

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE DEFINIERON RECUSACIÓN CONTRA MAGISTRADA DE LA SALA ESPECIAL DE INSTRUCCIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / APLICACIÓN DE ÉSTANDARES INTERNACIONALES SOBRE LA GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL PARA RESOLVER RECUSACIONES E IMPEDIMENTOS / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO - Valoración probatoria adecuada / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO - Valoración normativa adecuada / DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE VINCULANTE- No configuración / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

[C]orresponde a la Sala determinar si acertó el juez de tutela de primera instancia, al concluir que las providencias del 10 de mayo de 2019, dictadas por la [autoridad judicial demandada], no incurrieron en defecto fáctico, en defecto sustantivo ni en desconocimiento del precedente, cuando declararon fundada la recusación formulada contra la [parte actora]. (...) Respecto del supuesto desconocimiento de la regla de taxatividad de las causales de impedimento previstas en el artículo 99 de la Ley 600 de 2000, la Sala precisa que (...), la autoridad judicial demandada sí tuvo en cuenta dicha regla. Sin embargo, consideró que resultaba insuficiente para tener por cumplida la garantía de imparcialidad [y por ello] acudió a los estándares de derecho internacional sobre la garantía de imparcialidad, concretamente a la denominada teoría de apariencia de imparcialidad. (...) [No obstante,] [a] juicio de la actora, esa teoría resulta inaplicable porque no está prevista en la legislación interna ni ha sido acogida por la jurisprudencia nacional. [Como tampoco se encuentra en el] bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, no es vinculante para decidir sobre la recusación formulada en su contra. (...) [L]a Sala considera que (...), la Corte Constitucional sí ha aceptado que en el derecho interno colombiano pueden tenerse en cuenta los pronunciamientos [supranacionales], puesto que constituyen criterios hermenéuticos relevantes para efecto de determinar el contenido y alcance de derechos fundamentales. (...) La Sala estima que, en los términos exigidos por la Corte Constitucional, la autoridad judicial demandada cumplió con la carga argumentativa requerida para apartarse del precedente que señala la taxatividad de las causales de recusación e impedimento, por cuanto advirtió que, para resolver la recusación, dichas causales resultaban insuficientes y era necesario acudir a estándares internacionales sobre la garantía de imparcialidad judicial. (...) Queda resuelto, entonces, el problema jurídico propuesto: acertó el juez de tutela de primera instancia, al concluir que las providencias del 10 de mayo de 2019, dictadas por la [autoridad judicial demandada], no incurrieron en defecto fáctico, en defecto sustantivo ni en desconocimiento del precedente, cuando declararon fundada la recusación formulada contra la [parte actora]. (...) En consecuencia, se confirmará la providencia impugnada. **NOTA DE RELATORÍA:** Con aclaración de voto del Consejero Milton Chaves García., sin medio magnético a la fecha.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-02270-01(AC)

Actor: CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ

Demandado: SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA ESPECIAL DE INSTRUCCIÓN

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia del 6 de junio de 2019, dictada por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que denegó el amparo solicitado.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

1.1. En ejercicio de la acción de tutela, la señora Cristina Eugenia Lombana Velásquez pidió la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al buen nombre, a la honra, al debido proceso y a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político. Por consiguiente, formuló las siguientes pretensiones:

2. Como consecuencia de lo anterior, dejar sin efecto las decisiones emitidas por la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, el pasado 10 de mayo de 2019, dentro de los radicados 52240 y 52601.
3. Ordenar a la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, resolver la recusación conforme a las causales consagradas en el artículo 99 de la Ley 600 de 2000 y bajo el principio de taxatividad¹.

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca los siguientes hechos relevantes:

2.1. La señora Cristina Eugenia Lombana Velásquez es mayor en servicio activo del Ejército Nacional.

2.2. El 28 de septiembre de 2018, la demandante solicitó al Comando del Ejército Nacional comisión administrativa para ocupar el cargo de magistrada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia – Sala Especial de Instrucción.

2.3. Por Resolución 7182 del 5 de octubre de 2018, el Ministro de Defensa Nacional autorizó la comisión solicitada por la actora.

2.4. El 8 de octubre de 2018, la demandante se posesionó en el cargo de magistrada de la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

2.5. La magistrada Cristina Eugenia Lombana Velásquez asumió el conocimiento de los procesos con radicados 52240 y 52601, en los que aparece como investigado el senador Álvaro Uribe Vélez y como parte civil el senador Iván

¹ Folios 42 y 43.

Cepeda.

2.6. El 1º de abril de 2019, la parte civil de dichos procesos penales formuló recusación contra la magistrada Lombana Velásquez, por estimar que se configuraron las causales previstas en los numerales 1, 5 y 8 del artículo 99 de la Ley 600 de 2000². Según la parte civil, la imparcialidad de la magistrada se ve comprometida porque tuvo relación de dependencia frente al senador Álvaro Uribe Vélez, cuando fungió como Presidente de la República y comandante de las fuerzas militares, entre 2002 y 2010, y porque trabajó en la oficina del apoderado judicial del senador Álvaro Uribe Vélez.

2.7. El 3 de abril de 2019, la magistrada Cristina Eugenia Lombana Velásquez manifestó que no aceptaba la recusación, porque, a su juicio, i) no se evidencia la utilidad o menoscabo frente al conocimiento de la investigación adelantada contra el senador Uribe Vélez, toda vez que el único interés que la motiva es «*la recta e imparcial administración de justicia*»; ii) la vinculación institucional con el Ejército Nacional y la subordinación mientras el senador Uribe Vélez fue Presidente de la República no dan cuenta de la existencia amistad íntima, y iii) de la relación laboral que tuvo con el apoderado del senador Uribe Vélez no pueden derivarse los sentimientos de gratitud, aprecio o amistad íntima a los que se refiere la parte civil.

2.8. Mediante autos del 10 de mayo de 2019, la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia declaró fundada la recusación y separó a la magistrada Lombana Velásquez del conocimiento de los procesos 52240 y 52601. En síntesis, consideró que estaba comprometida la imparcialidad de la magistrada, por cuanto está vinculada a la rama ejecutiva del poder público y desde las «*instancias de poder en la carrera administrativa de las Fuerzas Militares, podrían llegar situaciones que afectarían la tranquilidad, buen juicio y ponderación de la Honorable Magistrada, habida cuenta de ser eventualmente perjudicada por decisiones administrativas que comprometan su grado militar, y hasta la misma comisión administrativa que la mantiene en tan alta posición dentro de la justicia ordinaria*»³. Que la garantía de imparcialidad debe interpretarse de manera sustancial y no bajo la estricta visión de la taxatividad de las causales de recusación.

3. Argumentos de la demanda de tutela

3.1. Preliminarmente, la parte actora manifestó que la solicitud de amparo cumple los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, así: i) que el asunto tiene relevancia constitucional, puesto que las providencias cuestionadas desconocen la taxatividad de las causales de impedimento y recusación y equivocadamente las asimilan a las causales de

² Son causales de impedimento:

1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tenga interés en la actuación procesal.

[...]

5. Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguno de los sujetos procesales, denunciante o perjudicado y el funcionario judicial.

[...]

8. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, sea socio de alguno de los sujetos procesales, del denunciante o perjudicado en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple o de hecho.

³ Folios 90 y 119.

incompatibilidad e inhabilidad; ii) que no cuenta con otro mecanismo de defensa, pues las providencias acusadas no son susceptibles de recursos, de conformidad con lo previsto en la Ley 600 de 2000; iii) que hay immediatez, toda vez que las providencias atacadas fueron dictadas el 10 de mayo de 2019; iv) que fueron debidamente identificados los hechos que derivaron en la vulneración de derechos fundamentales, y v) que no se cuestiona una sentencia de tutela.

3.2. En cuanto al fondo del asunto, la parte actora alegó que las providencias cuestionadas incurrieron en los siguientes defectos específicos:

3.2.1. **Defecto fáctico.** La demandante alega que la decisión de declarar fundada la recusación carece de prueba objetiva y fundamento teórico razonable, pues se concluyó que su pertenencia a las fuerzas militares, *per se*, implicaba una sospecha sobre la parcialidad y dependencia en el ejercicio del cargo como magistrada de la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que sería «*susceptible de presiones dentro del estamento militar para la toma de decisiones, lo que pondría en riesgo mis intereses personales*»⁴.

3.2.1.1. Que esa decisión cuestiona gravemente el ejercicio de la profesión de la actora y desconoce las capacidades académicas y de experiencia con las que cuenta para asumir el conocimiento de los procesos penales a su cargo. Que, incluso, se desconoce que ha ejercido con buen crédito e independencia el cargo de juez penal militar.

3.2.1.2. Además, la demandante sostuvo que el defecto fáctico también se configura porque se hacen valoraciones subjetivas, carentes de sustento y «*abiertamente discriminatorias por mi origen castrense*», sin ningún respaldo probatorio.

3.2.1.3. Que tampoco hay prueba que demuestre la configuración de las causales de recusación alegadas por la parte civil [numerales 1, 5 y 8 del artículo 99 de la Ley 600 de 2000]. Que, de hecho, fue por la falta de prueba que la autoridad judicial demandada se vio obligada a acudir a instituciones jurídicas de origen internacional, sin tener en cuenta las consecuencias de la decisión, pues el criterio fijado en las providencias cuestionadas (que la condición de militar en servicio activo constituye causal de recusación) amenaza con dejar sin carga laboral al despacho del que es titular.

3.2.2. **Defecto sustantivo.** La demandante sostuvo que las providencias cuestionadas no se ajustaron a las causales de impedimento y recusación previstas en el artículo 99 de la Ley 600 de 2000, a pesar de que eran la única norma que debía analizarse para resolver el caso concreto. Que si bien la autoridad judicial demandada acude a la teoría de la apariencia de imparcialidad, lo cierto es que esa teoría no está prevista en la legislación colombiana ni ha sido utilizada por la jurisprudencia del país y, por lo tanto, no puede servir para ampliar las causales de recusación, causales que se rigen por el principio de taxatividad.

3.2.2.1. Que el defecto sustantivo también se concreta en que la autoridad judicial demandada equiparó erróneamente el régimen jurídico de los impedimentos y recusaciones con el régimen de las incompatibilidades, a tal punto que en lugar de resolver sobre una recusación, terminó decidiendo sobre una incompatibilidad, cuestión que se aleja completamente de las funciones de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

⁴ Folio 20.

3.2.2.2. La demandante alega que la autoridad judicial demandada debió aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 151 [numeral 2] de la Ley 270 de 1996, que prohíbe a los militares activos ejercer cargos en la Rama Judicial. Que la inaplicación de una norma que contradice la Constitución no es una facultad, sino una obligación, y que, de no hacerlo, se incurre en un defecto sustantivo, en los términos de la sentencia SU-659 de 2015.

3.2.2.2.1. Que a pesar de que el artículo 151 [numeral 2] de la Ley 270 de 1996 fue declarado exequible mediante la sentencia C-037 de 1997, dicho pronunciamiento fue proferido antes de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015 y el Código Penal Militar, que dejan clara la autonomía de la justicia penal militar frente al mando operativo y que para ejercer dicha función debían cumplir las mismas calidades propias de los jueces de la República.

3.2.2.2.2. Que, incluso, la actora tomó posesión en el cargo de magistrada de la Corte Suprema de Justicia y ninguna autoridad manifestó que existiera incompatibilidad, porque el régimen de carrera de las Fuerzas Militares la habilita para que se desempeñe en cualquier cargo privado o público, bajo la figura denominada comisión administrativa permanente. Que eso demuestra que también se desconoció la situación administrativa de la actora, habida cuenta de que «*hablan de una doble condición administrativa, cuando en realidad es una sola figura regulada por un decreto con fuerza de ley*»⁵.

3.2.2.2.3. Que esa confusión proviene de la indebida aplicación de la Ley 909 de 2004, por cuanto se pasó por alto que esa ley no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de Policía, de conformidad con el artículo 3 [incisos 5 y 6] ibídem.

3.2.3. **Desconocimiento del precedente judicial.** A juicio de la demandante, las providencias que aceptaron la recusación desconocieron el precedente judicial de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y de la propia Corte Suprema de Justicia, que ha establecido que son taxativas las causales de impedimento y/o recusación. Para respaldar esta afirmación, la demandante citó el auto A345 de 2016 de la Corte Constitucional; las providencias del 15 de junio de 2016, radicado AP3699-2016, dictada por la Corte Suprema de Justicia; del 27 de junio de 2018, radicado AP2712-2018, de la Corte Suprema de Justicia, y del 24 de enero de 2002, radicado 76001-23-31-000-2001-04119-01, proferida por el Consejo de Estado

3.2.4. **Violación del derecho al buen nombre y a la honra.** Para la demandante, las decisiones objeto de tutela vulneran gravemente el derecho al buen nombre y a la honra, en la medida en que pusieron «*en tela de juicio mi ejercicio como Juez de la República y por SOSPECHA DE PARCIALIDAD Y DEPENDENCIA fui separada del conocimiento de dos expedientes*»⁶. Que se cuestionó además su objetividad, buen juicio, rigurosidad, profesionalismo, decoro y honestidad y se desconocieron los 15 años en los que se desempeñó como juez penal militar, así como los 7 meses de magistrada de la Corte Suprema de Justicia.

3.2.4.1. Que la decisión acusada da a entender que puede ser «*fácilmente influenciable, temerosa y falible, ante las más mínimas presiones, bajo el riesgo de perder alguna clase de “beneficio” que provendría del estamento militar*»⁷, y

⁵ Folio 38.

⁶ Folio 12 del expediente.

⁷ Folio 13 del expediente.

que esa circunstancia afecta gravemente su imagen ante la sociedad y la opinión pública.

4. Trámite procesal

4.1. El 21 de mayo de 2019, la demanda de tutela se interpuso ante esta Corporación.

4.2. El proceso correspondió a la Sección Segunda del Consejo de Estado, que, en providencia del 27 de mayo de 2019, admitió la demanda, ordenó las notificaciones de rigor y denegó la medida provisional solicitada.

4.3. En cumplimiento de la anterior orden, la Secretaría General de la Corporación practicó las notificaciones correspondientes, tal y como se advierte en los folios 163 a 167 del expediente.

5. Intervención de la autoridad judicial demandada

Los magistrados de la **Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia**⁸ pidieron que la tutela fuera denegada, por las razones que se resumen enseguida:

5.1. Que de ninguna manera fue puesta en duda la idoneidad personal o profesional de la demandante, ni se dijo que los jueces de la justicia penal militar no pudieran ocupar magistraturas en altas cortes. Que la recusación fue sustentada en el artículo 151 [numeral 2] de la Ley 270 de 1996, que prohíbe que los militares activos ocupen cargos en la Rama Judicial.

5.2. Que no fue vulnerado el derecho a la igualdad, puesto que la demandante no fue sometida a una situación de discriminación o diferenciación injustificada. Que la incompatibilidad de los militares activos para ocupar cargos en la Rama Judicial obedece a la finalidad justificada y reconocida en la sentencia C-037 de 1996. Que, de hecho, debe tenerse en cuenta que esa norma es de obligatorio cumplimiento y que no es susceptible de excepción de inconstitucionalidad, pues fue declarada exequible por dicha sentencia de constitucionalidad.

5.3. Que la parte actora no puede alegar la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, pues dicho derecho se predica de las partes del proceso judicial y no de los funcionarios encargados de tramitarlo. Que, para el caso de la Ley 600 de 2000, el debido proceso se predica frente al procesado, el ministerio público y la parte civil. Que, de hecho, las partes del proceso penal nada dijeron frente a las providencias cuestionadas, pese a que serían las únicas habilitadas para cuestionarlas por vía de tutela.

5.4. Que la demandante alega el desconocimiento del precedente relacionado con la taxatividad de las causales de recusación e impedimento, pero olvida citar el precedente que indica que los militares no pueden juzgar civiles y que es constitucionalmente justificada la incompatibilidad entre la actividad militar y el ejercicio de cargos en la Rama Judicial.

5.5. Que la demandante plantea discusiones relacionadas con la colisión de principios constitucionales, pero lo cierto es que para el caso concreto deben prevalecer los principios que protegen la imparcialidad e independencia de la

⁸ Folios 177 a 211 y 235 a 245.

administración de justicia. Que razonablemente se estimó que lo importante era preservar la credibilidad en la administración de justicia.

5.6. Que se determinó que la situación de la demandante podría derivar en un estado de cosas anticonvencional, por cuanto los estándares internacionales en materia de derechos humanos señalan que la justicia debe ser imparcial y parecer imparcial [teoría de la apariencia]. Que dicha interpretación obedece a la introducción de normas de carácter internacional, que son aplicables en el orden interno, por disposición del artículo 93 de la Constitución Política. Que, por ejemplo, fueron tenidas en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 y el pronunciamiento en el caso Cubber del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5.6.1. Que no puede pasarse por alto que la sentencia C-372 de 2016, dictada por la Corte Constitucional, señaló que los miembros de la fuerza pública no pueden intervenir en el juzgamiento de civiles. Que permitir la intervención de la actora en los procesos penales 52240 y 52601 derivaría en el desconocimiento de dicha subregla jurisprudencial.

5.7. Que las providencias cuestionadas no constituyen un pronunciamiento frente a la legalidad de la elección de la demandante, sino que se limitan a resolver una solicitud de recusación frente a dos procesos concretos. Que, además, dicho pronunciamiento no restringe el ejercicio de las funciones públicas a cargo de la demandante.

5.8. Que no hubo desconocimiento del precedente, toda vez que la autoridad judicial demandada se limitó a fijar una nueva pauta interpretativa frente a las causales de recusación. Que el carácter vinculante del precedente no impide que se realicen nuevas propuestas interpretativas.

5.9. Que no hubo defecto fáctico, puesto que la decisión cuestionada tuvo sustento en normas que pueden vincularse al bloque de constitucionalidad y fue dictada como mecanismo de prevención para evitar perjuicios razonablemente previsibles frente a las garantías de independencia e imparcialidad. Que es absurdo exigir pruebas de situaciones que no han ocurrido, pero que previsiblemente pueden ocurrir.

5.9.1. Que la decisión atacada estuvo sustentada en hechos verificables, tales como la condición de la actora como oficial activa del Ejército Nacional y el detrimento de las condiciones de independencia e imparcialidad, pues fue subalterna del senador Álvaro Uribe Vélez.

5.9.2. Que la demandante desconoce la incompatibilidad prevista en el artículo 151 [numeral 2] de la Ley 270 de 1996, pues si bien la sentencia C-037 de 1996 señala que un miembro de la fuerza pública puede administrar justicia, lo cierto es que esa autorización se limita a la Justicia Penal Militar y de ninguna manera se extiende a la Rama Judicial.

5.10. Que sí era procedente acudir a la Ley 909 de 2004, toda vez que es norma general y el Decreto 1790 de 2000 (norma especial para militares) no señala límite temporal para las comisiones administrativas autorizadas para los miembros activos de las fuerzas militares y de policía.

6. Intervención de tercero

El apoderado de la parte civil de los procesos penales 52240 y 52601 se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela⁹. En síntesis, manifestó lo siguiente:

6.1. Que no fueron vulnerados los derechos fundamentales invocados por la demandante, por cuanto las providencias cuestionadas tuvieron sustento en normas vigentes y en jurisprudencia nacional e internacional referida a la materialización de los principios de separación de poderes e independencia judicial.

6.2. Que no procede la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 151 [numeral 2] de la Ley 270 de 1996, toda vez que la parte actora no identificó la norma constitucional que sería vulnerada. Que la separación de poderes es desconocida cuando un militar en servicio activo funge como juez de civiles y así lo reconoce la norma en comento. Que, de hecho, la actora debió renunciar a la investidura de militar para tomar posesión en cargo de magistrada de la Corte Suprema de Justicia.

6.3. Que la parte actora tampoco es clara al explicar los motivos por los que estimó vulnerados los derechos al buen nombre y a la honra. Que, de todos modos, la aplicación de las figuras del impedimento y la recusación no pueden afectar dichos derechos, por cuanto se trata de garantías exclusivamente predicables de las partes del proceso y de la sociedad en general.

7. Sentencia impugnada

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia del 6 de junio de 2019, denegó el amparo solicitado. En síntesis, consideró lo siguiente:

7.2. Que las providencias acusadas no incurrieron en defecto fáctico, por cuanto la Sala Especial de Instrucción de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sustentó la decisión en el concepto de imparcialidad objetiva [teoría de la apariencia], para «*a partir de la verificación de la condición administrativa de la Magistrada Cristina Eugenia Lombana, declarar fundada la recusación y apartarla del conocimiento de los radicados 52240 y 52601, con el fin de cumplir con los estándares de imparcialidad e independencia judicial y, de esta manera, hacer efectivo dentro de las correspondientes actuaciones procesales el derecho constitucional al debido proceso*»¹⁰.

7.2.1. Que no se desconoció la idoneidad profesional de la demandante, pues el fundamento de la decisión que aceptó la recusación es la doble vinculación como miembro de las fuerzas militares y funcionaria de la Rama Judicial.

7.3. Que las decisiones objeto de tutela tampoco incurrieron en defecto sustantivo, pues los autos atacados obedecen a una interpretación amplia del principio de imparcialidad y no al capricho de la autoridad judicial demandada. Que la decisión estuvo justificada en normas del bloque de constitucionalidad referidas al principio de imparcialidad e independencia judiciales y en el interés por superar la perspectiva formalista adoptada frente a las causales de recusación y/o impedimento.

7.3.1. Que, además, de manera razonada, la autoridad judicial demandada

⁹ Folios 247 a 251.

¹⁰ Folio 293 del expediente de tutela.

consideró que sobre la demandante pesaba una causal de incompatibilidad, puesto que el artículo 151 [numeral 2] de la Ley 270 de 1996 prohíbe que los militares en servicio activo ejerzan como jueces en la Rama Judicial. Que el régimen de incompatibilidades está previsto para evitar que los funcionarios judiciales concurran en situaciones que impidan el ejercicio de funciones con independencia e imparcialidad.

7.3.2. Que la Ley 909 de 2004 no era aplicable a la demandante, por cuanto esa ley regula el sistema general de carrera, mientras que la actora tiene la condición de miembro activo de las fuerzas militares. Que, sin embargo, «*la cita que hace la Sala Especial de Instrucción sobre esta Ley 909 de 2004 se hace dentro del marco de análisis de la comisión administrativa conferida a la magistrada Lombana Velásquez a través de la Resolución 7182 del 5 de octubre de 2018, acto que, como ya lo dijo la Sala, goza de presunción de legalidad y no es este el escenario en el que se debata su conformidad con las normas que debió (sic) tenerse en cuenta para su expedición*»¹¹.

7.3.3. Que no es procedente inaplicar el artículo 151 [numeral 2] de la Ley 270 de 1996, toda vez que fue declarado constitucional en la sentencia C-037 de 1996. Que asumir lo contrario derivaría en el desconocimiento del artículo 243 de la Constitución Política, que señala que las sentencias dictadas en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

7.4. Que no se configuró el desconocimiento del precedente judicial, habida cuenta de que las providencias cuestionadas pusieron de presente la existencia del precedente que señala la taxatividad de las causales de impedimento y recusación en materia penal y señalaron que, de conformidad con ciertas normas que integran el bloque de constitucionalidad, debía adoptarse un criterio de interpretación más amplio.

8. Impugnación

La demandante impugnó el fallo de primera instancia. Pidió que se revocara y que, en su lugar, se accediera al amparo solicitado. Para el efecto, alegó lo siguiente¹²:

8.1. Que el *a quo* no tuvo en cuenta que sí se configuró el defecto fáctico, pues no hay pruebas sobre la supuesta imparcialidad de la demandante. Que la teoría de la apariencia de imparcialidad desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos no es aplicable, por cuanto no hace parte del bloque de constitucionalidad y no tiene carácter vinculante.

8.1.1. Que, de todos modos, se aplicó indebidamente la teoría de la apariencia de imparcialidad, pues la sospecha de la parcialidad se basó únicamente en su condición de mayor del Ejército Nacional y no quedó claro qué condiciones debía cumplir el observador razonable que dudaría de la imparcialidad de la demandante.

8.2. Que el defecto sustantivo también está demostrado, habida cuenta de que la Sala Especial de Instrucción aplicó normas de derecho blando y les otorgó el alcance de fuentes normativas con carácter vinculante, a pesar de que la Corte Constitucional ha determinado que carecen de dicho carácter. Que, en efecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-257 de 2008, señaló que no son vinculantes

¹¹ Folio 294 (vuelto).

¹² Folios 373 a 398.

en el derecho interno los instrumentos internacionales denominados *soft law* o derecho blando y que, por ende, no pueden ser integrados al bloque de constitucionalidad.

8.2.1. Que las providencias atacadas tampoco distinguen cuáles son las normas o pronunciamientos de derecho internacional que serían aplicables como *soft law*. Que, por ejemplo, se refiere indistintamente a opiniones consultivas y a sentencias, y que, en todo caso, los instrumentos de derecho internacional no autorizan la creación de nuevas causales de recusación. Que, por lo tanto, la autoridad judicial demandada usó de manera distorsionada y excesiva dichos instrumentos.

8.2.2. Que el sistema jurídico colombiano prevé el principio de taxatividad en las causales de impedimento y recusación con el fin de materializar la seguridad jurídica. Que, por lo tanto, el competente para establecer dichas causales es el legislador, mas no la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia.

8.2.3. Que la Ley 909 de 2004 fue indebidamente aplicada, por cuanto no regula la situación administrativa de la demandante y que no puede aceptarse el argumento del *a quo* de que la mención de la norma no incide en la decisión, pues «*la alusión a cualquier normatividad debe pasar por el filtro de la conducencia y pertinencia y, además, partir del contexto en el que se inscribe*»¹³.

8.2.4. Que no se configura el supuesto de la incompatibilidad prevista en el artículo 151 [numeral 2] de la Ley 270 de 1996, toda vez que la comisión por servicios implica la separación total de las funciones que la demandante desempeñaba como oficial en servicio activo en la Justicia Penal Militar. Que no existe ninguna dependencia administrativa ni disciplinaria con respecto al estamento militar.

8.2.4.1. Que el artículo 151 [numeral 2] de la Ley 270 de 1996 debe interpretarse de conformidad con lo previsto en la sentencia C-037 de 1996 y el Acto Legislativo 01 de 2005. Que la imposibilidad de que un militar en servicio activo ejerza funciones como juez ordinario no se deriva de la falta de imparcialidad o independencia, sino del cumplimiento de la calidad de abogado y de experiencia profesional. Que dichos pronunciamientos de ninguna manera pusieron en duda la imparcialidad de los miembros de la fuerza pública ni dieron cuenta de la existencia de conflictos de intereses para justificar la aludida incompatibilidad.

8.2.4.2. Que, de hecho, la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 ameritaría el examen de la excepción de constitucionalidad frente al contenido y alcance del artículo 151 de la Ley 270 de 1996.

8.3. Que también se probó el desconocimiento del precedente de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el carácter taxativo de las causales de impedimento y recusación. Que, además, no se trata de un ejercicio interpretativo, pues se está creando una nueva causal de recusación.

8.4. Que sí es cuestionada la idoneidad y profesionalismo de la actora y, de contera, su buen nombre, por cuanto las providencias acusadas señalan que se evidencia un riesgo para el prestigio de la justicia y asumen que antepone

¹³ Folio 390.

sus intereses personales sobre la recta administración de justicia. Que bajo esas afirmaciones la demandante jamás podrá ser juez en ningún caso.

8.5. En memorial radicado el 13 de junio de 2019¹⁴, la demandante manifestó que los tratos discriminatorios continúan, puesto que la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia le comunicó que los proyectos de decisión en estudio no serían discutidos en su presencia. Que esa decisión es contraria al correcto funcionamiento de la administración de justicia, por cuanto deja en suspenso los casos en los que no han sido formuladas recusaciones.

8.5.1. Mediante memorial del 17 de junio de 2019¹⁵, la actora aportó copias de las actas del 53 y 54 de la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que, en su criterio, evidencian los nuevos actos de discriminación a los que ha sido sometida. Y, por escrito del 27 de junio de 2019¹⁶, la actora allegó copia de la providencia del 26 de junio de 2016, que, en el marco del proceso 44256, declaró fundada la recusación de la actora y la separó del conocimiento de ese asunto.

9. Intervenciones en segunda instancia

9.1. Los magistrados que suscribieron las providencias cuestionadas solicitaron que se confirme la sentencia impugnada. En síntesis, reiteraron los argumentos expuestos en la respuesta a la demanda de tutela y agregaron lo siguiente¹⁷:

9.1.1. Que no es cierto que la demandante fuera juez de la Justicia Penal Militar cuando fue concedida la comisión para ocupar el cargo de Magistrada de la Corte Suprema de Justicia. Que así lo aceptó la propia demandante ante varios medios de comunicación y en sala de decisión del 6 de junio de 2019 y bien puede advertirse de lo expuesto en la Resolución 563 del 4 de octubre de 2018. Que, en todo caso, lo cierto es que actualmente es oficial en servicio activo del Ejército Nacional y la comisión de servicios no implica la pérdida de continuidad, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1790 de 2000.

9.1.2. Que, además, la doble connotación de magistrada y oficial en servicio activo se evidencia en una nota periodística de la cadena Blu Radio del 8 de noviembre de 2018, que señala que la demandante percibe emolumentos como magistrada de la Corte Suprema de Justicia y como mayor del Ejército Nacional. Que, de todos modos, la discusión concerniente al desconocimiento del artículo 128 de la Constitución Política no es asunto de la Sala Especial de Instrucción.

9.1.3. Que no puede perderse de vista que, según el artículo 83 [numeral 3] del Decreto 1790 de 2000, las comisiones otorgadas al personal militar en servicio activo tienen como finalidad simplemente apoyar a otras entidades, pero sin dejar de lado la condición de militar en servicio activo.

9.1.4. Que, en sentencia C-545 de 2008, la Corte Constitucional señaló que la interpretación del artículo 29 de la Constitución Política no puede ser restrictiva, pues la propia constitución señala que, cuando se trata del reconocimiento de derechos humanos, los tratados y convenios internacionales prevalecen en el orden interno. Que, siendo así, era procedente adoptar la interpretación amplia de las

¹⁴ Folios 341 y 342.

¹⁵ Folios 357 a 371.

¹⁶ Folios 400 a 430.

¹⁷ Folios 305 a 321.

causales de recusación y garantizar la imparcialidad de las partes del proceso penal.

9.2. El señor Pablo Bustos Sánchez, en calidad de coordinador internacional de la organización Veedores Sin Fronteras, pidió que fuera tenido como coadyuvante de la parte demandada, pues, a su juicio, las providencias cuestionadas están debidamente justificadas y la tutela es abiertamente improcedente.

9.3. En memorial del 17 de julio de 2017¹⁸, el apoderado de la parte civil de los procesos 52240 y 52601 pidió que se tuvieran en cuenta los argumentos que expuso en la primera instancia y lo previsto en el artículo 110 de la Ley 600 de 2000, que dice que «*En ningún caso se recuperará la competencia por la desaparición de la causal de impedimento*».

CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa. Coadyuvancia formulada por el señor Pablo Bustos Sánchez

1.1. En virtud del artículo 13¹⁹ del Decreto 2591 de 1991, las personas que tengan interés legítimo en el resultado del proceso de tutela también pueden intervenir para coadyuvar u oponerse a las pretensiones de la demanda.

1.2. Por su parte, el artículo 71²⁰ del Código General del Proceso, aplicable al trámite de la acción de tutela por remisión del artículo 4° del Decreto 306 de 1992, prevé que las personas que tengan relación sustancial con una de las partes del proceso pueden intervenir como coadyuvantes mientras no se haya dictado sentencia de segunda instancia.

1.3. En el caso concreto, el señor Pablo Bustos Sánchez coadyuvó las pretensiones de la parte demandada. Sin embargo, la Sala no encuentra que se trate de un tercero con interés en el resultado del proceso, pues no se advierte de

¹⁸ Folio 438.

¹⁹ Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción Intervinientes. **La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental.** Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud (se resalta).

²⁰ Artículo 71. Coadyuvancia. Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia.

El coadyuvante tomará el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención y podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio.

La coadyuvancia solo es procedente en los procesos declarativos. La solicitud de intervención deberá contener los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoya y a ella se acompañarán las pruebas pertinentes.

Si el juez estima procedente la intervención, la aceptará de plano y considerará las peticiones que hubiere formulado el interveniente.

La intervención anterior al traslado de la demanda se resolverá luego de efectuada esta.

qué manera la decisión que aquí se adopte pueda afectarlo. En consecuencia, será denegada la solicitud de coadyuvancia.

2. De la acción de tutela contra providencias judiciales

2.1. A partir del año 2012²¹, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De hecho, en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014²², se precisó que la acción de tutela, incluso, es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad pública.

2.1.1. Para tal efecto, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales (procesales o de procedibilidad) que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005. Esto es, la relevancia constitucional, el agotamiento de los medios ordinarios de defensa, la inmediatez y que no se esté cuestionando una sentencia de tutela.

2.2. Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales procesales, el juez puede conceder la protección, siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo, que miran más hacia la prosperidad de la tutela: **(i)** defecto sustantivo, **(ii)** defecto fáctico, **(iii)** defecto procedural absoluto, **(iv)** defecto orgánico, **(v)** error inducido, **(vi)** decisión sin motivación, **(vii)** desconocimiento del precedente y **(viii)** violación directa de la Constitución.

2.3. Las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones jurídicas que son propias de los procesos ordinarios o expongan los argumentos que, por negligencia o decisión propia, dejaron de proponer oportunamente.

2.4. Ahora, tratándose de tutela contra providencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado o por la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercen funciones de órganos de cierre en las respectivas jurisdicciones, la Corte Constitucional ha establecido un requisito adicional, consistente en «*la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional*»²³.

3. Planteamiento y solución del problema jurídico

3.1. En los términos de la impugnación, corresponde a la Sala determinar si acertó el juez de tutela de primera instancia, al concluir que las providencias del 10 de mayo de 2019, dictadas por la Sala Especial de Instrucción de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no incurrieron en defecto fáctico, en defecto sustantivo ni en desconocimiento del precedente, cuando declararon fundada la recusación formulada contra la magistrada Cristina Eugenia Lombana Velásquez y la separaron del conocimiento de los procesos 52240 y 52601.

3.2. Para resolver, la Sala pone de presente que los tres defectos endilgados tienen argumentos comunes y, por lo tanto, se abordaran de manera conjunta.

²¹ Ver sentencia del 31 de julio de 2012.

²² Expediente (IJ) 11001-03-15-000-2012-02201-01.

²³ SU-573 de 2017.

4. Las providencias del 10 de mayo de 2019 no incurrieron en defecto fáctico, ni en defecto sustantivo, ni en desconocimiento del precedente judicial

4.1. La Sala advierte que las providencias del 10 de mayo de 2019 comenzaron por precisar que los impedimentos y las recusaciones están previstos para garantizar el debido proceso de las partes, así como para generar confianza y credibilidad en la función de administrar justicia. Seguidamente, se refirió a los estándares de garantía en los procesos judiciales y concluyó que esos estándares están inmersos en el bloque de constitucionalidad. En las providencias acusadas se hizo referencia específicamente a la garantía de independencia judicial, a la garantía de imparcialidad judicial y a la garantía de juez natural.

4.2. Luego, en las providencias acusadas se aludió al principio de taxatividad que rige el régimen de impedimentos y recusaciones y se precisó que la jurisprudencia nacional ha sido pacífica en aceptar dicha taxatividad. En lo pertinente, las providencias dicen:

Es consciente la Sala que la tradición jurídica colombiana en materia de impedimentos y recusaciones ha sostenido secularmente que las causales que las contienen y desarrollan están taxativamente enumeradas en las normas procesales de las diferentes áreas del derecho. Su literalidad insinúa que se trata de una enumeración de tipo *numerus clausus*, de lógica excluyente de un sistema *numerus apertus*. Así se ha mantenido una cultura de taxatividad objetiva, con sus correspondientes desarrollos jurisprudenciales.

Los nobles fines de esta interpretación restrictiva de las causales de impedimentos y recusaciones, están dados por la necesidad de impedir que los funcionarios judiciales puedan voluntariamente apartarse de sus obligaciones públicas por mera liberalidad y sin justa causa, y que los mismos puedan ser removidos del conocimiento de los asuntos judiciales por móviles fraudulentos, temerarios, caprichosos o baladíes, todo en detrimento de una pronta y cumplida justicia. En este sentido, mírense algunos pronunciamientos nacionales [...].

4.3. Enseguida, las providencias objeto de tutela analizaron si el principio de taxatividad resultaba suficiente para dejar a salvo, en este caso, las garantías de independencia, imparcialidad y juez natural, en los siguientes términos:

Se pregunta la Sala entonces si la referida regla de taxatividad quiere significar sin más análisis, que sólo operan las causales de impedimento y recusación previstas en las normas que con carácter procedural las consagran, para el caso en estudio las regladas en el artículo 99 de la Ley 600 de 2000, o si proceden otras de rango supralegal que correspondan a una interpretación que garanticé de manera real y efectiva los resguardos constitucionales (independencia / imparcialidad / juez natural) previamente desarrollados, como principios propios del debido proceso legal.

No soslaya la Sala la importancia ya referida acerca de la taxatividad de las mencionadas causales, empero, apelando al criterio de razonabilidad de la decisión judicial en el caso concreto, a partir de una interpretación comprensiva de la regla en el contexto más sustantivo que procedural, es legítimo determinar si el caso que concita el estudio de la Sala soporta un test de suficiencia en punto a los estándares nacionales e internacionales reclamados; particularmente, como se verá, si tal principio –taxatividad- riñe,

contradice o se opone al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que, respondiendo a la misma filosofía que inspiran los institutos de los impedimentos y las recusaciones, terminan por afectar seriamente la independencia e imparcialidad judicial.

4.4. Para determinar esa cuestión, la autoridad judicial demandada se planteó si en los procesos 52240 y 52601 se garantizó el cumplimiento de los estándares nacionales e internacionales de las garantías de independencia, imparcialidad y juez natural, teniendo en cuenta la situación administrativa de la magistrada Lombana Velásquez, esto es, que para posesionarse como magistrada de la Corte Suprema de Justicia le otorgaron una comisión administrativa.

4.5. Se ocupó, entonces, la Sala Especial de Instrucción de determinar la situación jurídico administrativa de la magistrada Lombana Velásquez y de contrastarla con los estándares internacionales de independencia, imparcialidad y juez natural para, luego, formular una nueva postura jurisprudencial. Agotado ese análisis, en lo que aquí interesa, la Sala Especial de Instrucción concluyó:

iv) La calidad de comisionada de la magistrada recusada, que preserva el régimen de carrera de los oficiales del cuerpo de la justicia penal militar, y conserva su rango militar y su vinculación con las fuerzas militares, suscita cuestionamientos en su independencia e imparcialidad judicial.

v) A pesar de no existir subordinación de mando de la Honorable magistrada, por expresa prohibición constitucional del artículo 221-inc.3 de la Carta Fundamental, el mantenimiento de su estatus de militar en servicio activo genera objetivamente duda razonable sobre el manejo adecuado de sus legítimos intereses personales, en cuanto a la carrera administrativa de la cual es beneficiaria en la justicia penal militar.

vi) Las transferencias permanentes o transitorias entre cargos de las ramas del poder público, promueven espacios de riesgo para las garantías de independencia e imparcialidad, por la mezcla de funciones que precisamente el concepto de separación de poderes trata de evitar.

vii) La prohibición por incompatibilidad del artículo 151-2 de la LEAJ, tiende a impactar la garantía del juez natural, ya que evita la indeterminación de las competencias en el ejercicio de la función judicial en lo que tiene que ver con el juzgamiento de civiles por parte de militares.

viii) El reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las partes intervenientes en el proceso penal, supone la superación de un formalismo normativista y promueve la aplicación e interpretación sustancial de las garantías de independencia e imparcialidad, extendiendo el contenido mínimo de las mismas.

ix) Los principios, preceptos y valores superiores irradian el derecho interno y las decisiones judiciales, posibilitando una labor hermenéutica que trasciende los llanos contenidos garantistas cercanos al núcleo esencial del debido proceso, expandiéndolos para alcanzar efectiva y materialmente los nobles propósitos del régimen constitucional de inhabilidades e incompatibilidades y el legal de impedimentos y recusaciones.

x) Verificados los estándares internacionales de independencia, imparcialidad y juez natural, la Sala advierte que se ha producido un estado de cosas

anticonvencional, razón por la cual desde el escenario constitucional, reconoce el derecho de la víctima o la parte civil a la imparcialidad e independencia judicial, por vía de la aceptación de la teoría de la apariencia de imparcialidad y de la aplicación de una norma de carácter supralegal, a una situación de evidente contrariedad con el derecho fundamental al debido proceso.

4.6. A partir de lo anterior, la Sala estima que las decisiones objeto de tutela resultan razonables y no vulneran los derechos fundamentales invocados por la señora Cristina Eugenia Lombana Velásquez.

4.7. Respecto del supuesto desconocimiento de la regla de taxatividad de las causales de impedimento previstas en el artículo 99 de la Ley 600 de 2000, la Sala precisa que, como se dijo, la autoridad judicial demandada sí tuvo en cuenta dicha regla. Sin embargo, consideró que resultaba insuficiente para tener por cumplida la garantía de imparcialidad en el trámite y decisión de los procesos con radicado 52240 y 52601. Justamente por lo anterior, acudió a los estándares de derecho internacional sobre la garantía de imparcialidad, concretamente a la denominada teoría de apariencia de imparcialidad.

4.8. A juicio de la actora, esa teoría resulta inaplicable porque no está prevista en la legislación interna ni ha sido acogida por la jurisprudencia nacional. Que, de todos modos, ni siquiera hace parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, no es vinculante para decidir sobre la recusación formulada en su contra.

4.9. Sobre la denominada teoría de la apariencia de imparcialidad debe decirse que fue acuñada por el Tribunal Constitucional Español para garantizar la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. Para el efecto, el Tribunal Constitucional Español estimó que debe contarse con «*un modelo de Juez rodeado de la apariencia de imparcialidad, no sólo en la realidad de su desconexión con las partes y con el objeto del proceso, sino también en su imagen, eliminando cualquier sombra al respecto cuando existan elementos objetivos que puedan justificar una apariencia de parcialidad*»²⁴.

4.9.1. Posteriormente, dicha teoría fue adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en el caso Piersack Vs. Bélgica²⁵, dijo lo siguiente: «*Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicio o parcialidades, su existencia puede ser apreciada conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto*». Asimismo, señaló que «*debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables*».

4.9.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha referido a la teoría de la apariencia de imparcialidad. Concretamente, en el caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, hizo referencia a la decisión adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Piersack Vs. Bélgica e indicó que «*la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo*

²⁴ Auto: 026/2007 (Caso Pérez Trempe).

²⁵ Sentencia del TEDH de 01 de octubre de 1982.

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».

4.9.3. De hecho, la Corte Interamericana citó expresamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así: «*La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona [...] ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho».*

4.9.4. La Sala advierte que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituyen criterios hermenéuticos relevantes para que las autoridades judiciales colombianas determinen el contenido y alcance de las normas cuando están involucrados derechos fundamentales. A título de ejemplos, se citan las siguientes providencias:

4.9.4.1. En sentencia C-715 de 2012, la Corte Constitucional sostuvo que los precedentes «*de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados [derechos humanos], constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales*». A su vez, de manera complementaria, en sentencia C-327 de 2016, la Corte Constitucional advirtió que «*en la interpretación de los derechos fundamentales, la Corte ha utilizado sin distinción precedentes de la Corte IDH, los comités de monitoreo de tratados de Naciones Unidas, así como sus recomendaciones generales. De esta manera, se puede concluir que hasta el momento, para esta Corporación la relevancia del criterio hermenéutico se desprende del hecho de que los pronunciamientos sean emitidos por el órgano encargado de monitorear el cumplimiento del convenio internacional*».

4.9.4.2. De manera más relevante para el *sub lite*, en sentencia C-450 de 2015, la Corte Constitucional se pronunció frente a una discusión relacionada con la garantía de imparcialidad judicial y se refirió a la teoría de la apariencia de imparcialidad. En lo que interesa, dijo:

[...] a modo de ilustración frente al derecho comparado, esta Corporación hará referencia al Sistema Europeo de Derechos Humanos, donde la garantía de imparcialidad también se halla proclamada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 47 consagra el derecho de toda persona a que su causa sea conocida “*por un juez independiente e imparcial*”. En idéntico sentido, el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales contiene el derecho a un juicio imparcial.

Como se expuso anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos distingue entre imparcialidad subjetiva y objetiva²⁶. Para el presente juicio de constitucionalidad es relevante indicar que, frente al aspecto objetivo, la Corte Europea ha establecido como estándar para determinar una situación de falta de imparcialidad

²⁶ Cita del texto original «*Véase también, TEDH. Case of Micallef vs. Malta [GC], no 17056/06. Judgment of 15/10/2009*».

que exista un temor, objetivamente justificado, de que la citada garantía pueda verse afectada²⁷. (Resalta la Sala).

4.9.5. Siendo así, la Sala considera que, contra lo alegado por la demandante, la Corte Constitucional sí ha aceptado que en el derecho interno colombiano pueden tenerse en cuenta los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que constituyen criterios hermenéuticos relevantes para efecto de determinar el contenido y alcance de derechos fundamentales. De hecho, como se vio, para decidir una cuestión de constitucionalidad, se aludió a la denominada teoría de la apariencia, en los términos en que ha sido adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4.9.6. La Sala no desconoce que el artículo 230 de la Constitución Política establece que los jueces están sometidos al imperio de la ley. Pero esa misma norma también reconoce que existen otros criterios auxiliares de interpretación, como bien puede serlo la doctrina adoptada en el derecho internacional, que puede utilizarse para decidir los casos puestos a consideración de los jueces, máxime si se trata garantizar derechos fundamentales, como ocurre con el debido proceso y la garantía de juez imparcial y de generar confianza y credibilidad en la función de administrar justicia.

4.10. También resulta razonable que la Sala Especial de Instrucción hubiese concluido que el hecho de que la señora Cristina Eugenia Lombana Velásquez tuviera, al tiempo, la condición de militar en servicio activo y magistrada de la Corte Suprema de Justicia generaba una duda razonable sobre la falta de imparcialidad, en la medida en que, como se concluyó en las providencias acusadas, la situación administrativa de la magistrada generaba implicaciones jurídicas respecto del principio de separación de poderes y desconocía el numeral 2 del artículo 151 de la Ley 270 de 1996, que establece que el ejercicio de cargos en la Rama Judicial es incompatible con «*la condición de miembro activo de la fuerza pública*». Sobre el fin de esta incompatibilidad, la autoridad judicial demandada explicó:

Se trata, en criterio de la Sala, de imponer a los funcionarios judiciales el deber de una dedicación exclusiva a la labor judicial, para prever así la utilización de su cargo para el logro de intereses personales o ajenos, con menoscabo de las garantías de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional.

Esta prohibición tiene marcada importancia respecto de la garantía de juez natural, ya que evita la indeterminación de las competencias en el ejercicio de la función judicial, sobre todo en lo que tiene que ver con el juzgamiento de civiles por parte de militares. Múltiples casos pueden citarse a nivel internacional, donde los tribunales autorizados para aplicar las normas convencionales han reprochado tal estado de indeterminación, sobre la base histórica y progresiva disminución de las competencias de los tribunales militares.

²⁷ Cita del texto original: «*TEDH. Case of Golubović vs. Croatia, no. 43947/10. Judgment of 27 november 2012. Case of Wettstein vs. Switzerland, no. 33958/96, judgment of 21 December 2000. Case of Pabla KY v. Finlad, Judgment of 26 June, 2004. Case of Micallef vs. Malta [GC], no 17056/06. Judgment of 15/10/2009*

4.10.1. Ahora, la Sala no encuentra justificado el reproche de la demandante sobre la falta de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 151 [numeral 2] de la Ley 270 de 1996, pues la Corte Constitucional, mediante sentencia C-037 de 1996, declaró exequible dicha norma. Esa decisión resulta obligatoria y tiene efecto *erga omnes*, de conformidad con lo previsto en el artículo 243 de la Constitución Política.

4.11. En cuanto al desconocimiento del precedente consolidado por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre la taxatividad de las causales de recusación e impedimento, la Sala precisa que la Corte Constitucional ha establecido que el juez puede apartarse válidamente del precedente cuando: «(i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues ‘sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia’²⁸; y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo»²⁹.

4.11.1. La Sala estima que, en los términos exigidos por la Corte Constitucional, la autoridad judicial demandada cumplió con la carga argumentativa requerida para apartarse del precedente que señala la taxatividad de las causales de recusación e impedimento, por cuanto advirtió que, para resolver la recusación, dichas causales resultaban insuficientes y era necesario acudir a estándares internacionales sobre la garantía de imparcialidad judicial. En lo pertinente, las providencias dicen:

La verificación de los estándares internacionales de independencia, imparcialidad y juez natural en este asunto, ha producido un estado de cosas anti convencional. Por tal razón la Sala deberá dar un giro hermenéutico a la teoría jurídica aplicable hasta el momento, al problema de la taxatividad de las causales de recusación en el proceso penal, utilizando una metodología antiformalista y evolutiva de interpretación, que privilegie la expansión de los contenidos mínimos de las garantías estudiadas, y trascienda la concepción impersonal del juez como autómata de la subsunción.

Resulta contradictorio entonces que, frente a los fines superiores de los institutos procesales de impedimentos y recusaciones, esto es, el aseguramiento de la independencia e imparcialidad judicial, tales restricciones interpretativas no tengan la capacidad amplia de salvaguardar las garantías constitucionales más importantes en materia penal, pues estamos pisando terreno constitucional. Las “formas propias del juicio” de que habla el artículo 29 superior, como ya se dijo, son aquellas del debido proceso como derecho fundamental y, por supuesto, sus garantías

²⁸ Sentencia T-688 de 2003. Además, en esta oportunidad se sostuvo: “El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones *ex novo*, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido *rationes decidendi*, que los ciudadanos legítimamente siguen”.

²⁹ Ver entre otras, las sentencias T-014 de 2009, T-777 de 2008, T-571 de 2007, T-049 de 2007, T-440 de 2006, T-330 de 2005, T-698 de 2004, T-688 de 2003 y T-468 de 2003.

constitucionales, llamadas a proteger a sindicados y víctimas de las acciones de quien se sospecha algún grado de parcialidad.

4.11.2. Conviene recordar que, de conformidad con los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, son tribunales de cierre en las Jurisdicciones Ordinaria y Contencioso Administrativa, respectivamente. La propia Corte Constitucional señaló que estas tres instituciones «*tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos por ellas emitidos se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento*»³⁰.

4.11.2.1. Justamente, el hecho de que la autoridad judicial demandada sea tribunal de cierre y tenga a su cargo la labor de unificar jurisprudencia, la habilita para adoptar nuevas interpretaciones y, por ejemplo, para un caso concreto, ampliar los criterios con los que tradicionalmente se decidían las recusaciones e impedimentos con el fin de garantizar la efectividad de los principios de imparcialidad e independencia que debe caracterizar la función judicial.

4.12. Por último, hay que precisar que el hecho de que prospere una recusación que pesa sobre el juez o funcionario no supone, por sí, la vulneración del derecho al buen nombre, como lo alega la demandante. Como se dijo, la recusación —lo mismo se predica del impedimento— es un mecanismo previsto por el legislador para garantizar que las decisiones judiciales o administrativas, según el caso, se adopten conforme con los principios de independencia e imparcialidad.

4.12.1. Cuando se declara fundada una recusación propuesta contra el juez o funcionario, la consecuencia inmediata es la separación del asunto que está por resolverse, pues de esta forma se garantiza la imparcialidad necesaria para adoptar la decisión. Pero eso no significa que la prosperidad de esa recusación afecte, *per se*, el patrimonio moral o el buen nombre del funcionario. Tampoco puede significar que se desconozcan las calidades profesionales y personales del funcionario recusado ni que se afecte el concepto que los demás tienen con respecto a la persona recusada. Se trata simplemente de la aplicación de la garantía de imparcialidad prevista en favor de las partes del proceso judicial.

4.13. Queda resuelto, entonces, el problema jurídico propuesto: acertó el juez de tutela de primera instancia, al concluir que las providencias del 10 de mayo de 2019, dictadas por la Sala Especial de Instrucción de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no incurrieron en defecto fáctico, en defecto sustantivo ni en desconocimiento del precedente, cuando declararon fundada la recusación formulada contra la magistrada Cristina Eugenia Lombana Velásquez y la separaron del conocimiento de los procesos 52240 y 52601. En consecuencia, se confirmará la providencia impugnada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

- 1. Denegar** la coadyuvancia presentada por el señor Pablo Bustos Sánchez.
- 2. Confirmar** la sentencia impugnada, por las razones expuestas.

³⁰ Sentencia SU- 354 de 2017.

- 3. Notificar** la presente decisión a los interesados, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
- 4. Enviar** el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Magistrada

MILTON CHAVES GARCÍA
Magistrado
Aclaro voto

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Magistrado