

SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN 2017-00533

ALVARO DIAZ GARNICA <diazgarnicaasociados@gmail.com>

Lun 18/01/2021 2:31 PM

Para: Secretaria Sala Disciplinaria Consejo - Valle Del Cauca - Cali <ssdisvalle@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (55 KB)

apelación 00533.docx;

favor confirmar recibido

Gracias

Santiago de Cali, 18 de enero de 2021

Doctor
GUSTAVO ADOLFO HERNANDEZ QUIÑONEZ
H. Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Valle del
Cauca.
Consejo Seccional de la Judicatura.

REF: RAD. 76001 11 02 000 2017 00533-00

En calidad de disciplinado dentro del asunto de la referencia, atenta y respetuosamente me dirijo a usted, con el propósito de **SUSTENTAR** el recurso de **APELACIÓN**, interpuesto contra la sentencia No. 40, de 13 de noviembre de 2020. Dentro de ese específico marco, con todo comedimiento, a la Honorable **COMISIÓN DE DISCIPLINA JUDICIAL**, le formulo las siguientes:

1. PETICIONES:

1.1. DECLARE LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO, DE CONFORMIDAD CON LAS CONSIDERACIONES QUE SE PLASMARÁN EN LOS ACÁPITES CORRESPONDIENTES Y,

1.2. REVOQUE EL FALLO CONDENATORIO MATERIA DE IMPUGNACIÓN.

2. ASPECTOS PRELIMINARES

2.1. Nada distinto a un fallo condenatorio podía esperarse en este asunto, cuando desde la primera audiencia, en la que hice presencia, el Magistrado instructor mostró su gran molestia por mi intervención y reclamación dado el erróneo emplazamiento del que fui objeto; animadversión que se mantuvo e incrementó durante el desarrollo del proceso, al extremo de haber dispuesto compulsar copias para que se me investigara penal y disciplinariamente, cuando, dada su amplia experiencia, sabía que no había incurrido en ninguna conducta punible ni disciplinaria, pues, por un lado, estaba actuando en legítimo ejercicio del derecho de defensa, tal como lo determinó el Honorable Magistrado, que avocó el conocimiento de las copias compulsadas y por otra parte, no era sujeto disciplinable toda vez que no obré en ejercicio de la profesión y en la misión de asesorar, patrocinar y asistir a las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, tal como lo dispone el artículo 19 de la ley 1123 de 2007.

2.2. Precisamente en razón a esa manifiesta animadversión me vi en la necesidad de recusar al Magistrado sustanciador y ponente; recusación que no tuvo éxito, pero que, en todo caso, fue mal resuelta, a partir de equivocadas interpretaciones de los textos legales.

3. DE LA NULIDAD POR VIOLACIÓN DE GARANTIAS.

3.1. Indudablemente se incurrió en la nulidad prevista en el numeral 3° del artículo 98 de la ley 1123 de 2007, pues existen irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso. Esa irregularidad afecta garantías claras del suscrito abogado disciplinado y no existe otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial, concretándose los

principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación, según el artículo 101 de la ley 1123 de 2007. Esto, como es consustancial a las exigencias del artículo 100 de la misma ley, se demostrará en lo que sigue.

3.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha reiterado y recordado, que uno de los elementos del debido proceso es la imparcialidad del funcionario encargado del procesamiento, del juzgamiento y de la emisión de la sentencia respectiva. También ha indicado que los Estados tienen la obligación de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial sencillo rápido, ante juez o tribunal competente y efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

En punto de ello, la mencionada Corte de Derechos Humanos, en el caso MARTINEZ ESQUIVA VS COLOMBIA, y concretamente en la sentencia de 6 de octubre de 2020, recordando otros fallos del mismo Tribunal, consideró lo siguiente:

“130. Este Tribunal ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial sencillo, rápido, ante juez o tribunal competente y efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales¹. En cuanto a la efectividad del recurso, la Corte ha establecido que para que tal recurso efectivo exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos

¹ Caso *Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párr. 95*, y Caso *Noguera y otra Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2020. Serie C No. 401, párr. 79*.

recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios². Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento³.

131. Por otra parte, este Tribunal ha indicado que el artículo 8.1 de la Convención implica que el Estado debe garantizar que la decisión que se produzca a través del procedimiento llevado a cabo satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido⁴.”

3.3. Pues bien: oportunamente, recusé, de forma respetuosa, al Magistrado **GUSTAVO ADOLFO HERNANDEZ QUIÑONEZ**, encargado de la tramitación del proceso y ahora ponente del fallo. Recusación que estuvo fundamentada en la animadversión que demostró desde la audiencia preliminar.

Esa recusación, como era de esperarse, no fue aceptada por el magistrado, por lo que dispuso pasar el asunto a su homólogo de turno.

Fue así, como el Dr. **LUIS ROLANDO MOLANO FRANCO**, mediante providencia de 22 de julio de 2020, resolvió no aceptar la recusación

² Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, supra, párr. 89, y *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*, supra, párr. 101

³ Cfr. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 58; *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 73, y *Caso Romero Ferris Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391, párr. 135

⁴ Cfr. *Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 122, y *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*, supra, párr. 102.

planteada y dispuso que “...**el expediente sea regresado a su lugar de origen para que se continúe con el trámite respectivo**”.

Es del caso señalar, que directamente al Dr., **LUIS ROLANDO MOLANO**, se le pidió que declarar fundada la recusación. Esto se hizo con los siguientes argumentos:

*“1.1. Sea Lo primero indicar, que no invité al mencionado Magistrado, a que se declare impedido, pues esa figura no existe en el sistema jurídico colombiano. Lo que presenté fue una **RECUSACIÓN**. De ahí que el Magistrado se equivoca al decir que “**NO ME DECLARO IMPEDIDO**”. No obstante, ello puede ser problema de giro argumentativo o una errónea utilización de los términos, sin mayor trascendencia, pues lo explícito es que se trata de una **RECUSACIÓN**.*

1.2. Según lo dicho por el Magistrado, en su defensa, no me conocía y su actuación ha sido pulcra, para lo cual ha plasmado un listado de actuaciones, que vistas de manera objetiva y fría, deja la idea de que no hay animadversión de su parte para con el suscrito. Pero las cosas no son así, pues la mirada debe ser integral.

*1.3. El mismo Magistrado transcribe lo que dijo en la audiencia del 21 de junio de 2018, cuando se llevó a cabo la primera audiencia. Allí quedó registrado que, después de mi presentación y donde reclamé, de manera respetuosa, que se me había emplazado y declarado persona ausente de manera irregular y que dada mi calidad de profesor, Conjuez de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali y abogado con algún prestigio, me interesaba afrontar el proceso, el Magistrado dijo: “**Doctor usted es profesor y se jacta de su prestigio**” y fue cuando le respondí que no me estaba jactando, pues mi propósito era muy distinto. Esa manifestación la hizo de mala manera, notoriamente disgustado. La expresión “**jactarse**”, traduce hablar o presumir una persona de que tiene cierta cualidad, aunque no la tenga; equivale a alabarse excesivamente y presuntuosamente, con fundamento o sin él. Como bien se conoce, el lenguaje expresa sentimientos y emociones y con esa respuesta del Magistrado, quedó clara su molestia, por el simple hecho de haber realizado una reclamación justa. Pero podría pensarse que fue una mala salida del funcionario, o un mal momento; empero, en el transcurso del proceso ha quedado al desnudo esa animadversión, al fustigarme con investigaciones no solo dentro de este asunto sino dentro de otros y querer violarme el derecho de defensa.*

1.4. Obsérvese que el Magistrado, en su auto donde “no se declara impedido” nada dice sobre ese emplazamiento irregular, como tampoco nada dice sobre la compulsión de copias para que se me investigara disciplinariamente dentro del asunto disciplinario 760011102000201700126. Dentro de ese asunto, por el hecho de que el abogado defensor que nombré solicitó un plazo razonable para presentar los alegatos de conclusión, el señor Magistrado se disgustó

y ordenó compulsar copias para que se me investigara disciplinariamente, a pesar de que no hice presencia en esa audiencia y de que la solicitud del abogado era legítima y que además no era el suscrito destinatario de la ley disciplinaria porque no estaba asesorando, patrocinando o asistiendo a persona jurídica o natural alguna, sino ejerciendo mi derecho a la defensa material. Esa audiencia se llevó a cabo el 17 de febrero de 2020. En la audiencia celebrada el 19 de febrero de 2020, dentro del mismo asunto, se presentaron los alegatos y la Procuradora Delegada, le solicitó al Magistrado, que revocara la orden de compulsar copias en mi contra, pues no era sujeto disciplinable, guardando silencio al respecto y luego definitivamente compulsó las copias. En el día de hoy, dentro de la radicación 76-001-11-02-000-2020-00327-00, y por parte del Honorable Magistrado LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO, se llevó a cabo audiencia de pruebas y calificación provisional, dentro de la cual dispuso el **ARCHIVO** de las diligencias en razón a que el suscrito había actuado en legítimo ejercicio de un derecho, como era el de defenderme; decisión que tomo de plano, escuchando la solicitud de archivo de la Delegada del Ministerio Público, Dra. LILIANA ROSALES y del suscrito. Se nota, entonces, que el Magistrado recusado, con amplísima experiencia, sabedor de que no era sujeto disciplinable y que estaba actuando en legítimo ejercicio de mi derecho a la defensa material, de manera caprichosa, pasando por alto la solicitud de la Procuradora, ordenó investigarme disciplinaria y penalmente. Y eso, sin más, es acuso y persecución.

1.5. Entonces, el comportamiento del Magistrado, no debe observarse aisladamente sino de manera integral. Mírese como dentro del proceso en el cual lo he recusado, también ordenó que se me investigara penalmente, conforme al artículo 454C, que fuera adicionado al Código Penal por la ley 890 de 2004, porque según el Magistrado, he impedido la celebración de las audiencias, cuando debería saber que ese delito fue creado por legislador ordinario para proteger el sistema penal acusatorio. Además, esa compulsión de copias no hace otra cosa que criminalizar mi legítimo derecho a la defensa.

1.6. Los alegatos de conclusión no se pudieron presentar dentro de este asunto, porque la audiencia celebrada el 7 de septiembre de 2018, no quedó bien grabada, es decir, era inaudible y eso se lo hice saber en varios memoriales que le presenté. Es más, en la audiencia del 06 de septiembre de 2019, se solicitó la nulidad en razón a que el audio de la audiencia del 7 de septiembre de 2018, era inaudible y tal como lo sostiene el mismo Magistrado, en el punto 12 del auto de no impedimento, él mismo nulizó la audiencia de alegatos y dispuso fijar el 18 de septiembre de 2019, como fecha para entregar “**el audio mejorado**”, pero eso no se cumplió. Y según el reporte del servicio de diagnóstico, el audio era aceptable de 50 a 60 decibeles. Es decir, el mismo funcionario constató que el registro era inaudible y por eso ordenó mejorarlo. Por tanto, mis solicitudes eran fundadas y no tenían el propósito de obstruir la actuación. Muy a pesar de ello, en un acto de abuso del cargo, dispone compulsar copias para que se me

investigue penalmente. Se nota, como consecuencia, la idea fija de “empapelarme” penal y disciplinariamente, con explícito abuso de poder, lo cual desdice de su Magistratura y deja en claro su falta de ponderación para juzgarme.

1.7. El señor Magistrado pretendía que la audiencia de alegaciones se hiciera sin conocer los cargos, pues el registro de la audiencia era inaudible y aun sigue siendo parcialmente inaudible. En el proceso podrá constatarse que mis ausencias están justificadas y además algunas fechas coinciden con el aislamiento obligatorio como es la del 28 de abril de 2020.

*1.8. En la audiencia prevista para el 16 de julio de corriente año, como el mismo Magistrado lo pudo advertir, no me fue posible conectarme adecuadamente para hacer la audiencia virtual. La asistente del Magistrado, me llamó a mi celular y me dijo que a través de él podía escuchar al Magistrado y él escucharme a mí, pero la verdad es que la comunicación era muy deficiente y en un momento dado pude escuchar que me daba 20 minutos para alegar por **vía celular** y en ese momento la comunicación se cortó. Considero que así no se puede realizar una audiencia virtual y menos garantizar el derecho de defensa. No creo que el medio virtual, que de por sí es deficiente y genera dificultades, puede suplirse con un celular y que por medio de él se presenten alegatos, estando de por medio el sagrado derecho de defensa. Es más, la defensora que nombró para que me asistiera en esa audiencia y presentara los alegatos de fondo, le había presentado un memorial solicitándole más tiempo para preparar la audiencia, dada su inexperiencia en asuntos disciplinarios, pues era el primer caso que asumía; empero, no le mereció ninguna consideración. De eso me enteré después de esa fecha (17 de julio), como igual no sabía que había relevado del cargo de defensor que conocía el asunto desde un comienzo, pues no se me comunicó.*

1.9. Es evidente que el señor Magistrado, confunde la legítima autoridad con el nocivo autoritarismo. Son dos cosas muy distintas. La autoridad influye, el autoritarismo impone. La autoridad inspira confianza y respeto, el autoritarismo inspira temor. La autoridad guía, el autoritarismo hostiga. La autoridad se tiene, el autoritarismo se fuerza. La autoridad no requiere ser reivindicada ni impuesta, sino que fluye de manera natural; el autoritarismo tiene que ser forzado de manera constante con nuevas amenazas e imposiciones. La autoridad es el camino a un gobierno equilibrado, el autoritarismo es el camino al desgobierno y al desastre. Por todo ello, no se puede confundir autoridad con poder. Así lo reconoce la filosofía elemental⁵. Entonces, en mis casos, se ha materializado un verdadero autoritarismo, pues he sido hostigado, al punto que el magistrado no solo genera total desconfianza sino temor, zozobra y desconcierto.

1.10. En todo momento, el Magistrado no hizo sino amenazar con investigar disciplinariamente a los abogados, ordenar investigaciones

⁵ Obra “NO CONFUNDAS” de JOSE LUIS NAVAJO.

penales y disciplinarias, descocer la realidad procesal. Es más, los mismos cargos formulados son caprichosos, pues a pesar de que presenté las justificaciones para no asistir a las audiencias dentro del proceso penal, le fueron inanes.

1.11. desde el punto de vista jurídico, es decirse que en los últimos tiempos ha tomado fuerza la **TEORÍA DE LA APARIENCIA DE LA IMPARCIALIDAD**. En efecto, el Consejo de Estado, sección 4^o, en sentencia 11001031500020190227001 (AC), de agosto 1^o de 2019, C.P. JULIO ROBERTO PIZA, razonó que si bien la accionante cuestionaba que la recusación no se adecuaba a las causales que taxativamente contempla la ley, era aplicable la “**TEORÍA DE LA APARIENCIA DE LA IMPARCIALIDAD**”, extraída de pronunciamientos proferido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como fundamento para apartar a la servidora (una honorable magistrada de la Corte Suprema de Justicia). Justamente, la Sala negó que esa actuación configuraba un defecto sustantivo, en tanto constituyen criterios herméticos relevantes para que las autoridades colombianas determinen los contenidos y el alcance de la norma cuando están involucrados derechos fundamentales.

En ese escenario, explicó que la tesis referida buscaba garantizar la confianza que los Tribunales, deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática en la que hay que preferir “un modelo de juez rodeado de apariencia de imparcialidad, no solo en la realidad de su desconexión con las partes y con el objeto del proceso, sino también en su imagen, eliminando cualquier sombra al respecto cuando existen elementos objetivos que puedan justificar una apariencia de imparcialidad”.

El Tribunal Europeo, por ejemplo, al acogerla consideró que la imparcialidad implica una distinción entre el aspecto subjetivo, que tratad de averiguar la convicción personal de un juez determinado en el caso concreto, y el aspecto objetivo, que se refiere a si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. Y para ello sugiere que “debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables”⁶.

1.12. Justamente a esos aspectos objetivos y subjetivos me referí en el memorial de la recusación, con base en doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Y lo hice porque constituye la teoría de la apariencia de imparcialidad, que ha tomado fuerza en el ordenamiento jurídico colombiano. Tan es así que también la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sus últimos pronunciamientos en punto del principio de imparcialidad, ha predicado que el mismo se divide en los dos componentes: objetivo y subjetivo. Con lo cual se acoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1.13. Por lo tanto, ya no se trata de una enemistad declarada, reciproca, donde a los cuatro vientos se grite el odio, sino de

⁶ Ver pagina 9 de AMBITO JURIDICO, de 18 de noviembre al 1 de diciembre de 2019

situaciones que reflejen la simple animadversión que ponga en tela de juicio la imparcialidad. La jurisprudencia ha evolucionado, porque está de por medio la dignidad humana, los derechos humanos y un modelo de Estado antropocéntrico, en el que las apariencias también son válidas. Por eso, argumentos como los citados por la Corte Suprema de Justicia en el auto de julio 13 de 2013 y que trae a colación el Magistrado, ya no son aplicables, pues están superados.

1.14. La conducta del Magistrado, dentro de los procesos adelantados en mi contra, por parte del Magistrado, que empezó en la primera audiencia donde me dijo que me “**jactaba**” de mi prestigio, la compulsación de copias injustificada y contra derecho y otros comportamientos ya mencionados, sin duda ninguna, reflejan que no está (el Magistrado) en condiciones de actuar con la imparcialidad y la ponderación que de él se espera no solamente por parte de los sujetos procesales sino en la comunidad general. Es más, la Corte Suprema de Justicia ha dicho, por ejemplo, que la amistad íntima, como causal de impedimento, no requiere ser acreditada, por tratarse de un sentimiento interno de la persona originado en las relaciones con otra, por ello su manifestación no requiere el acompañamiento de prueba alguna⁷. Lo mismo puede predicarse de la enemistad grave, que es su contrario, pues, igualmente, es un sentimiento interno que, incluso, a veces se disfraza o camufla con una falsa cordialidad o una aparente simpatía. Recuérdese demás, que el derecho disciplinario esta regido por los principios y garantías del derecho penal. Así lo tiene dicho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Por ejemplo, este ultimo Tribunal en sentencia de agosto 9 de 2016, con ponencia del doctor WILLIAN HERNÁNDEZ GÓMEZ, Rad. 11001032500020110031600, acotó que “Es del caso recordar que el régimen administrativo sancionador o disciplinario, por su naturaleza, está asistido por todos los principios garantistas que iluminan el derecho penal...”. Y agregó: “La potestad sancionadora de la Administración se legitima autónomamente, pero tiene los mismos títulos de la potestad penal. El **ius puniendi** del Estado se rige por el derecho público y no exactamente por el derecho penal, sin embargo, la aplicación de los principios del derecho penal tiene su explicación en que se trata de una dogmática suficientemente desarrollada y, por tanto, debe ser guía de las decisiones en sede disciplinaria”.

1.15. Por tanto, honorable Magistrado, reitero la solicitud en el sentido que declare fundada la recusación, pues es claro que el funcionario recusado ha mostrado su parcialización, su inquina, su mal modo, su molestia permanente y su antipatía. Desafortunadamente le caí mal desde el primer momento, por el hecho de haber dicho que era Abogado con prestigio, lo que manifesté no para “jactarme” como lo dijo el Magistrado con notoria molestia, sino para denotar que estaba vivamente interesado en afrontar el asunto disciplinario, como para que se me hubiese emplazado y declarado persona ausente, sin el más mínimo además de búsqueda o de citación eficaz. Acudí al proceso y a esa primera audiencia, gracias a que el Abogado de oficio

⁷ Sentencia de 21 de agosto de 2019, Rad. SP 3448-2019, 45846, M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR BOTERO.

me informó o si no se hubiere tramitado el proceso a mis espaldas, teniendo mi oficina a 20 metros del Palacio Nacional, figurando mi nombre en las páginas amarillas y siendo, además, ampliamente conocido en la Secretaría de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cali.”

No obstante, como ya se indicó, el honorable magistrado, a través del auto de 22 de julio de 2020, no aceptó la recusación.

3.4. Contra esa decisión se interpuso recurso de apelación, el cual fue sustentado de la siguiente manera:

“2.1. Los argumentos consignados en la providencia objeto de impugnación, se matriculan en la obsoleta posición de las altas Cortes, es decir, asumiendo un criterio meramente objetivista.

2.2. El Honorable Magistrado, no tuvo en cuenta los fallos que le mencioné en la recusación, entre ellos, el de la Corte Europea de Derechos Humanos, que es vinculante.

2.3. Tampoco mencionó la argumentación que le presenté directamente al Magistrado decisor, en la que traje a colación diversas situaciones y un fallo del Consejo de Estado, en el que se asume la nueva posición de los Tribunales Internacionales que reconocen Derechos Humanos. Esos argumentos que no fueron ni siquiera mencionados por el distinguido magistrado, son los siguientes:

*“1.1. Sea Lo primero indicar, que no invité al mencionado Magistrado, a que se declare impedido, pues esa figura no existe en el sistema jurídico colombiano. Lo que presenté fue una **RECUSACIÓN**. De ahí que el Magistrado se equivoca al decir que “**NO ME DECLARO IMPEDIDO**”. No obstante, ello puede ser problema de giro argumentativo o una errónea utilización de los términos, sin mayor trascendencia, pues lo explícito es que se trata de una **RECUSACIÓN**.*

1.2. Según lo dicho por el Magistrado, en su defensa, no me conocía y su actuación ha sido pulcra, para lo cual ha plasmado un listado de actuaciones, que vistas de manera objetiva y fría, deja la idea de que no hay animadversión de su parte para con el suscrito. Pero las cosas no son así, pues la mirada debe ser integral.

1.3. El mismo Magistrado transcribe lo que dijo en la audiencia del 21 de junio de 2018, cuando se llevó a cabo la primera audiencia. Allí quedó registrado que, después de mi presentación y donde reclamé, de manera respetuosa, que se me había emplazado y declarado persona ausente de manera irregular y que dada mi calidad de

profesor, Conjuez de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali y abogado con algún prestigio, me interesaba afrontar el proceso, el Magistrado dijo: **“Doctor usted es profesor y se jacta de su prestigio”** y fue cuando le respondí que no me estaba jactando, pues mi propósito era muy distinto. Esa manifestación la hizo de mala manera, notoriamente disgustado. La expresión **“jactarse”**, traduce hablar o presumir una persona de que tiene cierta cualidad, aunque no la tenga; equivale a alabarse excesivamente y presuntuosamente, con fundamento o sin él. Como bien se conoce, el lenguaje expresa sentimientos y emociones y con esa respuesta del Magistrado, quedó clara su molestia, por el simple hecho de haber realizado una reclamación justa. Pero podría pensarse que fue una mala salida del funcionario, o un mal momento; empero, en el transcurso del proceso ha quedado al desnudo esa animadversión, al fustigarme con investigaciones no solo dentro de este asunto sino dentro de otros y querer violarme el derecho de defensa.

1.4. Obsérvese que el Magistrado, en su auto donde “no se declara impedido” nada dice sobre ese emplazamiento irregular, como tampoco nada dice sobre la compulsión de copias para que se me investigara disciplinariamente dentro del asunto disciplinario 760011102000201700126. Dentro de ese asunto, por el hecho de que el abogado defensor que nombré solicitó un plazo razonable para presentar los alegatos de conclusión, el señor Magistrado se disgustó y ordenó compulsar copias para que se me investigara disciplinariamente, a pesar de que no hice presencia en esa audiencia y de que la solicitud del abogado era legítima y que además no era el suscrito destinatario de la ley disciplinaria porque no estaba asesorando, patrocinando o asistiendo a persona jurídica o natural alguna, sino ejerciendo mi derecho a la defensa material. Esa audiencia se llevó a cabo el 17 de febrero de 2020. En la audiencia celebrada el 19 de febrero de 2020, dentro del mismo asunto, se presentaron los alegatos y la Procuradora Delegada, le solicitó al Magistrado, que revocara la orden de compulsar copias en mi contra, pues no era sujeto disciplinable, guardando silencio al respecto y luego definitivamente compulsó las copias. En el día de hoy, dentro de la radicación 76-001-11-02-000-2020-00327-00, y por parte del Honorable Magistrado LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO, se llevó a cabo audiencia de pruebas y calificación provisional, dentro de la cual dispuso el **ARCHIVO** de las diligencias en razón a que el suscrito había actuado en legítimo ejercicio de un derecho, como era el de defenderme; decisión que tomo de plano, escuchando la solicitud de archivo de la Delegada del Ministerio Público, Dra. LILIANA ROSALES y del suscrito. Se nota, entonces, que el Magistrado recusado, con amplísima experiencia, sabedor de que no era sujeto disciplinable y que estaba actuando en legítimo ejercicio de mi derecho a la defensa material, de manera caprichosa, pasando por alto la solicitud de la Procuradora, ordenó investigarme disciplinaria y penalmente. Y eso, sin más, es acoso y persecución.

1.5. Entonces, el comportamiento del Magistrado, no debe observarse aisladamente sino de manera integral. Mírese como dentro del proceso en el cual lo he recusado, también ordenó que se me

investigara penalmente, conforme al artículo 454C, que fuera adicionado al Código Penal por la ley 890 de 2004, porque según el Magistrado, he impedido la celebración de las audiencias, cuando debería saber que ese delito fue creado por legislador ordinario para proteger el sistema penal acusatorio. Además, esa compulsión de copias no hace otra cosa que criminalizar mi legítimo derecho a la defensa.

*1.6. Los alegatos de conclusión no se pudieron presentar dentro de este asunto, porque la audiencia celebrada el 7 de septiembre de 2018, no quedó bien grabada, es decir, era inaudible y eso se lo hice saber en varios memoriales que le presenté. Es más, en la audiencia del 06 de septiembre de 2019, se solicitó la nulidad en razón a que el audio de la audiencia del 7 de septiembre de 2018, era inaudible y tal como lo sostiene el mismo Magistrado, en el punto 12 del auto de no impedimento, él mismo nulificó la audiencia de alegatos y dispuso fijar el 18 de septiembre de 2019, como fecha para entregar **“el audio mejorado”**, pero eso no se cumplió. Y según el reporte del servicio de diagnóstico, el audio era aceptable de 50 a 60 decibeles. Es decir, el mismo funcionario constató que el registro era inaudible y por eso ordenó mejorarlo. Por tanto, mis solicitudes eran fundadas y no tenían el propósito de obstruir la actuación. Muy a pesar de ello, en un acto de abuso del cargo, dispone compulsar copias para que se me investigue penalmente. Se nota, como consecuencia, la idea fija de “empapelarme” penal y disciplinariamente, con explícito abuso de poder, lo cual desdice de su Magistratura y deja en claro su falta de ponderación para juzgarme.*

1.7. El señor Magistrado pretendía que la audiencia de alegaciones se hiciera sin conocer los cargos, pues el registro de la audiencia era inaudible y aun sigue siendo parcialmente inaudible. En el proceso podrá constatarse que mis ausencias están justificadas y además algunas fechas coinciden con el aislamiento obligatorio como es la del 28 de abril de 2020.

*1.8. En la audiencia prevista para el 16 de julio de corriente año, como el mismo Magistrado lo pudo advertir, no me fue posible conectarme adecuadamente para hacer la audiencia virtual. La asistente del Magistrado, me llamó a mi celular y me dijo que a través de él podía escuchar al Magistrado y él escucharme a mí, pero la verdad es que la comunicación era muy deficiente y en un momento dado pude escuchar que me daba 20 minutos para alegar por **vía celular** y en ese momento la comunicación se cortó. Considero que así no se puede realizar una audiencia virtual y menos garantizar el derecho de defensa. No creo que el medio virtual, que de por sí es deficiente y genera dificultades, puede suplirse con un celular y que por medio de él se presenten alegatos, estando de por medio el sagrado derecho de defensa. Es más, la defensora que nombró para que me asistiera en esa audiencia y presentara los alegatos de fondo, le había presentado un memorial solicitándole más tiempo para preparar la audiencia, dada su inexperiencia en asuntos disciplinarios, pues era el primer caso que asumía; empero, no le mereció ninguna*

consideración. De eso me enteré después de esa fecha (17 de julio), como igual no sabía que había relevado del cargo de defensor que conocía el asunto desde un comienzo, pues no se me comunicó.

1.9. Es evidente que el señor Magistrado, confunde la legítima autoridad con el nocivo autoritarismo. Son dos cosas muy distintas. La autoridad influye, el autoritarismo impone. La autoridad inspira confianza y respeto, el autoritarismo inspira temor. La autoridad guía, el autoritarismo hostiga. La autoridad se tiene, el autoritarismo se fuerza. La autoridad no requiere ser reivindicada ni impuesta, sino que fluye de manera natural; el autoritarismo tiene que ser forzado de manera constante con nuevas amenazas e imposiciones. La autoridad es el camino a un gobierno equilibrado, el autoritarismo es el camino al desgobierno y al desastre. Por todo ello, no se puede confundir autoridad con poder. Así lo reconoce la filosofía elemental⁸. Entonces, en mis casos, se ha materializado un verdadero autoritarismo, pues he sido hostigado, al punto que el magistrado no solo genera total desconfianza sino temor, zozobra y desconcierto.

1.10. En todo momento, el Magistrado no hizo sino amenazar con investigar disciplinariamente a los abogados, ordenar investigaciones penales y disciplinarias, descocer la realidad procesal. Es más, los mismos cargos formulados son caprichosos, pues a pesar de que presenté las justificaciones para no asistir a las audiencias dentro del proceso penal, le fueron inanes.

1.11. desde el punto de vista jurídico, es decirse que en los últimos tiempos ha tomado fuerza la **TEORÍA DE LA APARIENCIA DE LA IMPARCIALIDAD**. En efecto, el Consejo de Estado, sección 4^o, en sentencia 11001031500020190227001 (AC), de agosto 1^o de 2019, C.P. JULIO ROBERTO PIZA, razonó que si bien la accionante cuestionaba que la recusación no se adecuaba a las causales que taxativamente contempla la ley, era aplicable la “**TEORÍA DE LA APARIENCIA DE LA IMPARCIALIDAD**”, extraída de pronunciamientos proferido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como fundamento para apartar a la servidora (una honorable magistrada de la Corte Suprema de Justicia). Justamente, la Sala negó que esa actuación configuraba un defecto sustantivo, en tanto constituyen criterios herméticos relevantes para que las autoridades colombianas determinen los contenidos y el alcance de la norma cuando están involucrados derechos fundamentales.

En ese escenario, explicó que la tesis referida buscaba garantizar la confianza que los Tribunales, deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática en la que hay que preferir “un modelo de juez rodeado de apariencias de imparcialidad, no solo en la realidad de su desconexión con las partes y con el objeto del proceso, sino también en su imagen, eliminando cualquier sombra al respecto cuando existen elementos objetivos que puedan justificar una apariencia de imparcialidad”.

⁸ Obra “NO CONFUNDAS” de JOSE LUIS NAVAJO.

El Tribunal Europeo, por ejemplo, al acogerla consideró que la imparcialidad implica una distinción entre el aspecto subjetivo, que tratad de averiguar la convicción personal de un juez determinado en el caso concreto, y el aspecto objetivo, que se refiere a si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. Y para ello sugiere que “debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables”⁹.

1.12. *Justamente a esos aspectos objetivos y subjetivos me referí en el memorial de la recusación, con base en doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Y lo hice porque constituye la teoría de la apariencia de imparcialidad, que ha tomado fuerza en el ordenamiento jurídico colombiano. Tan es así que también la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sus últimos pronunciamientos en punto del principio de imparcialidad, ha predicado que el mismo se divide en los dos componentes: objetivo y subjetivo. Con lo cual se acoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

1.13. *Por lo tanto, ya no se trata de una enemistad declarada, recíproca, donde a los cuatro vientos se grite el odio, sino de situaciones que reflejen la simple animadversión que ponga en tela de juicio la imparcialidad. La jurisprudencia ha evolucionado, porque está de por medio la dignidad humana, los derechos humanos y un modelo de Estado antropocéntrico, en el que las apariencias también son válidas. Por eso, argumentos como los citados por la Corte Suprema de Justicia en el auto de julio 13 de 2013 y que trae a colación el Magistrado, ya no son aplicables, pues están superados.*

1.14. *La conducta del Magistrado, dentro de los procesos adelantados en mi contra, por parte del Magistrado, que empezó en la primera audiencia donde me dijo que me “jactaba” de mi prestigio, la compulsación de copias injustificada y contra derecho y otros comportamientos ya mencionados, sin duda ninguna, reflejan que no está (el Magistrado) en condiciones de actuar con la imparcialidad y la ponderación que de él se espera no solamente por parte de los sujetos procesales sino en la comunidad general. Es más, la Corte Suprema de Justicia ha dicho, por ejemplo, que la amistad íntima, como causal de impedimento, no requiere ser acreditada, por tratarse de un sentimiento interno de la persona originado en las relaciones con otra, por ello su manifestación no requiere el acompañamiento de prueba alguna¹⁰. Lo mismo puede predicarse de la enemistad grave, que es su contrario, pues, igualmente, es un sentimiento interno que, incluso, a veces se disfraza o camufla con una falsa cordialidad o una aparente simpatía. Recuérdese demás, que el derecho disciplinario esta regido por los principios y garantías del derecho penal. Así lo tiene dicho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Por ejemplo, este ultimo Tribunal en sentencia de agosto 9 de 2016, con*

⁹ Ver pagina 9 de AMBITO JURIDICO, de 18 de noviembre al 1 de diciembre de 2019

¹⁰ Sentencia de 21 de agosto de 2019, Rad. SP 3448-2019, 45846, M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR BOTERO.

ponencia del doctor WILLIAN HERNÁNDEZ GÓMEZ, Rad. 11001032500020110031600, acotó que “Es del caso recordar que el régimen administrativo sancionador o disciplinario, por su naturaleza, está asistido por todos los principios garantistas que iluminan el derecho penal...”. Y agregó: “La potestad sancionadora de la Administración se legitima autónomamente, pero tiene los mismos títulos de la potestad penal. El **ius puniendi** del Estado se rige por el derecho público y no exactamente por el derecho penal, sin embargo, la aplicación de los principios del derecho penal tiene su explicación en que se trata de una dogmática suficientemente desarrollada y, por tanto, debe ser guía de las decisiones en sede disciplinaria”.

1.15. Por tanto, honorable Magistrado, reitero la solicitud en el sentido que declare fundada la recusación, pues es claro que el funcionario recusado ha mostrado su parcialización, su inquina, su mal modo, su molestia permanente y su antipatía. Desafortunadamente le caí mal desde el primer momento, por el hecho de haber dicho que era Abogado con prestigio, lo que manifesté no para “jactarme” como lo dijo el Magistrado con notoria molestia, sino para denotar que estaba vivamente interesado en afrontar el asunto disciplinario, como para que se me hubiese emplazado y declarado persona ausente, sin el más mínimo además de búsqueda o de citación eficaz. Acudí al proceso y a esa primera audiencia, gracias a que el Abogado de oficio me informó o si no se hubiere tramitado el proceso a mis espaldas, teniendo mi oficina a 20 metros del Palacio Nacional, figurando mi nombre en las páginas amarillas y siendo, además, ampliamente conocido en la Secretaría de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cali.”

2.4. Los argumentos anteriores sirven para sustentar el recurso de apelación, ya que no fueron considerados por el Honorable Magistrado, en la providencia de 22 de julio del 2020. Y como queda visto, la jurisprudencia nacional ha cambiado de criterio frente al fenómeno de la recusación, a fin de hacer efectivo el principio de imparcialidad.

2.5. Adicionalmente, el Honorable Magistrado, en la providencia impugnada, solamente hace referencia a un evento en particular, sin tener en cuenta las diversas situaciones presentadas, que dejan en claro una persecución. Le restó toda importancia a lo que le informó mi defensora de oficio, en el sentido de que el magistrado recusado, en la última audiencia, le indicó lo que tenía que hacer entre ello que “**no pedir la sanción mas leve**”, lo que traduce una pérdida de imparcialidad total y un condicionamiento a la defensa. Y eso no es invento de la Abogada defensora, por que está grabado en el registro de la audiencia.”

3.5. Pero el Honorable Magistrado **LUIS ROLANDO MOLANO FRANCO**, mediante auto del 10 de agosto de 2020, resolvió no

conceder el recurso de apelación y persistió en la orden de devolver el asunto al magistrado sustanciador.

3.6. En la misma fecha en que se interpuso el recurso de apelación (el 28 de julio de 2020) le solicité al Honorable Magistrado **LUIS ROLANDO MOLANO FRANCO**, la remisión del proceso al Consejo Superior de la Judicatura, para que se pronunciara sobre la recusación no aceptada. los argumentos para ello fueron los siguientes:

“El artículo 64 de la ley 1123 de 2007, establece el procedimiento en caso de impedimento o de recusación. Frente a esta última se señala que el funcionario judicial “... manifestará si acepta o no la causal, dentro de los dos días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior”. El inciso anterior indica que del impedimento manifestado por un Magistrado “...conocerá el que le siga en turno en la respectiva Sala Jurisdiccional, quien decidirá de plano dentro de los tres días siguientes a la fecha de su recibo. Si la causal de impedimento se extiende a todos los integrantes de la Sala, el trámite del mismo se adelantará por Conjuez”.

1. *El citado artículo 64 no dice del procedimiento s seguir cuando el Magistrado que sigue en turno en la respectiva Sala Jurisdiccional, decide no aceptar la recusación planteada. Pareciere que lo que sigue es devolver el expediente al Magistrado recusado, pero, repito, la disposición legal no lo dice.*

2. *Desde esa óptica existe un vacío.*

3. *El artículo 16 de la ley 1123 de 2007, contiene el principio de integración normativa y en ese orden, nos remite a otras disposiciones para resolver lo no previsto en el Código Disciplinario. El orden es el siguiente:*

Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, Códigos Disciplinario Único, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, con la condición de que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario.

4. *Frente a esas remisiones, podemos observar lo siguiente:*

A. *El artículo 87 del Código Disciplinario Único, establece el procedimiento en caso de impedimento o recusación. Señala que*

cuando se trata de recusación, “el servidor público manifestará si acepta o no la causal, dentro de los dos días siguientes a la fecha de su formulación, vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior”.

El inciso anterior indica que en caso de impedimento el servidor público “enviará, inmediatamente, la actuación disciplinaria al superior, quien decidirá de plano dentro de los tres días siguientes a la fecha de su recibo”. Y agrega que si “acepta el impedimento, determinará a quien corresponde el conocimiento de las diligencias”.

Como se observa, tanto en el trámite del impedimento como en el de la recusación interviene el superior, ya sea para aceptar o no el impedimento o la recusación.

B. Código de Procedimiento Penal, esto es, la ley 906 de 2004, en el artículo 60 establece los requisitos y formas de recusación. Se dice que si el funcionario recusado aceptare como ciertos los hechos en que la recusación se funda, “se continuará el trámite previsto cuando se admite causal de impedimento. En caso de que no aceptarse, se enviará a quien corresponde resolver para que decida de plano...”. El funcionaria que decide de plano es el superior funcional, según el artículo 57, al cual remite el artículo 60.

Como se observa, en esa sistemática procesal penal también hay la intervención de un superior cuando se presenta discusión sobre el impedimento o sobre la recusación.

C. El Código de Procedimiento civil, al cual remite el artículo 16 de la Ley 1123 de 2007, establece en el artículo 152, modificado por el artículo 1° del Decreto E. 2282 de 1989, que cuando el Juez recusado acepta los hechos y la procedencia de la causal, en la misma providencia se declara separado el proceso o trámite, “ordenará su envío a quien deba remplazarlo, y se aplicara lo dispuesto en el artículo 149. Si no acepta como ciertos los hechos alegados por el recusante, o consideran que no están comprendidos en ninguna de las causales de recusación, remitirá el expediente al superior, quien decidirá de plano...”.

Como se verifica, también hay la intervención de un superior.

D. En el Código General del Proceso, se establece, en el artículo 143 la formulación y trámite de la recusación. Allí se dice que cuando el juez recusado acepta los hechos y la procedencia de la causal, en la misma providencia se declara separado el proceso o trámite, y ordena su envío a quien deba remplazarlo, y aplicará lo dispuesto en el artículo 140. “Si no acepta como ciertos los hechos alegados por el

recusante o consideran que no están comprendidos en ninguna de las causales de recusación remitirá el expediente al superior, quien decidirá de plano si considera que no se requiere la práctica de pruebas...”.

Por tanto, se repite la intervención de un superior en la resolución de un conflicto cuando se presenta el fenómeno del impedimento o recusación.

5. *Como consecuencia de lo señalado en esos códigos o estatutos, a los cuales remite el artículo 16 de la Ley 1123 de 2007, le solicito remita el expediente al Consejo Superior de la Judicatura, para que se pronuncie respecto de la recusación no aceptada. Debe indicarse que el vacío que existe en la Ley 1123 de 2007, no puede interpretarse como el querer del Legislador, puesto que estará, frente a los Abogados investigados disciplinariamente, generando una discriminación odiosa, con relación a los demás ciudadanos objeto de procesamiento y sanción en asuntos semejantes.*

6. *En el evento de que no proceda conforme a lo solicitado en el punto inmediatamente anterior, le solicito aceptar y conceder el recurso de apelación, el cual sustentaré dentro de los tres días siguientes. El derecho de impugnación aparece consagrado en la Constitución Política de Colombia y Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pues, como se verificó en temas de impedimentos y recusaciones, cuando hay discusión, siempre se presenta la intervención de un superior funcional, lo cual no prevé el artículo 64 de la ley 1123 de 2007, al menos de manera expresa. De manera que se debe garantizar la segunda instancia, porque el principio de imparcialidad es una norma orgánica del debido proceso, y no puede quedar en la consideración de dos funcionarios del mismo nivel y de la misma Sala del Tribunal.”*

3.7. Tal solicitud también fue denegada en los autos del 10 de agosto y 20 de agosto de 2020.

3.8. También, el 21 de agosto de 2020, presenté recurso de queja contra el auto interlocutorio de 10 de agosto de 2020, el cual también fue denegado mediante auto de 20 de agosto de 2020.

3.9. Como se observa, ningún recurso funcionó. Absolutamente nada tuvo eco. Nada fue eficaz y todo se resolvió en el mismo círculo. También queda evidenciado, que, en todos los procedimientos penales y civiles, cuando se presenta una recusación y la misma se declara infundada, el asunto debe enviarse, oficiosamente, al superior para que se defina en derecho el tema tratado. Eso quedó explicitado en el memorial del 28 de julio de 2020, mediante el cual se solicitó que se enviara el proceso al Consejo Superior de la Judicatura, para que se pronunciara.

Y esas disposiciones que disponen lo anteriormente dicho, tiene por filosofía que sea un Tribunal Superior, ajeno a la controversia, el que, en ultimas, resuelva el tema de la recusación, en orden a una total y absoluta transparencia e imparcialidad, pues si la resolución queda a cargo únicamente de los funcionarios involucrados, unos por natural interés de no aceptar los señalamientos que se le hacen y otros por solidaridad de cuerpo, no se va a obtener una decisión justa y por esa vía no es posible un procesamiento con todas las garantías, entre ellos la de imparcialidad. El Código Disciplinario de los abogados no descarta de plano esa posibilidad, tampoco la prohíbe.

3.10. Como en este caso, no se cumplió con el debido proceso y con la materialización de garantías judiciales efectivas, como ha quedado demostrado con ese íter procesal, y específicamente se omitió el pronunciamiento de un superior, como lo era el Consejo Superior de la Judicatura, se debe declarar la nulidad de todo lo actuado, a partir, inclusive, del auto de 10 de agosto de 2020, mediante el cual no se concedió la apelación ni tampoco se dispuso la remisión del proceso al superior. Todo se definió en sede de la misma Sala, violándose la garantía de acceder a un superior, tal como lo establece la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, en su pacífica doctrina, que hace parte del **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD** y por ello resulta de obligatorio cumplimiento.

4. DE LA NULIDAD POR LA VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN RAZÓN AL ERRÓNEO EMPLAZAMIENTO.

4.1. esta nulidad se fundamenta en el numeral 3° del artículo 98 de la Ley 1123 de 2007, pues se incurrió en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso disciplinario.

4.2. Esta nulidad fue solicitada en el alegato final, mas no decretada. Los fundamentos son los siguientes:

a. Mediante oficio de 24 de enero de 2018, el Magistrado sustanciador me citó para que compareciera el 15 de mayo de 2018, a las 4:00 pm, con el propósito de adelantar la audiencia de pruebas y calificación provisional, tal como lo dispone el artículo 105 de la ley 1123 de 2007. Ese oficio fue enviado a la calle 12 No. 53-16 apto 901 de la ciudad de Santiago de Cali. En la alegación se señaló lo siguiente, frente a ese tema en particular.

1.1. “Según el documento visible a folio 14 del expediente, suscrito por la Dr. MARTHA ESPERANZA CUEVAS MELENDEZ, registro la siguiente dirección: Calle 12 A 53-16 y teléfono 3307024. En primer lugar, esa dirección no es la misma a la cual se envió el oficio y en segundo término esa nomenclatura no corresponde ni a mi oficina ni a mi residencia. Tampoco conozco ese número telefónico. Hace más de 10 años resido en la calle 116 No. 13-100 y mi dirección profesional, desde hace más de 15 años, es en la carrera 4 No. 12-41, oficina 814, a menos de 50 metros de distancia del Palacio Nacional, donde funciona el Consejo Seccional de la Judicatura. Mi domicilio profesional aparece en el Directorio Telefónico de la ciudad de Cali, en las páginas amarillas y en la página GOOGLE.

1.2. Como la citación no me llegó, porque no se envió a mis direcciones y ni siquiera a la dirección que informo el mismo Consejo Seccional de la Judicatura, no me presenté a la audiencia celebrada el 15 de mayo de 2018, razón por la cual se ordenó mi emplazamiento, el cual fue fijado el 8 de junio de 2018 y mediante auto del 14 del mismo mes, fui declarado persona ausente y se me designaron 4 defensores de oficio.

1.3. Ese emplazamiento y declaratoria de persona ausente son violatorios del debido proceso, puesto que no fui citado eficazmente, como lo dispone el artículo 104 de la ley 1123 de 2007. Efectivamente, este artículo ordena que para la audiencia de pruebas y calificación, debe enviarse citación “a través del medio más eficaz”, agregando que “En caso de no conocerse su paradero, se enviará la comunicación a las Direcciones anotadas en el Registro Nacional de Abogados...”.

En primer lugar, la citación se envió a una dirección que no corresponde a la de mi residencia, ni al lugar de mi domicilio profesional. En segundo lugar, el mismo Consejo Seccional reportó como dirección la calle 12 A No. 53-16, de Cali y la citación fue enviada a la calle 12 No. 53-16, que es muy distinta. En tercer término, mi paradero no era desconocido, puesto que mi domicilio profesional aparece en el directorio telefónico de la ciudad de Cali, en las páginas amarillas, en Google y además soy ampliamente conocido en el medio judicial. Por tanto, mi localización era muy fácil.

1.4. La irregularidad tiene carácter sustancial, no solo porque el parágrafo del artículo 104 de la ley 1123 de 2007, ordena que es obligatoria la presencia del disciplinado en la audiencia de PRUEBAS Y CALIFICACIÓN PROVISIONAL, sino porque el emplazamiento y declaratoria de persona ausente debe estar precedida de una citación realizada “a través del medio más eficaz”, tal como lo señala el mismo artículo 104. Esa irregularidad afectó mis garantías y desconoce las bases fundamentales de la instrucción, pues no me enteré que se estaba tramitando el disciplinario en mi contra. Fue el abogado defensor designado de oficio quien me informó de la existencia de la actuación, abogado oficioso que, por demás, fue sumamente deficiente dado que no solicito ni una sola prueba.

1.5. Debo dejar en claro que en la primera audiencia en la que pude intervenir, hice la respectiva reclamación, anotando que era el más interesado en hacerle frente al proceso disciplinario. Por lo tanto no convalidé la irregularidad.”

Esa nulidad fue negada en la sentencia, con el argumento de que la calle 12 A No. 53-16 Apto 901, es la misma que aparece consignada en el Registro Nacional de Abogados, según consta en el certificado No. 202997 del 2 de agosto de 2017 *“y que por ello es la única a tener en cuenta a efecto de indilgar responsabilidad disciplinaria, como quiera que los profesionales del derecho están en la obligación legal de mantener un domicilio profesional actualizado”*.

Además, indicó que el suscrito abogado ya tenía conocimiento del proceso disciplinario que se adelantaba, así como también, dice, no se adelantó ninguna actuación sin mi presencia y que participé en la audiencia donde se formularon los cargos.

b. Con relación al primer argumento, eso no es lo que establece la ley 1123 de 2007, pues según el artículo 104 se ordena que, para la audiencia de pruebas y calificación, debe enviarse citación *“a través del medio mas eficaz”* y que en caso de no conocerse su paradero se refiere al abogado citado- *“se enviará la comunicación a las direcciones anotadas en el Registro Nacional de Abogados”*. Por lo tanto, el envío de la comunicación a las direcciones anotadas en el Registro Nacional de Abogados, tiene un carácter subsidiario, pues lo principal es que la citación debe hacerse *“a través del medio más eficaz”*.

Ese es el debido proceso de la notificación indicada en el artículo 104 de la Ley 1123 de 2007 y no como lo indica el Magistrado en la sentencia. Ahora bien, el lugar donde puedo ser localizado figura en diversos medios públicos, como el directorio telefónico o publicar, en Google, y para completar mi oficina, ampliamente conocida, está

ubicada en la carrera 4 No. 12-41, Edificio Seguros Bolívar, oficina 814, a una cuadra del Palacio Nacional, que corresponde al lugar de ubicación del Consejo Seccional de la Judicatura.

c. Respecto de los otros argumentos para denegar la nulidad, debo indicar que, si bien no se realizó ninguna actuación sin mi presencia, lo cierto es que, antes de ello, se violó el debido proceso respecto de la notificación. Y cuando hice la reclamación en la primera audiencia, obtuve como respuesta la grosería del Magistrado sustanciador, tal como consta en el proceso. Y si bien pude conocer la existencia del asunto, lo cierto es que no fui enterado por medio eficaz de la fecha y hora de la audiencia. No se trata de conocer la existencia del proceso si no de conocer plenamente la fecha y hora de la audiencia de pruebas y calificación, tal como lo señala el artículo 104 de la ley 1123 de 2007.

5. DE LA NULIDAD POR VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA Y AL DEBIDO PROCESO

5.1. Esta nulidad fue solicitada en el alegato de conclusión, con fundamento en las causales 2 y 3 del artículo 98 de la ley 1123 de 2007.

Los fundamentos fueron los siguientes:

“En la audiencia de PRUEBAS Y CALIFICACIÓN PROVISIONAL, en la que su despacho me formuló cargos, debió quedar claramente grabada en el registro. No obstante, al obtener copia de ese registro se constata que es inaudible, por lo que en repetidas ocasiones solicité el audio audíble para ser escuchado. Pero no fue posible. De ello dan cuenta los memoriales suscritos por quien habla, de 2 de agosto, 5 de agosto, 8 de octubre y 22 de octubre de 2018. Su mismo

despacho dispuso en una de las audiencias mejorar la audibilidad del registro.

Finalmente, para la audiencia de alegatos, se me envió el registro de esa audiencia de cargos, supuestamente, restaurado y audible. Sin embargo, al tratar de escucharlo solo se escuchan algunos fragmentos, pero no en su totalidad. Conforme a esa situación irregular del registro, no ha sido posible conocer claramente los cargos formulados.

1. *Esa situación constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, porque es medular la calificación provisional, la cual debe ser clara y coherente. Si la audiencia se celebró y se formularon los cargos, pero el registro no es plenamente audible, ello equivale a que no hay cargos. Y al no haberlos, se viola el debido proceso en aspectos sustanciales y ello no es subsanable, porque viola garantías.*

Ahora bien, esa irregularidad viola en materia grave el derecho de defensa, pues al no poderse escuchar la totalidad del audio, se desconocen con claridad los cargos. Obsérvese que la acción disciplinaria se inicia por mi inasistencia a unas audiencias programadas por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado, de la ciudad de Buga. Se indican unas fechas, pero en la audiencia de cargos es inaudible a cuáles fechas se refiere, para de esa manera hacer las respectivas argumentaciones y refutaciones. Se escuchan algunos pasajes, pero ello no puede ser lo ideal e indicado tratándose de un asunto tan serio y de tanta trascendencia para la vida profesional de un abogado.”

5.2. La nulidad fue denegada en la sentencia, con tres argumentos: uno, que el disciplinado estuvo presente en la audiencia celebrada el 7 de septiembre de 2018, en la cual se formularon los cargos, por lo que se tuvo conocimiento de primera mano de las razones fácticas y jurídicas de los cargos formulados, dos, que en el alegato final se hizo una defensa de cada una de las razones de hecho y de derecho que se señalaron por el Magistrado instructor en los cargos formulados y tres, que el Centro de Servicios Técnicos, atendiendo orden del despacho informó que se podía evidenciar “*que el audio puede estar en un rango aceptable de 50 a 60 decibeles*”.

5.3. Esas consideraciones no son admisibles, no solo porque la ley ordena que haya un registro audible, sino que, como podrá comprobarse por la segunda instancia, ese audio no es idóneo. Además, cómo pretender que el disciplinado conserve en su memoria los hechos imputados y los cargos jurídicamente formulados, cuando ha pasado tanto tiempo, esto es, más de dos años. Precisamente por eso el artículo 57 de la Ley 1123 de 2007, señala que la actuación procesal será oral, “para lo cual se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y finalidad, sin perjuicio de conservar un registro de lo acontecido”. Por lo tanto, no es la memoria del Magistrado instructor ni del disciplinado la que debe servir de soporte de la actuación ni menos de los cargos, pues de ser así sobraría el proceso. De no haber registro, en los términos indicados, equivale a que no existen cargos. Y téngase muy en cuenta que el artículo 57 de la citada Ley, constituye principio rector del procedimiento disciplinario que, por lo mismo, debe ser absolutamente respetado.

Y al otro argumento en punto de que el suscrito se defendió de todos los cargos, no es cierto, pues nada más obsérvese que en los alegatos finales solamente hice referencia a dos fechas, concretamente a la del 22 de julio de 2016 y la del 4 de octubre de 2016 y en la sentencia aparecen, además de esas fechas las del 29 y 30 de agosto de 2016. Ahí se observa como se me violó el derecho de defensa, pues en el registro, que no es audible, no se escuchan los cargos por estas últimas fechas.

5.4. De esa manera se violó el debido proceso, por no existir un registro idóneo que permite imprimirle mayor fidelidad a la actuación y se me violó el derecho de defensa ante la ausencia de cargos claros, pues

aquello de que debe conservarse en la memoria resulta definitivamente descabellado. Eso es tanto como desconocer las normas del C. Disciplinario.

6. DE LA REVOCATORIA DE LA SENTENCIA CONDENATORIA.

6.1. Es evidente que la solicitud, decreto y práctica de pruebas, lo mismo que la presentación de las alegaciones finales, fue un ejercicio totalmente inane. Así es, porque a pesar de estar justificadas las ausencias a las audiencias, con soporte documental, ello no sirvió absolutamente para nada. Nada sirvió, lo que demuestra que todo estaba direccionado a la sanción. Se desconoció de manera radical la prueba allegada al proceso.

6.2. Con relación a la fecha 22 de julio de 2016, el suscrito presentó memorial indicando la imposibilidad de asistir en razón del viaje familiar a la ciudad de New York, entre los días 20 y 27 de julio del mencionado año.

Es absolutamente claro que, frente a las excusas presentadas por las partes e intervinientes, los jueces tienen competencia y facultad para admitirlas o rechazarlas, como igualmente tiene poderes disciplinarios. En este caso, el Juzgado tercero Penal del Circuito Especializado, de la ciudad de Buga, a quien se dirigió la excusa, según la constancia del 18 de julio de 2016, **LA ACEPTÓ** y por ello procedió a fijar otra fecha. Por lo tanto, la excusa, dada su aceptación por el juez competente, no fue objeto de censura o reproche, tanto que por ello no se dispuso investigación disciplinaria ni ninguna otra medida al interior del proceso.

Siendo así no es posible que ahora el Consejo Seccional, me reproche y me censure por ello.

Ese cargo fue a título de dolo, lo cual se mantuvo en la sentencia. Como es de todos conocido (me refiero al medio jurídico) el dolo tiene dos componentes: uno cognoscitivo y otro volitivo. El primero equivale a conocer el hecho tipificado y el segundo, querer realizarlo, sin ninguna justificación. Esto, en el caso concreto, deviene absolutamente desenfocado, toda vez que los pasajes estaban adquiridos desde el principio del año 2016 y no en mayo, como se dice la sentencia; y bajo esas condiciones deviene desenfocado que me propuse intencionalmente dilatar el proceso por la actuación, dañando la audiencia del 22 de julio, cuando para la fecha de adquisición de los pasajes aún no se había señalado la misma. Ello hace inadmisibles pregonar la intención (aspecto volitivo del dolo) de torpedear el trámite normal del proceso.

Además, con relación a esa fecha del 22 de julio del 2016, contrario a lo que se dice en la sentencia impugnada, no se concreta la antijuricidad material exigible en el artículo 4 de la ley 1123 de 2007, dado que no se afectó sustancialmente el deber ni se causó daño significativo a la administración de justicia. De ahí que no pueda predicarse lesividad alguna e injustificada.

adicionalmente, el viaje a los Estados Unidos fue eminentemente familiar, tal como se le hizo saber al juzgado y al Magistrado instructor; de manera que se concreta la justificación prevista en el numeral 3° del artículo 22 de la Ley 1123 de 2007, dado que obre en legítimo ejercicio

de un derecho constitucional como es el consagrado en el artículo 43 de la Carta Política, que tiene que ver con el núcleo familiar.

6.3. Con relación a la fecha del 4 de octubre de 2016, presenté excusa por escrito, dado que para la misma fecha los Juzgados 18 Penal Del Circuito de Cali y 15 Penal Municipal Con Función De Garantías de Cali, fijaron audiencia en los asuntos radicados bajo los números 2016-00054-00 t 2016-00122-00, adelantados contra CARMEN EUFEMIA MADRID y CARLOS ALBERTO ROJAS CRUZ. Ello está debidamente soportado.

Ninguna de las excusas tuvo ningún valor, porque según la sentencia, el suscrito abogado tenía tres alternativas: (1) sustituir a otro abogado, (2) nombrar un abogado suplente y (3) “*en ultimas renunciar al mandato*”.

frente a esas tres alternativas, ninguna excusa es válida. El nombramiento de defensor, en este caso tuvo el carácter de **INTUITU PERSONAE**, es decir, en atención a las calidades personales del profesional contratado, lo cual imposibilitaba la sustitución a otro abogado. De otra parte, el artículo 121 de la ley 906 de 2004, tajantemente señala, entre otras cosas, que el defensor principal, puede seleccionar otro abogado que lo acompañe como defensor suplente, “**previa información al juez y autorización del imputado**”; autorización que en el caso no me había sido dada por el poderdante, dada la calidad de la contratación que era en consideración a la persona

del profesional contratado. Por ello, repito, ante la ausencia de autorización, no era permisible designación de abogado suplente.

Y con respecto a la renuncia al mandato, sí que resulta odiosa y contraria al ordenamiento jurídico, pues desconoce que existía un contrato de mandato de prestación de servicios profesionales, que se rige por el Código Civil, como todo contrato, como para renunciar a él, y dejar el encargo abandonado con las consecuencias nefastas inherentes. Eso sí que sería una gravísima falta disciplinaria. Además, no es de recibo que un Tribunal, garante de la juridicidad, obligue a un profesional del derecho a renunciar a un contrato, porque, en un momento dado, no pudo asistir a unas audiencias. Eso no está dentro de las atribuciones y facultades del Magistrado.

6.4. En la sentencia se hacen referencias a las fechas del 29 y 30 de agosto de 2016, que no se escucha en el registro de cargos y por ello en los alegatos finales no se hizo ninguna referencia, dejando al descubierto la flagrante violación al derecho de defensa. Pero como el mismo Magistrado, lo indica en la sentencia, para esas fechas presenté excusas por haber sido citado con anterioridad en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Popayán. Dice que no reposa prueba alguna sobre la justificación del abogado, pero agrega, que así hubiese prueba de nada serviría porque tenía las tres opciones ya mencionadas, es decir, sustituir el poder, designar abogado suplente y en ultimas renunciar al mandato. Por eso digo que el ejercicio probatorio fue inane.

Acogiendo la tesis de no validación de ninguna excusa, implicaría que siempre quedaría expuesto a sanción disciplinaria, pues si hubiese asistido a la audiencia del Juzgado Tercero Penal Del Circuito

Especializado de La ciudad de Buga, me estarían sancionando por la no asistencia a la audiencia fijada para la misma fecha, en el Juzgado Cuarto Penal Del Circuito De Popayán.

También se dice en la sentencia, pero que no se escucha en el registro de la audiencia de cargos, que incurrí en falta disciplinaria por tener exceso de trabajo, es decir, muchos encargos que me imposibilitaban asistir a las audiencias. Esto no resulta razonable en un ámbito judicial en el que los despachos judiciales, dada la inmensa congestión, no cumplen con los términos previstos en la ley, lo que hace, como es obvio y comprensible, que los abogados litigantes también se congestionen y las fechas de audiencias se crucen como le suceden a todos los abogados y a los mismos fiscales que, muy a menudo solicitan aplazamiento de las audiencias, para poder cumplir otros compromisos funcionales. También les sucede a los jueces, pues en diversas ocasiones se ven obligados a posponer audiencias ya programadas, porque deben asistir a compromisos familiares y funcionales, como capacitaciones e incluso citaciones de otros despachos.

Precisamente en el proceso adelantado en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado, de la ciudad de Buga, la señora Juez dejó constancia de la no realización de audiencias, debido a que tenía que asistir a una capacitación. El abogado de la víctima también pidió aplazamientos, como igualmente lo hizo el fiscal, sin que fueran objeto de censura alguna.

6.5. La verdad es que la sentencia materia de impugnación esta llena de jurisprudencias que no vienen al caso, como es la sanción de un

abogado por no asistir a más de diez audiencias señaladas sin haber soportado las faltas y que además no se puede abusar del derecho, reconociéndose que los abogados pueden solicitar aplazamiento de las audiencias y diligencias y excusarse por motivos válidos cuando no pueden asistir, pero que, repito no se puede abusar. En el caso del suscrito abogado no hubo abuso y las excusas fueron validas. Por lo tanto, esa jurisprudencia es favorable a mis intereses.

6.6. Por todo lo anterior, reitero las solicitudes.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Alvaro Diaz Garnica', written in a cursive style.

ALVARO DIAZ GARNICA

RV: COMPLEMENTO DE SUSTENTACIÓN RAD. 2017-00533

Secretaria Sala Disciplinaria Consejo - Valle Del Cauca - Cali
<ssdisvalle@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 19/01/2021 15:12

Para: Jairo Felipe Valencia Sanchez <jvalencsa@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (46 KB)

complemento de la sustentación 00533.docx;

Att. Ximena Montes.

De: ALVARO DIAZ GARNICA <diazgarnicaasociados@gmail.com>

Enviado: martes, 19 de enero de 2021 2:25 p. m.

Para: Secretaria Sala Disciplinaria Consejo - Valle Del Cauca - Cali <ssdisvalle@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: COMPLEMENTO DE SUSTENTACIÓN RAD. 2017-00533

FAVOR CONFIRMAR RECIBIDO

GRACIAS

Santiago de Cali, 19 de enero de 2021

Doctor
GUSTAVO ADOLFO HERNANDEZ QUIÑONEZ
H. Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Valle del
Cauca.
Consejo Seccional de la Judicatura.

REF: RAD. 76001 11 02 000 2017 00533-00

En calidad de disciplinado dentro del asunto de la referencia, atenta y respetuosamente me dirijo a usted, con el propósito de **COMPLEMENTAR** el recurso de **APELACIÓN**, interpuesto contra la sentencia No. 40, de 13 de noviembre de 2020.

- 1. ACLARACIÓN PREVIA.** Esta ampliación de la sustentación del recurso de apelación, la hago teniendo en cuenta que aún estoy dentro del término legal, pues entre otra cosas, la sentencia no le ha sido notificada a mi defensora.

Ahora bien, la ampliación tiene que ver con el punto referido a la absolución solicitada:

- 2. ADICIÓN DE LOS ARGUMENTOS:** Con respecto a la no asistencia a la audiencia prevista para el 4 de octubre de 2016, obra constancia de que para la misma fecha el Juzgado 18 Penal Del Circuito, de Cali, programó audiencia de preclusión en

el proceso bajo el radicado No. 2016-00054, en el que fungía como defensor del procesado. También, para la misma fecha, el Juzgado 15 Penal Municipal, de Cali, con Función de Control de Garantías, citó al suscrito para llevar a cabo audiencia de formulación de imputación en el proceso con radicado No. 2016-00122, en el que me desempeñaba como defensor. Adicionalmente, también se probó que el 28 de septiembre de 2016, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado, de La ciudad de Buga, dentro del radicado No. 11-001-6000-000-2011-596 notificó el fallo condenatorio contra RIGOBERTO ARANA MONTOYA, a quien defendía; decisión contra la cual interpuso recurso de apelación, el que debía sustentar por escrito. El término para ello se vencía el 5 de octubre y la sentencia notificada era de 90 páginas, además de ser un proceso sumamente voluminoso.

Como se observa, quedaron probadas tres situaciones que imposibilitaron mi asistencia a la audiencia prevista para el 4 de octubre de 2016, en el Juzgado Tercero Penal Del Circuito Especializado, de la ciudad de Buga. Todas ellas de carácter procesal, ninguna de orden netamente personal. Eso significa que se sacrificó un acto procesal (la audiencia del 4 de octubre del 2016 en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado), para darle estricto cumplimiento al deber legal de asistir a dos actos procesales (las audiencias de los Juzgados 15 Penal Municipal y 18 Penal Del Circuito, ambos de Cali) y de cumplir con la carga de sustentar debidamente un recurso de apelación. Desde esa óptica no sólo se observa ausencia de antijuridicidad, por estar debidamente justificada la afectación del deber de comparecer a la audiencia del 4 de octubre de 2016,

sino también se concreta una causal de ausencia de responsabilidad disciplinaria, concretamente la prevista en el numeral 2 del artículo 22 de la ley 1123 de 2007.

Pero además, esa falta fue imputada a título de dolo, lo cual se mantuvo en la sentencia.

También se imputó la falta consistente en los excesivos compromisos profesionales, que me impedía asumir todas las obligaciones procesales. Falta que también se imputó a título de dolo. Es decir, absurdamente se sostiene que me comprometí dolosamente con varios asuntos, para dolosamente, dilatar la actuación adelantada en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Buga.

Lo anterior, exige un estudio dogmático de las faltas disciplinarias, para entender con explicitud la situación.

3. ALGUNOS ASPECTOS DOGMÁTICOS: a estas alturas de la cultura jurídica colombiana, no hay duda alguna, de que la dogmática de las infracciones disciplinarias, tanto en sus categorías y subcategorías positivas, como en sus elementos negativos, tales como causales de atipicidad en sentido estricto, aquellas que conforman la teoría de los elementos negativos del tipo, causales de justificación y de inculpabilidad, siguen el mismo esquema dogmático de la conducta punible, aunque con diverso contenido y sentido. En giro distinto: la estructura de las faltas

disciplinarias sigue la misma configuración teórica que orienta la construcción de los delitos, tanto en su fenomenología y dogmática positiva, con su negación por causales legales y supralegales, debidamente sistematizadas. Solo que en atención a la independencia y autonomía que se viene gestando en la doctrina y jurisprudencia nacionales y foráneas del derecho disciplinario, tales categorías y subcategorías positivas, lo mismo que la teoría de los elementos negativos del tipo, el contenido y el sentido tienen matices disímiles.

Efectivamente, desde hace mucho tiempo así lo tiene sentado la jurisprudencia y doctrina nacionales. Así por ejemplo, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, tiene dicho sobre el punto:

“Se acepta en principio la diferente naturaleza de las infracciones penales y disciplinarias, pero al mismo tiempo obliga reconocer su inmensa similitud, pues ambas deben estar precedidas de requisitos de legalidad, y consecuentemente del de tipicidad; en las dos igualmente debe estar demostrada la antijuricidad, esto es, la vulneración del bien jurídico protegido que es la administración pública afectada por la ineficiencia de la administración de justicia y, por último, ambas deben ser conductas culpables”.

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional señala que el derecho penal es una de las formas o manifestaciones del derecho sancionador, y al lado de aquél se encuentran otras manifestaciones de ese ***ius puniendi***, como sería el derecho penal administrativo y, diferentes de éste, el derecho disciplinario y el llamado además ***impeachment***, o juicio político que le corresponde hacer al Congreso de la República, respecto a los

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 4 de marzo de 1991, M.P.: JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA.

altos funcionarios del Estado, como los Magistrados de las altas Cortes, Fiscal General de la Nación y el Presidente de la República². Tal posición ha sido liderada por la jurisprudencia constitucional esbozada tanto por la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, como por la Corte Constitucional. La primera de las corporaciones mencionadas señaló:

“... el derecho punitivo es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment), y por lo tanto son comunes y aplicables siempre a todas estas modalidades específicas del derecho punible, y no sólo respecto de una de ellas ni apenas de vez en cuando, las garantías señaladas en la Constitución y en la legislación penal sustantiva y procesal que la desarrolle³”.

La Corte Constitucional ha hecho mención reiterada de tal posición, como puede verse, entre otras, en sentencias de constitucionalidad C-214 de 28 de abril de 1994, con ponencia del Dr. **ANTONIO BARRERA CARBONEL** y C-827 de 8 de agosto de 2001, con ponencia del Dr. **ALVARO TAFUR GÁLVEZ**. Por vía de tutela igualmente se ha sostenido similar criterio. Así por ejemplo, expresó:

“El derecho disciplinario que respalda este poder está compuesto por un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los servidores públicos cuando éstos violan sus deberes, obligaciones, o incurren en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la ley.

Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una

² CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, DOGMÁTICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencias 51 del 14 de abril de 1983 y 17 del 7 de marzo de 1985, M.P.: MANUEL GOANA CRUZ. Así también, la misma corporación, en sentencias de 2 de julio de 1987, con ponencia del Dr. JESÚS VALLEJO MEJÍA y 10 de marzo de 1988, con ponencia del Dr. JAIRO DUQUE PÉREZ.

rama del derecho administrativo llamada “derecho administrativo disciplinario”. Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propios del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación deben observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propios del derecho penal se predicán también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales), y empieza a hacer carrera la revitalización del término “derecho criminal” para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos [...]

Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que este derecho disciplinario, que es, en últimas, un derecho penal administrativo, debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal común.⁴”

Posteriormente precisó:

“Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene, como bien lo recuerda la Corte, una misma naturaleza, como idénticas con las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional, o las formales diferencias entre los trámites rituales. Por consiguiente, los principios que rigen el derecho punitivo de los delitos, incluyendo el de la culpabilidad, deben, necesariamente, hacerse extensivos a las restantes disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia. Que sólo el derecho penal involucre intereses esenciales del individuo es un postulado ampliamente rebatido, insuficiente hoy en día para justificar las diferencias en el tratamiento de las diferentes clases de sanciones⁵”.

Por ello, el Dr. **CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU**, a pesar de abogar por un derecho disciplinario como ciencia autónoma e

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-438 del 1° de julio de 1992, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-581 del 11 de noviembre de 1992, M.P.: CIRO ANGARITA BARÓN. Reiterada por sentencia T-097 del 7 de marzo de 1994, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

independiente del derecho penal y del derecho administrativo, concluyó que *“...El derecho disciplinario ha llegado a un punto de no retorno, marcado por la idea que también el derecho disciplinario, para que podamos predicar responsabilidad de tal tipo, la conducta tiene que ser típica, antijurídica y culpable. Esta forma de pensar en Colombia se inicia con fuerza normativa en especial por pronunciamiento de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía control de constitucionalidad en vigencia de la Carta Política de 1886, con aquellas famosas ponencias del inolado MANUEL GAONA CRUZ, en particular cuando se revisó el Estatuto Disciplinario de la Policía Nacional; se afirmó entonces que también en el derecho disciplinario regían las garantías individuales inherentes a las categorías dogmáticas propias del derecho penal, tradición que fue continuada: por el antiguo Tribunal Disciplinario; por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, cuando le correspondió pronunciarse sobre cuestiones disciplinarias; por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; pero, de manera muy destacada y desde muy temprano, por la Corte Constitucional, cuando ya en 1992, con ponencia de EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, señaló que en el derecho disciplinario también regían las categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.”*⁸

Distinto es, como lo sostiene el mismo autor, que las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, y sus respectivas subcategorías, en el derecho disciplinario no puedan tener el mismo contenido y el mismo sentido que esas expresiones tienen en el derecho penal, entre otras cosas porque los fines son distintos: *“...la materia del derecho disciplinario es la observancia de los deberes, obligaciones y derechos de los*

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 17 del 7 de marzo de 1985, M.P. : MANUEL GAONA CRUZ.

⁷ Así en decisión del 4 de marzo de 1991, M.P.: JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, se dijo que “la falta disciplinaria igualmente requiere de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad”: en *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, n° 252, diciembre de 1992, Bogotá, Legis, 9. 1177.

⁸ DOGMÁTICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO, 2° edición, Universidad Externado de Colombia

funcionarios y empleados y, como consecuencia, las faltas o conductas en que incurra en detrimento de servicio público en el que se les ha confiado”.

Por corolario inexcusable, y en todo caso, para que se genere el reproche y la consecuente sanción disciplinaria, es indispensable acreditar en el mundo de las sensibilidades la existencia de conducta, la cual puede ser por acción o por omisión. A su vez la omisión puede ser propia o impropia o de comisión por omisión, siempre que el sujeto tenga el deber jurídico de impedir el resultado, en cuyo caso, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo⁹.

Pero para que esa conducta, debidamente probada, tenga relevancia en el estadio del derecho disciplinario, requiere que se acomode, **stricto sensu**, a los parámetros normativos, descriptivos y subjetivos de un modelo de ilicitud que la contenga legal y naturalísticamente. Se cumple así el tipo objetivo y el tipo subjetivo disciplinario, que conforma en su exacta dimensión, la categoría positiva denominada tipicidad¹⁰. Las características básicas estructurales de cada tipo, depende de la forma de realización del comportamiento (si es de acción o de omisión propia o de comisión por omisión) y del tipo subjetivo (doloso o culposos).

El tipo subjetivo, como subcategoría de la tipicidad, está integrado por el dolo y el denominado ingrediente subjetivo. La

⁹ Último inciso del artículo 27 de la Ley 734 de 2002.

¹⁰ Tanto en la Ley 200 de 1995 como en la Ley 734 de 2002, la categoría tipicidad aparece bajo la denominación del principio de legalidad. Éste reza que el servidor público y el particular en los casos previstos en tales estatutos solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos “que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.

culpa, según su más moderna construcción dogmática, hace parte del tipo objetivo, en cuanto que la violación del deber objetivo de cuidado, con su correspondiente relación de determinación (antiguamente bajo el rubro de la relación causal), agrega un elemento de naturaleza objetiva. Solo que, para no practicar responsabilidad objetiva, la cual está proscrita¹¹, en la culpabilidad debe analizarse el concepto de violación al deber subjetivo de cuidado. Bueno es decir, sin embargo, que algunos, como el mismo profesor **CARLOS ARTURO GÓMEZ P.**, e incluso la Corte Constitucional, acogen, para el derecho disciplinario, la dogmática neoclásica, que ubica el dolo y la culpa en la culpabilidad, al lado de la capacidad de responsabilidad (imputabilidad), de la conciencia de ilicitud y de la exigibilidad de otra conducta. Claro está que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, entiende que el tipo culposo también tiene un tipo subjetivo.

Pero modernamente la tipicidad se configura a partir de la consideración de un tipo objetivo total, que contiene un lado positivo y la verificación de la ausencia de causales de exclusión de la tipicidad, como lado negativo. Tanto la presencia de lo primero como la ausencia de lo segundo, fundamentan la tipicidad objetiva. Luego, el dolo como parte importante del tipo subjetivo debe abarcar la ausencia de exclusión del tipo objetivo, cuya contra-cara configurará un error de alentamiento o promocional como causal de exclusión de la tipicidad, esto es, un error sobre la causal excluyente de tipicidad que tendría necesariamente el tratamiento sistemático de error de tipo. Con

¹¹ El artículo 13 de la Ley 734 de 2002, claramente señala que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Ésta norma rectora es análoga a la número 14 de la Ley 200 de 1995.

la aclaración de que tratándose de la dogmática del derecho disciplinario, no cabe hablar de error de tipo o de error de prohibición, sino de error de hecho y error de derecho, dada la configuración del injusto de la infracción disciplinaria, aunque algunos autores colombianos, como **SAN PEDRO ARRUBLA**, estiman que tales categorías pueden manejarse en esta área del derecho.

Conforme a esa sistemática, y en breve, la tipicidad de las faltas disciplinarias, está configurada por la presencia del tipo objetivo -lado positivo- y la verificación de la ausencia de causales de exclusión de la tipicidad, pero únicamente aquellas que conforman la denominada teoría de los elementos negativos del tipo -lado negativo-, dentro de la cual se insertan la colisión de deberes legales y constitucionales.

Las causales de exclusión de tipicidad, que por su naturaleza niegan el tipo, son aquellas *“causas de tipicidad en sentido estricto”*, esto es, aquellas que excluyen el tipo en un ámbito diferente al de la teoría de los elementos negativos del tipo. Son, en sentido estricto y en esencia, *“causas que excluyen ya el tipo legal en el sentido del tipo indiciario del injusto”* por su *“carácter totalmente normal”*, son una parte *“negativa de cualquier tipo”*¹². Concretamente el cumplimiento del deber objetivo de cuidado, el caso fortuito o fuerza mayor y el principio de insignificancia, no hacen parte de la teoría de los elementos negativos del tipo, toda vez que conforman el estudio del tipo objetivo positivo. Igual

¹² DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA. “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, LUZÓN PEÑA y SANTIAGO MIR PUIG (coords.), Navarra, Aranzadi, 1995, pp.22, citado por el Dr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, en SISTEMÁTICA DE LAS CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

sucede con la **vis absoluta** que puede ser considerada como causal de atipicidad, puesto que la misma *“elimina no sólo la libre determinación de la voluntad, sino la voluntad misma, que es un elemento esencial del concepto de la acción o la capacidad concreta de acción, que es un elemento esencial del concepto de omisión, por cuanto impide la configuración del tipo objetivo (ausencia de conducta)”*¹³. Entre las causales que conforman la teoría de los elementos negativos del tipo, están el estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales y el legítimo ejercicio de derechos¹⁴.

A más del juicio de tipicidad, en los ámbitos indicados, se requiere como segunda categoría positiva de la infracción disciplinaria, la presencia comprobada de ilicitud sustancial, vale decir, de la antijuricidad, que reclama la afectación del deber funcional sin justificación alguna¹⁵. Así se sostenga por algunos que tratándose de conductas disciplinarias, la antijuricidad se agota en la puesta en peligro, sin que se requiera resultado, es lo cierto que por tal no puede entenderse la simple contradicción entre la norma y la conducta sino que es imprescindible la comprobación de que se puso en peligro **efectivo** el deber funcional, como bien jurídico tutelado. Se reclama una **afectación**, lo que trasciende el ámbito de simple contrariedad, para penetrar en terreno del menoscabo, perjuicio, alteración o mudanza del interés protegido, que no es otro que la eficiencia,

¹³ CEREZO MIR, La posición de la justificación y exculpación.

¹⁴ Numerales 2°, 3° y 4° del artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

¹⁵ La norma rectora No. 5 de la Ley 734 de 2002, señala, con fuerza normativa, que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

eficacia y moralidad de la administración pública. Queda por fuera del concepto de antijuricidad material, el criterio de **afectar**, en cuanto que solo impresiona o conmueve el ánimo. Frente al Código Disciplinario de los abogados, la norma rectora N°. 5, es tajante en establecer que la falta disciplinaria será antijurídica cuando la conducta **“AFECTE, SIN JUSTIFICACIÓN, alguno de los deberes consagrados en el presente código”** (RESALTADO FUERA DE TEXTO ORIGNANL), de donde se deriva la exigencia dogmática de una afectación efectiva, más no simplemente formal.

Así lo tiene dicho la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura¹⁶. Con base en ello y en muchos otros criterios, el Profesor **GÓMEZ PAVAJEAU**, expresa que *“el ilícito disciplinario comporta un quebrantamiento del deber. Empero, no es el mero quebrantamiento formal el que origina el ilícito disciplinario, sino que se requiere un quebrantamiento sustancial”*. Luego de analizar la norma rectora número 5° de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), concluyó:

“Significa lo anterior que para entender sustancialmente quebrantado el deber se requiere que la conducta enjuiciada haya desconocido no sólo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un Estado social y democrático de derecho.

*En efecto, al constituirse nuestro Estado en una República (art. 1° C.N.) se ha querido significar con ello que toda institución que emane de la misma debe responder a criterios de racionalidad y razonabilidad. Ya de por sí ello caracteriza la imposibilidad de existencia de deberes por los deberes mismos, sino que el **in se** de ellos debe encontrarse en los fines que el Estado persiga con su institucionalización.*

Por tanto todo deber, cuyo quebrantamiento comporte el ilícito

¹⁶ Auto 8 de septiembre de 1984, M.P.: EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN.

disciplinario, impone la constatación que con la conducta indebida se han cuestionado las funciones del Estado social y democrático de derecho. Esto es, la persona no ha obrado conforme a la función social que le compete como servidor público (arts. 37 Ley 200 de 1995 y 22 NCDU) o como miembro de una profesión intervenida (art. 26 C.N.).

Se resalta que los deberes en general impuestos a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas vienen informados sustancialmente por los principios de moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia (art. 22 NCDU).

*Cuando se constate que formalmente se quebrantó un deber pero que en lo sustancial no se ha cuestionado la funcionalidad del mismo, la conducta resulta apenas aparentemente ilícita. Esto es, podemos encontrarnos frente a la inexistencia de “antijuricidad sustancial aunque sí formal, y, siendo la primera el *in se* de la infracción disciplinaria, el hecho punible queda desestructurado”¹⁷.*

Lo anterior, también es válido cuando se trata de conductas disciplinarias de los abogados, que son investigados por presuntamente violar los preceptos de la Ley 11234 de 2007, pues el contenido de la antijuridicidad de la falta disciplinaria es la misma y se refiere, igualmente, al incumplimiento de los deberes.

Es de advertir, sin embargo, que la conducta punible disciplinaria tiene una estructura bipartita; de allí que el ilícito disciplinario sea una conducta típicamente antijurídica. A ello se refiere el mismo doctor **GÓMEZ PAVAJEAU**, en su actualizada obra “**DOGMÁTICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO**”, cuando dice:

“Si se pretende abordar las descripciones típicas a partir de la determinación de los deberes que competen a los servidores públicos, particulares que ejercen funciones públicas y miembros de las profesiones intervenidas, debe concluirse desde ya que la tipicidad no es más que la descripción de la infracción sustancial de un deber.

Ello resulta incontrovertible a la luz de lo dispuesto en los artículos 38

¹⁷ Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia del 28 de julio de 1994, M.P.: EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, rad. 974 a 150.

de la Ley 200 de 1995 y 23 del NCDU, al estatuir como falta disciplinaria el incumplimiento de los deberes. Pero además, si se tiene en cuenta que existe un deber general de respetar y cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos, debe concluirse que toda incursión en prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, como también el abuso de derechos y funciones de que da cuenta igualmente el artículo anterior, quedan reconducidos a la infracción al deber consagrado en los numerales 1 del artículo 40 de la Ley 200 de 1995 y 1 del artículo 34 del NCDU.

Si así son las cosas, esto es, que en derecho disciplinario la tipicidad es la descripción de la infracción sustancial a un deber, tipicidad y antijuricidad se encuentran inescindiblemente unidas. Lo anterior por cuanto, al ser constitutivo de falta disciplinaria el incumplimiento de los deberes, tipicidad y antijuricidad se encuentran refundidas, pues tal diferencia no es posible ejecutarla en derecho disciplinario por no ser de la esencia de las descripciones típicas la presencia de un resultado que resulta separable espacio-temporalmente de la conducta en sí. De allí que el ilícito disciplinario sea una conducta típicamente antijurídica”.

La parte negativa de esta categoría está integrada por las causales de justificación (legítima defensa y estado de necesidad), las cuales, en su interpretación y aplicación, deben estar regidas por los criterios moduladores de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad¹⁸. Tratándose de la Ley Disciplinaria del Abogado, es claro que el artículo 22 se ocupó expresamente de las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, pero sin señalar cuál de los elementos positivos dogmáticos de la falta niega, de manera que bien pueden ser de tipicidad o de antijuricidad e incluso de culpabilidad. Por ejemplo, allí se incluyen la fuerza mayor o el caso fortuito, que son causales de atipicidad estrictas, puesto que niegan la conducta, como también se incluye el obrar con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye

¹⁸ Así lo establece el numeral 4 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

fala disciplinaria, que, en puridad dogmática, estructura una causal de inculpabilidad, más específicamente, lo que se conoce como error de prohibición.

La culpabilidad, en cuanto rechaza toda forma de responsabilidad objetiva, viene a ser la última de las categorías positivas integrantes de la conducta disciplinaria. Sus elementos están condicionados a la modalidad de la conducta (dolo o culpa) y a las formas de realización del comportamiento. Así, si se trata de una conducta activa dolosa, la culpabilidad está conformada por la capacidad de responsabilidad (imputabilidad), la conciencia potencial de ilicitud, en términos de oportunidad y razonabilidad y la exigibilidad de conducta adecuada a la norma. Si se trata de una conducta activa u omisiva culposa, está integrada -la culpabilidad- por los mismos tres elementos, más la violación al deber subjetivo de cuidado, como configurante del reproche individual; y si se trata de tipo de omisión propia, debe agregársele a los tres primeros elementos, el reproche por no haber cumplido el deber de acción, a tiempo que si se trata de omisión impropia, a las mismas tres subcategorías invariables iniciales, se le adiciona el reproche por no haber cumplido el deber de evitación.

La Honorable Corte Constitucional, ha reiterado que la sanción disciplinaria solo puede sobrevenir **“siempre y cuando se establezca la culpabilidad del sujeto”¹⁹**.

Por su parte, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ha dicho sobre *“la doctrina subjetivista*

¹⁹ Sentencia C--417 de 4 de octubre de 1993; M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

de la responsabilidad” y la “culpabilidad normativa”:

“...las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa, por lo que para declarar la responsabilidad disciplinaria se requiere establecer el nexo psicológico entre el autor y la conducta, dato que se recauda a través del examen de su actitud frente al deber que le corresponde en relación con el asunto que se juzga, su grado de libertad en el caso concreto (exigibilidad de la conducta), y el conocimiento de la ilicitud del comportamiento (modalidad dolosa); y la observancia del cuidado necesario en el desarrollo de sus funciones oficiales, criterio valedero para determinar la conducta culposa²⁰”.

Aunque se afirma por algunos que el sentido y contenido de la culpabilidad no es igual en el ámbito penal que en el disciplinario, de todos modos tal categoría *“...en derecho disciplinario comporta la presencia de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) dolo o culpa, conciencia de la antijuricidad y exigibilidad de otra conducta”²¹*; con lo cual parece se sigue el concepto de culpabilidad de la dogmática neoclásica, que ubica el dolo y la culpa en la culpabilidad, aunque este mismo autor habla de tipo subjetivo. Sea que el dolo se inserte en la categoría tipicidad, como tipo subjetivo, o en la categoría culpabilidad, como elemento de esta, para efectos del reproche, es lo cierto e incontestable, que es impensable sanción disciplinaria sin culpabilidad, sin dolo y sin culpa, por expresa proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva.

La culpabilidad se excluye por inimputabilidad, salvo cuando se trata de comportamiento pre-ordenado, por insuperable coacción ajena, miedo insuperable y error de derecho.

²⁰ Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia del 16 de octubre de 1997, M.P.: EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, rad. 14707 A.

²¹ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, DOGMÁTICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO, 2^o Edición, Página 336.

4. EN CONCRETO LA SITUACIÓN FACTUAL: Según la parte teórica plasmada, que deja en evidencia la estructura de la falta disciplinara, no es posible ni siquiera hablar de tipicidad por infracción al deber y menos podría pregonarse dolo frente a situaciones tan claras, como la presencia de otras audiencias y el incumplimiento de los términos por parte de los despachos judiciales que hacen que las labores de los abogados se acumulen. Ello puede verse, por ejemplo, con el momento en que me correspondió sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Del Circuito Especializado De Buga, contra RIGOBERTO MONTOYA ARANA, pues, como quedó demostrado, se trató de un proceso iniciado varios años atrás, un juicio que se prolongó aproximadamente dos años y una sentencia que se emitió varios meses después de haber finalizado la audiencia pública de juicio, cuando la ley de procedimiento penal fija para ello (proferimiento de la sentencia) un término que no puede exceder de 15 días “*contados a partir de la terminación del juicio oral*”, tal como lo señala el segundo inciso del artículo 447 de la ley 906 de 2004, modificado por la ley 1395 de 2010. Siendo así, al abogado no le asiste ninguna culpa por el hecho de que se le acumulen las labores respectivas. Y la opción de renunciar al mandato, como lo pregona el Magistrado ponente en la sentencia, no puede ser admisible, dada la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales. Y en esos casos tampoco es viable sustituir o nombrar abogado suplente, porque se trata de labores (sustentar por escrito un recurso) que solo puede asumir quien haya actuado durante el juicio y que, por lo mismo, haya tenido la inmediación no solo de las pruebas

sino de los alegatos finales.

Si el dolo, ya sea a través de la teoría de la voluntad o la teoría de la representación, tiene un aspecto volitivo, que implica querer realizar la falta concreta y no en abstracto, ¿cómo es posible sostener que se obró con dolo cuando se adquirieron compromisos profesionales en muy distintas épocas a las fechas de las audiencias cuyo aplazamiento se solicitó?. Menos cuando se está hablando de dolo directo, que es el dolo en sentido estricto y que exige voluntad y representación, es decir conocer (en el caso concreto) la fecha y hora de la audiencia y, querer dañarla, para dilatar la actuación y para ello comprometerse con otros asuntos con ese específico propósito. Eso es totalmente inconcebible. El dolo típico de la causal disciplinaria equivale a un conocer y quererlo los elementos del tipo (disciplinario), pero, además, conocer la antijuridicidad de la conducta, dada la estructura bipartita de la falta disciplinaria y teniendo muy en cuenta que la lesividad para que sea antijurídica, debe extrañar cualquier justificación. En otras palabras, el dolo debe abarcar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo y la antijuridicidad, de tal manera que ese aspecto subjetivo comprende el componente valorativo de la licitud. Se repite, teniendo en cuenta la estructura típica de la falta disciplinaria, que sigue la dogmática clásica y no la finalista, pues ésta ubica ese elemento valorativo en la culpabilidad, para dejar en el tipo subjetivo (dolo) los aspectos cognoscitivo y volitivo.

Además, el dolo debe concurrir en el momento de poner en práctica la conducta de que se trate: no cabe hablar de un dolo

antecedente (previo a la conducta) ni un dolo subsiguiente (posterior a la realización de la conducta). Eso implicaría que cuando se adquiere el compromiso profesional se haría con la intención de dañar una audiencia previamente fijada, cuestión que en el caso presente no se concreta. Lo mismo sucede con lo del viaje a Estados Unidos, pues cuando se compraron los pasajes, la audiencia del 26 de julio de 2016, no estaba señalada. El conocimiento del comportamiento típico, debe ser actual y no potencial, de manera que, desde esa perspectiva, para que la conducta sea dolosa, el sujeto activo necesariamente tiene que saber, en concreto, que está obrando para dañar una audiencia, previamente señalada, y que se obre sin justificación alguna (aspecto valorativo).

Bajo esas concretas especificaciones, no existe falta disciplinaria, en el caso adelantado en mi contra y por ello debe revocarse el fallo condenatorio.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'ALVARO DIAZ GARNICA', written in a cursive style.

ALVARO DIAZ GARNICA