomar su decisión,

acercándose al decisionismo metodológico, es decir, a la voluntad del juez que luego se justifica en la norma.

Una situación similar ocurre con la consulta y aplicación de los criterios, que si bien tienen una mayor relación con el caso concreto, en general solo se acude a algunos de ellos, fundamentalmente el de modalidad de la conducta, más para llenar el requerimiento de establecer una responsabilidad subjetiva que para tasar la sanción.

Del mismo modo se encontró una forma de aplicar el criterio de trascendencia social de la conducta de una manera que aquí se considera al menos inadecuada, por cuanto se ligó dicha trascendencia a la calidad de abogado del inculpado, lo que sugiere que la incursión en cualquier falta trae de suyo la aplicación de este criterio como agravante, dado que es necesario tener la calidad de abogado para ser sujeto pasivo de la acción disciplinaria.

Con todo, se identificó que en la teoría, la norma y la jurisprudencia, la imposición y graduación de la sanción disciplinaria a los abogados es de carácter discrecional y guarda sus límites en el deber de motivar y el de consultar y aplicar los principios y criterios expuestos en el CDA, sin embargo, en la práctica, basándose en la muestra estudiada, no puede hablarse de discrecionalidad desde el punto de vista de Hart, es decir, un ejercicio de prudencia, sabiduría y discernimiento (Hart, 2014) sino como una mera elección, un acto relacionado con el querer sin carga argumental.

### Referencias Bibliográficas

- Aarnio , A. (1995). Sobre la Ambigüedad semántica en la Interpretación Jurídica. En *Derecho, racionalidad y comunicación social : ensayo sobre filosofía del derecho*. México D.F. : Fontamara.
- Aguirre Román, J. O. (2008). La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico. *Opinión Jurídica*, 7(13), 139 - 162.
- Aparisi Millares, Á. (2006). *Ética y deontología para juristas*. Eunsa. Ediciones.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia . Bogotá D.C, Colombia.
- Atienza, M. (2016). *Las razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- Barón de Montesquieu, C.-L. (1906). *El espíritu de las leyes*. (S. G. Mazo, Trad.) Madrid, España: Librería General de Victoriano Suárez.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad del Externado.
- Castaño Ocampo, L. M. (Febrero de 2020). De las formulaciones deontológicas en la actividad profesional del abogado a su sanción-historia, desarrollo de la abogacía y la necesidad de la regulación legal para su ejercicio. Bogotá, Colombia: Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.
- Congreso de la República . (28 de Enero de 2019). Ley 1952. *Código General Disciplinario*. Bogotá.

Congreso de la República. (1995). Ley 200. *Código Disciplinario Único*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (22 de enero de 2007). Ley 1123. *Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado*. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República. (1 de Julio de 2015). Acto Legislativo 02. *Reforma al Equilibrio de Poderes*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional. (2 de Abril de 2008). Sentencia C-290.

Duque Sandoval, O. (2007). Concepciones del derecho y la discrecionalidad judicial. *Criterio Jurídico*(7), 59 - 106.

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel.

Forero Salcedo, J. (2007). En *Lecciones de derecho disciplinario* (Vol. 3, págs. 41 - 74). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público: Procuraduría General de la Nación.

Franco Tobón, N. (2019). *Abogados al Derecho. Marketing Jurídico y Responsabilidad Profesional* (Segunda ed.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Gómez González, R. F. (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Ius et Praxis*, 2(26), 193-218.

Gómez Pavajeu, C. A. (2007). Sobre Los Orígenes De La Relación Especial De Sujeción. En V. Autores, *Lecciones de Derecho Disciplinario Vol.III* (págs. 38-39). Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid, España: Trotta.

Hart, H. (1977). American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. *Sibley Lecture Series*. 33. Obtenido de

[https://digitalcommons.law.uga.edu/lectures\\_pre\\_arch\\_lectures\\_sibley/33](https://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33)

Hart, H. (2014). Discrecionalidad. *Doxa*(37), 85-98.

Ibañez, P. A. (2011). *Cultura constitucional de la jurisdicción*. Bogotá: iglo del Hombre Editores/Universidad EAFIT.

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (Segunda ed.). (R. Venerego, Trad.) Mexico D.F, Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico.

Maya Villazón, E. J. (2007). Estado Actual De La Dogmática Del Derecho Disciplinario. En V. autores. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Presidente de la República . (28 de Enero de 2000). Decreto 262. Bogotá , Colombia.

Presidente de la República. (1 de Marzo de 1971). Decreto 196. Colombia.

Real Academia de la Lengua Española. (s.f.). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/procurar?m=form>

Riascos Gómez, L. O. (2010). Las Faltas Y Sanciones Disciplinarias En El Nuevo Código Disciplinario. En *El procedimiento Disciplinario de los Abogados En la Ley 1123 de 2007*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial: El debate Hart - Dworkin*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre/Facultad de Derecho Uniandes.

Ruíz Ruíz, R. (2014). *De los principios jurídicos, la discrecionalidad judicial y el control de constitucionalidad*. Cali: Universidad Autónoma de Occidente.

Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. (5 de Agosto de 2020).

Sentencia Rad. 110011102000201504412 01. Bogotá, Colombia.

Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. (s.f.). Varias sentencias.

Saldaña Serrano, J. (2013). La Deontología Jurídica: asignatura pendiente para los bogados. En *Ética profesional del abogado: (Cuadernos de extensión jurídica ; 24 ed., pág. Principios generales y comentarios al nuevo Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile)*. Santiago, Chile: Universidad de los Andes.

Sentencia 201401180 01, Radicado No. 760011102000201401180 01 (Sala Jurisdiccional Disciplinara del Consejo Superior de la Judicatura 20 de Febrero de 2020).

Sentencia C-022 (Corte Constitucional 26 de Enero de 1996).

Sentencia C-098 (Corte Constitucional 11 de Febrero de 2003).

Sentencia C-138 (Corte Constitucional 28 de Marzo de 2019).

Sentencia C-196 (Corte Constitucional 7 de Abril de 1999).

Sentencia C-290 (Corte Constitucional 2 de Abril de 2008).

Sentencia C-290 (Corte Constitucional 2 de Abril de 2008).

Sentencia C-396 (Corte Constitucional 24 de Mayo de 2006).

Sentencia C-819 (Corte Constitucional 1 de Noviembre de 2011).

Sentencia Rad. 201503429 01 (Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la  
Judicatura 3 de Junio de 2020).

Sentencia SU-355 (Corte Constitucional 28 de Agosto de 2020).

Sentencia T-121 (Corte Constitucional 26 de Febrero de 1999).

Sentencia T-214 (Corte Constitucional 16 de marzo de 2012).

Sentencia T-316 (Corte Constitucional 15 de Julio de 2019).

Sentencia T-625 (Corte Constitucional Noviembre de 11 de 2016).

Tutela 98178, 98178 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal 16 de Agosto de  
2018).

Váldez Palacios et al. . (2007). El principio de proporcionalidad en el ámbito de las sanciones  
disciplinarias en Colombia. En *Lecciones de Derecho Disciplinario* (Vol. II, págs. 49-  
71). Bogotá, Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público.