

RECUSACION – Por haber emitido concepto fuera de la actuación judicial sobre cuestiones materia del proceso / DIVULGACION DE INFORMACION RESERVADA – Compromete la transparencia pero no afecta la imparcialidad / INCIDENTE DE RECUSACION – Reiteración de jurisprudencia sobre el sentido y alcance de los impedimentos y recusaciones / IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES – Diferencias con las faltas disciplinarias /

Encuentra la Sala relevante insistir en que si la causal prevista por el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y la prohibición de que trata el artículo 154 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de “proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración de justicia que lleguen a su conocimiento con ocasión del servicio” buscan realizar la correcta administración de justicia, dicha comunidad de fines no autoriza a fijar un sentido amplio a las expresiones concepto y consejo previstas en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. De una parte, por cuanto como esta misma Sala lo ha recordado, siendo claramente diferenciables *ratione materiae* los conceptos de las noticias y los informes, no resulta posible extender el alcance de aquellos a estos dos últimos, no comprendidos en el ordinal 12° bajo estudio”. De otra, porque la imparcialidad se afecta cuandoquiera que el funcionario judicial se adelanta en el juicio con una posición tan definida que impide que obre en él la fuerza persuasiva de la controversia tal como la misma se deriva de los hechos, las pruebas y los fundamentos jurídicos. Claramente diferenciable de la conducta antes descrita se encuentra el hecho de que la autoridad judicial divulgue información reservada que conoce por motivo del ejercicio de su cargo, pues en este último caso no se ve comprometida la imparcialidad del funcionario. En pocas palabras, la divulgación de información reservada que se conoce en razón del cargo “compromete la transparencia en el ejercicio de la función pública, sin que por ese solo hecho se afecte la imparcialidad del juez para decidir objetivamente el asunto”. De ahí que las conductas descritas deban ser estrictamente diferenciadas, pues operan en ámbitos de control distintos. Vale decir que si se configura la previsión contemplada por el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, ello da lugar a separar al juez del conocimiento del asunto, mientras que las divulgaciones inoportunas se tipifican como faltas disciplinarias – Ley 734, arts. 34, num. 2, 6 y 38; 48, num. 47 y 50–. Lo anterior obliga a la Sala a precisar el sentido y alcance de estos términos bajo el foco de las disposiciones consignadas en el Código Civil. Desde esa óptica, puede concluirse que la expresión concepto denota, por lo general, la exteriorización de un pensamiento o idea mediante el uso de palabras y esa acción comunicativa supone la existencia previa de una opinión fijada y solo exteriorizada luego de un examen a fondo de las circunstancias y toma de posición frente a las mismas. El término noticia o informe, tiene una connotación distinta en cuanto se trata de poner en conocimiento del público hechos, hasta el momento desconocidos, y a los que accede el funcionario judicial en razón del ejercicio de su cargo. (...) En pocas palabras: la decisión acerca de si del contenido del concepto o consejo puede derivarse una tacha para la imparcialidad del juez, debe tomarse no en el terreno de la subjetividad, sino a la luz de las circunstancias del asunto particular y buscando criterios que objetivamente permitan dilucidar el grado en que la imparcialidad se afecta o pone en tela de juicio. (...) En consecuencia, claramente distinguibles de la emisión de concepto o consejo aptos para cuestionar la imparcialidad del funcionario judicial son aquellos hechos o sucesos que indebidamente divulgados, “con o sin descripción de las características y circunstancias particulares del asunto, en cuanto ajeno al concepto o consejo” no comportan la necesidad de separar al juez del conocimiento del asunto. Tal es el caso de las conductas previstas por el numeral 4° del artículo 154 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que prohíbe a los funcionarios

judiciales “proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración de justicia que lleguen a su conocimiento con ocasión del servicio”. (...) Las ponencias escritas por el magistrado Alberto Yepes Barreiro en relación con el proceso de nulidad contra la elección del Procurador Alejandro Ordóñez Maldonado fueron conocidas por la opinión pública al menos dos días antes de la emisión del programa en La W Radio y, en todo caso, los periodistas que participaron en el mismo ya estaban al tanto de su contenido así que, el consejero Yepes no divulgó información reservada a la que hubiere accedido por motivo del ejercicio de sus cargo y tampoco rindió concepto o consejo “fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso”.(...) Vale decir, en el programa radial que sirvió de sustento al memorialista para invocar la casual de recusación en el sub lite, el consejero Yepes no dio concepto o consejo, pues se restringió a explicar los motivos por los cuales escribió dos ponencias en un sentido diferente en el lapso de dos meses que era, justamente, lo que querían saber los periodistas, así que su mensaje se circunscribió a ese tema y si su posición se conoció no fue porque el magistrado mismo la hubiere puesto en conocimiento del público mediante concepto o consejo, sino porque lastimosamente las ponencias fueron filtradas de manera contraria al ordenamiento jurídico y por ello llegaron a conocimiento del público en general, de donde se infiere asimismo que el consejero Yepes tampoco divulgó información reservada y a la que hubiere accedido por motivo del ejercicio de su cargo, pues, se itera, dicha información ya había sido filtrada a la prensa y llegó a conocimiento de la opinión pública de manera notoria días antes de la realización del programa.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 150 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 154 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 306 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 154 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 156 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 157

NOTA DE RELATORIA: En relación con la prohibición a los funcionarios judiciales de proporcionar noticias o informes ver, Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996

REVELACION DE INFORMACION POR PARTE DE FUNCIONARIOS JUDICIALES – No en todos los casos genera impedimento

De lo señalado [en la Sentencia C-037 de 1996] se desprende la imposibilidad de considerar como constitutivo de impedimento toda información emitida por la autoridad judicial respecto del asunto que le corresponde examinar y fallar. Temas relacionados con los trámites o preguntas relativas a si el proceso se encuentra o no en el orden del día; si fue considerado, debatido o aplazado o si fue remitido para su conocimiento a otra autoridad; si se expresaron o no impedimentos o se presentaron o no recusaciones; si hubo o no quórum, revisten interés público y no impactan negativamente la imparcialidad del funcionario judicial, en tanto como lo recuerda la jurisprudencia de esta Sala no involucren “conceptos sobre el asunto objeto de decisión”. Esta información es pública y las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de suministrarla en caso de ser requerida. Con todo, como lo recuerda la jurisprudencia de esta Sala “si la información que entrega el funcionario judicial está sujeta a reserva, su divulgación no autorizada podría dar lugar a responsabilidad disciplinaria, penal, patrimonial e incluso política. Al margen de los impedimentos, porque tal situación no afecta per se la imparcialidad, de quien se dio a la tarea de divulgar lo acontecido”

NOTA DE RELATORIA: Sentencia con aclaración de voto del Consejero JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, y con salvamentos de voto de los Consejeros

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, HERNÁN ANDRADE RINCON, HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, SUSANA BUITRAGO VALENCIA, MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ, CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ, OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ, MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, y de los Conjueces ILVAR NELSON AREVALO PERICO, MARIA CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ Y HECTOR ROMERO DIAZ

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil quince (2015).

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(A)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: Incidente de recusación

AUTO

En el memorial visible en los folios 1165 a 1180 del expediente, el demandado, actuando a través de apoderado, recusó al señor consejero Alberto Yepes Barreiro, atribuyéndole el haber incurrido en las causales previstas en los numerales 1º y 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, aplicables al caso por disposición del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. La primera se refiere a *“tener el juez... interés directo o indirecto en el proceso”* y, la segunda, a *“[h]aber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso”*.

Consideró el memorialista que el recusado debe ser separado del conocimiento, pues, en su opinión, se encuentra demostrado en el proceso *“el interés y la falta de imparcialidad del magistrado Yepes Barreiro en el*

presente asunto, lo cual ha generado un posible prejuzgamiento, infidencias de las decisiones a tomar, imprudencia e indiscreción, además de que con su actuar ha vulnerado aparentemente, reglas del ordenamiento jurídico para adoptar una decisión que requiere de toda la serenidad, imparcialidad y ponderación, como principios que rigen el actuar frente a los administrados” –expediente, folio 1175–.

El recurrente fundó su solicitud en los siguientes hechos –mayúsculas en el texto citado; se mantienen las notas a pie de página en el texto transcrito–:

1. *El pasado 21 de mayo de 2014, fue proferido auto de ponente, mediante el cual se dejó constancia que comoquiera que la ponencia de fallo discutida en la sesión de la Sala de la misma fecha con la participación de los magistrados Alberto Yepes Barreiro, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Susana Buitrago Valencia, no obtuvo la mayoría necesaria para su aprobación de conformidad con el reglamento interno de la Corporación, se dispuso que por la Secretaría de la Sección se sortearan dos (2) conjuces, a efectos de obtener la mayoría necesaria.*
2. *Fueron sorteados como conjuces, el día 28 de mayo de 2014, los doctores Ricardo Hoyos Duque y Jaime Córdoba Triviño, a quienes se les comunicó y aceptaron la designación.*
3. *El 10 de julio de 2014 el expediente regresa al Despacho del magistrado ponente, doctor Yepes Barreiro, luego de haber estado en rotación en el despacho de la doctora Susana Buitrago y declararse infundado un impedimento presentado por el conjuce doctor Jaime Córdoba Triviño.*
4. *Desde el día 11 de julio de 2014, sorpresivamente empezó a circular en los diferentes medios hablados y escritos del país, que pese a que la ponencia del doctor Yepes Barreiro, llevada a Sala el 21 de mayo y que no pudo alcanzar la mayoría, DENEGABA todas las pretensiones de las tres demandas de nulidad acumuladas, recientemente se había conocido una segunda ponencia simultánea, también elaborada por el magistrado Yepes Barreiro, en la que se accedía a la pretensión de nulidad que tenía como fundamento la imposibilidad del Procurador-candidato para volver a ser elegido, repartida a los magistrados de la Sala y conjuces para su estudio.*
5. *Afirman en este sentido los medios, que el magistrado Yepes Barreiro en su calidad de Presidente de la Sección Quinta, convocó el estudio del segundo proyecto en la Sala del viernes 11 de julio con reanudación el lunes 14 de julio, dejando de lado y omitiendo el proyecto inicialmente presentado y discutido, que al no haber alcanzado la mayoría requerida, tenía que ser votado por los conjuces según lo dispone el reglamento del Consejo de Estado en su artículo 36.*
6. *Así lo registró el diario EL TIEMPO¹:*

¹ Disponible en: [<http://www.eltiempo.com/política/justicia/magistrado-de-ponencia-que-saca-a-ordonez-habia-dicho-si-a-reeleccion-de-procurador/14236096>]. Ver también: [<http://www.eltiempo.com/política/justicia/ponencia-dice-que-reeleccion-del-procurador-ordonez-debe-ser-anulada/14229779>].

'fuentes del Consejo de Estado dijeron que, ya en la discusión de la demanda contra la reelección de Ordóñez, Yepes seguía manteniendo esta posición. De hecho, en la primera ponencia del caso desechaba los argumentos de los demandantes y señalaba que tanto la Corte Suprema como el Congreso tienen facultad para darse su propio reglamento y que, en este caso, no se evidenciaba una violación de esas normas internas al postular a Ordóñez (la Corte Suprema) y al reelegirlo (el Senado) a pesar de que en las dos instituciones hay personas con familiares nombradas en la Procuraduría.

El debate, sin embargo, evolucionó hacia el tema del vacío jurídico sobre la reelección del Procurador y la puerta abierta a que los funcionarios públicos puedan hacer aquello que la ley no prohíbe expresamente. 'Esos argumentos lo hicieron cambiar de posición', afirmó una fuente cercana a ese alto tribunal'.

7. La Revista SEMANA² en el mismo sentido publicó –negritas en el texto citado–:

'Las contradicciones de un magistrado

Corte. El magistrado Alberto Yepes Barreiro antes solicitaba dejar al procurador en su puesto. Ahora quiere sacarlo.

En el caso de la demanda contra el procurador Alejandro Ordóñez hay varios conceptos de una misma persona que ha desorientado a quienes conocen los temas jurídicos en materia administrativa. El magistrado Alberto Yepes Barreiro escribió en su ponencia que hoy tiene con un pie afuera al procurador que era 'inaceptable la actuación del Congreso al reelegirlo y señalando un grave daño para la democracia'. Pero muchos recuerdan de Yepes que va en contravía de esto último. En el 2012 Yepes escribió: 'Si la prohibición de reelección no ha sido establecida por el constituyente ni por el legislador, para los cargos que se proveen mediante sistema de elección, es porque el derecho fundamental a ser elegido se puede ejercer libremente, de suerte que la persona, al cabo del periodo respectivo, bien puede aspirar a un nuevo período. Es lo que ocurre, precisamente, con cargos como el de procurador general de la Nación'.

8. Pero fue en la W Radio, que el pasado 11 de julio, en la sección '¿Qué se estará preguntando María Isabel?', parte II, que quedó fehacientemente evidenciada la posible situación antirreglamentaria, cuando la periodista María Isabel Rueda, revelando que se fuente había sido el propio magistrado Yepes Berreiro, afirmó al aire lo siguiente –subrayas en el texto citado–:

'hace pocos minutos recibí la llamada del magistrado Yepes quien me comunicó lo siguiente y voy a entregar exactamente su versión:

La primera ponencia que leímos esta mañana en la que se permitía la reelección del Procurador que fue la suya evidentemente, fue discutida en una Sala en la que participaron además del doctor Alberto Yepes, los magistrados Susana Buitrago y Lucy Jeannette Bermúdez; la magistrada Susana Buitrago apoyó al doctor Yepes en su posición, pero la doctora Lucy Jeannette Bermúdez le presentó un documento de 100 hojas que él leyó con mucho cuidado y que según él insiste, le cambió seriamente su posición; por eso, preparó la segunda ponencia, entonces, hay tres razones por las cuales un ponente cambia la ponencia. Julio.

Uno es porque el ponente sea muy poco estructurado, pues no es el caso sabemos del doctor Yepes, porqué (sic.) incluso en el tema de Ricaurte cuando la Sala estaba 16 contra 4, él formaba parte de los cuatro en la minoría y poco a poco fue convenciendo al resto de sus compañeros hasta que pasó lo que pasó.

² Disponible en: [<http://www.semana.com/confidenciales-semanacom/articulo/las-contradicciones-en-el-caso-del-procurador/395172-3>]

El segundo caso es que el magistrado esté muy pendiente del termómetro de la opinión, pues él contesta textualmente: "yo no tengo necesidad de estar pendiente de ningún termómetro de la opinión, yo tengo mis posiciones absolutamente transparentes y, además, no me gusta hablar por los medios", de hecho, no le ha pasado a ningún medio de comunicación, esto es una conversación que acabamos de tener él y yo no más.

Y el tercer motivo por el que un ponente cambia su ponencia, es por convicción personal de un hombre que no es cuadrulado y acepta los argumentos de los demás. El doctor Yepes me insiste en que él cambió la ponencia porque lo convencieron los argumentos consignados en un documento de 100 hojas de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez y, además, remata diciendo que él hubiera podido guardar ese documento y ese cambio de posición y simplemente sacarlo en el momento de la votación y que por una acto de transparencia se lo entregó a los conjuces para que lo pudieran discutir –y a los demás ponentes– antes de la reunión del lunes.

Entonces cumplo con el deber de dar la versión oficial de la persona que está siendo controvertida, porque tuvo dos ponencias en tres meses".

Aunque el memorialista sostuvo que el magistrado Yepes Barreiro incurrió en las causales contempladas en los numerales 1º y 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, solo aportó argumentos en relación con la supuesta configuración de la segunda causal invocada, para efectos de lo cual sostuvo que el antes nombrado:

i) "Aparentemente" desconoció los artículos 33 (reglas que deben observarse en el estudio de proyectos) y 36 (decisión por conjuces) del reglamento del Consejo de Estado por proyectar como ponente en el proceso de la referencia dos ponencias contrarias. La gravedad de la falta radica "en que presentándose una primera ponencia, la cual todavía no ha obtenido la mayoría requerida y para lo cual fue necesaria la convocatoria de los conjuces, el mismo magistrado entregara a los demás miembros otra ponencia en un sentido totalmente contrario". En suma, esta conducta "resulta aparentemente contraria al reglamento del H. Consejo de Estado"... toda vez que "no es posible que se cambie una ponencia hasta tanto la otra sea votada con la mayoría requerida o derrotada en su defecto –expediente, folio 1170–.

ii) Dio a conocer a la opinión pública asuntos de reserva de la autoridad judicial que tiene a su cargo decidir sobre los mismos, esto es, en el

proceso de la referencia la Sala Plena del Consejo de Estado –expediente, folio 1171–.

iii) No solo *“manifestó el sentido de una ponencia por fuera de actuación, sino que según lo dicho a la periodista, también le comunicó una intimidación judicial, en cuanto a la razón del cambio del sentido de la decisión inicial”* – expediente, folio 1172–.

En suma, el memorialista encontró que la actuación del magistrado Yepes Berreiro resulta “aparentemente” contraria a los artículos 33 y 34 del reglamento del Consejo de Estado porque confiesa a la periodista María Isabel Rueda de la emisora *La W Radio* que presentó dos ponencias completamente contradictorias entre sí, tanto en lo relativo a las consideraciones como en lo relacionado con la parte resolutive, *“pese a su obligación de continuar con la discusión de la primera ponencia, que había quedado suspendida desde el pasado 21 de mayo por no haber alcanzado la mayoría requerida, además de la presunta transgresión al deber de reserva impuesto en el artículo 42.9 del Código General del Proceso”* – expediente fl. 1168–;

Enfatizó asimismo que los jueces *“tienen el deber de reserva sobre los asuntos de su conocimiento, lo que implica la imposibilidad de que sus conceptos o proyectos sobre un proceso que este bajo su decisión sean ventilados o entregados a personas ajenas al mismo, o en actividades distintas a la función judicial, pues ello implica pre conocimiento no sólo de las partes sino de la opinión pública del sentido de sus decisión, lo que denota una grave afectación a la imparcialidad de quien tiene el rol de juzgador, circunstancia que le obliga apartarse del conocimiento del litigio”* – expediente, folio 1175–.

En su escrito de respuesta a la recusación –expediente, folios 1238-1248–, el magistrado Alberto Yepes Barreiro rechazó los señalamientos hechos por el memorialista. Sostuvo, que sus actuaciones no han desconocido el reglamento del Consejo de Estado, toda vez que las posiciones asumidas sobre el asunto de la referencia *“han sido compartidas exclusivamente con*

la Sala” –expediente, folio 1242–. Adicionalmente, insistió en que no reveló “a los medios de comunicación ni el sentido de [su] decisión, ni [sus] argumentos o consideraciones para arribar a ella, y por tanto, mal podría reconocer que [emitió] por fuera del proceso [su] opinión sobre el caso, ya que justamente, [sus] argumentos han sido compartidos **solo con los miembros de la Sala**” –expediente, folio 1242, énfasis dentro del texto citado–. Finalmente, concluyó el magistrado Yepes Barrerio que: **i)** no emitió ningún concepto acerca del asunto en el proceso de la referencia; **ii)** si se afirmara lo contrario se estaría faltando a la verdad; **iii)** no dio declaraciones periodísticas –en público, ni en privado– y tampoco conceptuó sobre decisiones o ponencias de Sala, menos relativas al proceso de la referencia y **iv)** le expresó a la periodista María Isabel Rueda su imposibilidad de conceptuar sobre el fondo del asunto y cualquier afirmación en contrario faltaría a la verdad –expediente, folio 1243–.

Teniendo en cuenta que en el expediente de la referencia inicialmente solo obraba la primera parte del programa transmitido el viernes 11 de julio de 2014 por *La W Radio*, que sirvió de base al memorialista para sustentar su recusación, se consideró indispensable decretar una prueba de oficio con el fin de “conocer el contexto integral de la prueba en que se funda la recusación contra el Consejero de Estado, Dr. Alberto Yepes Barreiro” –expediente, folio 1294–. Se citó asimismo a la periodista María Isabel Rueda para que rindiera testimonio en la Sala de Audiencias de esta Corporación –expediente, folio 1294–.

En su respuesta a la citación –expediente, folios 1297-1298–, la periodista María Isabel Rueda, con apoyo en los artículos 73 C.P. –según el cual la actividad periodística gozará de protección para garantizar la libertad e independencia profesional– y 74 C.P. –que impone perentoriamente la inviolabilidad del secreto profesional–, manifestó encontrarse dentro de las excepciones al deber de testimoniar previstas en los artículos 214 del Código de Procedimiento Civil y 209 del Código General del Proceso. Indicó que el viernes 11 de julio de 2014 dijo “públicamente todo cuanto tenía por decir a través del medio

radial para el que [labora]” y ratificó lo que consta en las grabaciones de archivo, en las que se verifica lo siguiente:

-María Isabel Rueda: ...no pues Julio yo precisamente me estoy preguntando sobre lo que ustedes están comentando, yo le dije ayer que existían dos ponencias absolutamente contrarias: una que sostiene que como la reelección del Procurador no está expresamente prohibida en la Constitución, está permitida. Y la otra que sostiene que como no está expresamente permitida en la Constitución, está prohibida. Ese cambio, pues, digamos, de ponencia se dio en escasos dos meses. Yo quisiera volver al documento que tiene Carlos en las manos, porque es clarísima la posición del magistrado Yepes hace dos meses, dice: el Constituyente determinó frente a los altos funcionarios públicos aquellos para los que está prohibida o limitada su reelección –eso nos lo explicó ayer el magistrado...el, el exmagistrado Fajardo– y continuó con el documento: “luego si en el artículo 276 de la Constitución no se establece prohibición alguna para la reelección del Procurador, se entiende que ésta está permitida. Y remata así la ponencia: una interpretación como la que pretenden sus demandantes limita la función electoral en desmedro de los derechos fundamentales de ser elegido y ocupar cargos públicos”. Entonces, la pregunta es obvia, Julio, que es lo que plantea Camila: ¿qué explica que el 22 de mayo de 2014, fecha de la primera ponencia, el magistrado Yepes pensara así y que, dos meses después, el 14 de julio, presentara otra ponencia planteando, absolutamente, todo lo contrario? Por eso, una de las tres Consejeras de la Sección Quinta de asuntos electorales –de las tres titulares, Julio– porque recordemos que esa Sala sufre uno de los problemas que sufren las Cortes actualmente que es que por politiquería no se puede acabar de integrar, entonces, solo hay tres titulares, pues una de esas tres titulares se opuso a ese cambio radical de pensamiento de su colega en esta nueva ponencia. Entonces, qué explicación, me dicen, Julio, que ha dado el magistrado Yepes sobre ese cambio tan abrupto en dos meses, pues, según él, él redactó en dos sentidos la ponencia, por si una se filtraba, explicación bastante rara, porque la que se filtró a los medios, una de las dos, fue precisamente la segunda, la que interpreta que como la autorización de la reelección del Procurador no es expresa, está prohibida en lugar de la ponencia que decía que como no está expresamente prohibida, está permitida. Eso, es un poquito de locos, Julio, qué pena.

-Julio Sánchez: a ver María Isabel, pero es que lo que Usted está contando es aún más creativo y audaz de lo que uno pensaría. Un magistrado hace dos ponencias, por si acaso una se filtra

-María Isabel Rueda: pues eso me dicen a mí Julio que... que se le filtre la otra (risas)

-Julio Sánchez: y qué tal que se le, y qué tal que se le filtre la buena (risas). No, muy raro ¡Carlos! ¿Usted ha hablado con el magistrado Yepes?

-Carlos Gómez: no tengo la...

-Julio Sánchez: tengo la mejor opinión de ese magistrado

-Carlos Gómez: sí, pero no ha querido, no nos ha contestado el celular; le hemos marcado en diferentes oportunidades, desde ayer, y no nos ha contestado. Pero ¿qué va a generar esto? Julio, denuncias penales y disciplinarias ante la Comisión de Acusaciones por estos cambios de jurisprudencia.

-Camila Zuluaga: hay ahí va a pasar mucho Carlos en la Comisión de Acusaciones (en tono de burla).

-Julio Sánchez: ¡Qué susto! (en tono de burla).

-Camila Zuluaga: sí.

-Julio Sánchez: (en tono de burla) debe estar asustado ese magistrado; sí; (risas)

-Carlos Gómez: sí, esto va a generar... ya en las últimas horas se llevó a cabo una reunión entre altos juristas que representan los intereses de los congresistas, porque ellos dicen que esto va a abrir un boquete grande para que se presenten demandas de pérdida de investidura en contra de los que fueron reelegidos para el Congreso.

-María Isabel Rueda: ahora Julio –perdón Camila– es que es importante también resaltar que en la ponencia que tiene Carlos aparece el nombre del doctor Yepes pero no la firma ¿no?

-Carlos Gómez: efectivamente.

-Camila Zuluaga: la primera; pero María Isabel, me dicen a mí también, el Consejo de Estado, sobre la discusión que estábamos teniendo ayer, si debía o no esta ponencia del magistrado Yepes discutirse en Sala Plena o en la Sección Quinta a la que él pertenece. La primera que se llevó –y que se pidió que se llevara a Sala Plena– es la que tiene Carlos en sus manos y ahí la Sala Plena dijo que no. Que no era necesario, que eso tenía que discutirlo la Sección Quinta. Pero frente a esta segunda, que es desfavorable al Procurador, en ésta la Sala Plena sí dijo que quería que todos los magistrados la estudiaran.

-María Isabel Rueda: por una razón, Camila, porque hay dos razones por las cuales un asunto se sale de su Sección y pasa a Sala Plena: una es la importancia jurídica, que fue por la cual la Sala Plena devolvió a la Sección Quinta este asunto; le pareció que no tenía la importancia jurídica como para que se reunieran por la cosa jurisprudencial y eso (sic.). Y el segundo motivo es la trascendencia social. O sea, tumbar un Procurador tiene una gran trascendencia social en un país; y más a este Procurador. De manera que es uno de los argumentos por los cuales hay unos magistrados, unos Consejeros de Estado, perdón, que están pidiendo que se estudie en Sala Plena y la Sala Plena ha aceptado escuchar a esos Consejeros antes de tomar su decisión. ¿Por qué quieren estudiar el tema en Sala Plena? Esa es la razón.

-Camila Zuluaga: María Isabel, un antecedente importante de las condiciones sociales como el del Procurador en caso de que se tome la decisión de que su reelección fue irregular, acuérdesese Usted, que fue otra de las cosas que se estudió en el Consejo de Estado fue, por ejemplo, cuando se declaró que la Fiscal General Viviane Morales debería salir de su cargo. Eso ¿Usted se acuerda si se estudió en Sala Plena o se estudió en una Sección?

-María Isabel Rueda: no, no recuerdo Camila; pero sí recuerdo que, por ejemplo, en la Corte Constitucional la tutela de Piedad Córdoba se consideró de tal trascendencia social, por las implicaciones que tenía, que salió de la Sala y pasó a ser estudiada por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Son casos cuya importancia trasciende y por eso es mejor que la decisión la tomen no tres titulares

sino los veintiuno que podrían, en este caso concreto del Procurador, estar votando.

-Julio Sánchez: bueno, pero Carlos, esto no se puede quedar así porque queda con una regular presentación el magistrado Yepes, que –le repito– merece todo nuestro respeto. Usted está leyendo un papel, pero lo único que vale es lo que quedó radicado. La ponencia radicada es la que vale. No una ponencia que Usted tiene alterna sin firma.

-Carlos Gómez: Julio, no es que esta ponencia que yo tengo en mis manos se discutió en la Sala.

-María Isabel Rueda: claro que se discutió.

-Carlos Gómez: esto se discutió.

-María Isabel Rueda: se discutió.

-Julio Sánchez: pero no fue la que quedó radicada.

-Carlos Gómez: y radicada y fue discutida.

-Julio Sánchez: pero a ver Carlos, entonces, nosotros lo que estamos hablando es de una ponencia... ayer en la primera página del Tiempo y W, ¿estamos discutiendo una ponencia que no existe?

-Camila Zuluaga: no, es que hay dos ponencias, Julio, por eso es la pregunta que nos hacemos aquí en la mesa... hay una de mayo y otra de junio.

-Julio Sánchez: es que no pueden quedar, no pueden quedar dos; yo creo que queda solo una.

-Camila Zuluaga: sí, no, claro, y la que queda es la última, pues la de julio que es la más reciente; la pregunta es –que es lo que nos estamos planteando– ¿qué hizo que el magistrado Yepes cambiara de argumentación y, de opinión? Si en mayo planteaba que la reelección del Procurador era completamente legal y lo permitía la Constitución y, en julio, la ponencia dice otra cosa. Dice que no.

-Carlos Gómez: pues sería la discusión que planteó la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, que ella dijo que no estaba de acuerdo con la ponencia que había presentado el doctor Alberto Yepes Barreiro, el 22 de mayo del 2014.

-Periodista: pero lo que yo no entiendo es por qué razón se vuelve esto un problema. O sea: finalmente en una discusión entre juristas le pueden cambiar la opinión al magistrado que está haciendo la ponencia. Y sí, entonces, lo convencen y le muestran con argumentos que, en realidad, él estaba apuntando hacia donde no era, pues, por qué razón no puede él cambiar su, su opinión; o sea, ¿eso es un problema? Nooo.

-Julio Sánchez: y ahora agréguele la versión que recibió María Isabel; es que como él sabía que esto iba a armar semejante lío, tenía un borrador en otro sentido por si acaso había una filtración.

-Periodista: bueeeno y entonces el habla con sus colegas y habla con sus consejeros y entonces empieza a preguntar, venga pero y entonces cambia la

ponencia o escoge esta ponencia, pero, pues yo no creo que también haya que armar un lío en torno a que una magistrado cambió de opinión, porque, finalmente, ¡para eso están! Para verificar, para pensar, para reflexionar y, si les dan buenos argumentos, pues para cambiar sus posiciones.

-María Isabel Rueda: hay otra posibilidad, hay otra posibilidad.

-Carlos Gómez: cuando se derrota una ponencia tiene que cambiar de ponente ¿o no es así María Isabel?

-María Isabel Rueda: hay otra posibilidad, como está la Justicia ahora, en Colombia las ponencias vayan cambiando según el termómetro de la opinión pública y eso es lo que me parece que es muy desafortunado en este caso. Yo conozco al magistrado Yepes, es rosarista, es de mi propia universidad, es un hombre que me merece todo el respeto, pero un cambio de opinión semejante en un tema tan sensible en dos meses, sí es inexplicable.

-Camila Zuluaga: pero además es que, a ver María Isabel –Usted que tiene más datos que yo–, pero esa ponencia, la de mayo –y Carlos si Usted tiene información– esa tuvo votación de dos a uno. Y como no hubo mayoría ahí fue que se llamaron los conjuces y, después, es que se presentó esta nueva ponencia del doctor Yepes.

-María Isabel Rueda: exacto; exactamente.

-Camila Zuluaga: después de la votación dos a uno que no tuvo mayoría que se llamaron los conjuces, ponencia de julio que cambia toda la argumentación.

-Julio Sánchez: Carlitos, Carlitos y por qué no le pedimos al doctor Yepes que no de una entrevista, porque esto, sino simplemente a lo mejor que haga, que escriba una nota, que escriba una nota aclarando estos interrogantes que me parecen muy válidos en un tema que –como dice María Isabel– va a tener una repercusión y una trascendencia social. Tumbiar al Procurador, en medio de estas dudas, pues, me parece que merece una explicación. Y él la debe tener.

(...)

-Julio Sánchez: María Isabel ¿qué se pregunta a esta hora?

-María Isabel Rueda: pues Julio uno como periodista tiene el deber de ser muy exacto en lo que contestan a los comentarios que uno hace; hace pocos minutos recibí la llamada del magistrado Yepes quien me comunicó lo siguiente y voy a entregar exactamente su versión. La primera ponencia, que leímos esta mañana en la que se permitía la reelección del Procurador, que fue la suya, evidentemente, fue discutida en una Sala en la que participaron, además del doctor Alberto Yepes, los magistrados Susana Buitrago y Lucy Jeannette Bermúdez. La magistrada Susana Buitrago apoyó al doctor Yepes en su posición, pero la doctora Lucy Jeannette Bermúdez le presentó un documento de 100 hojas que él leyó con mucho cuidado y que, según él insiste, le cambió seriamente su posición. Por eso, preparó la segunda ponencia. Entonces, hay tres razones por las cuales un ponente cambia la ponencia: uno, es porque el ponente sea muy poco estructurado; pues no es el caso, sabemos, del doctor Yepes, porque incluso en el tema del magistrado Ricaurte, cuando la Sala estaba 16 contra 4, él formaba parte de los cuatro en la minoría y, poco a poco, fue convenciendo al resto de sus compañeros hasta que pasó lo que pasó. El segundo caso es que el magistrado

esté muy pendiente del termómetro de la opinión, pues él contesta textualmente: *“yo no tengo necesidad de estar pendiente de ningún termómetro de la opinión, yo tengo mis posiciones absolutamente transparentes y, además, no me gusta hablar por los medios”*; de hecho, no le ha pasado a ningún medio de comunicación. Esto es una conversación que acabamos de tener él y yo, no más. Y el tercer motivo por el que un ponente cambia su ponencia, es por convicción personal de un hombre que no es cuadrulado y acepta los argumentos de los demás. El doctor Yepes me insiste en que él cambió la ponencia porque lo convencieron los argumentos consignados en un documento de 100 hojas de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez y, además, remata diciendo que él hubiera podido guardar ese documento y ese cambio de posición y simplemente sacarlo en el momento de la votación y que por un acto de transparencia se lo entregó a los conjuces para que lo pudieran discutir –y a los demás ponentes– antes de la reunión del lunes. Entonces cumplo con el deber de dar la versión oficial de la persona que está siendo controvertida, porque tuvo dos ponencias en tres meses.

-Julio Sánchez: bueno, creo que es clarísimo, respetable y nos aclara mucho el panorama; efectivamente, entonces, un magistrado, es que acaba Usted de dar el mejor ejemplo: él le dio la vuelta al Consejo de Estado en el tema de Ricaurte, siendo minoría.

-María Isabel Rueda: exacto.

-Julio Sánchez: convenció a uno por uno y se convencen con argumentos; se convencen con documentos; se convencen con discusiones y, eso pasó ahí; queda clarísimo. Entonces, ¿lo que sigue es el tema de los conjuces, entonces, María Isabel, ¿es lo que falta?

-María Isabel Rueda: el tema de los conjuces, exactamente y resolver, que eso si no se lo pregunté, porque él se abstuvo obviamente de opinarme sobre el fondo del asunto, porque es el ponente, de si el caso va a pasar a Sala o va a ser discutido en esta Sección Quinta electoral. Pero yo le puse un ejemplo, Julio, para controvertir, digamos, la esencia o una de las esencias de los argumentos de la ponencia, que es que la reelección de la Procuraduría permite la concentración del poder en una de las ramas del Estado, pues con el mismo argumento si la Contraloría, como nos contaron ayer, que yo admito que no sabía que el Contralor podía ser reelegido, habiendo pasado un periodo intermedio, si el Contralor puede ser reelegido, pues ese es exactamente el mismo argumento del Procurador; luego tampoco debería haber reelección de la Contraloría. Entonces, pues, todas esas discusiones son las que se van a tener el lunes y era mi deber, entonces, dar la explicación del magistrado Yepes.

-Camila Zuluaga: María Isabel, pero frente a los conjuces, porque, evidentemente acá hay argumentos de parte y parte –de quienes son los demandantes y de quienes son los demandados o el demandado– nos dicen lo siguiente: y es que hay un artículo que es el 36 del Reglamento del Consejo de Estado y hay otro que es el 115 del Código Contencioso que dice que cuando hay un proyecto original –como fue la ponencia del magistrado Yepes del mes de mayo– que no alcanza los votos mínimos, como sucedió, porque acuérdesese que quedó dos a uno, pues llaman precisamente a los conjuces, como en este caso pasó, para que voten; pero que esos conjuces deben votar por la ponencia original, es decir, o sería en este caso la de mayo y no la de julio que es la ponencia, pues, revaluada con los argumentos de la otra magistrada, como le explicó a Usted el doctor Yepes.

-María Isabel Rueda: eso me parece un punto muy interesante que habría que entrar a mirar el Reglamento del Consejo de Estado, pero Camila y Julio: hay un ejemplo muy claro reciente, precisamente el de Ricaurte, la magistrada que llevó la ponencia a Sala, la primera vez, opinaba que Ricaurte se debería quedar, cuando vio que la iban a derrotar, dijo: déjenme yo la cambio, yo la acomodo, la cambio, la re redacto y la trajo nuevamente con un truquito que la nulidad se aplicaba al futuro de Ricaurte y no al pasado Ricaurte; cuando vio que la iban a derrotar, pues, entonces, también le quitó ese condicionamiento y pasó lo que pasó que el doctor Ricaurte salió de su cargo. De manera que eso es un ejemplo muy reciente de una ponente que cambia su manera de pensar y este es el segundo caso, en pocos días.

Para resolver se considera:

1.Oportunidad y procedencia

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone el trámite que debe surtir la recusación, a partir de su formulación³. En lo atinente a la oportunidad, el artículo 151 del C. de P. C., al que remite el 306 de la Ley 1437, prevé que las recusaciones proceden en cualquier momento del proceso, sin perjuicio de que quien conoce la causal deberá formularla con antelación a cualquier otra gestión que en el mismo deba adelantar.

Señala el inciso segundo de la norma en cita:

“No podrá recusar quien, sin formular la recusación, haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el juez haya asumido su conocimiento, si la causal invocada fuere anterior a dicha gestión, ni quien haya actuado con posterioridad al hecho que motiva la recusación. En estos casos la recusación debe ser rechazada de plano”.

³ “1. La recusación se propondrá por escrito ante el juez o Magistrado Ponente con expresión de la causal legal y de los hechos en que se fundamente, acompañando las pruebas que se pretendan hacer valer. // 2. Cuando el recusado sea un juez administrativo, mediante auto expresará si acepta los hechos y la procedencia de la causal y enviará el expediente al juez que le siga en turno para que resuelva de plano si es o no fundada la recusación; en caso positivo, asumirá el conocimiento del asunto, si lo encuentra infundado, lo devolverá para que aquel continúe el trámite. Si se trata de juez único, remitirá el expediente al correspondiente tribunal para que decida si la recusación es fundada, caso en el cual designará juez ad hoc que lo reemplace; en caso contrario, devolverá el expediente para que el mismo juez continúe el trámite del proceso. Si la recusación comprende a todos los jueces administrativos, el juez recusado pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto. // 3. Cuando el recusado sea un Magistrado, mediante escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el recusado es este, expresará si acepta o no la procedencia de la causal y los hechos en que se fundamenta, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la recusación. Si la encuentra fundada, la aceptará y sólo cuando se afecte el quórum decisorio se ordenará sorteo de conjuez...”

De suerte que, formulada oportunamente, procede que la Sala estudie la recusación para efectos de lo cual reiterará su jurisprudencia acerca del sentido y alcance de los impedimentos y recusaciones y de su diferencia con las faltas disciplinarias que no afectan la imparcialidad del juzgador. Enseguida, examinará el caso concreto.

2. Sentido y alcance de los impedimentos y recusaciones. Diferencia con las faltas disciplinarias que no afectan la imparcialidad del juzgador. Reiteración de jurisprudencia

Como lo sostuvo esta Sala Plena en providencia reciente⁴ “[e]l ordenamiento jurídico somete la administración de justicia a los principios de publicidad e imparcialidad, con claros alcances y distintos efectos”. De suerte que si según la Constitución la publicidad adquiere el estatus de principio rector de la función pública –artículos 209 C.P. y 288 C.P.–, el artículo 154 de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia impone a los jueces el deber de “desempeñar con imparcialidad las funciones de su cargo”.

El principio de publicidad tiene especial desarrollo en los artículos 156 y 157 del mencionado estatuto. Sobre el punto esta Sala recordó cómo si bien se someten a “reserva –no oponible a los sujetos procesales–, las actas de las Secciones y Salas de esta Corporación en las que consten actuaciones y decisiones judiciales de carácter individual, de grupo o colectivos⁵, nuestro ordenamiento garantiza el “acceso público [a] las decisiones adoptadas para propugnar por la integridad del orden jurídico...”

Por otro lado, para garantizar la materialización de los principios de independencia e imparcialidad existen en nuestro ordenamiento distintos mecanismos cuyos trámites y efectos son diferentes según los objetivos

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de siete de julio de 2014, Rad. No. 11001-03-28-000-2013-00015-00-Importancia Jurídica, Incidente de Recusación, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵ *Ibíd.*

que se pretende alcanzar. Así lo recordó esta Sala en la providencia antes aludida⁶:

“Se trata de la separación del funcionario del conocimiento del proceso y el control disciplinario. Sin desconocer las similitudes que comparten, en cuanto dispuestos para hacer que el ejercicio de la función pública se sujete a la Constitución y a la ley, tienen cada uno características claramente distinguibles, en razón del fin particular, la tipificación de las conductas, el procedimiento para su aplicación, el funcionario competente y la naturaleza de la decisión.

De una parte se encuentran los mecanismos encaminados a separar al juez o magistrado del conocimiento del asunto, con miras a evitar que pueda proyectarse alguna sombra sobre la garantía de imparcialidad en la decisión del caso específico. Su aplicación procede, previa invocación de la causal, por solicitud de parte o por manifestación del juez motu proprio, dentro del proceso judicial a su cargo y se resuelve mediante providencia que no admite recurso.

Por su parte, el control disciplinario se orienta a la investigación de las conductas previamente tipificadas en la ley como faltas al ejercicio de la función pública, con el fin de imponer medidas correctivas a la conducta del funcionario como la amonestación, la suspensión o la desvinculación del cargo. Su aplicación procede, previa denuncia, por fuera del proceso judicial y sin repercusión en este, con sujeción al procedimiento disciplinario, por la autoridad competente en esa materia. Se trata de una decisión sujeta al control de legalidad”.

De lo anterior se concluye que las autoridades judiciales deben verificar, a la luz del caso en concreto, si las circunstancias que pretenden poner en tela de juicio la imparcialidad del funcionario judicial encajan, efectivamente, bajo alguna de las causales expresa y taxativamente consignadas en el ordenamiento jurídico –artículo 150 del Código de Procedimiento Civil a las que remite el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo– o si se trata de una conducta que da lugar al ejercicio del control disciplinario. Como lo recordó la Sala en la oportunidad traída a colación:

“no resulta posible convertir las faltas disciplinarias en impedimentos, mediante interpretaciones extensivas o analógicas”, siendo de todos modos claro que “en aplicación del principio de la prevalencia de la sustancia sobre la forma, la evaluación de las causales de impedimento o recusación deberá propugnar porque la imparcialidad del juez se preserve efectivamente, sin que por ello se permitan abusos y maniobras que tiendan al entorpecimiento de la función pública y se le reste a la exclusión del juez la transparencia que con la institución se persigue”.

En el caso bajo examen de la Sala se plantean dos motivos de recusación: por un lado, el haberse configurado la causal prevista por el

⁶ *Ibíd.*

numeral 1º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, esto es, *tener el juez ... interés directo o indirecto en el proceso*”; por otro, la causal contemplada en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil que reza: *“haber dado concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso”*.

Como ya se indicó en otra parte de esta misma providencia, aunque el memorialista invocó la configuración de las dos causales, únicamente aportó las razones por las cuales considera que en el caso del consejero Alberto Yepes Barreiro se estructuró la causal prevista por el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. En vista de lo anterior, la Sala restringirá su examen a verificar si los supuestos fácticos de los que son contestes los elementos de convicción que constan en el expediente encajan en la aludida causal.

Antes de ello, encuentra la Sala relevante insistir en que si la causal prevista por el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y la prohibición de que trata el artículo 154 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de *“proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración de justicia que lleguen a su conocimiento con ocasión del servicio”* buscan realizar la correcta administración de justicia, dicha comunidad de fines no autoriza a fijar un sentido amplio a las expresiones *concepto* y *consejo* previstas en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

De una parte, por cuanto como esta misma Sala lo ha recordado, *siendo claramente diferenciables ratione materia los conceptos de las noticias y los informes, no resulta posible extender el alcance de aquellos a estos dos últimos, no comprendidos en el ordinal 12º bajo estudio*⁷. De otra, porque la imparcialidad se afecta cuandoquiera que el funcionario judicial se adelanta en el juicio con una posición tan definida que impide que obre en él

⁷ *Ibíd.*

la fuerza persuasiva de la controversia tal como la misma se deriva de los hechos, las pruebas y los fundamentos jurídicos.

Claramente diferenciable de la conducta antes descrita se encuentra el hecho de que la autoridad judicial divulgue información reservada que conoce por motivo del ejercicio de su cargo, pues en este último caso no se ve comprometida la imparcialidad del funcionario. En pocas palabras, la divulgación de información reservada que se conoce en razón del cargo *“compromete la transparencia en el ejercicio de la función pública, sin que por ese solo hecho se afecte la imparcialidad del juez para decidir objetivamente el asunto”*⁸.

De ahí que las conductas descritas deban ser estrictamente diferenciadas, pues operan en ámbitos de control distintos. Vale decir que si se configura la previsión contemplada por el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, ello da lugar a separar al juez del conocimiento del asunto, mientras que las divulgaciones inoportunas se tipifican como faltas disciplinarias –Ley 734, arts. 34, num. 2, 6 y 38; 48, num. 47 y 50–.

Lo anterior obliga a la Sala a precisar el sentido y alcance de estos términos bajo el foco de las disposiciones consignadas en el Código Civil⁹. Desde esa óptica, puede concluirse que la expresión concepto denota, por lo general, la exteriorización de un pensamiento o idea mediante el uso de palabras y esa acción comunicativa supone la existencia previa de una opinión fijada y solo exteriorizada luego de un examen a fondo de las circunstancias y toma de posición frente a las mismas. El término noticia o informe, tiene una connotación distinta en cuanto se trata de poner en conocimiento del público hechos, hasta el momento desconocidos, y a los que accede el funcionario judicial en razón del ejercicio de su cargo.

⁸ *Ibíd.*

⁹ Artículo 28: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

En armonía con esa distinción, sostiene la doctrina refiriéndose a la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil que contiene las expresiones consejo o concepto:

“Indudablemente, ese consejo o concepto de que habla la disposición forma parte del interés en el desarrollo del pleito, pues es claro que quien emitió opinión o concepto frente al proceso, querrá, por lógica, que aquel resulte tal como él opinó. Por elemental razón de amor propio, el juez que interviene en un proceso respecto del que dio consejo o concepto, puede inclinarse a fallar de acuerdo con este consejo; de ahí que para evitar cualquier suspicacia en su actuación se debe retirar del conocimiento del negocio¹⁰.

Ahora bien, no toda opinión, concepto o noticia tiene el peso suficiente para condicionar al juez o, al menos, sembrar dudas respecto de su capacidad de decidir apegado a los hechos, a las pruebas y acorde con el ordenamiento jurídico. Por ello siempre es preciso efectuar un examen detenido del contenido del concepto o consejo y prevenir, apelando a criterios objetivos, que de los mismos pueda derivarse una carga que afecte la posibilidad de un juicio imparcial.

En pocas palabras: la decisión acerca de si del contenido del concepto o consejo puede derivarse una tacha para la imparcialidad del juez, debe tomarse no en el terreno de la subjetividad, sino a la luz de las circunstancias del asunto particular y buscando criterios que objetivamente permitan dilucidar el grado en que la imparcialidad se afecta o pone en tela de juicio. Como lo recuerda la jurisprudencia de esta Sala¹¹:

“En esa perspectiva, es claro que los conceptos u opiniones deben tener la posibilidad real de condicionar al juez para emitir la decisión o sembrar, cuando menos, dudas sobre su capacidad de emitir una decisión centrada en la verdad del juicio. De manera que, con miras a que la determinación no quede en el terreno subjetivo, es indispensable escudriñar en el contenido mismo del concepto o consejo dado para, con criterio objetivo, establecer si el funcionario emitió un juicio previo y de hecho. De modo que pueda razonablemente deducirse una inclinación conceptual, intelectual o de ánimo hacia una posición en particular, sobre la decisión o sus elementos esenciales”.

¹⁰ Cfr., LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2009, pág. 249.

¹¹ *Ibíd.*

Una vez se constata de manera objetiva que la autoridad judicial emitió concepto o consejo y que uno u otro alcanzan la posibilidad de una decisión imparcial, entonces, lo procedente tiene que ver con separar al funcionario del conocimiento del asunto y, de esta manera, asegurar transparencia e imparcialidad, aspectos que tratándose de la actividad judicial no admiten sombra de dudas.

En consecuencia, claramente distinguibles de la emisión de concepto o consejo aptos para cuestionar la imparcialidad del funcionario judicial son aquellos hechos o sucesos que indebidamente divulgados, *“con o sin descripción de las características y circunstancias particulares del asunto, en cuanto ajeno al concepto o consejo”* no comportan la necesidad de separar al juez del conocimiento del asunto. Tal es el caso de las conductas previstas por el numeral 4º del artículo 154 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que prohíbe a los funcionarios judiciales *“proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración de justicia que lleguen a su conocimiento con ocasión del servicio”*.

Como se sabe, la jurisprudencia constitucional –sentencia C-037 de 1996– condicionó la declaratoria de exequibilidad de la citada disposición a que la misma fuera interpretada acorde con los principios de publicidad e información en cuanto criterios rectores de la función de administrar justicia, tal como se desprende de los artículos 20 C.P., 209 C.P. y 228 C.P. De suerte que cualquier restricción en la materia se encuentra sujeta a reserva de ley y siempre deberá privilegiarse la materialización de los aludidos principios.

En aquella ocasión sostuvo la Corte refiriéndose al precepto contemplado en numeral 4º del artículo 154 de la Ley 270 de 1996, que *“los alcances de esta prohibición deberán interpretarse de conformidad con las consideraciones expuestas a propósito del artículo 64 del presente proyecto de ley”*. Sobre este extremo sostuvo –se destaca–:

De otro lado, en atención a que el principio constitucional general aplicable a las actuaciones que se adelanten por los órganos del Estado es la publicidad, la reserva tiene carácter excepcional y es de interpretación restrictiva. Le corresponde a la ley, dentro del marco de la Constitución, establecer en términos de razonabilidad y proporcionalidad, la extensión de la respectiva reserva. De ahí que la constitucionalidad, en este caso, se condicione, igualmente, a la posibilidad de comunicar las informaciones que de conformidad con la ley, no están sujetas a reserva y, en este evento, deberá también permitirse el acceso público a las mismas.

(...)

En lo que atañe al inciso segundo, debe decirse que guarda estrecha relación con lo dispuesto en el artículo 57, ya analizado. Con todo, es necesario puntualizar que la facultad de informar el contenido y alcance de las providencias por parte de los funcionarios judiciales, no es asimilable al acto procesal de notificación a las partes. En el primer evento, que es realmente el contemplado en la norma, se trata de una declaración pública en la que se explican algunos detalles importantes de la sentencia proferida, bajo el supuesto obvio de que el administrador de justicia no se encuentra obligado a dar a conocer aquellos asuntos que son objeto de reserva legal. Por el contrario, el segundo caso, implica una relación procesal entre el juez y las partes, a través de la cual se brinda la oportunidad a éstas de conocer el contenido íntegro de la providencia y de interponer, dentro de los lineamientos legales, los respectivos recursos.

Por otra parte, estima la Corte necesario declarar la inexecutable de la expresión "una vez haya concluido el respectivo proceso mediante decisión ejecutoriada", contenida en ese mismo inciso segundo, pues con ello, en primer lugar, se vulneran la autonomía del juez y el derecho de los asociados de recibir información veraz y oportuna (Art. 20 C.P.) y, además, se convertiría en excepción el principio general contenido en la Carta de que las actuaciones de la administración de justicia serán públicas (Art. 228 C.P.). En efecto, resulta constitucionalmente posible el que, por ejemplo, el presidente de una Corporación informe a la opinión pública sobre una decisión que haya sido adoptada, así el texto definitivo de la Sentencia correspondiente no se encuentre aún finiquitado, habida cuenta de las modificaciones, adiciones o supresiones que en el curso de los debates se le haya introducido a la ponencia original. Con ello, en nada se vulnera la reserva de las actuaciones judiciales -siempre y cuando no se trate de asuntos propios de la reserva del sumario o de reserva legal- y, por el contrario, se contribuye a que las decisiones que adoptan los administradores de justicia puedan conocerse en forma oportuna por la sociedad.

De lo anterior se desprende la imposibilidad de considerar como constitutivo de impedimento toda información emitida por la autoridad judicial respecto del asunto que le corresponde examinar y fallar. Temas relacionados con los trámites o preguntas relativas a si el proceso se encuentra o no en el orden del día; si fue considerado, debatido o aplazado o si fue remitido para su conocimiento a otra autoridad; si se expresaron o no impedimentos o se presentaron o no recusaciones; si hubo o no quórum, revisten interés público y no impactan negativamente la imparcialidad del

funcionario judicial, en tanto como lo recuerda la jurisprudencia de esta Sala no involucren *“conceptos sobre el asunto objeto de decisión”*. Esta información es pública y las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de suministrarla en caso de ser requerida. Con todo, como lo recuerda la jurisprudencia de esta Sala *“si la información que entrega el funcionario judicial está sujeta a reserva, su divulgación no autorizada podría dar lugar a responsabilidad disciplinaria, penal, patrimonial e incluso política. Al margen de los impedimentos, porque tal situación no afecta per se la imparcialidad, de quien se dio a la tarea de divulgar lo acontecido”*¹².

En suma, no es suficiente que las sospechas o dudas sobre la imparcialidad del juez se originen en la mente de quien presenta la recusación. Resulta indispensable comprobar que las mismas son de una consistencia tal que autoricen a concluir que se hallan objetiva y legítimamente justificadas.

3. El caso concreto

En el asunto que debe resolver la Sala, el memorialista consideró probado *“el interés y la falta de imparcialidad del magistrado Yepes Barreiro en el presente asunto, lo cual ha generado un posible prejuizgamiento, infidencias de las decisiones a tomar, imprudencia e indiscreción, además de que con su actuar ha vulnerado aparentemente, reglas del ordenamiento jurídico para adoptar una decisión que requiere de toda la serenidad, imparcialidad y ponderación, como principios que rigen el actuar frente a los administrados”* –expediente, folio 1175–.

Ahora bien, un examen detenido de los elementos de convicción que obran en el proceso permite sin mayor esfuerzo concluir que en el presente caso el consejero Yepes Barreiro no incurrió en ninguna de las causales alegadas por el recusante.

¹² *Ibíd.*

De ello da razón el propio escrito de recusación cuando al narrar los hechos sostiene, en el numeral 4º, que “*sorpresivamente*” en los medios de comunicación hablados y escritos del país se divulgó de manera amplia la existencia de dos ponencias escritas por el consejero Alberto Yepes Barreiro, relativas al proceso de nulidad electoral adelantado contra la elección del Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, en distintos sentidos.

Aunque el memorialista señala que ello apenas tuvo lugar a partir del 11 de julio de 2014 –numeral 4º de la relación fáctica–, fue públicamente notorio, por la importancia de la noticia, que el suceso se dio a conocer inclusive desde el día 8 de julio en medios de amplia circulación nacional¹³. De suerte que el sentido de las ponencias se filtró a la opinión pública antes de la realización del programa radial transmitido el 11 de julio de 2014 en el cual se basó el recusante para señalar la falta de imparcialidad del magistrado.

En el audio que se aportó como medio de prueba al expediente, puede constatarse fácilmente que los periodistas se preguntan sobre las razones que tendría el magistrado Yepes Barreiro para elaborar dos ponencias en sentido contrario en un lapso de dos meses, hecho respecto del cual tuvieron noticia un día antes –se destaca–:

-María Isabel Rueda: no pues Julio yo precisamente me estoy preguntando sobre lo que ustedes están comentando, yo le dije ayer que existían dos ponencias absolutamente contrarias: una que sostiene que como la reelección del Procurador no está expresamente prohibida en la Constitución, está permitida. Y la otra que sostiene que como no está expresamente permitida en la Constitución, está prohibida. Ese cambio, pues, digamos, de ponencia se dio en escasos dos meses.

Innegable es asimismo que los periodistas ya conocían el sentido de las ponencias; no solo estaban informados al respecto, sino que tenían en su poder copia de uno de los proyectos –se destaca–:

¹³ Cfr. *Revista Semana*, versión digital: “La ‘jugada’ política en la demanda contra el Procurador que apreció el día 8 de julio de 2014, disponible en el sitio web: <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-jugada-politica-en-la-demanda-contra-el-procurador/394915-3>; diario *El Colombiano*, versión digital: “Ordóñez en la cuerda floja por dudas constitucionales” suscrita por Sergio A. Naranjo y publicada el 10 de julio de 2014.

-Camila Zuluaga: la primera; pero María Isabel, me dicen a mí también, el Consejo de Estado, sobre la discusión que estábamos teniendo ayer, si debía o no esta ponencia del magistrado Yepes discutirse en Sala Plena o en la Sección Quinta a la que él pertenece. La primera que se llevó –y que se pidió que se llevara a Sala Plena– es la que tiene Carlos en sus manos y ahí la Sala Plena dijo que no. Que no era necesario, que eso tenía que discutirlo la Sección Quinta. Pero frente a esta segunda, que es desfavorable al Procurador, en ésta la Sala Plena sí dijo que quería que todos los magistrados la estudiaran.

Ese hecho noticioso de la existencia de dos ponencias en sentido contrario que los periodistas consideraron inexplicable y acerca del cual discurrió gran parte del programa matinal, les sirvió de sustento incluso para exhortar al Consejero en el sentido de que les informe sobre esa situación que, en opinión de los comunicadores, está dejando *“una regular presentación del magistrado Yepes”* –se destaca–:

(...)

-Julio Sánchez: bueno, pero Carlos, esto no se puede quedar así porque queda con una regular presentación el magistrado Yepes, que –le repito– merece todo nuestro respeto. Usted está leyendo un papel, pero lo único que vale es lo que quedó radicado. La ponencia radicada es la que vale. No una ponencia que Usted tiene alterna sin firma.

(...)

-Julio Sánchez: Carlitos, Carlitos y por qué no le pedimos al doctor Yepes que no de una entrevista, porque esto, sino simplemente a lo mejor que haga, que escriba una nota, que escriba una nota aclarando estos interrogantes que me parecen muy válidos en un tema que –como dice María Isabel– va a tener una repercusión y una trascendencia social. Tumbiar al Procurador, en medio de estas dudas, pues, me parece que merece una explicación. Y él la debe tener.

En la segunda parte del programa, la periodista María Isabel Rueda da a conocer la explicación del magistrado cuestionado:

-Julio Sánchez: María Isabel ¿qué se pregunta a esta hora?

-María Isabel Rueda: pues Julio uno como periodista tiene el deber de ser muy exacto en lo que contestan a los comentarios que uno hace; hace pocos minutos recibí la llamada del magistrado Yepes quien me comunicó lo siguiente y voy a entregar exactamente su versión. La primera ponencia, que leímos esta mañana en la que se permitía la reelección del Procurador, que fue la suya, evidentemente, fue discutida en una Sala en la que participaron, además del doctor Alberto Yepes, los magistrados Susana Buitrago y Lucy Jeannette Bermúdez. La magistrada Susana Buitrago apoyó al doctor Yepes en su posición, pero la doctora Lucy Jeannette Bermúdez le presentó un documento de 100 hojas

que él leyó con mucho cuidado y que, según él insiste, le cambió seriamente su posición. Por eso, preparó la segunda ponencia. Entonces, hay tres razones por las cuales un ponente cambia la ponencia: uno, es porque el ponente sea muy poco estructurado; pues no es el caso, sabemos, del doctor Yepes, porque incluso en el tema del magistrado Ricaurte, cuando la Sala estaba 16 contra 4, él formaba parte de los cuatro en la minoría y, poco a poco, fue convenciendo al resto de sus compañeros hasta que pasó lo que pasó. El segundo caso es que el magistrado esté muy pendiente del termómetro de la opinión, pues él contesta textualmente: *“yo no tengo necesidad de estar pendiente de ningún termómetro de la opinión, yo tengo mis posiciones absolutamente transparentes y, además, no me gusta hablar por los medios”*; de hecho, no le ha pasado a ningún medio de comunicación. Esto es una conversación que acabamos de tener él y yo, no más. Y el tercer motivo por el que un ponente cambia su ponencia, es por convicción personal de un hombre que no es cuadrulado y acepta los argumentos de los demás. El doctor Yepes me insiste en que él cambió la ponencia porque lo convencieron los argumentos consignados en un documento de 100 hojas de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez y, además, remata diciendo que él hubiera podido guardar ese documento y ese cambio de posición y simplemente sacarlo en el momento de la votación y que por un acto de transparencia se lo entregó a los conjuces para que lo pudieran discutir –y a los demás ponentes– antes de la reunión del lunes. Entonces cumplo con el deber de dar la versión oficial de la persona que está siendo controvertida, porque tuvo dos ponencias en tres meses.

Como puede apreciarse de lo arriba expuesto, las ponencias escritas por el magistrado Alberto Yepes Berreiro en relación con el proceso de nulidad contra la elección del Procurador Alejandro Ordóñez Maldonado fueron conocidas por la opinión pública al menos dos días antes de la emisión del programa en *La W Radio* y, en todo caso, los periodistas que participaron en el mismo ya estaban al tanto de su contenido así que, el consejero Yepes no divulgó información reservada a la que hubiere accedido por motivo del ejercicio de sus cargo y tampoco rindió concepto o consejo *“fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso”*.

Arriba se indicó la necesidad de distinguir claramente entre los mecanismos encaminados a “separar al juez o magistrado del conocimiento del asunto, con miras a evitar que se proyecte alguna sombra sobre la garantía de imparcialidad”, esto es, las denominadas causales de impedimento y recusación y, el control disciplinario. En el caso que se examina, los supuestos fácticos respecto de los cuales son contestes los elementos de convicción allegados al expediente no permiten subsumir la conducta del magistrado Yepes bajo ninguno de los mencionados supuestos jurídicos.

Vale decir, en el programa radial que sirvió de sustento al memorialista para invocar la casual de recusación en el sub lite, el consejero Yepes no dio concepto o consejo, pues se restringió a explicar los motivos por los cuales escribió dos ponencias en un sentido diferente en el lapso de dos meses que era, justamente, lo que querían saber los periodistas, así que su mensaje se circunscribió a ese tema y si su posición se conoció no fue porque el magistrado mismo la hubiere puesto en conocimiento del público mediante concepto o consejo, sino porque lastimosamente las ponencias fueron filtradas de manera contraria al ordenamiento jurídico y por ello llegaron a conocimiento del público en general, de donde se infiere asimismo que el consejero Yepes tampoco divulgó información reservada y a la que hubiere accedido por motivo del ejercicio de su cargo, pues, se itera, dicha información ya había sido filtrada a la prensa y llegó a conocimiento de la opinión pública de manera notoria días antes de la realización del programa.

Finalmente, frente al señalamiento sobre las “aparentes” irregularidades contrarias al reglamento del Consejo de Estado, debe precisar la Sala que las mismas no pueden ser esgrimidas como causal de recusación, pues se sabe y, esta Sala lo ha dejado claro una vez más en la presente providencia, que los motivos para separar al juez del conocimiento están *taxativa y expresamente* consignados en el ordenamiento jurídico y son de *interpretación restrictiva*. Ampliar el sentido y alcance de las causales invocadas, como lo pretende el memorialista, quebrantaría normas nucleares del Estado de derecho. Tal ocurre con el principio del juez natural cuya protección se encuentra doblemente reforzada, esto es, en el ordenamiento jurídico interno¹⁴ y en el internacional¹⁵ por la vía del artículo 93 C.P¹⁶.

¹⁴ “ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. // 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”.

¹⁵ “Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “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

Dicho de otra manera, la garantía de independencia e imparcialidad no puede usarse con el fin de separar injustificadamente al juez del asunto puesto a su consideración y decisión. De ahí que el régimen de impedimentos y recusaciones sea de aplicación e interpretación restrictiva y su sentido y alcance no pueda ser fijado de forma que, pretextando salvaguardar la independencia y, la imparcialidad, pretenda cobijar circunstancias que o bien deben tratarse como faltas disciplinarias u obedecen a las sospechas o dudas sobre la imparcialidad del juez originadas únicamente en la mente de quien presenta la recusación, pero no se encuentran objetiva y legítimamente justificadas.

Por los motivos expuestos en precedencia es dable concluir que las causales invocadas no se tipifican y, en consecuencia, el impedimento se declarará infundado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE

NEGAR la recusación formulada contra el consejero Alberto Yepes Barreiro, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

¹⁶ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Presidente

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE
VALENCIA**
Magistrada

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Magistrada

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Magistrado

GERARDO ARENAS MONSALVE
Magistrado

**HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**
Magistrado

**LUCY JEANETTE BERMÚDEZ
BERMÚDEZ**
Magistrada

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Magistrada

**STELLA CONTO DÍAZ DEL
CASTILLO**
Magistrada

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA
GONZÁLEZ**
Magistrada

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ
ARANGUREN**
Magistrado

**CARMEN TERESA ORTÍZ DE
RODRÍGUEZ
Magistrada**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ
RAMÍREZ
Magistrado**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA
Magistrado**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA
HOZ
Magistrada**

**GUILLELMO VARGAS AYALA
Magistrado**

**MARCO ANTONIO VELILLA
MORENO
Magistrado**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA
Magistrado**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Magistrada**

**ILVAR NELSON ARÉVALO
PERICO
Conjuez**

**ALBERTO MONTAÑA PLATA
Conjuez**

**MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ
RÚIZ
Conjuez**

**ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Conjuez**

**HERNANDO HERRERA
MERCADO
Conjuez**

**HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ
Conjuez**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: ACLARACION DE VOTO – CONSEJERO JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Contenido: Introducción; 1.- Convencionalidad en materia de Derechos Humanos, 2.- Concepto y alcance convencional de la libertad de expresión. 3.- Independencia Judicial. 4.- La causal de impedimento objeto de estudio. 5.- Análisis del caso en concreto y 6.- Conclusión.

Con el respeto y consideración acostumbrada, presento la razón que me mueve a aclarar el voto respecto del auto proferido por la Sala Plena de esta Corporación el 12 de mayo de 2015.

Aunque compartí la decisión mayoritaria adoptada por la Sala, considero que en el análisis jurídico se hace necesario valorar las causales de impedimento y recusación de los jueces a la luz de la convencionalidad, en tanto garantía de la libertad de expresión y opinión de los funcionarios judiciales, la independencia e imparcialidad judicial.

Introducción: Libertad de expresión de los jueces y garantía de independencia judicial. Articulación convencional.

Se procede a efectuar un análisis respecto del planteamiento de recusación en contra del Magistrado Dr. Alberto Yepes Barreiro conforme a la convencionalidad en relación con el derecho a la libertad de expresión y la independencia judicial. Así, las causales de impedimento, recusación y las normas sancionatorias respecto de los jueces deben ser leídas y aplicadas en clave de convencionalidad estricta a fin de no vulnerar la garantía de la independencia judicial.

1.- Convencionalidad en materia de Derechos Humanos.

1.1.- El control de convencionalidad¹⁷ es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos

¹⁷ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”. En: BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”¹⁸

1.2.- Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile,”¹⁹ lo cierto es que desde antes del 2002,²⁰ e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

1.3.- Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,²¹ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

1.4.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma²² y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”²³

¹⁸ “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

²⁰ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

²² “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

1.5.- Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.²⁴

1.6.- Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”²⁵

1.7.- En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la

²⁴ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de inconvencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

1.8.- Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales,²⁶ sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su interprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

1.9.- Dicho con otras palabras, no es la autoridad local quien determina la medida y alcance de la Convención, sino que es la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones.

1.10.- El control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, sino que ha tenido cabida cuestionada en el derecho comunitario europeo, en el que se planteó la denominada doctrina “Simmenthal”. Se trata del caso “Administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia del 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el que consideró:

“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”²⁷

1.11.- En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los

²⁶ Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

²⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.

Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) *Partie communiste unifié de Turquie*, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, sentencia de 28 de octubre de 1999²⁸; c) caso *Open Door y Dublin Well Woman*²⁹

1.12.- Como puede observarse, el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración está llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano.

1.13.- Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos tales como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, derechos de los niños, entre otros asuntos³⁰.

²⁸ Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

²⁹ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

³⁰ Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (exp. 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (exp. 19195), sentencia de 1º de febrero de 2012 (exp. 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (exp. 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (exp. 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (exp. 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (exp. 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (exp. 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (exp. 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (exp. 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (exp. 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (exp. 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (exp. 28505), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 35413), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 26737), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 45433), sentencia de 26 de febrero de 2015 (exp. 30924). Auto de 24 de septiembre de 2012 (exp. 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (exp. 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (exp. 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (exp. 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (exp. 42402), Auto de 1º de diciembre de 2014, entre otras providencias.

2.- Concepto y alcance convencional de la libertad de expresión³¹.

2.1.- La libertad de expresión, como derecho protegido por el ordenamiento jurídico nacional,³² regional³³ y universal³⁴ de Derechos Humanos, tiene su ámbito propio y natural de existencia en los regímenes políticos de carácter democrático.

³¹ Consideraciones tomadas del fallo de Sala de Subsección C de la Sección Tercera de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

³² Constitución Política. Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

³³ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

³⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 19. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

2.2.- De esta afirmación se derivan dos conclusiones provisionales: i) El derecho a la libertad de expresión sólo tiene sentido en este tipo de sistemas políticos y jurídicos, y ii) En estos sistemas es una exigencia, por cuanto es de su esencia, que se garantice plenamente ese derecho,³⁵ o, con otras palabras, *“la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad (democrática), una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres.”*³⁶

2.3.- Ahora bien, dentro de la categoría *genérica* del derecho a la libertad de expresión se encuentran específicamente dos derechos que, aunque partes de un mismo todo, son en estricto sentido diferentes.³⁷

2.4.- Se trata, en primer lugar, de la libertad de opinión que consiste en el derecho que tiene toda persona para emitir sus opiniones, ideas o creencias, sin ser molestado o sancionado, bien sean estas, entre otras, de naturaleza política, económica, científica, cultural, religiosa, académica, derecho este que lleva consigo, para su satisfacción y efectivo ejercicio, la posibilidad de difundir y de hacer llegar a la mayor cantidad posible de personas sus juicios de valor.³⁸

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

³⁵ “[E]s posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 5/85 de 13 de diciembre de 1985 o sobre La Colegiatura obligatoria de periodistas.

³⁶ Se trata de uno de los famosos asertos desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión en el Caso Handyside c. Reino Unido de 7 de diciembre de 1976, reiterado en posteriores decisiones. Igualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho ha acudido a este fundamento jurídico en sus fallos sobre la violación al derecho a la libertad de expresión. Al respecto el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que “la libertad de información y la libertad de expresión son las piedras angulares de toda sociedad libre y democrática. Tales sociedades autorizan, por naturaleza, a los ciudadanos a informarse de las posibilidades de sustitución del sistema o de los partidos políticos en el poder y a criticar o evaluar abierta y públicamente a su gobierno sin temor a intervenciones o represiones de su parte, dentro de los límites fijados en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto.”. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comunicación No. 1173/2003, caso Benhadj c. Argelia, aprobado en el 90° periodo de sesiones del Comité en julio de 2007. Disponible en el enlace web: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/DER/G07/442/26/PDF/G0744226.pdf?OpenElement> [Consultado el 22 de agosto de 2014]. En similares términos el Tribunal Constitucional colombiano que ha sostenido que la libertad de prensa “ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano”, no sólo por el hecho de reforzar y contribuir positivamente “al desarrollo de la autonomía y libertad de las personas y en el desarrollo del conocimiento y la cultura sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa”. Corte Constitucional, sentencia C-010/00.

³⁷ “El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo establece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos.” Corte Constitucional, sentencia T-066 de 1998.

³⁸ Conforme al criterio de la Corte Interamericana expuesto, entre otras, en la sentencia dictada el 5 de febrero de 2001 en el Caso La Última Tentación de Cristo c. Chile, en los siguientes términos: “65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que **comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y**

2.5.- Resulta claro entonces que la efectividad de este derecho exige que no se criminalice, en principio, a una persona por la emisión de sus opiniones así como que tampoco se establezcan esquemas de responsabilidad civil que resulten desproporcionadas³⁹ y generen una estigmatización y hagan nugatorio este derecho.

2.6.- En casos particulares, como los concernientes a las opiniones sobre personajes públicos⁴⁰ o asuntos de interés general (como por ejemplo el manejo del Estado), se ha reconocido la existencia de un mayor umbral de protección del derecho a la libertad de opinión frente a los derechos al buen nombre, a la intimidad o a la honra.⁴¹

2.7.- Se trata, en segundo lugar, del derecho a la libertad de información que, en tanto derecho de doble vía, permite describir la existencia de dos posiciones jurídicas en su interior:

i) Una posición en donde *el informador* tiene derecho a comunicar un hecho o acontecimiento a un grupo determinado o indeterminado de *receptores*, derecho que a su

hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente." (Resaltado propio).

³⁹ "[E]l temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura" Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fontevecchia y D'Amico c. Argentina, sentencia de 29 de mayo de 2011.

⁴⁰ "[E]n el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios públicos, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares". Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ricardo Canese c. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004. Véase también, entre otras, la sentencia de 22 de noviembre de 2005 del caso Palamara Iribarne c. Chile del mismo Tribunal.

⁴¹ "Para los medios masivos de comunicación, la trascendencia y potencialidad de sus efectos obligan un ejercicio cuidadoso de la facultad de informar, serio, responsable y con **observancia de tres principios esenciales; de lo contrario podría incurrirse en una intromisión ilegítima de los derechos a la intimidad y al honor de quien se difunde una información o se emite una apreciación. Ellos son: a) el de relevancia pública, b) el de veracidad y c) el de imparcialidad.** Una vez superadas estas limitaciones, la restricción de cualquier derecho solo es jurídicamente aceptada cuando antecede una ponderación con otros derechos o bienes constitucionales, y ésta privilegia la información o la libertad de expresión.

(...)

Sin embargo, el principio de *relevancia pública* se refiere a la necesidad de una información que se desenvuelva en el marco del interés general del asunto a tratar. En este sentido, **dos aspectos cobran vigencia: la calidad de la persona y el contenido de la información.**" (Resaltado propio). Corte Constitucional, sentencia SU-1723/2000.

vez implica la prohibición de la censura previa, el derecho a fundar medios de comunicación,⁴² derecho a reservarse las fuentes de la información así como el derecho a acceder en igualdad de condiciones al uso del espectro electromagnético.⁴³⁻⁴⁴

ii) Otra posición jurídica en donde el *asociado-receptor* tiene derecho a recibir la información, lo que a su turno implica el derecho al pluralismo informativo⁴⁵ -lo que se opone a una excesiva concentración de medios de información en pocas manos⁴⁶-, así como el derecho a una información de calidad, esto es que sea oportuna, completa, veraz⁴⁷ e imparcial.⁴⁸

⁴² Sobre la importancia de fundar medios para una sociedad democrática la Corte Constitucional ha sostenido que *“la Carta protege también de manera preferente la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación, tradicionalmente conocida como libertad de prensa, la cual goza también de una especial protección del Estado, pues también es una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. En efecto, sólo con una prensa libre, pluralista e independiente, puede desarrollarse un debate democrático vigoroso y pueden los ciudadanos controlar los eventuales abusos de los gobernantes.”*. (Resaltado propio). Corte Constitucional, sentencia C-010/2000.

⁴³ Conforme al artículo 75 de la Constitución Política. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable (sic) e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. // Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha precisado: “Corresponde, entonces, al legislador y a la Comisión Nacional de Televisión administrar de tal manera el uso de un bien público, con calidad de escaso, que asegure verdaderamente -al Estado como a los particulares- la posibilidad de acceder a su utilización, en condiciones que garanticen los principios de competencia y pluralismo consagrados expresamente por el Constituyente.” Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1997.

⁴⁴ Este ha sido uno de los puntos abordados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General No. 34 respecto del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre este tópico a dicho el Comité que “Los Estados partes no deben imponer regímenes de licencia y derechos onerosos a los medios de la radiodifusión y la televisión, incluidas las emisoras comunitarias y comerciales. Los criterios para la aplicación de esos regímenes o el cobro de esas licencias deben ser razonables y objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios, y cumplir por todos los demás conceptos lo dispuesto en el Pacto”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 34, adoptada entre el 11 y el 29 de julio de 2011 No. CCPR/C/GC/34, p. 9.

⁴⁵ “El Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel c. Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008.

⁴⁶ “El Estado no debe ejercer un control monopolístico sobre los medios de comunicación sino que ha de promover la pluralidad de estos, por consiguiente, los Estados partes deberían adoptar medidas adecuadas, en forma compatible con el Pacto, para impedir un excesivo predominio o concentración de los medios de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado, en situaciones monopolísticas que pueden menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones.”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 34 *ibíd.*, p. 9.

⁴⁷ La veracidad corresponde, en estricto sentido, a la existencia o no de las circunstancias fácticas que constituyen la base de una información. En este sentido, está prohibido, en virtud de este deber, la difusión de informaciones que sean falsas o inexactas. Por tanto, no están cubiertas dentro de la exigencia de veracidad las opiniones. En suma, en la base de este criterio está la diferencia entre los hechos y las opiniones. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha expuesto: “La peculiar presentación de la información - mezcla de hechos y opiniones - entraña inexactitud si al público en general no le es posible distinguir entre lo realmente sucedido y las valoraciones o reacciones emocionales que los hechos acaecidos suscitan en el intérprete y comunicador de la información. **Los actos de deformar, magnificar, minimizar, descontextualizar o tergiversar un hecho pueden desembocar en la inexactitud de la información al hacer que la apariencia sea tomada**

2.8.- Como derecho de libertad, también resulta claro que el derecho a recibir información lleva implícita, en su manifestación positiva, la posibilidad de que el *asociado-receptor* escoja la fuente de su información, así como, por su manifestación negativa, que el *asociado-receptor* decida no recibir una determinada información o, con otras palabras, que existe un “*derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no se desea escuchar o ver*,”⁴⁹ todo ligado estrechamente con el derecho a la intimidad personal y familiar.

2.9.- La diferencia fundamental entre el derecho a la libertad de opinión y el de información estriba, esencialmente, en que en el primero lo que se protege es la libre emisión de juicios de valor y opiniones, mientras que en el segundo se trata (aunque no de manera exclusiva⁵⁰) de la protección a informar sobre sucesos o hechos ocurridos, o por ocurrir, en un momento determinado, es por ello que se ha dicho que éste último está sujeto a un control jurídico en tanto que quien emite la información (v.gr. el comunicador o el medio de comunicación) tiene la carga de la veracidad de lo comunicado (prohibición de falsedad) así como su imparcialidad (libre de sesgos que tergiversen el hecho), amén de ajustarse a la plenitud (ser completa) y a la oportunidad.

2.10.- En este orden de ideas, constituirá una restricción desproporcionada al derecho a la libertad de opinión que se exija, a nivel normativo o *de facto*, la demostración de la veracidad de un juicio de valor.

2.11.- Otra lectura de la estructura del derecho a la libertad de opinión, pero en plena sintonía con lo anteriormente expuesto, se encuentra en la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se ha sostenido que este derecho exhibe dos dimensiones: una de carácter individual, en la que se tutela el derecho de la persona a expresar y difundir libremente sus ideas; y otra, de dimensión

como realidad y la opinión como verdad, ocasionando con ello un daño a los derechos fundamentales de un tercero.” (Resaltado propio) Corte Constitucional, sentencia T-080 de 1993.

⁴⁸ La imparcialidad comprende el deber de considerar y ponderar las diversas posturas al momento del análisis informativo o de la emisión de opiniones. Comoquiera que la Corte Interamericana ha dejado en claro que “las opiniones no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas.” [sentencia de 20 de noviembre de 2009, caso Usón Ramírez c. Venezuela, entre otras], lo que se impone a los medios de comunicación es actuar con “equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de la información” [sentencia de 2 de mayo de 2008, caso Kimel c. Argentina]; mientras que la Corte Constitucional ha precisado que “el constituyente (...) optó por vincular la exigencia de imparcialidad de la información al derecho del público a formarse libremente una opinión, esto es, a no recibir una versión unilateral, acabada y “pre-valorada” de los hechos que le impida deliberar y tomar posición a partir de puntos de vista contrarios, expuestos objetivamente” [Corte Constitucional, sentencia T-080/1993].

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencias T-403/1992, T-530/1992, C-640/2010 y C-540/2012.

⁵⁰ En todo caso, se impone el deber a los medios de precisar en qué momento se está emitiendo una información y cuándo se trata de opiniones o análisis. “En el caso de opiniones, se exige que sean diferenciadas de los hechos” Corte Constitucional, sentencia T-263 de 2010.

social o colectiva, que supone un derecho general a acceder o a conocer las diversas ideas y pensamientos ajenos.⁵¹

2.12.- La gran virtud de esta tesis reside en destacar la libertad de opinión en un amplio radio de acción, es decir más allá del interés individual de cada persona en la sociedad.

2.13.- Por otra parte, también es necesario señalar que los derechos que se desprenden de la libertad de expresión (opinión e información) no se presentan en el ordenamiento como absolutos (sin perjuicio de su alto valor jurídico en las sociedades democráticas), por lo tanto, éste, como otros, está sujeto a la posibilidad de restricciones para su ejercicio, pues tanto el ordenamiento constitucional colombiano como el marco normativo internacional de Derechos Humanos son claros en precisar que la libertad de expresión comporta una responsabilidad social,⁵² ulterior⁵³ y especial⁵⁴, admitiendo como restricciones posibles a su ejercicio aquellas consistentes en i) el respeto a los derechos y la reputación de los demás, ii) la protección a la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública,⁵⁵ todo ello siempre y cuando se compruebe que éste tipo de limitantes se justifica de acuerdo con un criterio de proporcionalidad estricta⁵⁶ que supone verificar la idoneidad de la medida (si se protege un bien o interés jurídico válido a la luz del ordenamiento jurídico), si esta deviene en necesaria (es decir, que sea la medida menos lesiva posible para satisfacer la protección al bien jurídico tutelado) y, por último, si la misma resulta proporcional, donde se verifica si las razones jurídicas justifican imponer la satisfacción de otro derecho en perjuicio de la libertad de expresión.

2.14.- Sin embargo, la jurisprudencia sobre la materia ha prestado detenida atención al criterio de necesidad, pues se ha dicho que las medidas restrictivas sólo superarán el umbral de lo jurídicamente permitido cuando satisfagan un criterio estricto de necesidad,

⁵¹ Este planteamiento original de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecido de manera primigenia en la Opinión Consultiva de la Colegiatura Obligatoria de los Periodistas. OP-5/85 de 13 de noviembre de 1985. En cuanto a casos contenciosos, la Corte ha difundido esta tesis desde los fallos de la Última Tentación de Cristo c. Chile (5 de febrero de 2001), Ivcher Bronstein c. Perú (6 de febrero de 2001), entre otras providencias.

⁵² Conforme al artículo 20 de la Constitución Política.

⁵³ De acuerdo al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵⁴ Como lo establece el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁵ La Constitución colombiana no establece, expresamente, restricciones o límites al ejercicio de la libertad de información, sin embargo la Corte Constitucional ha reconocido como restricciones a la libertad de expresión el orden público y los derechos de los niños (Cfr. C-033/1993, C-045/96, T-235^a/02; C-019/93, T-293/94, T-479/03, T-505/00, entre otros), además, las referidas limitantes se encuentran establecida a nivel positivo en el artículo 13 de la CADH y en el 19 del PIDCP, disposiciones jurídicas vinculantes para las autoridades colombianas.

⁵⁶ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha considerado que las restricciones impuestas en el artículo 19 del Pacto “deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 34 *ibíd.*, p. 5.

entendido éste como “necesidad social imperiosa”⁵⁷ en el marco de una sociedad democrática.

2.15.- Existe, entonces, la obligación jurídica de demostrar que la medida de restricción (y no otra menos lesiva) es la única que se presenta como admisible para la protección-realización de ese fin legítimo, de lo contrario, la medida enjuiciada (cualquiera que sea su naturaleza) será desproporcionada respecto del derecho a la libertad de expresión.⁵⁸

3.- Independencia judicial.

3.1.- La independencia judicial constituye un elemento esencial en la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho. Una perspectiva convencional permite apreciar que tanto a nivel Universal como Regional se establece el deber de los Estados de establecer, y respetar, funcionarios independientes para la administración de justicia.

3.2.- Así, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal (...) o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”*; (Resaltado propio) en similar sentido el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece: *“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.”* (Resaltado propio).

⁵⁷ Conforme al criterio del Tribunal Europeo de DD.HH. sentado en el caso Handyside c. Reino Unido, donde señaló que “el adjetivo “necesario” en el sentido del artículo 10.2 no es sinónimo de “indispensable” ..., no tiene tampoco la flexibilidad de términos tales como “admisible”, “normal” ... “útil”... “razonable”... u “oportuno”. Por ello, no corresponde menos a las autoridades nacionales juzgar con carácter previo sobre la realidad de la necesidad social imperiosa que implica la noción de “necesidad” en este contexto.”. TEDH Caso Handyside c. Reino Unido. Sentencia de 7 de diciembre de 1979.

⁵⁸ Se trata, también de una posición constante y consolidada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en el Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, el Tribunal Regional precisó que “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.”. Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004.

3.3.- Mientras que la Relatoría Especial sobre independencia de los Jueces y Abogados de las Naciones Unidas ha sostenido que *“la independencia del poder judicial se ha definido como costumbre internacional y principio general del derecho reconocido por la comunidad internacional”*⁵⁹.

3.4.- En efecto, si la función de la judicatura es la de proteger o garantizar los derechos de los asociados, es claro que para el cumplimiento de este rol se requiere que no existan injerencias internas o externadas, institucionales o personales, dirigidas a perturbar esta labor y, por el contrario, que se afiance su independencia respecto de los otros poderes públicos.

3.5.- Por tanto, el estándar de independencia judicial se verifica a partir de diversos aspectos relacionadas con: i) el proceso de selección o nombramiento de los jueces, ii) las garantías de independencia del Juez durante el ejercicio del cargo y iii) el régimen sancionatorio y la eventual posibilidad de la separación del cargo.

3.6.- Así, en el Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló la especial protección que demandan los funcionarios judiciales habida cuenta de la garantía de la independencia judicial que se desdobra en una faceta institucional como personal comprendiendo, cada una de ellas, adscripciones de deberes específicos para el Estado:

“Ahora bien, los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”⁶⁰. **El Tribunal ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces**⁶¹. **Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio**

⁵⁹ Naciones Unidas. Informe de la Relatoría sobre independencia de los jueces y abogados. A/69/294. Distribución general: 11 de agosto de 2014, p. 16.

⁶⁰ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171, y *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 145.

⁶¹ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 73, y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 55.

de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación⁶². Adicionalmente, el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática⁶³.⁶⁴ (Resaltado propio).

3.7.- Asimismo, cabe tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se ha señalado como pautas para determinar la independencia judicial situaciones como “la forma de designación de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si el cuerpo presenta una apariencia de independencia”⁶⁵, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado tales elementos en conjunción, según los casos que ha conocido, con el elemento de la seguridad personal de los funcionarios judiciales como parte integrante de la independencia judicial, tal como se apreció arriba.

3.8.- Ahora bien, en lo que es de interés, debe verificarse que uno de los derechos que rodea la independencia judicial es el derecho que tienen los funcionarios judiciales a la libertad de opinión y expresión⁶⁶. Al respecto se deben decir dos cosas: i) se predica su goce para los funcionarios judiciales en tanto que se trata de un derecho humano, universal que no resulta renunciable o suprimido en razón a la calidad o posición que se

⁶² Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, supra nota 61, párr. 55.

⁶³ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, supra nota 60, párr. 171.

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Esta tesis ha sido reiterada por la Corte en el caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, sentencia de 1° de julio de 2011.

⁶⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Campbell and Fell vs United Kingdom*. Sentencia de 28 de junio de 1984. Párr. 78. En texto en inglés es del siguiente tenor: 78. In determining whether a body can be considered to be “independent” - notably of the executive and of the parties to the case (see, inter alia, the *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 24, para. 55) -, the Court has had regard to the manner of appointment of its members and the duration of their term of office (ibid., pp. 24-25, para. 57), the existence of guarantees against outside pressures (see the *Piersack* judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, p. 13, para. 27) and the question whether the body presents an appearance of independence (see the *Delcourt* judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, p. 17, para. 31).” Así mismo véase *Case of Langborger Vs. Sweden*. Sentencia de 22 de junio de 1989, Párr. 32.

⁶⁶ En este sentido se pronuncia la Relatoría sobre independencia de los jueces y abogados de las Naciones Unidas:

“80. **Sobre todo, la independencia del poder judicial se debería garantizar legalmente al más alto nivel, en la medida de lo posible en la Constitución. Otras garantías institucionales que es necesario establecer para asegurar la independencia del poder judicial son las siguientes:** a) procedimientos transparentes de selección y nombramiento de los jueces y magistrados, incluidos criterios claros y objetivos basados en la competencia, la integridad y el mérito; b) el principio del juez natural o legítimo, que prohíbe los tribunales ex-post facto y limita el uso de tribunales especiales y tribunales militares; c) un presupuesto suficiente para el poder judicial, que debe prever recursos suficientes para que el sistema de justicia pueda desempeñar sus funciones debidamente; **d) libertad de asociación y de expresión de los jueces y magistrados, en particular que permita su participación en los debates relativos a sus funciones y su situación, así como a cuestiones jurídicas; (...)**” (Resaltado propio). Naciones Unidas. Relatoría sobre independencia de los jueces y abogados. A/69/294. Distribución general: 11 de agosto de 2014, p. 17.

ocupa y ii) como no se trata de derechos absolutos, es claro que encuentran limitaciones, siendo estas las estrictamente necesarias en el marco de una sociedad democrática. De allí se sigue, entonces, que serán contrarias a las normas de derecho humanos el que se pretendan establecer restricciones desproporcionadas a tal derecho, pues el simple hecho de la posición o rol que se ocupa no constituye razón suficiente para tal cosa. Sobre este punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

“172. La CIDH considera en consecuencia, que **los jueces, fiscales, defensores y defensoras públicos en tanto que funcionarios públicos gozan de un amplio derecho a la libertad de expresión el cual además es necesario para explicar, por ejemplo a la sociedad, algunos aspectos de interés y relevancia nacional. Sin embargo, este derecho encuentra restricciones especiales** que están relacionadas con las garantías que deben ofrecer para los casos que encuentran a su cargo.”⁶⁷ (Resaltado propio).

3.9.- Al respecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 40/32 de 29 de noviembre de 1985) acogió los Principios Básicos relativos a la independencia judicial –adoptados en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente –, estableciéndose en el principio 8º lo siguiente:

“8. En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, **los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión**, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura.”⁶⁸ (Resaltado propio).

3.10.- Dicho lo anterior, no se tiene duda que las libertades de opinión y expresión en el caso de los funcionarios judiciales no deben suponer una vulneración o violación del derecho que tiene la sociedad en su conjunto y las partes, en particular, a la imparcialidad a la hora adoptar decisiones dentro de un caso. Es por esta razón que los ordenamientos jurídicos internos han establecido todo un conjunto de normas dirigidas a evitar tal

⁶⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas. Washington, 2013, p. 75. Documento disponible en el siguiente enlace web: <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf> [Consultado el 20 de abril de 2015]

⁶⁸ Del mismo modo los Principios de Bangalore sobre conducta judicial (2002) reconocen en el principio 4.6 el derecho a la libertad de expresión de los jueces, en los siguientes términos: “4.6 Un juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión y de creencias, derecho de asociación y de reunión pero, cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportará siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura.”

situación (preventivo) y, una vez configurado, remediar la situación por vía de la figura de los impedimentos (que lleva a que el (o la) Juez(a) se separe del conocimiento del asunto estudiado). Lo anterior sin perjuicio de los regímenes sancionatorios que también se puedan establecer.

3.11.- En este punto, es claro que las anteriores disposiciones normativas deben ser construidas e interpretadas de modo tal que se trate de supuestos claros y precisos donde se vea comprometida la imparcialidad o independencia del Juez, pues lecturas ambiguas o excesivamente amplias pueden ser consideradas – estas sí – como injerencias indebidas en el normal desenvolvimiento de la administración de Justicia.

3.12.- Igualmente, es preciso, como se dejó sentado arriba, tener bien claro que en ejercicio de su libertad de expresión el (o la) Juez(a) es sujeto activo de dos derechos: *el de opinión*, donde emite un juicio de valor o toma posición sobre algún asunto mientras que, por otro lado, se encuentra el *derecho de información* que consiste en comunicar un hecho o acontecimiento pasado, presente futuro. En este último caso, es claro que lo dicho por el Juez está sujeto a un criterio de veracidad e imparcialidad (información no sesgada).

3.13.- Recapitulando este punto debe decirse que si bien el régimen de impedimentos constituye una aplicación estricta y limitativa de derecho, no puede perderse de vista que estas reglas deben comprenderse en el contexto de la totalidad del ordenamiento jurídico, lo que le da la dinámica necesaria a la regla para percibir su contenido real. Por tanto, cualquier problema referente a la legalidad estricta debe ser analizada frente a los principios básicos que informan y dotan de sentido la totalidad del ordenamiento jurídico. La interpretación de la Ley no puede hacerse fuera de tales aspectos. Sobre la interpretación del derecho en clave de principios la Sala de Subsección C de la Sección Tercera recientemente se refirió así:

“4.1.3.- Se trata, entonces, de una especificidad que se impone a la interpretación constitucional, comoquiera que, además de las reglas jurídicas (entendidos como enunciados que consagran un supuestos de hecho y una sanción jurídica específica, que opera bajo la lógica de un “todo o nada”), se encuentran los principios jurídicos⁶⁹, los cuales, participan de la categoría de normas jurídicas,

⁶⁹ Dworkin entiende al principio como un “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad”. Pág. 72. La diferencia, para dicho autor entre los principios y las normas jurídicas se centra en el hecho de que estas últimas “son aplicables a la manera de disyuntivas”, esto es, su observancia depende únicamente de si se ha presentado el estado de cosas señalado en la regla, de manera que “la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.”; mientras que en el caso de los principios la cuestión es tal que “los funcionarios deben tenerlo

pero, a diferencia de las reglas, tienen un peso o importancia mayor en el ordenamiento jurídico o, visto desde otra perspectiva, se le considera como mandato de optimización, que implica que lo prescrito en ellos debe ser observado en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles⁷⁰.

4.1.4.- En todo caso, se trata de un cierto tipo de normas que no llevan aparejada dentro de su estructura normativa un claro supuesto de hecho, así como tampoco la indicación de una consecuencia jurídica precisa, por lo tanto, se trata de normas jurídicas con un espectro de aplicación fáctico y jurídico ciertamente más amplio que las reglas, siendo esto una cuestión de grado.

4.1.5.- Bien sea entendido como norma de mayor peso o importancia o como un mandato de optimización, es claro que el rol que desempeña un principio consiste en servir de criterio de interpretación adecuada de las reglas que lo desarrollan⁷¹, lo que implica que el Juez debe tomar partido, en el ejercicio interpretativo, por la norma jurídica⁷² que en la mayor medida desarrolle el principio que le sirve de base y, en dado caso, imponer su prescripción sobre las demás, de manera que se deba atender de manera preferente al mandato de acción u omisión que se derive del principio frente a la regla; de esta manera se garantiza la vigencia del principio a través del resto de las normas producidas en el sistema jurídico.

4.1.6.- Fruto de esta consideración es que se impone, también, considerar la existencia de un mecanismo propio y particular para la aplicación de los principios, pues, contrario a lo que ocurre en el marco de las reglas jurídicas, que tienen aplicación por vía de un razonamiento de subsunción –que es el

en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, Ariel. 1984. Págs. 72, 75, 77.

⁷⁰ “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan.”. ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona, Gedisa. 2º edición, 2004. Pág. 162.

⁷¹ Guastini señala el rol de los principios en este tipo de interpretación: “Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal –la más cierta y previsible- y propiciando una interpretación adecuada.”. GUASTINI, Riccardo. Principios de derecho y discrecionalidad judicial. En: Revista Jueces para la Democracia. Información y debate. No. 34. Marzo, 1999. Págs. 38-46, especialmente 44. Sobre esto es importante resaltar que la denominada interpretación adecuada hace referencia a la adecuación de un significado de una disposición conforme a los postulados bien de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta la Constitución como los principios generales del derecho. Para esto véase: GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. Págs. 47-48.

⁷² Naturalmente este criterio lleva implícita la distinción entre disposición y norma jurídica, para decir que la primera hace referencia al enunciado consagrado positivamente mientras que la segunda alude a las múltiples lecturas que de ésta pueden hacer los operadores jurídicos en ejercicio de la labor interpretativa.

encuadramiento de unos hechos en el marco de unos precisos enunciados jurídicos definidos por vía lógico deductiva-, se encuentra que allí tiene operancia un razonamiento jurídico de ponderación, esto es, de la aplicación de este tipo de normas jurídicas en la mayor medida en que las circunstancias fácticas y jurídicas lo permitan, específicamente, cuando se trata de situaciones en las cuales el operador se enfrenta a una colisión entre diferentes principios que, *prima facie*, estarían llamadas a gobernar la solución de un determinado caso.⁷³

4.- La causal de impedimento objeto de estudio.

4.1.- Dicho lo anterior se observa que las causales de recusación son las establecidas en los numerales 1º y 12º del artículo 141 del Código General del Proceso, esto es “tener el juez (...) interés directo o indirecto en el proceso” y “Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso”.

4.2.- La primera de las causales invocadas, esto es, referida al interés directo o indirecto en el proceso no cuenta con mayor sustento probatorio, tal como lo sostiene el proyecto de auto objeto de discusión. En este sentido, no tiene relevancia discurrir sobre ella.

4.3.- Por el contrario, respecto de la segunda causal es importante hacer algunas anotaciones de armonía con lo arriba expuesto, pues la lectura de las causales de impedimento y recusación deben obedecer a criterios restrictivos y dirigidos – teleológicamente – a la protección efectiva de la imparcialidad de los jueces. Por tanto – y como ya se dijo – deben evitarse lecturas dirigidas a deformar la esencial de tales causales, lo que afectaría profundamente la independencia de la judicatura.

4.4.- Así, se tiene que cuanto la causal (12º) hace referencia a dar consejo o concepto, lo que debe entenderse allí es que el Juez emite un juicio de valor en virtud del cual califica, toma posición o reflexiona de fondo sobre la cuestión que es objeto de su conocimiento en calidad de Juez. Es decir, tal causal no se encuentra satisfecha con meras apreciaciones genéricas que no guardan relación directa con el proceso o tampoco se configura cuando lo que hace el Juez es *emitir no un concepto u opinión sino se limita a informar, esto es, a comunicar el estado de cosas pasado, presente y futuro del proceso*. Así, a título de ejemplo, que el Juez se dirija a la opinión pública para informar que un asunto va a ser considerado por la Sala de decisión de la Corporación, mencionar qué fue

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 20 de abril de 2015, exp. 50219.

lo que se discutió al interior de una Sala o asuntos similares no puede ser leídos – de ninguna manera – como la emisión de conceptos o consejos.

4.5.- Y esto es así, se reitera, dado que la simple emisión de comunicaciones no tiene ninguna virtud ni potencialidad de trastocar la imparcialidad del Juez a la hora de decidir un asunto; menos aún en aquellos asuntos donde el litigio reporta un interés para la comunidad nacional, dada su importancia jurídica o repercusión social, política, económica, etc.

4.6.- Leída en clave de convencionalidad la causal 12º del artículo 141 del Código General del Proceso, se encuentra que ésta sólo está llamada a prosperar en aquellos escenarios donde se demuestre que la libertad de expresión del Juez compromete (o afecta) seriamente otros derechos igualmente importantes como, puede ser, el acceso que tiene toda persona a la administración de Justicia. Pues, como lo tiene bien entendida la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la libertad de expresión sólo puede ser restringida en aquellos casos donde se demuestre una necesidad imperiosa en el marco de una sociedad democrática. Siendo esto así corresponde al Juez que dirime el planteamiento de recusación no solo detenerse en auscultar si existió un *consejo* o *concepto* (que no simple información) sino que le es exigible – para configurar la causal – una carga argumentativa conforme a la cual se acredite la violación o afectación de la imparcialidad del Juez.

4.7.- Por tanto, de ninguna manera puede ser objeto de *presunción* la afectación a la imparcialidad debiendo – vale reiterarlo – valorarse qué fue lo que conceptuó u opinó el Juez y cómo ello repercute en el proceso judicial.

5.- Análisis del caso en concreto.

5.1.- Bajo las anteriores premisas teóricas debe verificarse el material probatorio que sustenta el alegato de recusación formulado por la parte demandada.

5.2.- Revisado el asunto se encuentra que el único elemento de prueba aportado consiste en el audio de la sección “*Qué se está preguntando María Isabel?*” del viernes 11 de julio de 2014 en la emisora W Radio Colombia. En líneas generales lo que allí dice la periodista María Isabel Rueda es que sostuvo comunicación con el Consejero Dr. Yepes

Barreiro quien le informó que inicialmente su ponencia iba en un sentido y luego de analizar un documento suministrado por la Consejera Dra. Lucy Jeannette Bermúdez decidió cambiar el sentido de su ponencia.

5.3.- Como se puede observar, el audio mencionado no hace más que poner de presente que el Consejero recusado se limitó a emitir una información sobre el estado actual del proceso judicial que es de su conocimiento, puntualmente que sustituyó una ponencia por otra en sentido contrario.

5.4.- Sin embargo, una cuestión que no fue puesta de presente en el proyecto de auto ni tampoco lo menciona la parte demandada es que la información sobre el supuesto cambio de ponencia ya era conocida a nivel nacional dado que fue difundida por medios de comunicación desde el 8 de julio de 2014, inclusive.

5.5.- Así, la Revista Semana, con el título “La ‘jugada política’ en la demanda contra el Procurador” – de 8 de julio de 2014 – señala:

“En los últimos días ha corrido el rumor de que el Consejo de Estado declararía nula la reelección del procurador Alejandro Ordóñez por vicios de forma. El magistrado ponente es Alberto Yepes Barreiro, quien presentó inicialmente un proyecto salvando la elección del jefe del Ministerio Público. Sin embargo, no logró los votos suficientes, por lo cual cambió el sentido de su ponencia, es decir, ahora con la tesis de que sí se produjo una irregularidad en su elección. Hace dos semanas dos magistrados de la Sección Quinta y dos conjuces encargados de discutir la ponencia no lograron consenso y se produjo un empate en la votación. Este martes, el magistrado Marco Antonio Velilla, reconocido por su cercanía al procurador, solicitó de manera sorpresiva que el caso fuera llevado a Sala Plena por considerarlo de suma importancia jurídica. Funcionarios del tribunal aseguran que esta es una verdadera ‘jugada’ política de Velilla, porque sabe que al llevar el proceso a esa instancia la permanencia del procurador estaría asegurada.”⁷⁴ (Resaltado propio).

5.6.- El periódico ‘El Colombiano’ el 10 de julio de 2014 con el título “Ordoñez en la cuerda floja por dudas constitucionales” [Firmada por el periodista Sergio A Naranjo] menciona información similar a la anterior y, además, cita una declaración del apoderado de quien obra como demandado en este proceso. Señala la nota lo siguiente:

⁷⁴ Revista Semana. Versión Digital. Nota “La ‘jugada’ política en la demanda contra el Procurador. Con fecha del ocho (8) de julio de 2014. Información obtenida en el siguiente enlace web: <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-jugada-politica-en-la-demanda-contra-el-procurador/394915-3> [Consultado el 20 de abril de 2015]

“Para el próximo lunes en la tarde fue fijada la sesión de la Sección Quinta del Consejo de Estado en la que se debatirá la continuidad de *Alejandro Ordóñez* como procurador general de la Nación.

Se trata del fin de un proceso que ha tenido varias aristas y que, de fondo, decidirá si el jefe del Ministerio Público podría optar por otro periodo.

En principio se había indicado que ayer en la tarde o máximo hoy en la noche se tendría una decisión al respecto. Sin embargo, según información de la Agencia de Noticias Colprensa, se aplazó para el lunes 14 de julio a petición de los conjuces *Ricardo Hoyos* y *Jaime Córdoba Triviño*.

El lunes pasado, los magistrados de la Sección Quinta del Consejo de Estado, *Alberto Yepes*, *Susana Buitrago* y *Lucy Jeanette Bermúdez*, y los conjuces Triviño y Hoyos iniciaron el estudio de la ponencia radicada por Yepes que cierra la discusión que desde tiempos del exprocurador *Edgardo Maya Villazón*, había sobre la reelección de este cargo a diferencia del contralor, que no puede optar por otro periodo.

Según el texto de Yepes, "que la norma no impida expresamente la reelección, no da a entender que la permite".

Para uno de los demandantes, el abogado *Carlos Mario Isaza*, el Senado no podía reelegir al actual jefe del Ministerio Público porque "no les está permitido hacer lo que no está prohibido".

Por su parte, el abogado *Miguel González*, quien defiende los intereses del procurador Ordóñez, indicó a Colprensa que en el proceso ya se había presentado una ponencia distinta a la que se conoció este jueves y que iba en el sentido de sacar a Ordóñez del cargo.

"Entiendo que ese punto en la anterior ponencia no se trataba, el punto de la reelección. Eso estaba planteado en la demanda, pero en la ponencia anterior se refería a otra cosa, al parentesco de magistrados de la Corte Suprema con funcionarios que trabajaban en la Procuraduría o la existencia de magistrados que votaron y tenían familiares en la Procuraduría", señaló.

Ahora, en cuanto a la posición que se dio a conocer en la ponencia, el abogado González, aseguró que "siempre las nulidades y las inhabilidades tienen que ser taxativas en la Ley. Tiene que decir la Ley que está prohibido y es por una cosa fundamental: todo el mundo tiene derecho a elegir y ser elegido. La excepción tiene que estar contenida en la ley", señaló.

(...)"⁷⁵ (Resaltado propio).

5.7.- El diario 'El País' de Cali el 10 de julio de 2014 con el título "Defensa del Procurador dice que Magistrado cambió la ponencia para anular su reelección" reitera la información mencionada en la anterior nota, así:

"El abogado Miguel González, quien defiende los intereses del procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez, aseguró que en el proceso que se adelanta en el Consejo de Estado en contra de la reelección de su cliente, ya se había presentado una ponencia distinta a la que se conoció este jueves y que va en el sentido de sacar a Ordóñez del cargo.

Según señaló González a Colprensa, la anterior ponencia no tocaba el argumento que presenta el nuevo documento, en el sentido de que si bien la Ley no prohíbe la reelección, tampoco la permite.

"Entiendo que ese punto en la anterior ponencia no se trataba, el punto de la reelección. Eso estaba planteado en la demanda pero en la ponencia anterior se refería a otra cosa, al parentesco de magistrados de la Corte Suprema con funcionarios que trabajaban en la Procuraduría o la existencia de magistrados que votaron y tenían familiares en la Procuraduría", señaló.

No obstante, el abogado dijo no conocer en qué sentido iba esa ponencia pero sí reiteró que la información que él tiene es que "había una ponencia que se cambió ahora".

Además, González cuestionó la filtración de la ponencia del magistrado Yepes al señalar que en el Consejo de Estado "ha sido imposible establecer mecanismos que lo impidan".

El abogado del Procurador desestimó el argumento del demandante Carlos Mario Isaza, que apunta a que la reelección no está permitida ni autorizada y que los servidores públicos no pueden hacer lo que no está prohibido.

"Siempre las nulidades y las inhabilidades tienen que ser taxativas en la Ley. Tiene que decir la Ley que está prohibido y es por una cosa fundamental: todo el mundo tiene derecho a elegir y ser elegido. La excepción tiene que estar contenida en la ley", señaló.

En ese sentido, el abogado González expresó que de aprobarse ese argumento, se le estaría vulnerando a Ordóñez Maldonado, su derecho a elegir y ser elegido."⁷⁶

5.8.- El diario "El Espectador" el 10 de julio de 2014 a las 11.15 PM con el título "Procurador Ordóñez, ¿con las horas contadas?" señala la siguiente información:

"Quien es considerado como uno de los todopoderosos del Estado estaría a escasas 72 horas de quedarse sin puesto. **En una ponencia de 51 páginas conocida por El Espectador, el magistrado del Consejo de Estado Alberto Yepes concluyó que la reelección del procurador Alejandro Ordóñez debe anularse, porque la Constitución no le permite al Congreso reelegir al jefe del Ministerio Público. Además, sostuvo que hay un peligro en la concentración del poder y que por eso, para garantizar un sistema de pesos**

⁷⁵ Diario El Colombiano. Versión Digital. Nota "Ordoñez en la cuerda floja por dudas constitucionales" firmada por Sergio A. Naranjo. Fecha 10 de julio de 2014. Información obtenida en el siguiente enlace web: http://www.elcolombiano.com/ordonez_en_la_cuerda_floja_por_dudas_constitucionales-GGEC_302004 [Consultado el 20 de abril de 2015]

⁷⁶ Diario El País. Versión Digital. Nota "Defensa del Procurador dice que Magistrado cambió la ponencia para anular su reelección". Fecha 10 de julio de 2014. Información obtenida en el siguiente enlace web: <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/defensa-procurador-dice-magistrado-cambio-ponencia-para-anular-su-reeleccion> [Consultado el 20 de abril de 2015]

y contrapesos, la Carta Política solo autorizó un período de cuatro años para el procurador. Este lunes, el alto tribunal pondrá punto final a este debate.

El país vino a conocer la noticia luego de que el diario El Tiempo la revelara en su edición de este jueves. Sin embargo, El Espectador conoció todos los pormenores de las distintas discusiones que han venido dándose en el Consejo de Estado respecto de este candente debate. Por ejemplo, a finales de abril pasado el mismo magistrado Yepes presentó una ponencia en sentido contrario, es decir, avalando la posibilidad de que Ordóñez siguiera en el cargo. En la reunión en la que se discutió esta ponencia participaron, además de Yepes, las magistradas Susana Buitrago y Lucy Jeannette Bermúdez. Buitrago respaldó a Yepes, pero Bermúdez puso el grito en el cielo.

Esta magistrada de la Sección Quinta señaló con vehemencia que la reelección de Ordóñez estaba plagada de vicios, que el Congreso se extralimitó en sus funciones, que la Corte Suprema no podía ternarlo y que esta reelección terminaba por darle un golpe tremendo al diseño institucional de la democracia colombiana, pues privilegia la concentración de poder del procurador, un hombre que —como le dijo una fuente a este diario— “con su firma en cualquier tarde de verano puede decretar la muerte política de cualquier funcionario del Estado, con excepción del presidente”.

La discusión quedó en tablas en ese momento porque se necesitaban como mínimo tres votos para aprobar la primera ponencia de Yepes. Como no se logró y todavía el Consejo de Estado no ha llenado las dos vacantes que quedan en la Sección Quinta, se convocó a los conjuces Ricardo Hoyos y Jaime Córdoba Triviño. El primero, como el hoy procurador, es exconsejero de Estado y, de hecho, su período coincidió con el de Ordóñez. Aunque su voto es una incógnita, se sabe que es de corte liberal, aunque moderado. Lo mismo ocurre con el exmagistrado de la Corte Constitucional Jaime Córdoba Triviño. Sus posturas ideológicas están en la orilla opuesta a las de Ordóñez, pero en todo caso lo que se apresta a resolver nada tiene que ver con la visión conservadora del jefe del Ministerio Público, sino con la estructura misma del Estado y los graves desequilibrios de su reelección.

En vista de que se conformó una nueva sala con los conjuces Hoyos y Córdoba, el magistrado Alberto Yepes volvió a estudiar su primera ponencia y le dio un giro de 180 grados. El pasado 14 de julio les entregó a sus cuatro colegas un proyecto de fallo que desde la página 1 hasta la 51 está repleto de argumentos y consideraciones por las cuales el jefe del Ministerio Público debe salir inmediatamente de su cargo. De aceptarse su ponencia, cualquier ventana a una posterior reelección en ese cargo quedaría cerrada. Hoy el único voto que se da por fijo en favor de Ordóñez es el de la magistrada Buitrago. Yepes y Bermúdez están alineados en la tesis de que el procurador tiene los días contados. ¿Cómo votarán los liberales Hoyos y Córdoba?

(...)”⁷⁷ (Resaltado propio).

⁷⁷ Diario ‘El Espectador’. Versión Digital. Nota “Procurador Ordóñez, ¿con las horas contadas?. Fecha 10 de julio de 2014. Hora: 11.15 PM. Información obtenida en el siguiente enlace web:

5.9.- Finalmente la Revista Semana el 10 de julio de 2014 tituló “Así sería la votación en el caso Ordóñez” donde se lee:

“La salida del Alejandro Ordóñez está prácticamente cocinada. Este jueves se conoció la ponencia que podría sacarlo del Ministerio Público, pero también se han evidenciado movidas políticas dentro del Consejo de Estado que buscarían darle oxígeno. La ponencia del magistrado Alberto Yepes califica como inaceptable el error del Senado al reelegir al procurador pese a que en la Constitución no existe una norma expresa que lo permita.

El próximo lunes 14 los magistrados de la Sección Quinta se reunirán para analizar la ponencia. El tema está tan encendido, que las reuniones en los despachos de los magistrados se han triplicado en las últimas horas. Más aún después de que uno de ellos, Marco Antonio Velilla, radicó formalmente una solicitud para llevar el caso a Sala Plena -donde Ordóñez tiene mayores posibilidades de quedarse-.

Esta solicitud será discutida este lunes por los integrantes de la sección quinta (tres magistrados y dos conjuces), quienes decidirán llevar o no el caso a plenaria. Si deciden hacerlo, irían en contravía del propio Consejo de Estado, que el pasado 29 de abril negó por unanimidad que el caso fuese estudiado por todos los integrantes del alto tribunal.

De todas maneras, y si el caso queda en la Sección Quinta, la votación en contra de Ordóñez está prácticamente definida. Semana.com conoció que, a menos de que suceda algo extraordinario que impida la votación, los magistrados Alberto Yepes Barreiro (ponente), Lucy Jeannette Bermúdez, Susana Buitrago y los conjuces Ricardo Muñoz y Jaime Córdoba Triviño estarían de acuerdo con la ponencia que solicita declarar nula la elección del procurador.

Los argumentos de estos cuatro votos serían el vacío jurídico en la Constitución, que no prevé la reelección de jefes de organismos de control, como sí lo hace para el presidente de la República, lo que ocasiona una clara omisión a la Carta Magna. Otro de los argumentos es que en el momento de la votación en el Senado no había terna, pues la magistrada María Mercedes López había renunciado horas antes de la elección.

La única magistrada que apoyaría la reelección de Ordóñez sería Susana Buitrago, conocida por ser cercana al procurador. Para ella, dicen fuentes de ese tribunal, no existen motivos válidos para declarar nula la elección al considerar que la ausencia de la norma no puede tumbar un acto de posesión.

El tema es de vital trascendencia y el país entero, luego de las elecciones y del Mundial de fútbol, ahora fija su atención en este caso. Uno de los demandantes

de la reelección de Ordóñez ha dicho que el Consejo de Estado, al declarar nula esa elección, le haría mucho bien al estado de derecho. Amanecerá y veremos.”⁷⁸

5.10.- Siendo esto así, se impone lo siguiente: **i)** ya existía una información pública desde el 10 de julio de 2014 en el sentido que el ponente Yepes Barreiro había cambiado el sentido de su ponencia y **ii)** lo que hizo el Consejero Yepes Barreiro sólo fue corroborar o reafirmar esta información previamente existente, esto es, no comunicó algo nuevo, desconocido o ignorado por las partes del proceso judicial o, inclusive, la sociedad en general. De hecho el abogado de la parte demandada dio declaraciones a los medios de comunicación el 10 de julio de 2014 sobre este cambio de ponencia.

6.- Conclusión.

6.1.- La revisión de los elementos jurídicos y fácticos permite llegar a las siguientes conclusiones.

6.2.- Conforme al ordenamiento jurídico convencional en materia de Derechos Humanos, se advierte el deber de los Estados de instituir y garantizar la independencia del poder judicial. Dicha garantía es esencial para el funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho en tanto que el poder judicial cumple la función de reconocimiento, defensa y garantía de los derechos de las personas.

6.3.- Entre otros, uno de los elementos constitutivos de la independencia judicial es el reconocimiento de la libertad de expresión de los jueces y funcionarios judiciales, en general. Este derecho humano fundamental es universal e irrenunciable sea cual sea la calidad y/o función de cada persona. Sin embargo, en el caso de los funcionarios judiciales se reafirma el deber que tienen de no comprometer la imparcialidad respecto de los asuntos que son de su conocimiento.

6.4.- Así, para instrumentalizar el ejercicio de este derecho debe reconocerse que las limitaciones a la libertad de expresión de los jueces (que comprende la libertad de opinión y de comunicación) encuentra como barrera infranqueable el criterio de necesidad imperiosa en el marco de una sociedad democrática. En este sentido, se considera que

⁷⁸ Revista Semana. Versión Digital. Nota: “Así sería la votación en el caso Ordóñez”. Fecha 10 de julio de 2014. Información obtenida en el siguiente enlace web: <http://www.semana.com/nacion/articulo/asi-seria-la-votacion-sobre-el-caso-de-ordonez/395135-3> [Consultado el 20 de abril de 2015]

las normas sobre impedimentos, recusaciones o de sanciones disciplinarias deben ser leídas en clave de convencionalidad y, por lo tanto, comprendidas de manera restrictiva, por cuanto de por medio se encuentra la independencia judicial, como pilar esencial del Estado de Derecho.

6.5.- Vale reiterar, acá, el criterio convencional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“174. Consecuentemente, el análisis para la determinación de cuándo las expresiones de un operador de justicia no se encuentran protegidas por la libertad de expresión, requiere verificar de manera cuidadosa el cumplimiento del principio de reserva de ley, que la limitación esté orientada a objetivos imperiosos autorizados por la Convención y que la limitación sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan, idónea para lograr el objetivo que pretende lograr y estrictamente proporcional a la finalidad perseguida.

175. La Comisión considera que algunas causales disciplinarias que existen en la región que establecen en términos amplios “atentar contra la dignidad del cargo”, la prohibición “de intervención pública” de las y los operadores de justicia “o la realización de actos de carácter público” que atenten contra “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” son causales que por su ambigüedad permitan un alto grado de discrecionalidad y, al no cumplir el principio de legalidad estricta, sean utilizadas para sancionar indebidamente la libre expresión de las y los operadores de justicia.”⁷⁹

6.6.- Conforme a lo anterior, se precisa que la causal de impedimento establecida en el numeral 12º del artículo 141 del Código General del Proceso alude a que el Juez haya dado, fuera de la actuación judicial, *consejo o concepto*. Así, se considera que los términos referidos hacen mención a la opinión del Juez o, lo que es lo mismo, la emisión de juicios de valor o toma de posición sobre determinado asunto judicial que se encuentra bajo su conocimiento. Por oposición, no se enmarca dentro de esta causal las simples comunicaciones o expresiones donde simplemente se refleja un estado de cosas pasado, presente y futuro, pues allí no hay juicio de valor alguno.

^{79 79} Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas. Washington, 2013, p. 76. Documento disponible en el siguiente enlace web: <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf> [Consultado el 20 de abril de 2015]

6.7.- Finalmente, la revisión de los pormenores probatorios del caso en concreto dejan ver que el Magistrado Dr. Yepes Barreiro se limitó a comunicar una situación (*el cambio de sentido de la ponencia*) que ya era de público conocimiento desde el 8 de julio de 2014, inclusive. Tal era el conocimiento previo de ello que el apoderado de la parte demandada dio declaraciones a medios de comunicación sobre tal circunstancia.

6.8.- Corolario de lo expuesto el Magistrado Dr Yepes Barreiro confirmó o reiteró una comunicación sobre algo ya conocido con antelación. No opinó ni emitió juicio de valor sobre el caso, es decir, el términos de la causal 12º del artículo 141 del CGP no conceptuó ni aconsejó sobre el caso puesto a su consideración. Por tanto, no cuenta con base jurídica el plateo de recusación formulado por el apoderado de la parte demandada.

En este sentido dejo expuesta mi aclaración de voto,

Fecha ut supra,

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – CONSEJERA CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

De manera respetuosa me aparto de la decisión mayoritaria de la sala, mediante la cual se negó la recusación formulada contra el consejero Alberto Yepes Barreiro en el proceso de la referencia.

El recusante alega que el Dr. Alberto Yepes Barreiro incurrió en las causales previstas en los artículos 1º y 12º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, que establecen:

“1. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil interés directo o indirecto en el proceso.” y

“12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo”.

Funda la solicitud de recusación en los siguientes hechos:

1. La revelación que realizó la periodista María Isabel Rueda el 11 de julio de 2014 en la sección “¿Que se estará preguntando María Isabel?, parte II, sobre la ponencia (acumulando tres demandas de nulidad) elaborada por el recusado y llevada a sala el 21 de mayo la cual no alcanzó la mayoría, y sorpresivamente el/los medios informaron sobre la existencia de una segunda ponencia de autoría igualmente del recusado en la que accedía a la pretensión de nulidad de la reelección del Procurador General de la Nación proceso que se surte en su despacho y cuya ponencia fue repartida a los Magistrados de sala y conjuces.
2. Que el Dr. Yepes convocó a sala para el día viernes 11 de julio con reanudación el día 14 para estudiar el segundo proyecto de fallo sin que se hubiera sometido el primer proyecto a votación por los conjuces.
3. Que distintos medios dieron la noticia sobre el cambio de postura del ponente en relación con el proyecto inicial, pero que fue en el programa citado “Que se estará preguntando María Isabel”, en el que quedó evidenciado porque la periodista reveló la fuente, que precisamente fue el Magistrado Alberto Yepes quien explicó su cambio de postura.

Señala el recusante que la actuación del Magistrado es contraria a los artículos 33 y 36 del reglamento del Consejo de Estado, configurándose también una transgresión al deber de reserva que impone el artículo 42.9 del CGP., porque no es posible que se cambie una ponencia hasta tanto la otra haya sido votada. Considera grave que el ponente en el transcurso de un mes haya presentado a los integrantes de la sala dos ponencias absolutamente contrarias, basado en que la Dra. Lucy Jeannette Bermúdez, integrante de su sala le entregó una ponencia de cien hojas, que no se había discutido pero que en su decir lo convenció. La Sala encuentra relevante que la causal prevista por el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y la prohibición de que trata el artículo 154 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de “proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración de justicia que lleguen a su conocimiento con ocasión del servicio” buscan realizar la correcta administración de justicia y que dicha comunidad de fines no autoriza a fijar un sentido amplio a las expresiones concepto y consejo previstas en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. Comparto esta afirmación, pero considero que tampoco se puede fijar un sentido restringido como se pretende en esta providencia para negar la recusación.

Como se señala en el auto, “...la imparcialidad se afecta cuando quiera que el funcionario judicial se adelanta en el juicio con una posición tan definida que impide que obre en él la fuerza

persuasiva de la controversia...”; y en el caso en Litis, el Consejero recusado se adelantó en el juicio, al comunicarle a la periodista cuál era su posición en el asunto a definir y su versión fue dada a conocer en un medio de comunicación a nivel nacional; emitió un concepto, hizo referencia al sentido de la decisión, a la ponencia suya que permitía la reelección y a la posición de las Consejeras Susana Buitrago y Lucy Jeannette Bermúdez con quienes compartía Sala; no fue una simple “...*noticia o informe sobre asuntos de la administración.*”, de los que trata el numeral 4 del artículo 154 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, disposición a la que se acude en la providencia.

Comparto que no se puede considerar, que toda información emitida por la autoridad judicial constituya impedimento, pero el doctor Yepes Barreiro no se pronunció sobre trámites, orden del día, debates, impedimentos, recusaciones o quórum, aspectos meramente formales, se refirió al sentido de la decisión, al fondo del asunto, a su posición y la de su compañera de Sala, quien lo convenció para el cambio de posición en el proyecto publicado.

Así el sentido de las ponencias se haya filtrado a la opinión pública como se afirma en el auto, ello no justifica la actuación del consejero recusado, ni lo habilita para salir ante terceros, en este caso medios de comunicación o periodistas, a confirmar o ratificar las informaciones supuestamente filtradas, y a señalar cuál es su posición y la de sus colegas. Distinta situación sería si habiéndose filtrado el fallo a los medios, cuestión que debería investigarse, el autor de la misma no contesta, no opina, no debate en público esa decisión, pero ello no ocurrió así, por el contrario hubo entrevista radial para comentar la providencia.

Considero que se configura sin ninguna duda, la causal del numeral 12 del mismo artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. Está probado que el Dr. Yepes se pronunció sobre su primera y segunda ponencia; en la inicial consideraba permisiva la reelección del Procurador y en la segunda cambió tal posición, explicando la variación a la periodista. Aparece claro que si se refirió al sentido de las dos ponencias, divulgó con conocimiento de causa y en forma anticipada la solución del debate judicial.

La actuación del consejero es contraria a los artículos 33 y 36 del reglamento del Consejo y transgrede el deber de reserva que impone el artículo 42.9 del C.G.P. que establece que es deber del Juez “Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos”.

Debo reiterar, que tal como lo establece el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, el Consejero de Estado incurre en causal de recusación cuando da “...consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso...” como ocurrió en este caso.

Como lo señaló la Corte Constitucional⁸⁰, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de estado han hecho énfasis en que se requiere que *“el fallador haya expresado por fuera del trámite del asunto opinión directa, concreta, específica y debidamente comprobada sobre el contenido de la decisión”*. El consejero recusado dio su opinión anticipada sobre el negocio, por fuera del trámite normal del proceso.

En mi criterio se tipifican todos los elementos de la prohibición del numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, no hay duda que el sujeto pasivo “magistrado”, la prohibición “consejo o concepto”, el verbo rector “dar”, el tema “cuestiones materia del proceso” y espacio “fuera de la actuación judicial”, se tipifican.

Afirmar lo contrario es permitir que de ahora en adelante el juez pueda a través de los medios de comunicación salir a debatir, exponer, contar o simplemente anunciar anticipadamente el sentido de sus fallos, lo cual pugna con el deber, la reserva y la responsabilidad que deben acompañar a quienes estamos obligados a impartir justicia.

Por las razones anteriores discrepo respetuosamente de la decisión mayoritaria tomada en sala, plena por cuanto considero que se debió aceptar la recusación presentada y separar del conocimiento del proceso al Dr. Alberto Yepes Barreiro.

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Consejera de Estado

⁸⁰ Auto No 069 de 2003 siete (7) de abril dos mil tres (2003).expediente CFR-001

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – CONSEJERA MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

No comparto la decisión mayoritaria de la Sala de negar la recusación formulada contra el consejero Alberto Yepes Barreiro, pues con fundamento en los hechos expuestos por el demandado, considero que el recusado incurrió en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, debió ser separado del conocimiento del proceso de la referencia.

La causal invocada por el recusante prevé lo siguiente:

ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. *Son causales de recusación las siguientes:*
(...)

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.
(...)

Como se advierte en la decisión mayoritaria de la Sala, esta causal difiere de la prohibición prevista en el artículo 154 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia consistente en «proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración de justicia que lleguen a su conocimiento con ocasión del servicio». Lo anterior, porque como se indicó en el auto del 29 de julio de 2014⁸¹ proferido por la Sala Plena, cuyos apartes se reiteran parcialmente en la providencia objeto de este salvamento, «constituye causal de impedimento que el juez emita concepto **sobre aspectos sustanciales de lo que es objeto de decisión en un caso concreto, pero no que entregue información de trámite, sujeta al principio de publicidad**». (Negrillas fuera de texto)

En esas condiciones, considero que al analizar asuntos como el que fue objeto de debate por la Sala, debe marcarse una línea que determine hasta donde la información divulgada a los medios de comunicación por el juez recusado constituye simplemente una manifestación sobre cuestiones atinentes al trámite del proceso o una aclaración o explicación sobre determinada decisión adoptada, bien sea conocida previamente o no por la opinión pública, y hasta donde esa información suministrada al público entra, además, en el terreno en el que se deja expuesto de manera anticipada, la posición del juez frente al aspecto de fondo debatido en el proceso y, de esta forma, incurrir en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil.

Pues bien, es necesario reiterar que las causales de recusación han sido establecidas para proteger la imparcialidad que debe regir todas las actuaciones de la administración de justicia, por eso la doctrina ha señalado que el juez debe separarse del conocimiento del proceso cuando ha perdido la imparcialidad o cuando se «[da] pie para que **razonablemente se piense que así ha ocurrido**, con el fin de evitar toda **susplicia en torno a la gestión** desarrollada por los jueces y garantizar a las partes y terceros el adelantamiento de los procesos con un máximo de equilibrio, (...)»⁸².

⁸¹ IJ-2013-00015, M.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo

⁸² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Bogotá : Dupré Editores. 10 ed. 2009, p. 237.

En relación con la imparcialidad judicial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado la importancia y el alcance de esta garantía esencial en la actividad del juez. Al respecto se pueden citar algunos pronunciamientos de esa Corte, así:

- Caso Palamara Iribarne Vs. Chile (2004) Fundamentos 146, 147.

*«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. El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista **algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial**. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez **se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales**».*

- Caso Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela (2008) Fundamento 56.

*«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 permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad**».*

De lo anterior se advierte que constituye un derecho de las partes que acceden a la justicia para dirimir un conflicto, que el juez que decidirá el asunto se aproxime a su resolución sin una posición tomada ni prejuicio que pueda generar algún asomo de duda sobre su equilibrio para estudiar los hechos, las pruebas y los argumentos de las partes.

Ahora bien, en relación con la causal de recusación alegada, debe precisarse que, como lo hace la providencia aprobada mayoritariamente por la Sala, su configuración se estructura por el hecho de haber dado consejo o concepto en las cuestiones materia del proceso, es decir, que no exige que se emita una opinión sobre el asunto de fondo, simplemente que se pronuncie sobre las cuestiones que atañen o se relacionan con el proceso.

En el caso concreto, es un hecho no discutido que el doctor Alberto Yepes se comunicó con la emisora *La W* y se pronunció sobre su primera y segunda ponencia de fallo en el proceso de la referencia, pues así lo manifestó la periodista:

*“(...) pero la doctora Lucy Jeannette Bermúdez le presentó un documento de 100 hojas que él leyó con mucho cuidado y que según él insiste le cambió seriamente su posición; **por eso preparó la segunda ponencia, entonces (...) el doctor Yepes me insiste en que él cambió la ponencia porque lo convencieron los argumentos consignados en un documento de 100***

hojas de la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez y además remata diciendo que él hubiera podido guardar ese argumento y ese documento y ese cambio de posición y simplemente sacarlo en el momento de la votación y que por acto de transparencia se lo entregó a los conjuces (...)⁸³ (Negrillas fuera de texto)

Sin embargo, este hecho debe complementarse con el hecho de que existía información en los medios de comunicación sobre el sentido de la decisión que había presentado inicialmente el Ponente para discusión de la Sala, en la que negaba las pretensiones de nulidad de la elección del Procurador General de la Nación y así lo manifestó el recusante:

*«(...) sorpresivamente el día 11 de julio de 2014 en los diferentes medios hablados y escritos del país empezó a circular que aunque la ponencia del doctor Yepes Barreiro que llevó a Sala el 21 de mayo no alcanzó la mayoría y **denegaba todas las pretensiones** de las tres demandas de nulidad acumuladas, **se conocía una segunda ponencia** simultánea elaborada por el mismo Magistrado en la que accedía a la pretensión de nulidad con fundamento en la imposibilidad de que el Procurador – candidato pudiera volver a ser elegido, la que repartió a los magistrados de la Sala y Conjuces para su estudio»⁸⁴. (Negrillas fuera de texto)*

Pues bien, ante este panorama fáctico debe concluirse que el doctor Yepes aceptó ante los medios de comunicación que hubo un cambio de ponencia inicial, con lo que evidentemente divulgó de manera anticipada el sentido de su decisión.

En el *sub examine*, considero que, contrario al enfoque que le dio la Sala al estudio de la recusación, la cuestión relevante no radicaba en si se conocía o no en los medios de comunicación las dos ponencias antes de que el doctor Yepes se comunicara con la periodista María Isabel Rueda, hecho además que no se discute, sino que la explicación que hizo el Ponente a la periodista no fue de simples cuestiones de trámite del proceso, sino que reveló de manera anticipada a la discusión en la Sala, su criterio frente al caso concreto.

En efecto, debe precisarse que en **asuntos de nulidad electoral** la información dada por el ponente a los medios de comunicación no resulta intrascendente, por el contrario, es de suma importancia, en la medida en que la nulidad electoral, salvo sentencia inhibitoria, **solo tiene dos posibles decisiones**, la nulidad del acto acusado o la negativa de la nulidad. Dicho de otro modo, o el funcionario demandado o permanece en su cargo o debe retirarse.

⁸³ Este aparte está transcrito en el auto objeto de este salvamento. No se puede citar la página porque no fueron numeradas.

⁸⁴ Numeral 4º de los fundamentos de la solicitud de recusación.

Como se analizó, la causal alegada por el recusante tiene por propósito que el juez **mantenga la imparcialidad**, pues difícilmente frente a cierto tema, si el juez ha emitido su opinión, incluso antes de tener la investidura de juez, **al momento de cumplir la función va a contrariar lo que sostuvo antes**. Es decir, la causal parte del presupuesto de que por razones de elemental coherencia, si el juez ha tomado posición sobre un asunto, por fuera del proceso y así lo ha exteriorizado, difícilmente va a cambiar su criterio para efectos de elaborar una ponencia y defenderla.

Esta circunstancia, desde luego, va en contra de la imparcialidad del juez por la sencilla razón de que su **«criterio ya no es puro»**, sino que tiene un **prejuicio**.

Estos argumentos frente al caso concreto resultan relevantes, pues si bien el doctor Yepes no reveló a la periodista aspectos relacionados con los detalles de la decisión ni sus fundamentos, sí dejó claro: i) **que tenía un criterio A** para decidir el caso; ii) que después de las observaciones de un par a su ponencia inicial, ese criterio A **pasó a ser un criterio B**; iii) que ese criterio B sería defendido en Sala.

Difícilmente después de admitir el cambio de criterio inicial, es decir, el paso de A a B, el Ponente aceptaría volver al criterio A, por más que las razones jurídicas así lo recomendaran, pues el cambio de criterio **ya fue un hecho público**, que desde luego **compromete al juez no solo frente a sus pares sino frente a la opinión pública**. En este punto radica que, para este caso, se pueda afirmar, a diferencia de la decisión aprobada por la Sala, que el doctor Yepes sí incurrió en la causal alegada.

Esta afirmación se sustenta en el hecho indiscutido y aceptado por el ponente, de que en una conversación con una periodista, **admitió el cambio de criterio en la ponencia** para decidir el caso. Luego, es más que razonable concluir que el criterio del juez en este asunto ha quedado **comprometido, mucho antes de que la ponencia fuera discutida en Sala**. Coherentemente, se puede afirmar que el juez tiene **comprometida su imparcialidad** para decidir el caso en la medida en que hizo público que tenía un criterio para decidirlo, antes de que el tema se discutiera en Sala.

Por las anteriores razones considero que debió declararse fundada la recusación formulada por la parte demandada y, en consecuencia, separar al doctor Yepes del conocimiento del proceso.

Con todo respeto,

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – CONSEJERA MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Con el debido respeto me aparté de la decisión mayoritaria, por cuanto considero que en el asunto de la referencia se configuró la causal de recusación endilgada.

En efecto, al haber accedido el doctor **ALBERTO YEPES BARREIRO** a dar declaraciones a los medios de comunicación que le preguntaban acerca de dos ponencias por él presentadas, puso en conocimiento su criterio jurídico por fuera de actuación judicial.

En otras palabras, si el Magistrado **YEPES** no hubiera dado explicaciones a la Periodista, jamás se hubiera configurado la causal, y el asunto no habría pasado de ser una filtración de un proyecto de decisión judicial que per se no se le podría atribuir a dicho Magistrado.

Fecha ut supra,

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Consejera

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – CONSEJERO MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Con el acostumbrado respeto por la Sala, expongo a continuación las razones por las cuales me aparto de la decisión mayoritaria respecto de la no aceptación de la recusación efectuada al Consejero Alberto Yepes Barreiro, a quien se atribuyó el haber incurrido en las causales previstas en los numerales 1º y 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, aplicables al presente caso por disposición del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, *“Tener el juez (...) interés directo o indirecto en el proceso”*

y, la segunda, *“(h)aber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso”*.

El fundamento de la recusación radica en: *“el interés y la falta de imparcialidad del magistrado Yepes Barreiro en el presente asunto, lo cual ha generado un posible prejuzgamiento, infidencias de las decisiones a tomar, imprudencia e indiscreción, además de que con su actuar ha vulnerado aparentemente, reglas del ordenamiento jurídico para adoptar una decisión que requiere de toda la serenidad, imparcialidad y ponderación, como principios que rigen el actuar frente a los administrados”* (fl. 1175)

Las referidas causales pretenden que las decisiones que vaya a adoptar el juez sean imparciales y, por ende, no puedan ser conocidas o divulgadas antes de ser suscritas por quienes las profirieron.

Resulta cuestionable la transparencia del Ponente, por cuanto:

1º La ponencia inicialmente presentada a la Sección Quinta del Consejo de Estado una vez presentada a la Sala debió ser discutida y de ser derrotada, haber designado los conjuces y una vez designados éstos debieron conocer y discutir la ponencia, en este sentido se obligaba a surtir el trámite correspondiente, para ser con los conjuces con quienes debió debatirse la ponencia inicial.

2.- Así, el trámite que debió surtirse fue el de sortear los conjuces y debatir con éstos la ponencia y no permitir que la ponencia se filtrara y se hablara por los medios de comunicación sobre la existencia de dos ponencias en sentido contrario.

3.- Sin embargo, no se explica cómo fue posible que los medios de comunicación conocieran la posición de la Sala que en uno u otro sentido presentara el ponente, de lo cual obra expresa constancia en el expediente al traer la manifestación hecha por la periodista María Isabel Rueda en el programa radial de la emisora la “W”.

4.- Tampoco se comparte el argumento de la Sala en cuanto al alcance dado al principio de publicidad, pues el hecho de que el ordenamiento garantice el acceso del público a las decisiones adoptadas para propugnar por la integridad del orden

jurídico, ello no es predicable de las ponencias que aún no se han discutido y menos aun cuando no han sido puestas en conocimiento de la Sala para su consideración.

5.- Frente al principio de imparcialidad, resulta fundamental que en aras de garantizar la transparencia en la administración de justicia, haya lugar a separar del conocimiento a aquél sobre quien recaiga siquiera un manto de duda sobre su imparcialidad para adoptar una decisión.

6.- Así, contrario a lo afirmado por la Sala, estimo que el hecho de divulgar información reservada que se conoce por motivo del ejercicio del cargo, sí está comprendida dentro del concepto de la imparcialidad del funcionario, pues precisamente afecta la transparencia en el ejercicio de la función pública y al divulgarse en los medios de comunicación, necesariamente conlleva una afectación de la objetividad del juez para decidir el asunto de manera imparcial, influida por la presión mediática lo que necesariamente implica poner en conocimiento su concepto sobre el caso en particular.

En estos términos disiento de la decisión mayoritaria, pues estimo que el Consejero Ponente sí se encuentra incurso en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 141 del Código General del Proceso que es del siguiente tenor:

“Artículo 141.- Causales de recusación.

(...)

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo.”

La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre esta causal, que coincide con la contenida en el anterior Código de Procedimiento Civil, ha señalado:

La Sala Plena del Consejo de Estado⁸⁵ precisó que doctrinariamente se ha establecido que la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del C.P.C. tiene su razón de ser en el hecho de que *“ese consejo o concepto de que habla la disposición forma parte del interés **en el desarrollo del pleito**, pues es claro que quien emitió opinión o concepto frente al proceso, querrá, por lógica, que aquél resulte tal como él conceptuó. Por elemental razón de amor propio, el juez que interviene en un proceso respecto del que dio consejo o concepto, puede inclinarse a fallar de acuerdo con este consejo; de ahí que para evitar cualquier suspicacia en su actuación se debe retirar del conocimiento del negocio⁸⁶.”*

Que, así mismo, “el tratadista Azula Camacho en su libro Manual de Derecho Procesal Civil, señala respecto de esta causal:

“(…) varios presupuestos entrañan esta causal, a saber:

1. Se refiere al funcionario judicial, pero debe entenderse que esa calidad hace referencia al momento en que debe pronunciarse sobre el asunto, más no a cuando da el consejo o concepto, puesto (que) esto puede ocurrir antes de vincularse a la Rama y en razón del ejercicio de la profesión.
2. Habla de concepto, que es una opinión, o de consejo, que hace referencia a la conducta que se considera debe seguirse. Entonces es factible que se presente lo uno o lo otro, como ocurre cuando se absuelve una consulta verbal o escrita en calidad de abogado consultor.
3. **Al circunscribirse el concepto u opinión a cuestiones concernientes al proceso, se refiere a un caso específico**, es decir cuando intervienen determinadas personas y se controvierte un caso concreto. Se descartan, por tanto los conceptos de carácter general, específicamente los que atañen a cuestiones académicas, como ocurre con los expuestos en clase, conferencias, textos o artículos⁸⁷ (negrilla fuera de texto)

⁸⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Auto de 25 de abril de 2006, Radicación Número: 11001-031500019990020201.

⁸⁶ Cfr. LÓPEZ BLANCO HERNÁN FABIO, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, tomo I, Séptima Edición, Dupré Editores, Bogotá, 1997, pág. 219.

⁸⁷ Cfr. Hernando Morales Molina, Curso de Derecho Procesal civil, Parte General, 11ª Edic. , Bogotá Editorial ABC, 1991, p.118.

4. La disposición exige que el pronunciamiento se efectúe “fuera de la actuación”. De estos vocablos se infiere que para configurar la causal es indispensable que el pronunciamiento no se efectúe o produzca dentro del proceso. A *contrario sensu*, la causal no se configura cuando es conocida la opinión que un funcionario ha sostenido en un negocio y se le somete otro en que se discute materia igual o semejante⁸⁸. Y esto es lógico por cuanto son criterios aplicables exclusivamente a la autoridad jurisdiccional que el funcionario desempeña. Puede agregarse otra razón de índole práctica, cual es que en la realidad es difícil encontrar controversias idénticas; por esto precisamente, el concepto o consejo debe versar sobre una situación específica o particular⁸⁹.⁹⁰

El presente asunto, de conformidad con la competencia del Consejo de Estado y la distribución de funciones previstas en la ley y el reglamento, correspondió a la Sección Quinta del Consejo de Estado y el 31 de enero de 2013 a las 12:16 p.m. se asignó como ponente al Dr. Alberto Yepes Barreiro, Magistrado de la Sección Quinta, tal y como consta en el proceso.

Al proceso se le imprimió el procedimiento de ley hasta llevar el ponente un primer proyecto de fallo en la Sección Quinta. (A folio 1097 del expediente de nulidad obra auto de fecha 21 de mayo de 2014, en el cual se señala: “*Comoquiera que la ponencia discutida en la sesión de Sala del día de hoy no obtuvo la mayoría necesaria para su aprobación, se dispone que por la Secretaría de la Sección se proceda al sorteo de dos (2) conjueces, (...)*”).

A través de auto 28 de mayo de 2014, se designaron los conjueces para el estudio de la primera ponencia presentada (*Folio 1107 expediente de nulidad*).

En providencia fechada el 19 de junio de 2014, se decidió el impedimento del conjuez Doctor Jaime Córdoba Triviño (*Folio 1122 expediente de nulidad*) se declara infundado el mismo.

El trámite a seguir era el de presentar la ponencia a la Sala integrada con los conjueces para su debate y decisión, sin embargo como se dejó anotado, ello no ocurrió y por el contrario se permitió su conocimiento a los medios de comunicación sin siquiera haberse discutido y aprobado la nueva ponencia.

⁸⁸ Cfr. C.S.J. de N.G., auto de 10 de abril 1953 “G.J.”, T. L XXIV, p. 816.

⁸⁹ Cfr. Azula Camacho, Jaime, Obra cit., p. 254.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 13 de septiembre de 2012, expediente 7600123310002004-02583-01.

Esta filtración a los medios de comunicación del segundo proyecto de decisión de fondo elaborado por el ponente es la que resulta reprochable en cuanto afecta la imparcialidad del juez y el trámite que debió surtir respectivamente de un asunto de tanta trascendencia, que llevó incluso a que se solicitara su conocimiento por la Sala Plena.

Por ello es que me aparto de la decisión que negó la recusación del ponente por encontrar infundada la causal alegada.

Fecha ut supra

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Consejero

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – CONSEJERO HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la mayoría, me permito exponer las razones por las que no acompañé la decisión de denegar la recusación que propuso el demandado contra el magistrado Alberto Yepes Barreiro, a quien correspondió por reparto la demanda de nulidad electoral presentada contra el acto que designó al doctor Alejandro Ordóñez como Procurador General de la Nación.

Como es bien sabido, el régimen de los impedimentos y las recusaciones es el mecanismo para garantizar que las decisiones judiciales se adopten conforme con los principios de independencia e imparcialidad.

La independencia constituye un principio esencial del debido proceso y obliga al juez a actuar libre de presiones exteriores o influencias que perturben su juicio. La imparcialidad, por su parte, exige que el juez no tenga ningún interés en el asunto en cuestión ni que haya tenido un conocimiento previo del *thema decidendi*.

En otras palabras, los principios de independencia e imparcialidad exigen que el juez no tenga ideas preconcebidas frente al asunto puesto a su consideración y menos que actúe de manera que beneficie sus propios intereses o los intereses de alguna de las partes del proceso.

Vale traer a colación, por lo pertinente, la sentencia C 600 de 2011 de la Corte Constitucional, que explicó los principios de independencia e imparcialidad, en el siguiente sentido:

La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, (...) a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales". Sobre la imparcialidad, ha señalado que ésta "se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de

la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial”.

(...)

La jurisprudencia constitucional le ha reconocido a la noción de imparcialidad, una doble dimensión: (i) subjetiva relacionada con ‘la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto’; y (ii) objetiva, ‘esto es, sin contacto anterior con el thema decidendi, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto’. No se pone con ella en duda la ‘rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción’ sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo adelanta, una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpado que sea éste mismo quien lo juzgue (...).

Justamente el régimen de los impedimentos busca materializar los postulados de independencia e imparcialidad que deben acompañar la función pública de administrar justicia. La mayoría de ordenamientos procesales prevén las causales de impedimento y recusación, que generalmente se fundan en cuestiones de afecto, interés (directo o indirecto) o animadversión, aunque con distintas particularidades según la jurisdicción.

En el caso que justifica el salvamento de voto, estimo que la recusación debió prosperar porque estaban configurados los supuestos del artículo 150-12 CPC⁹¹, que establece: “*Son causales de recusación las siguientes: (...) 12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo”.*

En efecto, la causal aquí invocada se configura cuando el juez emite un **concepto** (opinión) sobre el asunto concreto. Opinar, según el diccionario de la RAE, es discurrir sobre las razones, probabilidades conjeturas referentes a la verdad o certeza de algo⁹², definición que aplicada a la causal de impedimento en cuestión significaría el juicio jurídico anticipado y particular frente a una situación directamente relacionada con el asunto que el juez conoce o ha venido conociendo. Por igual, la causal de impedimento se configura cuando el juez entrega un **consejo** sobre el asunto que conoce, esto es, la opinión que emite

⁹¹ Cuyo contenido es similar al que hoy prevé el artículo 141-12 CGP.

⁹² Ver: <http://lema.rae.es/drae/?val=opinar>

frente a la conducta que debe seguirse en el caso.

En el sub lite, quedó probado que el magistrado Alberto Yepes Barreiro explicó a la periodista María Isabel Rueda lo que venía sucediendo con el trámite del proceso de nulidad electoral, al punto que le manifestó que la ponencia inicialmente presentada (y que supuestamente no anulaba la elección del Procurador General de la Nación) se había cambiado, habida cuenta de que acogió las observaciones de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Que, por tanto, sometería al estudio de la sala de decisión el nuevo proyecto de sentencia (que, al parecer, concedía la nulidad del acto de elección).

Estimo que no fue menor e irrelevante la conducta del magistrado Yepes Barreiro. Por el contrario, considero que el magistrado sí se pronunció sobre aspectos propios del proceso y, de hecho, mencionó el sentido de la decisión del primer y segundo proyecto que elaboró.

No comparto que la providencia de la referencia le haya restado importancia a la actuación del magistrado Yepes Barreiro para concluir que simplemente se limitó *“a explicar los motivos por los cuales escribió dos ponencias en un sentido diferente en el lapso de dos meses que era, justamente, lo que querían saber los periodistas, así que su mensaje se circunscribió a este tema y su posición se conoció no fue porque el magistrado mismo la hubiere puesto en conocimiento del público mediante concepto o consejo, sino porque lastimosamente las ponencias fueron filtradas de manera contraria al ordenamiento jurídico y por ello llegaron a conocimiento del público en general...”*.

Estimo que el magistrado Yepes Barreiro no asumió una conducta prudente, sino que, enterado de que la ponencia se “filtró” a la opinión pública, le explicó a la periodista María Isabel Rueda las razones por las que cambió la ponencia inicialmente presentada. Eso, a mi juicio, configura la causal de impedimento en cuestión, pues existe ya una opinión que es pública, frente a cuestiones propias del proceso electoral, que justamente tiene a cargo el magistrado recusado.

Es una opinión sobre cuestiones directamente relacionadas con el asunto de fondo. Dar explicaciones del porqué se cambia una ponencia por otra no es algo irrelevante ni de poca monta en un proceso judicial, como lo escuché decir en la sala plena. Aquí, las explicaciones trascendieron, al punto que la opinión pública se enteró de que la ponencia que no anulaba el acto de elección del procurador se cambió y que otro proyecto de providencia estudiaría la sala de decisión.

Para evitar cualquier suspicacia y para no afectar los principios de imparcialidad e independencia, entonces, estimo que lo mejor era separar al magistrado Yepes Barreiro del conocimiento del presente asunto.

Esas son las razones del salvamento de voto.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – CONSEJERO LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias, me permito manifestar que me aparto de la providencia que antecede por las **breves razones** que a continuación procedo a enumerar.

1.- El punto en debate es sencillamente determinar la incidencia de carácter procesal que tiene para el Juez o Magistrado su intervención en un medio de comunicación público (radio, periódico, revistas, etc) para explicar sus votos y sus opiniones con relación a una determinado proyecto de providencia de carácter judicial, como sucedió en el asunto sub-judice, en el cual Consejero recusado dada la filtración acontecida en la Sección Quinta de esta Corporación, procedió a explicar las razones por las cuales había cambiado la ponencia original por otra distinta en el curso de los debates.

2.- Aun cuando a veces resulta francamente difícil, es claro que dentro de este mundo tecnológico, digitalizado, cibernético y lleno de redes sociales, los jueces deben tratar en lo posible de ser lo más anónimos, discretos y prudentes, pues esta característica es una garantía fundamental de ese Estado Social de Derecho del que tanto se ufana en defender la providencia de la que respetuosamente disiento.

3.- Los Magistrados y Jueces no pueden ceder a las tentaciones que muchas veces provocan o incitan los mismos medios de comunicación y caer en ellas so pretexto de aclarar, explicar o defender proyectos filtrados o las mismas sentencias judiciales, puesto que ese no es el escenario que la ley y la prudencia indican para este tipo de debates.

4.- El silencio y la cautela del Juez debe prevalecer, así el mundo se venga encima; así resulten comprometidos egos, vanidades o criterios subjetivos del operador judicial.

5.- En esa dirección, la sola “explicación de los motivos por los cuales escribió dos ponencias en un sentido diferente en el lapso de dos meses” (W radio, periodista María Isabel Rueda) como lo reconoce la providencia de la que me aparto, le quita o por lo menos siembra la duda sobre la imparcialidad y la transparencia de la decisión cualquiera que sea la posición que hoy en día se asuma o se adopte; por ello, esa circunstancia es una de las razones de reserva que protege las actas donde se discuten providencias judiciales.

7.- La garantía de imparcialidad queda fulminada cuando el Juez o Magistrado sale de antemano a explicar, calificar o señalar el sentido de su opinión o su voto en forma pública y abierta, las razones del cambio o los motivos que lo convencieron, como aconteció en el sub-lite.

8.- Por estas razones, dejo sentada brevemente mi inconformidad con todo el respeto y consideración del caso.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Consejero de Estado