

Capítulo 1

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

En el desarrollo vertiginoso que ha tenido el Derecho Disciplinario o Derecho Administrativo Sancionador, como área autónoma e independiente del *ius puniendi*, son muchos los pronunciamientos que ha habido tanto en el campo de la doctrina como en el de la jurisprudencia internacional, en relación con las bases de esta rama del derecho.

Solo a partir del reconocimiento de su propia dogmática jurídica, es decir, de la sistematicidad y estructuración de sus instituciones, se logrará independizarla del derecho penal, sin desconocer que en sus raíces está permeada por el mismo, pero bajo la égida de las potestades administrativas del Estado. En consecuencia, compartimos que la presencia del derecho penal es

[...] ya no sólo útil sino imprescindible y ha de seguir operando, no obstante y en todo caso, como punto de referencia, como pauta técnica y, sobre todo, como cota de máxima de las garantías individuales que el Derecho Administrativo Sancionador debe tener siempre presentes².

Precisamente en la discusión jurídica de su fundamentación se parte de la reconocida premisa en la cual, como el derecho penal es de máximo *ratio* en el *ius puniendi*, el derecho administrativo sancionador viene siendo, en ese sentido, una categoría menor. Por ello, esa “cota” máxima de las garantías individuales a la que hace referencia el maestro Alejandro Nieto, no es más que el efecto de la naturaleza del área jurídica en donde se recorren las más altas

2 Nieto, A. (2012). Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 5a. ed., p. 30.

sanciones. De suyo, entonces, es claro que el derecho disciplinario, en materia sancionatoria, deberá restringir en menor grado los derechos de sus disciplinados.

Bajo la premisa anterior surge el problema jurídico que se quiere dilucidar, en la medida en que también se ha aceptado, por la doctrina y la jurisprudencia nacional —Colombia y España— e internacional, como se va a desarrollar en este trabajo de investigación, que en el derecho administrativo sancionador o derecho disciplinario, a diferencia del derecho penal, se apliquen con cierto grado de flexibilización algunos derechos fundamentales, lo cual, según nuestra hipótesis, ha servido de base para la constitución de un ordenamiento jurídico —en particular en Colombia— con la permisividad de serias restricciones de garantías fundamentales de carácter procesal para el disciplinado, y de paso, con sanciones que limitan otros derechos de estirpe fundamental.

De allí que se hace necesario examinar la evolución doctrinaria y jurisprudencial del derecho al debido proceso, en todo su contexto, tanto en Colombia como en España, para determinar si en la actualidad, frente a las variadas conductas que infringen los deberes funcionales, en el marco de la avezada corrupción en la administración pública, con el consecuente desarrollo de las sanciones disciplinarias, es válido seguir dándole acogida a la flexibilidad de derechos fundamentales.

Este análisis sobre la flexibilización del debido proceso requiere ahondar en las diferentes teorías sobre la viabilidad de restricción o limitantes en el ejercicio de los derechos fundamentales para la persona, cuando no hay lugar a colisión de derechos o cuando no se presenta la supremacía del interés general o colectivo.

2. CONCEPTO DE DERECHO AL DEBIDO PROCESO

A partir del conocimiento de la evolución del derecho al debido proceso, en general, se puede hacer una aproximación para examinar

la exigencia de su plena aplicación en el derecho disciplinario, y el por qué se tiene como fundamento del mismo. Pero, antes de profundizar en sus antecedentes, se debe precisar la importancia que ha tenido su conceptualización en el marco de los derechos subjetivos de rango constitucional, en la medida en que su desarrollo ha marcado los cimientos de diferentes institutos jurídicos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8o. consagra el debido proceso como

[...] el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter³.

En la misma norma de la Convención se establecen las garantías mínimas que componen este derecho.

En el campo de la doctrina, reconocidos tratadistas han abordado su definición, de manera integral, haciendo alusión a los diferentes elementos que subyacen en el debido proceso, los cuales se han instituido como componentes de tipo garantista para el individuo inmerso en acciones judiciales o administrativas, las cuales en sus resultados podrían traer como consecuencia la restricción de otros derechos. El debido proceso encierra más que una problemática de tipo adjetiva, su caracterización es propia de los derechos fundamentales. El tratadista peruano Aníbal Quiroga (2003) señala sobre el debido proceso legal que:

3 Organización de Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. Tratados Multilaterales. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm [Última consulta: 22 de abril de 2015]

[...] es la institución del Derecho Constitucional Procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado⁴.

En el mismo sentido se encuentra en la doctrina colombiana al reconocido tratadista Vladimiro Naranjo, quien además reconoce su contenido esencial para el ser humano, en punto de la imparcialidad que se le debe brindar en el desarrollo de todo proceso:

[...] el debido proceso es una garantía consagrada generalmente en las constituciones, que tiene por objeto el que la persona que haya sido sindicada de la comisión de un delito, sea sometida en el curso del proceso judicial, a una serie de formas y de etapas que deben ser respetadas, a fin, primordialmente de que pueda defenderse de los cargos que se le imputan y que el juez pueda proferir sentencia con base en suficientes elementos probatorios, ya sea para absolverla o para condenarla. El debido proceso implica, en primer término, que toda persona sea juzgada por un juez competente, esto es, que quien haya de decidir sobre su culpabilidad o inocencia, tenga autoridad preestablecida para ello y, muy importante, que ofrezca la condición esencial de imparcialidad⁵.

En su definición hay un aspecto en el que convergen los diferentes autores, y es que el debido proceso es una garantía que se encuentra generalmente consagrada en las diferentes constituciones, y que tiene por objeto el que a la persona sometida a un proceso judicial, administrativo y para todo tipo de proceso, se le respeten las formas y etapas, pero primordialmente que pueda ejercer su derecho a la defensa.

4 Quiroga León, A. (2003). El debido proceso legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Lima: Jurista Editores EIRL, p. 92.

5 Naranjo Mesa, V. (2003). Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá: Temis, 9ª. ed., p. 509.

En Colombia, a nivel jurisprudencial, en particular por la Corte Constitucional, se ha definido el derecho al debido proceso con todos sus componentes y características; es decir, principios y garantías que lo conforman en toda su acepción. Así, se ha entendido como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico que tienen un fin primordial: la búsqueda de la protección del individuo que se encuentra incurso en una actuación, ya sea judicial o administrativa, lo cual de manera transversal responde a que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia⁶.

Cada una de esas garantías que componen el debido proceso, *per se*, constituyen las bases del reconocimiento y respeto al ser humano, que haciendo parte de una sociedad exige un orden justo. Garantías que tanto en el derecho internacional como en reiterada línea jurisprudencial en Colombia, se individualizan de manera persistente, haciendo del debido proceso uno de los derechos fundamentales en el que concurren varias salvaguardas, como son:

- (i) La garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de lograr una pronta resolución judicial y el derecho a la jurisdicción;
- (ii) La garantía de juez natural;
- (iii) Las garantías inherentes a la legítima defensa;
- (iv) La determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; y
- (v) La garantía de imparcialidad; entre otras garantías⁷.

6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-001 de enero 12 de 1993, T-345 de agosto 6 de 1996 y C-731 de 2005. Sobre el debido proceso administrativo ver, entre otras, las sentencias SU-250 de mayo 26 de 1998, C-653 de 2001, C-506 de 2002, T-1142 de noviembre 28 de 2003. Recuperadas de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/> [Consultadas el 31 de enero de 2014]

7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-980 de diciembre 1 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-980-10.htm> [Última consulta el 31 de enero de 2014]

En este orden de ideas se tiene que, esencialmente, es un derecho fundamental, del cual emanan tales principios y garantías de igual naturaleza. Lo anterior permite profundizar, en la presente aproximación teórica, sobre su desarrollo o evolución particular, sin salirnos de su perspectiva en el campo del *ius puniendi*, despejando el camino para comprender el estado de la situación frente a la admisión o no de su flexibilización en el campo disciplinario.

2.1. CONCEPCIONES SOBRE NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL.

Ahora bien, si el debido proceso es un derecho fundamental, es necesario entender el concepto de qué es una norma de derecho fundamental. Al respecto, las diferentes escuelas, en su evolución jurídica, han desarrollado diversas teorías, las cuales sirven de constante fundamento a la jurisprudencia, que en la época contemporánea hacen parte de lo que se conoce como el nuevo constitucionalismo, sin abandonar el positivismo conceptual, es decir, que el neoconstitucionalismo, así entendido, sería nada más que el positivismo jurídico de nuestros días⁸.

Es importante reseñar que, de la misma manera que teóricos como Müller plantean una concepción de las normas que superan el positivismo jurídico, plantea que:

[...] la norma jurídica se presenta como estructurada: compuesta del resultado de la interpretación de los datos semánticos, el programa normativo y la cantidad de datos reales conformes con el programa de las normas, el ámbito normativo. Lo que ordena y lo que debe ordenarse, objetivamente, forman un conjunto, debiendo conjugarse metódicamente y de una manera racional. El texto de la norma, la literalidad de la misma, no son una parte conceptual autónoma de la norma jurídica. Lo que habitualmente se llama «derecho vigente», constituye

8 Atienza, M. (2007). Constitución y argumentación. Anuario de Filosofía del Derecho. En Revista de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. No. 24. Madrid, p. 201.

más bien la cuantía de los textos normativos. Éstos, junto a los hechos que han de resolverse jurídicamente, conforman el dato inicial más importante de los procesos de concretización. Por lo tanto, debe distinguirse entre la norma jurídica en cuanto a su texto normativo, y la norma reguladora de la decisión, en la que, finalmente, se basa la resolución dictada en el caso⁹.

En la escuela italiana contemporánea, el maestro Giorgio Pino trae una definición mínima y formal de derechos fundamentales: “[...] consideraré fundamentales los derechos subjetivos que son atribuidos, reconocidos, instituidos, garantizados, etc. Por normas fundamentales - por normas a las que se les reconoce, en la cultura jurídica de referencia, carácter fundamental”¹⁰.

Sin embargo, entre los tratadistas contemporáneos, al analizar la norma en punto de derecho fundamental, es trascendental el rumbo que ha marcado Robert Alexy, quien trae una definición general, la cual plantea que normas de derecho fundamental son todas aquellas con respecto a las cuales es posible una fundamentación iusfundamental correcta. Para las normas de derecho fundamental directamente estatuidas basta para su fundamentación iusfundamental correcta, por lo general, una referencia al texto de la Constitución¹¹.

9 Müller, F. (2013). El Derecho de Creación Judicial. Formulado desde el punto de vista de la teoría del derecho. (Luis-Quintín Villacorta, trad). España: Repositorio Abierto de la Universidad de Cantabria. ISSN: 1575-5312. (Artículo original publicado en revista de la Universidad de Heidelberg en 1986). Recuperado de: <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/4505> [Última consulta en junio 30 de 2017]

10 Pino, G. (2014). Derechos e Interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional. (Horacio Sánchez, Pedro Caballero, Andrés Morales, Federico Orlando y Diego del Vecchi, trads). Colombia: Universidad Externado de Colombia. p. 31. (Obra original publicada en 2010).

11 Alexy, R. (2002). Teoría de los Derechos Fundamentales. (Ernesto Garzón Valdés, trad). Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3a. reimpresión, p. 73. (Obra original publicada en 1986).

La teoría sobre la definición de norma de derecho fundamental, que Alexy denomina “disposición de derecho fundamental”, la desarrolla, a partir de la formulación propuesta por Carl Schmitt, en su obra *Grundrechte und Grundpflichten* (Derechos y deberes fundamentales.), publicada en 1932, en cuanto vincula a la definición de manera recíproca elementos materiales y estructurales, en la medida en que considera que derechos fundamentales son solo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales en la Constitución. La teoría de Alexy va más allá, avanza sobre dicha definición, en tanto que contempla que más conveniente que los criterios materiales y estructurales, la fundamentación de derecho fundamental está dada en la medida de su vinculación con un criterio que apunte a su positivización (Alexy,1986). Es decir, que por encima de lo material y lo estructural, permite que normas que no contengan derechos subjetivos puedan considerarse como normas de derecho fundamental y, en síntesis, comprende todas aquellas normas a las que se les adjudica la naturaleza de derecho fundamental.

Estas definiciones de norma de derecho fundamental permiten corroborar que, efectivamente, el derecho al debido proceso tiene la atribución de constituir una norma de derecho fundamental, tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como en el español, lo cual se determina con total claridad en el derecho contemporáneo, y que ha tenido, como otras instituciones jurídicas, expresiones marcadas en sus diferentes desarrollos, a través de su normativización superior.

3. EVOLUCIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El debido proceso no ha permanecido inmutable; al contrario, a través de la transformación de las relaciones del hombre en sociedad, reguladas por el derecho, ha evolucionado, conservando su raíz adjetiva de naturaleza sustantiva.

A manera de ilustración y como un antecedente refrescante, valga traer a colación al autor Mario Madrid-Malo Garizábal con su texto denominado *Otras siluetas para una historia de los derechos humanos*, en el cual recoge, entre otras, una de las tragedias griegas, para ilustrar el desarrollo de los derechos humanos, referida a las desventuras de una de las hijas del rey Edipo, llamada *Antígona*, quien dio prevalencia a su conciencia, al darle tributo con las honras fúnebres al cuerpo de su hermano *Polinices*, contra el expreso mandato de prohibición del rey Creonte, quien al castigarla con la pena de *sepultura en vida*, la llevó a que se suicidara antes de recibir el castigo; lo cual, a su vez trajo como consecuencia que el Príncipe *Hemón*, quien era hijo de *Creonte*, y enamorado de *Antígona*, también se suicidara junto a la tumba de la castigada.

De esta tragedia griega se rescata como antecedente del respeto a la norma preestablecida, un viejo pensamiento recogido por ilustres filósofos como *Heráclito* y *Empédocles*: frente a los mandatos de la autoridad humana prevalecía una ley divina, eterna y no recogida en texto alguno, cuyas cláusulas eran de obligatorio acatamiento¹².

La trascendencia de este pensamiento se describe literalmente en la obra del autor referido, quien con base en el texto de “*Antígona en Historia del Teatro Universal*”¹³ señala que en el año 440 antes de Cristo, el poeta Sófocles estrenó una tragedia que tenía como protagonista a Antígona; de dicha obra transcribe un aparte del diálogo creado por Sófocles, entre Antígona y el monarca Creonte, en el cual se observa que encierra la esencia del principio de legalidad y el ejercicio del derecho de defensa, y que por su riqueza como antecedente del derecho fundamental al debido proceso, aquí se transcribe:

12 Madrid-Malo, M. (2008). *Otras siluetas para una historia de los derechos humanos*. Organización de Naciones Unidas. Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Bogotá: USAID, p. 32.

13 *Ibíd.*, p. 371.

Creonte: *¿Confiesas o niegas haberlo hecho?*

Antígona: *Digo que lo hice, y no lo niego.*

Creonte: *Dime, no largo y tendido, sino cortando camino: ¿sabías que estaba pregonado no hacerlo?*

Antígona: *Lo sabía. ¿Cómo no lo había de saber? Bien claro estaba.*

Creonte: *¿Y te atreviste, sin embargo, a violar estas leyes?*

Antígona: *Porque para mí no fue Zeus quien las promulgó, ni fue la Justicia, que convive con los dioses de allá abajo, quien fijó tales leyes entre los hombres. Ni pensaba yo que tus pregones tendrían tanta fuerza que tú, siendo mortal, pudieras sobrepasar las leyes no escritas e inmovibles de los dioses. Porque ellas no son de hoy ni de ayer, viven siempre, y nadie sabe cuándo aparecieron¹⁴.*

Se decanta de manera sutil, para la época, cómo se entendía el poder del monarca para hacer prevalecer su normatividad — principio de legalidad—, y al tiempo, cómo la infractora ejerce su derecho a la defensa, con el convencimiento de obrar por la prevalencia de sus antiguas creencias, lo que no es más que las raíces de lo que hoy se conoce como la objeción de conciencia, instituto jurídico reconocido en los diferentes ordenamientos legales.

3.1. ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO

El debido proceso examinado en el contexto de los ordenamientos jurídicos reconocidos, en su plenitud garantista que busca asegurar un resultado justo, equilibrado y equitativo dentro del mismo, procede del derecho anglosajón, en el cual se aplicaba la expresión “*due process of law*” (debido proceso legal), entendido como el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal.

14 *Ibíd.*, p. 33.

En sus albores o primigenios antecedentes se destaca su desarrollo en Inglaterra, para el 15 de junio de 1215, durante el imperio del rey Juan I de Inglaterra, quien trascendió en la historia como “Juan sin Tierra”¹⁵, a través de su *Magna Charta Libertatum* (Carta Magna), cuando en el artículo 39 señaló:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.

Esto, en esencia, estaba dirigido a repercutir conceptualmente en el campo penal, buscando salvaguardar el derecho a la libertad frente a posibles restricciones y, a su vez, garantizaba el derecho a la defensa contra la arbitrariedad e injusticia en Inglaterra. El mencionado precepto de rango constitucional no hizo más que establecer el derecho a un juicio adelantado por el juez natural y cimentado en el principio de legalidad, dentro de lo que se conoció para aquella época como la “*Ley de la tierra*”.

También constituye un antecedente el código de Magnus Eriksson, de 1350, de Suecia, quien consagró que,

[...] el rey debe ser leal y justo con sus ciudadanos, de manera que no prive a ninguno, pobre o rico, de su vida o de su integridad corporal sin un proceso judicial en debida forma, tampoco prive a nadie de sus bienes si no es conforme a derecho y por un proceso legal¹⁶.

15 Vidal Perdomo, J. (1985). *Derecho Constitucional General*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 3a. Edición, p. 276.

16 Pérez Fleita, E. (2012). “El debido proceso: una mirada desde la perspectiva del juez cubano”. En: *Revista virtual EUMED.NET Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Universidad de Málaga. ISSN: 1988-7833. Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/cccs/19/epf.html> [Última consulta en abril de 2015]

En esta evolución del derecho al debido proceso tiene un papel preponderante lo reafirmado el 7 de junio de 1628 por el Parlamento Inglés a Carlos I o Carlos Estuardo, en “*The Petition of Right*”, conocida como la “*Petición de Derechos*”, de la siguiente manera:

VII. And whereas also by authority of parliament, in the five-and-twentieth year of the reign of King Edward III, it is declared and enacted, that no man shall be forejudged of life or limb against the form of the Great Charter and the law of the land; and by the said Great Charter and other the laws and statutes of this your realm, no man ought to be adjudged to death but by the laws established in this your realm, either by the customs of the same realm, or by acts of parliament: and whereas no offender of what kind so ever is exempted from the proceedings to be used, and punishments to be inflicted by the laws and statutes of this your realm; nevertheless of late time divers commissions under your Majesty's great seal have issued forth, by which certain persons have been assigned and appointed commissioners with power and authority to proceed within the land, according to the justice of martial law, against such soldiers or mariners, or other dissolute persons joining with them, as should commit any murder, robbery, felony, mutiny, or other outrage or misdemeanor whatsoever, and by such summary course and order as is agreeable to martial law, and is used in armies in time of war, to proceed to the trial and condemnation of such offenders, and them to cause to be executed and put to death according to the law martial¹⁷.

17 Traducción de la autora: “VII. Y que, asimismo, por la autoridad del parlamento, en el vigésimo octavo año del reinado del Rey Eduardo III, se declara y promulga, para que ninguna persona pueda ser enjuiciada a muerte en contra de la forma de la Gran Carta y la Ley de la Tierra. Y por dicha Carta Magna y otras leyes y estatutos de este vuestro reino, ningún hombre debe ser juzgado a la muerte, sino por las leyes establecidas en este su reino, ya sea por las costumbres del mismo reino, o por actos del parlamento, y mientras que no sea infractor o del tipo que está exento de los procedimientos que se utilizarán y los castigos que se infligirán por las leyes y los estatutos de este vuestro reino; sin embargo de tiempo tardío diversas comisiones bajo su gran sello de Su Majestad han sido asignados y

En su génesis también se encuentra que la garantía del debido proceso se instituye como una pieza fundamental en la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*”, del 26 de agosto de 1789, fruto que dejó la Revolución Francesa para la historia jurídica, como una huella indeleble en la evolución jurídica, en particular, cuando establece:

Artículo 7.- Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.

Artículo 8.- La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicado legalmente...¹⁸.

Es de anotar que la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* se constitucionaliza o se categoriza como precepto de rango constitucional, en Francia, con la expedición de su Carta Magna, el 3 de septiembre de 1791, al estipular en su artículo 7o.:

comisionados, con poder y autoridad para proceder dentro de los terrenos designados, de acuerdo con la justicia de la ley marcial, contra esos soldados o marinos, o de otras personas disolutas a unirse con ellos, que cometan cualquier asesinato, robo, delito grave, motín u otro ultraje o falta alguna, y por supuesto como orden que es de acuerdo a la ley marcial, y se utiliza en los ejércitos en tiempo de guerra, para continuar con el juicio y la condena de estos delincuentes, y que se ejecutarán y condenarán a muerte según la ley marcial”. Original en inglés recuperado de <http://www.constitution.org/eng/petright.htm> [Última consulta en abril 30 de 2015]

18 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Recuperado de <http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm> [Consultada el 31 de enero de 2014]

Ningún hombre puede ser acusado, detenido ni encarcelado sino en los casos determinados en la Ley y según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan órdenes arbitrarias deben ser castigados, pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la Ley debe obedecer inmediatamente, se hace culpable si se resiste¹⁹.

No se puede dejar de enunciar en este apartado su consagración en la Constitución española de 1812; sin embargo, más adelante, se abordará de manera detallada, pues el desarrollo del debido proceso en materia administrativa sancionatoria en el derecho español interesa de manera especial, como objetivo de este estudio comparado.

En cuanto a antecedentes o evolución del derecho al debido proceso, también son trascendentales los precedentes europeos aprobados en algunos compendios legales, que han marcado el rumbo de su protección especial, entre los cuales se destacan por la forma como fueron concebidos y por su especificidad, los siguientes:

i. La Constitución “*Neminem Captivabimus*”, expedida en Polonia en 1430, por el Rey Wladislav Jagiello, marca un avance en la evolución del debido proceso, en la medida en que establecía que:

Nosotros, el Rey, prometemos y juramos no encarcelar ni inducir a encarcelar a ningún noble; no castigar nunca a un noble de ninguna forma, cualquiera que sea el crimen o la falta que haya cometido, a no ser que haya sido primero justamente condenado por los Tribunales de Justicia y haya sido puesto en nuestras manos por los jueces de su propia provincia, salvo aquellos que cometan un crimen de derecho común, como el Homicidio, la violación o el robo en las carreteras reales²⁰.

19 Ídem.

20 Pérez Fleita. Op. cit. pp. 19-36.

Es común observar que en sus primeros esbozos se presenta una confusión entre debido proceso y proceso justo. Es decir, no es extraño en su nacimiento la estrecha relación de este como un mecanismo del derecho a la justicia.

ii. Las *Leyes Nuevas*, para las Indias, de España, promulgadas por Carlos V, el 20 de noviembre de 1542, las cuales fueron promovidas por Fray Bartolomé de las Casas, dejan entrever el derecho al debido proceso cuando se estableció que los esclavos existentes fueran puestos en libertad, si no se mostraba el pleno derecho jurídico a mantenerlos en ese estado, lo cual sigue mostrando la mezcla de este derecho con el concepto de lo que se consideraba justo.

iii. La Carta de Derechos inglesa, conocida como “*The Bill of Rights*”, expedida el 13 de febrero de 1689, y como consecuencia de la revolución de 1688, denominada como la “*Gloriosa Revolución*”, que se caracterizó por la influencia del pensamiento del filósofo John Locke, y que bajo el acuerdo entre burgueses y nobles, dio lugar a que se aboliera definitivamente la monarquía absolutista en Inglaterra y se estableciera la monarquía parlamentaria o el gobierno conocido como parlamentarismo, que permitió la participación de los súbditos en el gobierno.

En este contexto se expide la Carta de Derechos inglesa (*The Bill of Rights*), la cual establece, en relación con el debido proceso, aspectos puntuales que corresponden a lo siguiente:

Que no se exigirán fianzas ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles o desacostumbrados.

Que los miembros de los jurados deben ser debidamente enrolados y retornados y que los miembros de los jurados que conocen de juicios por alta traición deben ser propietarios.

Que todas las órdenes y promesas de multas y confiscaciones a personas naturales, antes de su condena, son ilegales y nulas²¹.

Por otra parte, a la par que en Europa se erigía con rango constitucional el derecho al debido proceso, en América empezó a influir en los ordenamientos jurídicos de la época; en particular, adquirió la característica de norma descriptiva de un derecho constitucional.

De esta manera se observa una marcada influencia en Norteamérica de la Carta de Derechos inglesa (*The Bill of Rights*), como se puede determinar en la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, del 12 de junio de 1776, la cual se expidió a raíz de la independencia de las Trece Colonias americanas de la Gran Bretaña. Al revisar los artículos del 8o. al 11 de esta Declaración, se hallan las bases del debido proceso o juicio justo; es decir, como un derecho estrechamente vinculado con el derecho a la justicia.

Igualmente, en el análisis de esta evolución se tiene que se acogió el derecho al debido proceso en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, como se observa en las enmiendas²² V, VI y XIV. Así es que, para el 15 de diciembre de 1791, en la enmienda V se instituye el *Due Process of Law*, como legado inglés de *The Bill of Rights*, al establecer que:

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro

21 The Bill of Rights (Declaración de los Derechos). Febrero 13 de 1689. Biblioteca Virtual - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/20.pdf> [Última consulta el 15 de febrero de 2014]

22 The U.S. National Archives and Records Administration. Recuperado de <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html> [Última consulta el 15 de febrero de 2014]

público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

En la VI enmienda se establecen claramente aspectos que en las constituciones de otros países, como Colombia, hacen parte de la estructura del debido proceso, como se observa en esta importante reforma constitucional:

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda.

Mientras en la Enmienda XIV aprobada en julio 4 de 1868, de la citada Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, se observa un avance en su contenido estructural, por cuanto se extiende el concepto en el entendido de contemplar la legalidad, al establecer que:

1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.

De manera clara se estipula en ambas enmiendas el derecho al debido proceso, en tratándose de procedimientos en donde se restringen o se limitan los derechos a la vida, la libertad o la propiedad. Al revisar la evolución de la jurisprudencia americana, en este contexto, se precisa que para finales del siglo XIX el debido proceso adquiere una connotación diferente, ya que confluye en lo que conocemos actualmente, como aquellas garantías procesales con efectos sustanciales, es decir, deja de ser entendida únicamente como una garantía procesal para preservar el derecho a la libertad, para constituirse como una garantía sustantiva, con gran incidencia en las limitaciones al poder de configuración del órgano legislativo.

En otras palabras, es darle fundamentos sólidos para exigir la razonabilidad de los legisladores en su rol funcional de reglamentación de los preceptos constitucionales. Lo que a su vez abre el camino para que la jurisdicción haga el control constitucional a las leyes. Es salir del mundo de la arbitrariedad y el subjetivismo para darle paso a la objetividad y a la razón. Sin embargo, estos enunciados generales han dado lugar a un desarrollo amplísimo del debido proceso, con las consecuentes posiciones divergentes.

El tratadista Henry Abraham plantea que la amplitud del concepto ha obligado a la doctrina constitucional estadounidense a distinguir entre el debido proceso sustantivo (*substantive due process*) y el propiamente procesal (*procedural due process*). Lo cual se explica, teniendo como punto de partida que, el debido proceso sustantivo se refiere al contenido o a la materia del acto de poder, sea ley o decisión administrativa, mientras el debido proceso en materia procesal se dirige a la forma o manera a través de la cual se adoptan las decisiones tanto de tipo administrativo como las judiciales, con las que se limita o se afecta un derecho. Señala el autor que, en ambos casos, es el órgano judicial el que debe decidir si el acto de poder, tanto en su forma como en su contenido, se considera injusto, irracional o arbitrario²³. En este planteamiento se observa el acercamiento al llamado poder de los jueces.

23 Abraham, H. J. (1996). *The judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process*, New York University Press, pp. 118-119.

3.2. ANTECEDENTES EN ESPAÑA

Huelga traer la referencia realizada en este desarrollo cronológico, en cuanto a que se tiene como antecedente primigenio del derecho al debido proceso en España a las *Leyes Nuevas* para las Indias, expedidas el 20 de noviembre de 1542, en particular cuando se establece para las administraciones de sus colonias en América que deben dejar en libertad a los esclavos, si no se demuestra el pleno derecho jurídico a dejarlos privados de la misma.

Sin embargo, es en la primera Constitución propiamente española, expedida en Cádiz el 19 de marzo de 1812, conocida como la *Pepa*²⁴ en donde se incorpora de manera precisa una serie de preceptos, que integran todos aquellos derechos y garantías propias del debido proceso. Entre ellos, se ha seleccionado el siguiente articulado, que contiene las diferentes garantías y principios básicos para este análisis:

Artículo 287. Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

Esta norma contempla una importante garantía como es que no habrá detención o captura si no existe previo mandato de un juez, lo cual es fundamental garantía del principio de legalidad.

Artículo 290. El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaración; mas, si esto no pudiere verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y el juez le recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas.

24 Constitución Española de Cádiz. Recuperado de http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1812 [Última consulta en mayo 16 de 2015]

Se establece en este precepto el término para ser puesto ante el juez para ejercer el derecho a la defensa, el cual se erige también como una de las garantías fundamentales del debido proceso para la persona privada de su libertad y sometida a un juicio.

Artículo 292. In fraganti, todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes.

La captura en flagrancia, desde sus inicios, contempla no solamente la captura por parte de las autoridades, sino también la llamada captura administrativa, en la que cualquier persona puede capturar al delincuente en el momento de la ejecución de la conducta. Se resalta la obligación permanente de ponerlo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

Artículo 293. Si se resolviere que al arrestado se le ponga en la cárcel, o que permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo la más estrecha responsabilidad.

Contiene la exigencia de motivación de las decisiones que resuelven sobre la restricción al derecho a la libertad, al ordenarse recluir a una persona de manera intramural. Se destaca la importancia por respetar el derecho a la libertad, exigiendo en el alcance de las decisiones, en la medida en que no pueden ser producto del libre albedrío, que en esencia deben ser sustentadas o motivadas. Lo cual es propio de un debido proceso.

Artículo 300. Dentro de las veinticuatro horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión, y el nombre de su acusador, si lo hubiere.

Se ha constituido a través de toda su evolución, como una garantía propia del debido proceso, el poder conocer la causa de la detención, para evitar los abusos y las arbitrariedades de las autoridades en contra de los ciudadanos. Es reconocido como el deber del Estado de informar los motivos al momento de la detención o captura, lo cual está dentro de los llamados derechos del capturado. Se verifica cómo desde sus inicios la construcción del debido proceso se da bajo la línea del derecho penal, en su naturaleza de máximo sancionador.

Artículo 302. El proceso, de allí en adelante, será público en el modo y forma que determinen las leyes.

La publicidad es de aquellas garantías que, en épocas del autoritarismo, más ha sufrido restricciones. Es propio del derecho al debido proceso el tener acceso a un proceso público. Ello constituye una importante garantía en contra de los regímenes persecuidores, que en su accionar en el ejercicio de la facultad sancionatoria tiene la característica de soslayarse del conocimiento público.

Artículo 303. No se usará nunca del tormento ni de los apremios.

Se establece en esta norma la proscripción, siempre, de métodos que atenten contra la integridad personal, física o psíquica del procesado, por claras razones de lucha contra antecedentes históricos, que atropellaban y faltaban al respeto de la dignidad humana, con el prurito de hacer justicia y buscar la verdad.

Lo anterior constituye un gran desarrollo, que ha servido de fundamento no solo para las constituciones españolas posteriores, sino para las de otros países. Contiene preceptos que se mantienen intactos en los ordenamientos superiores contemporáneos, y que precisamente permiten revisar el estado de la situación del tema central de esta investigación.

3.3. ANTECEDENTES EN COLOMBIA

Las primeras constituciones en Colombia fueron de origen provincial; es decir, a medida que se hacían las primeras declaraciones de independencia de España, en la respectiva provincia se constituía una delegación de líderes para la redacción de su “Carta Fundamental”, y su posterior aprobación, verbigracia el “Acta de Constitución del Nuevo Gobierno de la Provincia del Socorro”, promulgada el 15 de agosto de 1810, y que surge como consecuencia de los primeros actos de independencia del 20 de julio de ese año, los cuales marcaron el camino para que se forjara el pensamiento independentista frente a la Corona española.

Constituye antecedente en Colombia la Constitución de Cundinamarca²⁵, expedida el 30 de marzo de 1811, pero también bajo la connotación de ser provincial. En ella se establece, en el Título XII denominado “De los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en el artículo 14, que: “Ninguno puede ser llamado a juicio, acusado, preso, arrestado, arraigado ni confinado, si no en los casos y bajo las formas prescritas por la Constitución o la ley”.

Después de la reconquista española, y la independencia definitiva luego de la Batalla de Boyacá del 7 de agosto de 1819, se observa que en el desarrollo del constitucionalismo colombiano marca el principal antecedente, en cuanto a la consagración del derecho al debido proceso, la llamada “Constitución Política de la República de Colombia”²⁶, promulgada el 17 de agosto de 1821, en la medida en que en varios preceptos se refieren a garantías del debido proceso, como son los siguientes:

25 Rodríguez Navas, J. E. (2006). Dinámica del Control de Constitucionalidad en Colombia

—Control Abstracto—. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, 2a. ed, p. 11.

26 Restrepo Piedrahita, C. (1995). Constituciones Políticas Nacionales de Colombia. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2a. ed, pp. 82-83.

Artículo 158. Todo hombre debe presumirse inocente hasta que se le declare culpado con arreglo a la Ley. Si antes de esta declaratoria se juzga necesario arrestarle o prenderle, no debe emplearse ningún rigor, que no sea indispensable para asegurarse de su persona.

Estas son de aquellas garantías que emergen del debido proceso que perviven incólumes en la actual Constitución colombiana, como son la presunción de inocencia y el respeto a los derechos del capturado.

Artículo 159. En negocios criminales ningún colombiano puede ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la Ley ser castigado con pena corporal.

Artículo 160. In fraganti todo delincuente puede ser arrestado, y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez, para que se proceda inmediatamente a lo prevenido en el artículo anterior.

Se evidencia aquí la observancia de los derechos del capturado en situación de flagrancia. Por una parte, es garantía fundamental de antaño del debido proceso que el capturado sea informado sobre los hechos que han motivado la restricción de su libertad y, por la otra, que se le ponga a disposición de un juez para que se le resuelva su situación jurídica.

Artículo 167. Nadie podrá ser juzgado, y mucho menos castigado sino en virtud de una Ley anterior a su delito o acción, y después de habersele oído o citado legalmente; ninguno será admitido, ni obligado con juramento, ni con otro apremio, a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal...

Se consagran en esta normativa superior aspectos constitutivos del debido proceso, que igualmente se han mantenido en las

diferentes reformas al ordenamiento jurídico interno, referidos al principio de legalidad y al derecho de defensa. Valga traer lo señalado en la Constitución Política de la República de la Nueva Granada, promulgada el 21 de mayo de 1853, cuando a la sazón estableció en su artículo 5o., numeral 2o., sobre las garantías a los “Granadinos”:

2o. La seguridad personal; el no ser preso, detenido, arrestado o confinado sino por motivo puramente criminal conforme a las leyes; pero esta disposición sólo tendrá efecto respecto de los casos que ocurran desde que se ponga en ejecución esta Constitución, por hechos que tengan lugar desde la misma época; y el no ser juzgado, ni penado por comisiones especiales, sino por los jueces naturales, a virtud y en conformidad de leyes preexistentes, después de ser vencidos en juicio²⁷.

De la misma forma se conservó en el artículo 56, numeral 1o. de la *Constitución para la Confederación Granadina*, expedida en Bogotá el 22 de mayo de 1858:

Artículo 56.- La Confederación reconoce a todos los habitantes y transeúntes:

1o. La seguridad individual, que consiste en no ser presos, arrestados ni detenidos sino en virtud de hechos determinados por leyes preexistentes; ni juzgados por Comisiones o Tribunales extraordinarios; ni penados sin ser oídos y vencidos en juicio²⁸.

Siguiendo con esta evolución constitucional en Colombia, se verifica que el principio de legalidad, el derecho al juez natural y el derecho de defensa se mantienen en el artículo 15, numeral 4o. de la *Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia*, que fue aprobada en Rionegro, el 8 de mayo de 1863:

²⁷ *Ibíd.*, p. 228.

²⁸ Constitución para la Confederación Granadina. Mayo 22 de 1858. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13697> [Última consulta en junio 20 de 2015]

Artículo 15.- Es base esencial e invariable de la Unión entre los Estados, el reconocimiento y la garantía por parte del Gobierno general y de los Gobiernos de todos y cada uno de los Estados, de los derechos individuales que pertenecen a los habitantes y transeúntes en los Estados Unidos de Colombia, a saber:

[...]

4. La seguridad personal; de manera que no sea atacada impunemente por otro individuo o por la autoridad pública; ni ser presos o detenidos, sino por motivo criminal o por pena correccional; ni juzgados por comisiones o tribunales extraordinarios; ni penados sin ser oídos y vencidos en juicio; y todo esto en virtud de leyes preexistentes²⁹.

En este orden cronológico se llega al último antecedente en Colombia, como fue la *Constitución Política de la República de Colombia*, mediante la cual se regresa al sistema de república unitaria y centralista, la cual fue aprobada el 4 de agosto de 1886. Dicha carta superior estableció el derecho al debido proceso dentro del Título III denominado “De los Derechos Civiles y Garantías Sociales”, en el siguiente precepto:

Artículo 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto a que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable³⁰.

29 Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia. Mayo 8 de 1863. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13698#0> [Última consulta en junio 20 de 2015]

30 Constitución Política de la República de Colombia. Agosto 5 de 1886. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#3> [Última consulta en junio 20 de 2015]

Todos los antecedentes reseñados demuestran que el derecho al debido proceso se ha mantenido por siglos como una garantía, y que su génesis se dio para el desarrollo de procesos sancionatorios con restricción al derecho a la libertad, es decir, en el derecho penal. Sin embargo, se destaca que estas garantías tomadas del derecho penal fueron recogidas para su aplicación a toda clase de procesos judiciales, inclusive en el área administrativa, y en las privadas que impliquen alguna clase de subordinación, como luego se verificará.

4. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO CONTEMPORÁNEO

El derecho al debido proceso es entendido contemporáneamente como un derecho fundamental, consagrado así en las diferentes Constituciones Políticas, y es reconocido en el campo internacional a través de los instrumentos internacionales que regulan las relaciones entre los Estados, en procura de la garantía de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Este derecho se encuentra en las cartas superiores de España y Colombia, con las diferentes garantías de las que se ha hecho referencia y bajo la óptica de una mayor cobertura en las áreas adjetivas penal y administrativa.

4.1. EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

La Constitución española se aprobó por las Cortes en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el Pueblo español en Referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S.M. el Rey Juan Carlos I ante las Cortes el 27 de diciembre de ese mismo año³¹, y entró en vigor con su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) No. 311.1, el 29 de diciembre de 1978, ubicado bajo la referencia BOE-A-1978-31229.

³¹ Constitución Española de diciembre 27 de 1978. Recuperada de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 [Última consulta en octubre 25 de 2016]

En esta Carta Superior se establece expresamente en el artículo 24, y puntualmente en su numeral segundo (2o.), el derecho al debido proceso, norma en la cual, de manera clara, se contemplan las diferentes garantías que se han venido enunciando; es decir, que tiene la característica en general, que es desarrollado en toda su extensión:

Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos³².

Como se puede observar, la norma constitucional indica que se aplica a “*todas las personas*”, lo cual, según el Tribunal Constitucional, es el reconocimiento, también, de la titularidad de este derecho a las personas jurídicas, conforme a la Sentencia identificada como la STC 19/1983³³.

32 Balaguer Callejón, F. y Cámara Villar, G. (2011). Constitución Española y Declaraciones de Derechos. Madrid: Ed. Tecnos, pp. 22-23.

33 Tribunal Constitucional de España, STC No. 19/1983, de 14 de marzo. Sala Primera. Recurso de Amparo No. 278/1982. Recuperado de <http://hj.trib.unalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/147> [Última consulta en octubre 28 de 2016]

Pues bien, la expresión «Todas las personas», hay que interpretarla en relación con el ámbito del derecho de que se trata, es decir, con «la tutela efectiva de los jueces y Tribunales», que comprende lógicamente —en principio— a todas las personas que tienen capacidad para ser parte en un proceso, capacidad que no puede negarse... - en sus relaciones jurídico-laborales...

Por lo demás, y como es sabido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido de casos en que los conflictos han sido promovidos por personas jurídicas (Sentencias de 27 de octubre de 1975 y de 6 de febrero de 1976), y el art. 6.º del Convenio reconoce el derecho a la tutela judicial, para las relaciones civiles y penales, expresión que no tiene el sentido de excluir las de carácter laboral, ni, por lo tanto, los recursos que tienen por objeto la actuación de los órganos judiciales competentes en materia laboral (Sentencia del Tribunal Europeo de 6 de mayo de 1981, caso Buchholz). Por lo que, en definitiva, si tuviéramos que acudir a los tratados y convenios ratificados por España para interpretar el art. 24.1 de la Constitución —de acuerdo con su art. 10.2— quedaría confirmada la conclusión anterior que deriva de una interpretación lógica de la propia Norma Fundamental, que es de preferente aplicación.

Se ha decantado que en la jurisprudencia española se distinguen dos corrientes: la primera, que considera al debido proceso como aquella garantía integrada por los principios del artículo 24.2 de la Constitución, que es uno de los dispositivos de la tutela judicial efectiva. Es decir, el debido proceso legal, entendido como la garantía de una correcta aplicación y vigencia del proceso judicial, es a su vez una garantía de una tutela judicial efectiva, lo cual plantea el profesor mexicano Cipriano Gómez, como elemento indispensable para conseguir la propia finalidad del proceso judicial³⁴.

34 Gómez Lara, C. (1988). El debido proceso como derecho humano. México, D. F.: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM, p. 345.

Y, la segunda, que entiende el concepto de debido proceso como sinónimo de tutela judicial sin indefensión; es decir, una forma más de referirse a tener derecho directamente a la jurisdicción³⁵.

El precepto constitucional español, en sus garantías constitutivas, conserva el derecho de legalidad, de defensa, la presunción de inocencia, el gozar de un proceso público, al igual que el acceso a la justicia sin dilaciones. Es decir, contiene todas las garantías que reclama en la actualidad el derecho internacional en aras del respeto al derecho por un debido proceso.

4.1.1. En el procedimiento sancionatorio de la abogacía española

El Estatuto General de la Abogacía Española³⁶ fue aprobado mediante el Real Decreto 658/2001 del 22 de junio, el cual se publicó en el Boletín Oficial de Estado - BOE num. 164 del 10 de julio de 2001, y entró en vigencia el 11 de julio del mismo año.

Se debe precisar que el citado Estatuto fue dictado en vigencia de la ley 30 de 1992 —derogada— y en concordancia con el también derogado Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, según el Real Decreto 1398 del 4 de agosto de 1993, conforme se estableció en su primer artículo³⁷, pero

35 Esparza Leibar, I. (1995). El principio del proceso debido. Barcelona: Ed. José María Bosch, p. 231.

36 Estatuto General de la Abogacía Española. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-13270> [Última consulta marzo 22 de 2017]

37 Reglamento de Procedimiento Disciplinario. Disposiciones Generales. Artículo 1. -OBJETO- 1.- El presente Reglamento de Procedimiento Disciplinario se dicta en desarrollo de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales y del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, adaptado a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, en su vigente redacción, y al Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. .-Será aplicable directamente al Consejo General de la Abogacía Española y, en su caso, con carácter supletorio

al haberse subrogado dicha normatividad por la Ley 39 de 2015, de 1 de octubre³⁸, por la cual se dicta el Procedimiento Común de las Administraciones Públicas, se debe entender conforme lo señala la nueva Ley 39/15, en su disposición final cuarta sobre referencias normativas, que de manera expresa señala:

Las referencias hechas a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se entenderán hechas a la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas o a la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, según corresponda.

En este orden, y en punto de las normas disciplinarias de las profesiones, se observa que en la última década en España se han producido diferentes reformas legales³⁹ encaminadas a regular las actividades de servicios y ejercicio de las profesiones liberales, entre ellas, la de la abogacía, como es la reforma contemplada en la Ley 34 de 2006, referida al acceso a las profesiones de abogado y Procurador de los tribunales, y el Reglamento que las desarrolla, a través del Real Decreto 775 de 2011. Lo cual ha llevado a la modificación de más de 20 artículos del Estatuto de la Abogacía Española, y en consecuencia a que se encuentre en trámite el nuevo proyecto legal para adoptar un nuevo Estatuto de la Abogacía,

en las actuaciones que realicen los Colegios de Abogados y los Consejos Autonómicos con el objeto de depurar la responsabilidad disciplinaria en que puedan incurrir los Abogados, los colegiados no ejercientes y los Abogados inscritos en virtud del Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, en caso de infracción de sus deberes profesionales, colegiales o deontológicos, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal exigible. 3.- En todo lo no previsto en este Reglamento, se aplicarán las normas relacionadas en el apartado 1 de este artículo.

38 Procedimiento Común de las Administraciones Públicas. Ley 39 de 2015, de 1 de octubre. Publicada en el BOE núm. 236, de octubre 2 de 2015. Recuperada de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10565> [Última consulta en marzo 22 de 2017]

39 Abogacía española, Consejo General. Recuperado de <http://www.abogacia.es/conozcanos/la-institucion/normativa-profesional/> [Última consulta en marzo 22 de 2017]

ajustado a las actuales exigencias normativas, el cual fue aprobado en el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española, el 12 de junio de 2013, y no obstante que fue remitido desde octubre de 2013 al Ministerio de Justicia, para su aprobación, no se ha dado.

En cuanto al procedimiento que se aplica en el proceso disciplinario en contra de los abogados, de manera específica, el Consejo General de la Abogacía Española, desde el 27 de febrero de 2009, adoptó el Reglamento de Procedimiento Disciplinario, el cual se expidió en desarrollo de la Ley 2/1974, del 13 de febrero de Colegios Profesionales, y del referido Estatuto General de la Abogacía Española, el cual, como se señaló previamente, fue aprobado mediante el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

Se destaca cómo el Estatuto Deontológico de los Abogados presenta en su artículo 30 una connotación bipartita, por una parte, la naturaleza de la profesión de abogado frente al Estado, al darle las calidades de partícipe y cooperador en la función pública de la Administración de Justicia y, por la otra, así mismo esa cooperación constituye un deber fundamental, ejerciendo la asesoría, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que en virtud del principio de confianza le han sido encomendados.

En concordancia con la citada norma, se establece en el numeral 1o. del artículo 80 del enunciado Estatuto Deontológico, el sometimiento de los abogados a la potestad disciplinaria en el evento del incumplimiento o infracción a sus deberes profesionales. Este ordenamiento legal, en su artículo 95, establece el pleno respeto a las garantías inherentes al debido proceso, señalando que son nulos de pleno derecho los actos en que incurran los órganos colegiales, bajo los supuestos del “artículo 62” —derogado— de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, lo cual corresponde al vigente artículo 47 de la Ley 39 de 2015, y que se traduce en el respeto del instructor al debido proceso, al principio de contradicción, al *non bis in ídem*, y en general a toda decisión que vaya en contra de la Constitución

Española y de la ley, en los procedimientos sancionatorios que se adelanten por la colegiatura⁴⁰.

4.1.2. ESPAÑA Y EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Analizando la situación en términos de desarrollos jurídicos de España frente a su vecindad, se observa que el respeto por los derechos humanos, y en particular por el derecho al debido proceso en el ordenamiento jurídico español, se cumple en las mismas condiciones en el marco del derecho internacional, sin ser el único, y solamente por el contexto territorial, valga resaltar la ratificación que realizó como Estado parte del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1996, respectivamente, el cual fue ratificado por España mediante Instrumento de fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el BOE No. 243, de 10 de octubre de 1979⁴¹.

Instrumento internacional de gran valía, en la medida en que en su artículo 6o. establece los amplios parámetros garantistas que encierra este derecho humano; así, bajo la denominación de “*derecho a un proceso equitativo*”, su contenido da cuenta de las diferentes garantías que se deben respetar cuando a un ciudadano se le esté adelantando un proceso, en cualquier área jurisdiccional, varias de las cuales están insertas en la norma constitucional, tanto española como colombiana, sobre el derecho fundamental al debido

40 Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado – BOE-. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10565> [Última consulta en diciembre 8 de 2016]

41 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Boletín Oficial del Estado-BOE No. 243, de 10 de octubre de 1979. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010> [Última consulta en junio 20 de 2015]

proceso, como se analizará más adelante. El precepto internacional europeo del “*derecho a un debido proceso equitativo*”, de manera expresa contiene las siguientes garantías:

Artículo 6o. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia⁴².

4.2. EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

La Constitución vigente fue promulgada el 4 de julio de 1991, y nace como resultado de una Asamblea Nacional Constituyente, de la que hicieron parte los movimientos de izquierda, con los que se suscribieron acuerdos de paz; tal es el caso del denominado M-19, también formaron parte de esta Asamblea con mandato constitucional, los diferentes estamentos de la sociedad colombiana.

La Carta Superior consagró en el artículo 29 todas las garantías del derecho al debido proceso, el cual además hace parte del Capítulo I de los Derechos Fundamentales, correspondiente al Título II sobre los Derechos, las garantías y los deberes. La regulación del debido proceso se encuentra en los siguientes términos:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

⁴² Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Artículo 6o. Recuperado de http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf [Última consulta en junio 20 de 2015]

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso⁴³.

También se observa en la norma colombiana que el principio de legalidad es constitutivo del debido proceso; así se desprende cuando señala que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Es más, la Corte Constitucional ha sostenido que:

[...] el carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos⁴⁴.

43 Constitución Política de Colombia. Artículo 29. Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 4 de julio de 1991. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991. Recuperado de: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica> [Última consulta en junio 22 de 2015]

44 Corte Constitucional. Sentencia T-516 de septiembre 15 de 1992. M.

No hay controversia, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, en la interpretación acerca de que el principio de legalidad es una de las garantías inherentes al debido proceso. Sin embargo, cabe destacar otras sentencias, en donde el máximo Tribunal recoge una completa descripción de la definición del debido proceso, como se observa en la sentencia T-460 de julio 15 de 1992⁴⁵:

La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85) y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 10 y 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (artículo XXVI) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, Artículos 8 y 9), no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características.

Todo ello descansa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual tiene que ser desvirtuada por el Estado para que se haga posible la imposición de penas o de sanciones administrativas.

P. Fabio Morón Díaz. Recuperado de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-516-92.htm> [Última en consulta en enero 31 de 2014]

45 Corte Constitucional. Sentencia T-460 de julio 15 de 1992. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Recuperado de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-460-92.htm> [Última consulta en enero 31 de 2014]

En la misma línea de la sentencia previamente citada, se tiene que el aporte de la Corte Constitucional para el derecho contemporáneo colombiano en la formulación del debido proceso, es fundamental. Realmente se tiene una jurisprudencia abundante al respecto, de la cual se resalta la siguiente, por abordar otro aspecto transversal a este derecho en la actualidad, como es que también se caracteriza por ser un límite a los abusos del poder:

El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda —legítimamente— imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales⁴⁶.

El debido proceso, definitivamente, es un postulado básico del Estado Social de Derecho, que se materializa en la facultad del ciudadano de exigir tanto en la actuación judicial como en la administrativa, el respeto irrestricto de las normas sustanciales y ritos propios de la actuación por parte del Estado en cada caso concreto, que no es más que el actuar traducido en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, al proceso o juicio conforme a las leyes preexistentes al acto imputado, ante juez o tribunal competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio.

Así, entonces, se tiene que no solo la Constitución Política de Colombia de manera clara consagra este derecho, sino que también, por vía jurisprudencial, de manera reiterativa se ha precisado que se compone de varios atributos o garantías:

A este respecto, la Corte ha expresado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otras, las siguientes: i) el derecho a conocer el inicio de la actuación; ii) a ser oído durante el trámite; iii) a ser notificado en debida forma;

46 Corte Constitucional. Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1263-01.htm> [Última consulta 31 de enero de 2014]

iv) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; v) a que no se presenten dilaciones injustificadas; vii) a gozar de la presunción de inocencia; viii) a ejercer los derechos de defensa y contradicción; ix) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen por la parte contraria; x) a que se resuelva en forma motivada; xi) a impugnar la decisión que se adopte y xii) a promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso⁴⁷.

En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una “garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional”⁴⁸.

De esta manera, el debido proceso exige de la administración el acatamiento pleno de la Constitución y la ley, en el ejercicio de sus funciones (artículos 6o., 29 y 209 de la Constitución Política de Colombia), so pena de desconocer los principios que regulan la función pública (igualdad, imparcialidad, publicidad, contradicción y moralidad), y de paso, vulnerar derechos fundamentales de quienes acceden o son vinculados a las actuaciones de las autoridades, y en especial el derecho de acceso a la administración de justicia.

En este sentido, se debe mirar esta normatividad de manera integral, es decir, con otros preceptos constitucionales, en la medida en que la Carta Superior se categorizó en Colombia como la “Constitución de los Derechos Humanos”, lo cual va acorde con la naturaleza jurídica que se le ha dado al debido proceso en el derecho

47 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-248 del 24 de abril de 2013. M. P. Mauricio González Cuervo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-248-13.htm> [Última consulta en marzo 27 de 2015]

48 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-214 del 28 de abril de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-214-94.htm> [Última consulta en enero 25 de 2014]

internacional contemporáneo. Es así como el artículo 93 establece que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Lo que constituye el llamado bloque de constitucionalidad, a través del cual se busca preservar en el orden interno los derechos humanos, y hacer efectivo su respeto, a través de las acciones judiciales, como es la acción de tutela.

Se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia la tesis de que en Colombia a partir de la Carta Superior de 1991 se constitucionalizó el debido proceso, en razón a la naturaleza especial referida, el tratarse de la Constitución de los Derechos Humanos, pero su mayor impacto diferencial con las constituciones colombianas anteriores está en la trascendencia que ha tenido en las normas del derecho procesal, dando lugar a su constitucionalización⁴⁹, la cual tiene un vertiginoso despliegue a partir del año 2000 cuando la Corte Constitucional y demás autoridades judiciales, utilizan cada vez más, al aplicar reglas de carácter procesal, los principios y garantías constitucionales que abarcan, en su artículo 29, el debido proceso.

4.2.1. EN EL ESTATUTO DISCIPLINARIO DEL ABOGADO

Al igual, que en España, dicha regulación legal de la profesión liberal de la abogacía hace que los abogados estén inmersos en la relación especial de sujeción con el Estado y, por ende, es el fundamento para la potestad disciplinaria, la cual en España está dada a la colegiatura profesional; mientras en Colombia la ejerce la Administración de Justicia, a través del Consejo Superior de la Judicatura y los Consejos Seccionales de la Judicatura, en sus Salas Jurisdiccionales Disciplinarias, conforme a los artículos 256 y 257 superiores, que fueron modificados por el Acto Legislativo 2 de

49 Patiño Mariaca, D. (2013). La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa. En Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Bolivariana. Colombia, Medellín. Vol. 43, No. 119. p. 663. ISSN 0120-3886.

2015, por el cual se adopta la denominada Reforma de Equilibrio de Poderes, que establece en Colombia un nuevo modelo institucional de gobierno y administración de la rama judicial, para lo cual se eliminan las salas jurisdiccionales disciplinarias, y se crea la Comisión Nacional de Disciplina Judicial como órgano para asumir las funciones jurisdiccionales disciplinarias de los funcionarios judiciales y de los abogados.

La reforma a la rama judicial fue demandada ante la Corte Constitucional, que se pronunció a través de la sentencia C-285 de junio 1o. de 2016⁵⁰, declarando la inexecutable de algunas normas como fueron las relacionadas con la creación del Consejo de Gobierno Judicial, quedando por consiguiente la administración de la rama judicial en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura, el cual quedó integrado solamente por lo que anteriormente era su Sala Administrativa; es de anotar que la Corte Constitucional en dicha sentencia se declaró inhibida por “ineptitud sustantiva de la demanda” respecto de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Por esta razón, la función jurisdiccional disciplinaria sobre los abogados y funcionarios judiciales quedó reafirmada su competencia para la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la cual, sin embargo, a abril de 2017, no se ha logrado implementar, sin que se genere vacío alguno, toda vez que las funciones las sigue ejerciendo la mencionada Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Conforme al artículo 19 del Acto Legislativo No. 2 de 2015 que modificó el artículo 257 de la Constitución Política, la nueva Comisión Nacional de Disciplina Judicial se integrará por siete (7) magistrados, elegidos por el Congreso de la República en pleno, de cuatro (4) ternas propuestas por el Consejo Superior de la Judicatura y tres (3) ternas presentadas por el Presidente de la República. Sus magistrados tendrán un período de 8 años y se les exigen los mismos requisitos que para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia⁵¹.

50 Corte Constitucional. Sentencia C-285 de junio 1 de 2016. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-285-16.htm> [Última consulta en marzo 2 de 2017]

51 Constitución Política de Colombia. Ídem. Art. 232. Para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de

Ubicado el marco jurídico, el punto al que se pretende llegar en este análisis es que la Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 26 —conforme se aplica en España—, la posibilidad de que sea asignada por la ley la facultad disciplinaria a los colegios de abogados, como función pública, que es por su naturaleza sancionadora:

Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

En ese mismo sentido, el nuevo artículo 257A que introdujo a la Constitución Política el referido Acto Legislativo 2 de 2015, de manera concordante contempla en el último inciso que esta función pública de examinar la conducta de los abogados a cargo de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales, la tendrán, salvo que por ley se le asigne a un colegio de abogados, como lo señala de manera literal⁵²:

Estado se requiere:

1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Ser abogado.
3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
4. Haber desempeñado, durante quince años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente. Para el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, la cátedra universitaria deberá haber sido ejercida en disciplinas jurídicas relacionadas con el área de la magistratura a ejercer (Numeral modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 2 de 2015).

PARÁGRAFO. Para ser Magistrado de estas corporaciones no será requisito pertenecer a la carrera judicial.

52 Constitución Política de Colombia. Artículo 257A. Artículo adicionado por el

Artículo 257A. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

[...]

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial será la encargada de examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley, salvo que esta función se atribuya por la ley a un Colegio de Abogados.

Se debe precisar que respecto a otras profesiones liberales, en Colombia se ha asignado legalmente a sus colegiaturas que se encarguen de la función de disciplinar a los profesionales, con fundamento en la normatividad constitucional señalada.

En relación con el estatuto deontológico de los abogados en Colombia, se tiene la Ley 1123 de enero 22 de 2007, que se promulgó como el Código Disciplinario del Abogado⁵³, contentivo en tres libros de las normas generales, deberes e incompatibilidades del abogado y el procedimiento disciplinario, respectivamente; es decir, contempla tanto la normatividad de carácter sustantivo como procesal. En este análisis comparativo en materia disciplinaria, entre España y Colombia, también existe diferencia en cuanto a que en el evento de vacíos en el Estatuto, el artículo 16 contempla frente al régimen interno que en lo no previsto se aplica en primer término el CDU y, en su orden, el Código Penal, el de Procedimiento Penal y el de Procedimiento Civil; es decir, que a diferencia con España, no hay remisión al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015.

53 Estatuto Disciplinario del Abogado. Ley 1123 de enero 22 de 2007. Publicada en el Diario Oficial No. 46.519 de 22 de enero de 2007. Recuperado de <http://jacevedo.imprenta.gov.co/tempDownloads/46D5191496611668133.pdf> [Última consulta en febrero 22 de 2016]

4.3. EL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En general el derecho contemporáneo internacional se caracteriza, como se ha mencionado anteriormente, por las teorías propias del neoconstitucionalismo y la búsqueda constante del respeto y garantía de los derechos humanos, tanto por los Estados como por sus agentes y ciudadanos. La adopción de estructuras políticas internas como Estado Social de Derecho, es una respuesta a estas exigencias en el ámbito internacional. El respeto y la garantía al debido proceso están regulados en el campo de los derechos humanos en el derecho internacional.

Cuando se hizo referencia a la conceptualización del derecho al debido proceso, se puso en contexto la establecida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, a través de su Resolución 217 A (III), por ser este instrumento internacional uno de los documentos más importantes en relación con los derechos humanos.

La Declaración fue redactada por representantes de todas las regiones del mundo y abarca todas las tradiciones jurídicas. Formalmente adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, es el documento más universal de los derechos humanos en existencia, describiendo los treinta derechos fundamentales que constituyen la base para una sociedad democrática⁵⁴.

El derecho al debido proceso se encuentra contemplado, con sus diferentes garantías, en varios artículos de la mencionada Declaración Universal:

⁵⁴ United for Human Rights. Org. Recuperado de http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights.html [Última consulta en abril 17 de 2015]

Artículo 9.

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10.

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito⁵⁵.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos no solamente se consagra el derecho al debido proceso, sino los mecanismos para garantizar su protección, aspecto importante que subyace en tratándose de lograr la efectividad de los mismos. Uno de esos mecanismos de garantía es el derecho de todas las personas al amparo, tutela especial o recurso efectivo de sus derechos fundamentales, y será este aspecto, por su relación y relevancia con el debido proceso, el que se examinará, de cara a los instrumentos internacionales.

⁵⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos. Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1948. Recuperado de: <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml> [Última consulta en abril 17 de 2015]

La Declaración Universal de los Derechos Humanos concibe el derecho de las personas al amparo o tutela especial, en los siguientes términos:

Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley⁵⁶.

Ello se considera como el derecho que tiene toda persona a que sus derechos fundamentales sean amparados judicialmente mediante un recurso o acción, lo que en el ámbito contemporáneo ha dado lugar al desarrollo de la acción de tutela o recurso de amparo, recogido en diferentes ordenamientos jurídicos en América Latina y consagrado después de la segunda postguerra en Alemania, en España y en otros países europeos. En Colombia se recogió por primera vez en la Carta Superior de 1991, bajo la denominación de acción de tutela.

No se puede confundir el derecho de amparo o de tutela con el derecho fundamental de acceso a la justicia que tienen los ciudadanos para controvertir sus diferencias, y defender sus intereses generados por sus derechos, no solamente los fundamentales, como garantía de protección, y a obtener respuesta por parte de los jueces, en el marco de la efectividad de sus derechos.

En síntesis, se trata del derecho de amparo o acción de tutela que se traduce en el derecho a un recurso efectivo para la exclusiva protección de los derechos fundamentales inherentes al ser humano.

El derecho al debido proceso también encuentra sus bases sólidas en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el cual fue promulgado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200 A (XXI) de adhesión, al establecer en su Parte III:

56 Ídem.

Artículo 9:

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal⁵⁷.

La garantía para hacer efectivos los derechos fundamentales también se acogió en el Pacto Internacional, en el acápite II, artículo 2, numeral 3, como un compromiso de los Estados partes, en los siguientes términos:

57 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/PACTO%20INTERNACIONAL%20DE%20DERECHOS%20CIVILES%20Y%20POLITICOS.php> [Última consulta en abril 17 de 2015]

a) Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso⁵⁸.

De manera textual se plasma la garantía para interponer un recurso efectivo cuando los derechos fundamentales hayan sido violados. Se insiste que ello comprende, también, al derecho al debido proceso. Y, de manera precisa, se contempla inclusive cuando la violación haya sido generada por servidores públicos, es decir, por personas en ejercicio de sus funciones públicas u oficiales. Este recurso efectivo se refiere a la consagración en el Pacto Internacional de la protección a los derechos humanos reconocidos por los Estados partes, de manera independiente al ordenamiento interno de cada uno de ellos.

Es de anotar que el Pacto entró en vigor el 23 de marzo de 1976, conforme a lo señalado en el artículo 49, que estableció que ello sería tres (3) meses después de su aprobación.

En la línea de los instrumentos anteriores, es importante revisar el artículo 8o. de la “*Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica*” adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978,

58 Ídem.

conforme al artículo 74.2 de la Convención. En el mencionado artículo 8o. se le denomina al debido proceso como el derecho de las “garantías judiciales”, y su contenido es profuso en detallar los diferentes principios y garantías que encierra el mismo, así:

Artículo 8o. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la

legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia⁵⁹.

En el Pacto de San José de Costa Rica, igualmente, se consagra en el artículo 25 el derecho al recurso efectivo para garantizar los derechos fundamentales, y de manera clara, como una garantía judicial:

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

59 Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José). Organización de los Estados Americanos. -OEA-. Del 7 al 22 de noviembre de 1969. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm [Última consulta en abril 17 de 2015]

2. Los Estados Partes se comprometen a:

a) garantizar que la autoridad competente prevista en el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso...⁶⁰

Esta consagración del derecho de amparo en la Convención Americana, por otra parte, se configura como una obligación internacional impuesta a los Estados de asegurar a las personas ese recurso efectivo de protección de sus derechos.

Los instrumentos internacionales, al regular esta protección de los derechos fundamentales, conciben la posibilidad de que no sea un solo tribunal el encargado de la misma, como sucede en España, donde la acción de amparo está bajo la competencia del Tribunal Constitucional, sino que puedan tener la competencia diferentes jueces o tribunales, como sucede en Colombia, donde todos los jueces y tribunales ordinarios ejercen como jueces constitucionales para conocer de la acción de tutela, y la Corte Constitucional actúa en la materia como máximo tribunal de cierre.

4.3.1. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

En materia de jurisprudencia internacional, en relación con la protección de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho al debido proceso, en líneas generales ha sido pacífico, en punto del respeto por las garantías que trae intrínsecas. Se han reconocido algunos pronunciamientos que sirven en la praxis jurídica para la aplicación e interpretación en los ordenamientos jurídicos internos; por ejemplo, es contundente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cuando señaló en la Sentencia de *Cubber c. Belgium*, de 26 de octubre de 1984, retomando lo señalado por la misma Corte en el caso *Guincho*, en julio 10 de 1984, que:

35. The Court recalls that the Contracting States are under the obligation to organise their legal systems “so as to ensure compliance with the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1)”

60 Ídem.

(see the *Guincho* judgment of 10 July 1984, Series A no. 81, p. 16, para. 38); impartiality is unquestionably one of the foremost of those requirements. The Court's task is to determine whether the Contracting States have achieved the result called for by the Convention, not to indicate the particular means to be utilised⁶¹.

También los tribunales internacionales americanos registran importantes decisiones, en las que se destaca su línea jurisprudencial en relación con garantías del debido proceso; cabe resaltar una que involucra a Colombia, como fue la reciente sentencia, del 26 de febrero de 2016 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso *Duque vs. Colombia*. En este proceso, en la etapa preliminar que se surtió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el 2 de abril de 2014 esta emitió el llamado Informe de Fondo No. 5/14, en el cual concluyó que el Estado colombiano era responsable por la violación, entre otros, de “los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, contenidos en los artículos 8.1 y 25, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana”, respecto de lo cual, al resolver de fondo, no obstante que sobre esta acusación la CIDH considera que no hubo violación por parte del

Estado, es importante señalar que reitera la obligación de los Estados, en punto de sus obligaciones por el respeto de las garantías del debido proceso, al considerar que:

61 Traducción de la autora: “El Tribunal de Justicia recuerda que los Estados contratantes tienen la obligación de organizar sus sistemas legales “a fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos del artículo 6 párr. 1 (art. 6-1)” (véase la sentencia de *Guincho* de 10 de julio 1984, Serie A no. 81, p 16, párrafo 38); ... imparcialidad es sin duda uno de los más destacados de estos requisitos. La tarea del Tribunal consiste en determinar si los Estados contratantes han logrado el resultado requerido por la Convención y no para indicar los medios particulares para ser utilizados”. Original en inglés: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 26 de octubre de 198. Caso *Cubber c. Bélgica*. Demanda no. 9186/80. Estrasburgo. Recuperado de [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["CUBBER"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57465"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) [Última consulta en abril 30 de 2015]

145. La Corte ha considerado que el Estado tiene la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos, conforme al artículo 25 de la Convención Americana, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal establecidas en el artículo 8.1 de la Convención, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención en el artículo 1.1 de la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción⁶².

162. La Corte reitera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso, debiéndose garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Este Tribunal ha establecido que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.

Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a —y movido por— el Derecho⁶³.

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque vs Colombia. Sentencia del 26 de febrero de 2016. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 145. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf [Última consulta en enero 28 de 2017]

63 *Ibíd.*, párr. 162.

CAPÍTULO 2

———— * ————

EL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO

