



Radicación: 11001-03-15-000-2023-06196-00 y
11001-03-15-000-2023-06338-00 [Acumulado]
Demandantes: Gerardo Botero Zuluaga y otro

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2023-06196-00
11001-03-15-000-2023-06338-00 [Acumulado]
Demandante: Gerardo Botero Zuluaga y otro
Demandado: Presidencia de la República y otro

Temas: Derechos fundamentales al voto, dignidad humana, igualdad, equidad de género y libertad de expresión

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Decide la Sala la acción de tutela acumulada, interpuesta por el doctor Gerardo Botero Zuluaga y el señor Diego Alejandro Rojas Medina¹ en contra de la Presidencia de la República y la Corte Suprema de Justicia, en aras de obtener la protección de los derechos fundamentales al voto, dignidad humana, igualdad, equidad de género y libertad de expresión.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio de la acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, los mencionados ciudadanos solicitaron que se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, equidad de género y dignidad humana. Además, el

¹ Mediante auto del 2 de noviembre de 2023, se acumuló la acción de tutela con radicado 11001031500020230633800 a la identificada con el radicado 11001-03-15-000-2023-06196-00.



doctor Gerardo Botero Zuluaga solicitó la protección de sus derechos al voto y libertad de expresión.

Como consecuencia, los accionantes pretendieron lo siguiente: i) dejar sin valor y efecto la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, que se negó a devolver la terna para la elección del fiscal general de la Nación, período 2024-2028; y ii) ordenar al presidente de la República que remita una nueva terna en la que también se tenga en cuenta a los hombres.

1.1.2. Los hechos

Los accionantes narraron los siguientes hechos:

i) El doctor Gerardo Botero Zuluaga fue nombrado magistrado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y tomó posesión del cargo, para lo cual juró cumplir cabal y fielmente con la Constitución Política y la ley. En la actualidad se encuentra en el ejercicio de la función.

ii) El 2 de agosto de 2023, el presidente de la República, doctor Gustavo Petro Urrego, remitió a la Corte Suprema de Justicia la terna para la elección del fiscal general de la Nación, integrada por las doctoras Ángela María Buitrago Ruíz, Amelia Pérez Parra y Amparo Cerón Ojeda.

iii) El 7 de septiembre de 2023,² el ciudadano Belisario Jiménez Duque le solicitó a la mencionada corporación judicial devolver la terna que remitió el presidente de la República por considerar que se vulneraba el derecho a la igualdad y a la equidad de género en tanto que estaba integrada exclusivamente por personas de sexo femenino.

iv) 14 de septiembre de 2023, en sesión ordinaria, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia negó la anterior solicitud. Frente a esta respuesta el doctor

² Información extraída de la documentación anexada con el escrito de tutela.



Gerardo Botero Zuluaga presentó salvamento de voto, con argumentos análogos a los que sustentan el presente mecanismo de amparo.

v) El 26 de septiembre de 2023, el presidente de la República remitió a la Corte Suprema de Justicia una nueva terna para la elección de fiscal general de la Nación, integrada por las doctoras Luz Adriana Camargo Garzón, Ángela María Buitrago Ruíz y Amelia Pérez Parra.

vi) Con esta última terna se siguieron vulnerando los derechos a la igualdad y equidad de género, los cuales no sólo se predicen de las mujeres, sino también de los hombres y de las personas de género no binario.

vii) El doctor Gerardo Botero Zuluaga expresó que, para evitar una estigmatización en su contra, consideraba pertinente aclarar que su inconformidad radica en que la referida terna debió respetar la igualdad y equidad de género; por ende, si aquella se hubiera integrado solo con nombres de hombres no habría dudado en manifestar su desacuerdo con la exclusión de las mujeres.

1.1.3. Fundamentos de derecho

En los escritos de tutela se invocan como vulnerados los artículos 13, 40, 43 y 93 de la Constitución Política y 6 de la Ley 581 de 2000. Además, la «Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer», ratificada en Colombia a través de la Ley 8 de 1959; la «Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer», ratificada a través de la Ley 35 de 1986; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Igualmente, las sentencias de la Corte Constitucional T- 406 de 1992, C-141 de 2010 y T-150 de 2015.

En los fundamentos de derecho, los accionantes expresaron lo siguiente:

i) El artículo 40 de la Carta Política consagra el derecho a elegir y ser elegido, así como la democracia participativa. En ese sentido, el doctor Gerardo Botero Zuluaga, en su calidad de elector del próximo fiscal general de la Nación se ve afectado con la decisión de la Corte Suprema de Justicia de desconocer la



reglamentación que ha sido establecida en el sistema jurídico colombiano, en relación con los nombramientos que deban realizarse a través de listas, ya que el artículo 6 de la Ley 581 de 2000 señala que estas deberán elaborarse con inclusión de hombres y mujeres en igual proporción.

ii) En la «Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer», «las Altas Partes Contratantes convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo». A su vez, el artículo 3 de la Ley 35 de 1985 estipula que «[l]as mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna».

iii) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos compromete a los Estados parte a garantizar la igualdad para el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos de hombres y mujeres y enfatiza que ambos tienen derecho a «[p]articipar en la dirección de los asuntos públicos, elegir y ser elegido y tener acceso, en condiciones de igualdad a la función pública».

iv) Las citadas disposiciones no restringen la participación de los hombres en el sistema de listas, sino que buscan garantizar la equidad entre hombres y mujeres, para que no se presente una discriminación en razón al género; por ese motivo, la integración de listas, solamente por mujeres, desconoce la normativa en comento.

v) Además, desde la perspectiva de la jurisprudencia y doctrina constitucional, el ejercicio del derecho al voto implica satisfacer una serie de principios que permiten materializar los ideales del Estado democrático, dentro de los cuales se resaltan la transparencia, publicidad, moralidad e igualdad material de los sujetos u «opciones de voto», de manera que la satisfacción de este derecho no se agota solamente con el hecho de elegir a uno u otro ciudadano, sino se requiere que el Estado garantice el cumplimiento de elementos básicos para su ejercicio.

vi) El magistrado Gerardo Botero Zuluaga sostuvo que el presidente de la República, con una publicación realizada el 10 de octubre de 2023 en la red social



«X», vulneró sus derechos a la libertad de expresión, por cuanto convocó a las voces feministas para cuestionar las discrepancias que ha tenido frente a la conformación de la terna; por ello, se «trasladó la discusión jurídica a un plano que no corresponde (machismo y feminismo)».

1.2. Actuación procesal

1.2.1. Mediante auto del 12 de octubre de 2023, el consejero ponente inadmitió la acción de tutela con el fin de que se precisara el alcance de la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

1.2.2. Una vez cumplido lo anterior, el 24 de octubre de 2023, el proceso ingresó al despacho y, por auto del 25 de octubre de 2023, se dispuso lo siguiente: a) admitir la acción de tutela; b) negar la medida cautelar solicitada; c) notificar a la presidencia de la República y a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia como demandados, y a las señoras Luz Adriana Camargo Garzón, Ángela María Buitrago Ruiz, Amelia Pérez Parra y Amparo Cerón Ojeda en calidad de terceras con interés; d) vincular al señor Belisario Jiménez Lúquez como tercero con interés; y e) requerir a la Corte Suprema de Justicia y a la Presidencia de la República para que remitieran documentación relevante al trámite de tutela.

1.3. Contestación

1.3.1. De la Corte Suprema de Justicia

El presidente (e) de la Corte Suprema de Justicia solicita se niegue el amparo, con fundamento en las razones que se exponen, a continuación:³

i) El mecanismo tutelar es improcedente para la defensa de valores jurídicos abstractos cuando no es posible concretarlos en una garantía subjetiva, situación que opera en este caso porque se hace referencia de manera general a la violación del ordenamiento jurídico.

³ Visto en Samai, expediente digital, PDF contestación Corte Suprema de Justicia, folios a 1 a 4.



ii) No se desconoce el derecho al voto del doctor Gerardo Botero Zuluaga, por cuanto:

a) Los derechos político-electorales cuentan con un alcance y contenido definido que hace referencia a la posibilidad que tienen los ciudadanos de participar en asuntos políticos de interés general, directamente o por medio de sus representantes debidamente elegidos.⁴

b) El voto que como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, eventualmente, depositará en el proceso de selección de la persona que dirigirá la Fiscalía General de la Nación no guarda una relación de correspondencia con el derecho invocado, sino que hace parte del cumplimiento de las funciones que constitucionalmente le fueron asignadas para el ejercicio del cargo.

c) La discrepancia de criterios que pueden presentarse entre los miembros de corporaciones judiciales hace parte de las dinámicas propias de los procesos de toma de decisiones y la derrota de una determinada posición no puede considerarse violatoria de un derecho fundamental, sino una consecuencia lógica de la aplicación de los dispositivos procedimentales para superar una divergencia.

iii) La Corte Suprema de Justicia se abstuvo de devolver la terna presentada por el presidente de la República para la elección del fiscal general de la Nación, período 2024-2028, en un ejercicio deliberatorio por parte de los magistrados de la corporación y la acción constitucional impetrada no es el mecanismo idóneo para controvertirla, sino que para ello están previstas acciones en el ordenamiento jurídico, por ende, corresponde a los jueces naturales determinar su legalidad.

1.3.2. De la Presidencia de la República

La delegada de la presidencia de la República se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la acción de tutela, en estos términos:

⁴ Artículos 40 de la Constitución Política, 23 de la CADH y 25 del PIDCP.



- i) La terna para la elección del próximo fiscal general de la Nación constituye un acto de trámite o preparatorio que no define una situación particular y concreta, sino que emerge de la función constitucional del presidente de la República, ejercida de acuerdo con el margen de maniobra que le asiste.
- ii) La postulación de tres mujeres en la conformación de la terna es una acción afirmativa a favor de un grupo históricamente discriminado, para el caso las mujeres, quienes han sufrido estigmatización y menosprecio por parte de la sociedad y han sido obligadas a ocultar sus capacidades.
- iii) La implementación de la cuota de género en la terna para designar fiscal general de la Nación no constituye violación de los derechos fundamentales invocados, sino que se trata de una medida que se alinea con los compromisos del país en la corrección de los desbalances estructurales y proporciona un mecanismo para remediar la subrepresentación histórica de las mujeres en el ámbito de la justicia.⁵

1.4. Intervenciones

La doctora Amparo Cerón Ojeda, vinculada como tercera con interés, solicitó que se acceda a las pretensiones de la acción de tutela, pues considera que fue excluida injustificadamente del proceso de selección para ocupar el cargo de fiscal general de la Nación.⁶

Al plenario también se allegaron varias intervenciones ciudadanas, que serán tenidas en cuenta bajo la figura del *amicus curiae* o «amigo de la corte», entendida como las «presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma. De esta manera, la naturaleza del *Amicus* es la de acompañar el desarrollo de la actuación judicial, mas no coadyuvar pues, como

⁵ Visto en Samai, expediente digital, PDF contestación presidencia de la República, folios a 1 a 5 y folios 1 a 17.

⁶ Visto en Samai, expediente digital, PDF escrito doctora Amparo Cerón Ojeda, folios a 1 a 5.



Radicación: 11001-03-15-000-2023-06196-00 y
11001-03-15-000-2023-06338-00 [Acumulado]
Demandantes: Gerardo Botero Zuluaga y otro

tercero ajeno al proceso, carece de idoneidad procesal para formular pretensiones propias o impugnar las contrarias». ⁷

Para el presente caso, se resalta que los *amicus* pueden proponer argumentos y análisis extraídos no solo de la experiencia investigativa, sino también de la observación social. De este modo «pueden apoyar la ilustración de un problema que reviste un interés general, incluso por fuera del resultado concreto del caso particular». ⁸

En este trámite se tienen como «amigos de la Corte» a las siguientes personas: i) Eduardo José Díaz Fuentes, cuyo escrito se referencia «VINCLAR OPINIÓN GÉNERO NO BINARIO»; ⁹ ii) Susana Mejía González, coordinadora de la Red Nacional de Mujeres de Colombia; ¹⁰ y iii) Natalia Alexandra Insuasty Daza, representante de la Fundación Jurídica Proyecto Inocencia. ¹¹ De estas intervenciones se destacan los siguientes argumentos:

⁷ Corte Constitucional. Auto 107 de 2019.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-196 de 2023.

⁹ Contenido en los índices 7 y 18 del aplicativo Samai

¹⁰ Organizaciones que suscriben: Red Nacional de Mujeres; Red Dianicas; Organización Levantémonos Mujeres; Corporación Redmujeres; Asociación de Mujeres Agropecuaria de Paraíso; ASOGPEAZ; Casa de la Mujer; Católicas por el Derecho a Decidir - Colombia; Red DeFemSorras; Red de Colectivos de Mujeres Medellín; Fundación Cedesocial; Corporación Punto Focal Colombia; Las Viejas Verdes; Corporación Hypatia; Fundación AVP; Red Mariposas de Alas Nuevas; Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES); Red Departamental de Mujeres Chocoanas; Fundación Útero; Asociación Red Departamental de Mujeres del Cauca (Redemuc); Escuela de Género y Derecho de la Universidad de Caldas; Corporación Red de Empoderamiento de las Mujeres de Cartagena de Indias y Bolívar; Colectivo Cultural y Pedagógico EncantaPalabras; Colectivo de Mujeres Nayibe; Corporación Palenque Wiwa; Red Departamental de Mujeres Chocoanas; Asociación de Trabajadores Campesinos del Carare; Programa Integral de Garantía y Cocomopoca; Colectivo Mujeres, Pedagogía y Paz; Fundación Mujer y Vida; Corporación Mujer Sigue mis Pasos; Fundación Nidia Erika Bautista; Asociación Nanas de Vida; Asomaría Construyendo Paz; Comisión Colombiana de Juristas; CIVISOL; Fundación de Civismo y Solidaridad para Cambios Sistémicos; Asociación MINGA; Mesa de Derechos Humanos; Corporación de Investigación y Acción Social y Económica (CIASE); Colectivo de Pensamiento y Acción Mujeres, Paz y Seguridad; Consejo Consultivo de Mujeres de Bello - Ant.; Unión de Ciudadanas de Colombia; Asociación Movimiento De Mujeres De Ciudad Bolívar; Asociación Tierra de Esperanza; Alianza de Organizaciones de Mujeres de Santa Marta y Magdalena por la Paz (PAZALIANZA); Asociación Nacional de Fútbol Femenino; Open Foundation; Colectivo de Defensoras y Defensores de DDHH; Corporación Mujer Sigue Mis Pasos; DESH Consultores; UGTI CUT. Secretaría General; Fundación Fe Con Vida -Fiqui Octava/ Papeleta; Veeduría Las Magdalenas y Diversidades Por la Paz (Madipaz); Corporación Mujeres Cordobesas; CORPOMUJER - Corporación para el Desarrollo de la Mujer (CORPOMUJER);Tejiendo Cultura Caribe; Colectivo de Mujeres MALU; Fundación Ashanti Lilith; Fundación Mavi; Educar Consumidores; Red Nacional e Internacional de Feministas y Plebeyas; Asociación Otras Voces; La Creciente Feminista; Campaña por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito en Colombia Hijxs de Usminia; Vallecaucanas en Confluencia de Tuluá, Valle ArteFacta ASOMUSUD; Mujeres Campesinas de Montería Amuhcam; LaPsicoEnfermera; Ola Pazífica; Colectiva Teatral cliTOrias; Colectivo Mujer Montaña; Colectivo Por la Paz de Colombia desde México (Colpaz); Asociación de Usuarios del Sistema de Salud; Organización de Colombianos Refugiados en Chile (OCORCH); Ciudadanías por la Paz de Colombia-Francia; Fundación Tradición Oral; Colectivo Raíces de Resistencia; CorpoMujer y Movimiento Popular de Mujeres La Sureña. Visto en Samai, expediente digital, PDF comunicado a la opinión pública, folios a 1 a 4. Contenido en los índices 14 a 17 del aplicativo Samai.

¹¹ Visto en Samai, expediente digital, PDF escrito Fundación Jurídica Proyecto Inocencia, folios a 2 a 12.



- La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-033 de 2022, estudió la categoría del género no binario, por lo que esta decisión debe tomarse como un referente vinculante para salvaguardar los derechos al género e identidad.
- La desigualdad de género parte de reconocer que históricamente las mujeres han sido discriminadas y, por lo tanto, es necesario tomar acciones que contribuyan a disminuir las brechas entre mujeres y hombres para que se logre avanzar hacia la igualdad de género y se eliminen las condiciones de vulnerabilidad y subrepresentación en escenarios de toma de decisión, de forma que también a ellas se les permita «gozar de una vida pública sin cuestionamientos ni violencias».
- Las acciones afirmativas son medidas constitucionalmente admitidas para superar la desigualdad de género en contra de las mujeres y personas LGBTIQ+.
- La integración de la terna exclusivamente por mujeres no desconoce los derechos fundamentales de los demás integrantes del conglomerado social, sino que viabiliza el acceso de la mujer a altos cargos de la administración de justicia y que antes no habían podido ocupar.

2. Consideraciones de la Sala

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer del presente asunto conforme a las siguientes reglas de competencia.

- a) Numeral 8 del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, último inciso, que preceptúa lo siguiente: «[c]uando se trate de acciones de tutela presentadas por funcionarios o empleados judiciales, que pertenezcan o pertenecieron a la jurisdicción ordinaria, el conocimiento corresponderá a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y cuando se trate de acciones de tutela presentadas por funcionarios o empleados judiciales, que pertenezcan o pertenecieron a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el conocimiento corresponderá a la jurisdicción ordinaria. En los demás casos de tutelas



promovidas por funcionarios o empleados judiciales, las acciones de tutela serán conocidas por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado».

b) Numeral 12 del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, en tanto prevé que «[l]as acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones del Presidente de la República [...] serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, al Consejo de Estado», en concordancia con los artículos 86 Constitucional y 25 del Acuerdo 080 de 2019, según este último «[l]as tutelas que sean de competencia del Consejo de Estado en primera instancia y en segunda instancia se someterán a reparto por igual entre todos los magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo y serán resueltas por la sección o subsección de la cual haga parte el magistrado a quien le haya correspondido el reparto».

2.2. Problema jurídico

En primer lugar, deberá estudiarse si la acción de tutela es procedente para cuestionar la terna encaminada a la elección de fiscal general de la Nación, período 2024-2028, presentada por el presidente de la República ante la Corte Suprema de Justicia. En segundo lugar, en caso de resultar procedente este mecanismo de amparo, la Sala deberá examinar si las mencionadas autoridades vulneraron o no los derechos fundamentales de los accionantes al voto, dignidad humana, igualdad, equidad de género y libertad de expresión.

Para efectos metodológicos, el estudio del *sub lite* se desarrollará en el siguiente orden: i) procedencia de la presente acción de tutela; ii) características del derecho al voto en los órganos colegiados; iii) conformación de la terna para elegir Fiscal General de la Nación – Acciones afirmativas; iv) hechos probados; y v) solución al caso concreto.

2.3. Procedencia excepcional de la acción de tutela

La acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales, que tiene su origen en el artículo 86 constitucional y se caracteriza por ser residual y subsidiaria.



Por ello, el artículo 6 numeral 1 del Decreto 2591 de 1991 establece como causal de improcedencia de la tutela que «existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable».

La jurisprudencia¹² ha reiterado que el juez de tutela debe analizar los asuntos que llegan a su conocimiento observando estrictamente el carácter subsidiario y residual de la acción, es decir, que sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios legales existentes, ninguno resulte idóneo para proteger el derecho que se alegue como conculcado, o cuando a pesar de que se disponga de otro medio de defensa judicial idóneo, se acuda a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual deberá probarse.

2.3.1. Naturaleza jurídica de la terna para la elección de fiscal general de la Nación y el momento en que surge el control jurisdiccional

La Presidencia de la República en su escrito de contestación adujo que el acto administrativo que integra la terna para escoger al fiscal general de la Nación es de carácter preparatorio o de trámite, esto es, que no define una situación jurídica concreta, motivo por el cual solamente está sujeto al control que realice el juez natural una vez se materialice la elección.

Ahora bien, conforme se expresó en reciente providencia, el acto administrativo se define como una manifestación de voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas que produce efectos jurídicos de carácter general, mixto o particular, sometido a la Constitución y a la ley y cuyo control jurisdiccional corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.¹³

En lo que atañe al *sub lite*, resulta relevante la clasificación entre actos de trámite, preparatorios y definitivos. En la providencia en comento, se hizo un estudio de la

¹² Corte Constitucional, sentencias T-030 de 2015, T-871 de 1999, T-069 de 2001, T-1268 de 2005, T-972 de 2006, T-074 de 2009, T-954 de 2010, T-177 de 2011, T-595 de 2011, T-890 de 2011 y T-205 de 2012, entre muchas otras.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto del 19 de septiembre de 2023, radicado 11001-03-25-000-2022-00348-00 (2832-2022).



doctrina autorizada,¹⁴ el cual permitió concluir que el **acto preparatorio** «es aquel que contribuye a formar el juicio o criterio de la administración para decidir la actuación». El **acto de trámite** «es el que le da celeridad y movimiento requeridos a la actuación administrativa, es decir, impulsa el trámite propio de la decisión que ha de tomarse, e incluso con posterioridad a su expedición para darle publicidad y firmeza». El **acto definitivo** «es el que contiene la decisión ejecutoria o pone fin a la actuación administrativa, pues decide el fondo del asunto. No obstante, el acto de trámite se puede convertir en definitivo cuando hace imposible la continuación de la actuación».

A su turno, conforme al diseño procedimental establecido en la Ley 1437 de 2011, la calificación de un acto administrativo como definitivo, de trámite o preparatorio es importante para determinar si es susceptible de recursos en sede administrativa y de control jurisdiccional.

Específicamente, sobre el acto con el cual se conforma la terna para elegir fiscal general de la Nación, el Consejo de Estado ha precisado que «por la fase del procedimiento en que se gesta, puede catalogarse como preparatorio, mientras que, por la manera en que se conforma, puede concebirse como un acto discrecional».¹⁵

También se ha explicado que la terna «no es demandable en forma anticipada a la elección cuyo resultado final predomina sobre las etapas previas que integran su desarrollo»;¹⁶ sin embargo, «entre los actos preparatorios y los definitivos existe la misma relación que hay entre las partes y el todo, de suerte que los vicios de los primeros afectan el segundo y permiten su anulación».¹⁷

En síntesis, la terna posibilita el procedimiento de elección, pues constituye el insumo fundamental para escoger de entre tres candidatos a quien ocupará el cargo de fiscal

¹⁴ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. 5ª edición, Bogotá, Librería Ediciones El Profesional Ltda., 2009.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de junio de 2023, radicado 25000-23-36-000-2012-00740-03 (58022).

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 22 de octubre de 2009, radicación No. 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-2008-00027-00 (acumulados).

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 22 de octubre de 2009, radicación No. 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-2008-00027-00 (acumulados).



general de la Nación; por ello, las irregularidades en la elaboración de la terna afectan la legalidad del acto que declare la elección.

Por otra parte, el Consejo de Estado ha señalado que el control jurisdiccional de la terna procede una vez se ha expedido el acto de elección o definitivo. En tal sentido, se ha sostenido lo siguiente:¹⁸

[...] teniendo en cuenta que el control jurisdiccional de los actos de nombramiento o elección de servidores públicos está sometido a las reglas especiales del proceso electoral contenidas en los artículos 223 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, y que, como quedó establecido, en los procesos administrativos de elección o nombramiento de servidores públicos en los que se contempla la conformación de ternas, éstas son actos preparatorios o de trámite, **cuando se demanda el acto de elección por irregularidades ocurridas con ocasión de la formulación de dichas ternas debe estar a lo dispuesto en el artículo 229 del citado Código, según el cual debe demandarse precisamente el acto de elección, aun cuando el vicio de nulidad afecte tales actos intermedios.**

[...]

[E]s pues el acto final y no uno previo o intermedio el que debe impugnarse y de ahí que no pueda impetrarse la nulidad de tales actos administrativos electorales, en forma autónoma sino impugnando directamente la nulidad de la declaratoria de elección, aunque los vicios de nulidad se prediquen de tales actos previos o de trámite electoral. [Resaltado fuera del texto].

Conforme al anterior criterio interpretativo, la terna para elegir fiscal general de la Nación es un acto preparatorio y, por lo tanto, no es susceptible de ser demandado de forma autónoma e independiente al acto definitivo que se constituye una vez se ha producido la designación.

2.3.2. Procedencia de la acción de tutela para enjuiciar actos administrativos preparatorios o de trámite y para salvaguardar el derecho al voto

La Corte Constitucional ha determinado que, en tanto los actos preparatorios o de trámite no son susceptibles de recursos en la vía administrativa ni de acciones judiciales ordinarias, pueden ser cuestionados mediante la acción de tutela, siempre que se acrediten los siguientes requisitos:¹⁹

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 22 de octubre de 2009, radicación No. 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-2008-00027-00 (acumulados).

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-405 de 2018.



Radicación: 11001-03-15-000-2023-06196-00 y
11001-03-15-000-2023-06338-00 [Acumulado]
Demandantes: Gerardo Botero Zuluaga y otro

- En primer lugar, el acto de trámite debe ser producto de una actuación arbitraria o desproporcionada que transgrede o amenaza los derechos fundamentales de una persona. En este sentido, se ha explicado que la finalidad de la acción de tutela en estos casos es **impedir que la administración concluya una actuación con desconocimiento de las garantías mínimas constitucionales de una persona**, de forma tal que el amparo se convierte en “una medida preventiva encaminada a que la autoridad encauce su actuación conforme a los preceptos constitucionales que amparan los derechos fundamentales, y a que el desarrollo de su actividad sea regular desde el punto de vista constitucional [...]”.

- En segundo lugar, **se requiere que el acto de trámite resuelva algún asunto que se proyecte en la decisión principal**. En efecto, aunque los actos preparatorios no envuelven decisiones definitivas, si se ha advertido que **dicha actuación debe tener incidencia en la construcción de la decisión final** [...].

- En tercer lugar, además de los anteriores requisitos, también es necesario que **la acción de tutela se presente antes de proferirse el acto definitivo**, por cuanto si ya existe una decisión de tal naturaleza, la actuación ya habrá concluido y lo que existirá es el deber de activar los medios de defensa judicial ante el juez contencioso. [...].

En virtud de lo anterior, la Sala encuentra que en el presente asunto la acción de tutela resulta procedente para censurar la terna de candidatas que aspiran al cargo de fiscal general de la Nación. En efecto, se cumplen todos los presupuestos descritos, a saber: i) el amparo se invoca con el fin de proteger los derechos fundamentales al voto, igualdad, equidad de género, dignidad humana y libertad de expresión; ii) la terna resulta necesaria para adoptar la decisión definitiva de elección entre las tres candidatas allí enlistadas; y, iii) aún no se ha producido el acto definitivo de elección.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia expresó que el voto que depositará el magistrado Gerardo Botero Zuluaga para seleccionar la persona que dirigirá la Fiscalía General de la Nación no guarda relación de correspondencia con el derecho constitucional invocado.

Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado²⁰ ha señalado que los integrantes de los órganos colegiados, cuando cumplen funciones electorales, actúan en ejercicio del derecho al voto. En consecuencia, la elección del fiscal general de la Nación también involucra dicho derecho fundamental y, por ende, puede ser protegido mediante este mecanismo de amparo.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de agosto de 2001, radicación No.: 11001-03-28-000-2001-0006-01 (2470).



Así las cosas, en el presente asunto se cumplen los presupuestos de procedencia de la acción de tutela impetrada por los ciudadanos de la referencia, por lo que se procederá a analizar de fondo la materia puesta a consideración de la Sala.

2.4. Del derecho al voto en órganos colegiados

El artículo 40 de la Constitución Política consagra el derecho que tienen todos los ciudadanos para conformar y ejercer el poder público, el cual reviste múltiples expresiones incluyendo la posibilidad de elegir. Textualmente, la norma preceptúa lo siguiente:

Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

El Consejo de Estado ha sostenido que el derecho a elegir se predica de los miembros que conforman órganos colegiados como las altas cortes, pues estas no solamente cumplen funciones judiciales, sino también electorales. En torno a las etapas, procedimientos y el acto de elección que aquellas profieren, la jurisprudencia de esta corporación ha encontrado las siguientes características, que permiten establecer diferencias con otros procesos tendientes a conformar el poder político:



- i) Los actos electorales tienen su génesis en la democracia participativa y en el derecho fundamental de carácter político de elegir o ser elegido.²¹
- ii) En el acto administrativo de elección cuando es de carácter popular por voto ciudadano, la administración da cuenta, ratifica o convalida la voluntad de los electores; por ende, la administración no expresa su propia y autónoma intención, sino que declara la decisión mayoritaria del electorado.²²
- iii) Cuando la elección se produce por el voto de los integrantes de un cuerpo colegiado es este mismo órgano el que declara el resultado de la voluntad mayoritaria de sus miembros.²³
- iv) El procedimiento autónomo para la expedición de actos electorales está conformado por el conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para materializar o exteriorizar su voluntad, expresada a través del derecho al voto, que para la elección de Fiscal General de la Nación se encuentra regulado en los artículo 249 de la Constitución, 29 de la Ley 270 de 1996, 6 de la Ley 581 de 2000 y el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia.²⁴
- v) El procedimiento de elección debe sujetarse a las reglas fijadas por la Constitución, la ley y el reglamento para que pueda formarse válidamente la voluntad del ente colegiado. Dentro de este trámite pueden identificarse las siguientes fases: 1) establecimiento de normas dirigidas a determinar la integración estructural del órgano plural, en las cuales se prevé quiénes tienen la capacidad para participar en la deliberación y en la decisión finales;²⁵ 2) la decisión plural debe proceder de la deliberación, entendida como la valoración en conjunto de los supuestos fácticos o jurídicos que se someten a consideración del órgano

²¹ Artículo 40, numeral 1, de la Constitución Política. Ver Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 7 de febrero de 2019, radicado 11001-03-28-000-2019-00001-00.

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de abril de 2013, radicado 11001-03-28-000-2012-00027-00 (II).

²³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de abril de 2013, radicado 11001-03-28-000-2012-00027-00 (II).

²⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 7 de febrero de 2019, radicado 11001-03-28-000-2019-00001-00.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de septiembre de 2015, radicado 19001-23-33-000-2015-00044-02 (2015-044).



colegiado; y 3) la votación, que concreta la decisión y debe sujetarse a las reglas previamente establecidas para materializar la voluntad plural.²⁶

2.5. Conformación de la terna para elegir fiscal general de la Nación - Acciones afirmativas

El artículo 249 de la Constitución Política dispone que el cargo de fiscal general de la Nación deber ser provisto de la siguiente forma:

Artículo 249. La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.

Por su parte, la Ley 581 de 2000, «[p]or la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones», reguló la elección por el sistema de ternas y listas de la siguiente forma:

Artículo 6. Nombramiento por sistema de ternas y listas. Para el nombramiento en los cargos que deban proveerse por el sistema de ternas, se deberá incluir, en su integración, por lo menos el nombre de una mujer.

Para la designación en los cargos que deban proveerse por el sistema de listas, quien las elabore incluirá hombres y mujeres en igual proporción.

La disposición transcrita adopta dos medidas plenamente diferenciables, dependiendo del sistema de selección. Es así como para el **sistema de ternas**, se prevé que aquellas deberán integrarse con «por lo menos el nombre de una mujer»; mientras que para el **sistema de listas** se dispone que en su elaboración se «incluirá hombres y mujeres en igual proporción».

²⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de agosto de 2001, radicado 11001-03-28-000-2001-0006-01 (2470).



A su turno, el Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia establece lo siguiente:²⁷

Artículo 5. Modificado. Acuerdo 2035 de 2023, artículo 1. Quórum. El quórum para deliberar será la mayoría de los miembros **activos** de la Corporación. Las decisiones se tomarán por igual mayoría, salvo en los siguientes casos en los cuales se requerirá del voto favorable de las dos terceras partes (2/3) de los **magistrados en ejercicio**: Elección de Presidente y Vicepresidente de la Corte, de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, del Fiscal General de la Nación, de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los integrantes de las ternas para Magistrados de la Corte Constitucional, Procurador General de la Nación y Auditor General de la República; las reformas al presente reglamento y los proyectos de ley de iniciativa de la Corte. [Resaltado dentro del texto].

La lectura de los anteriores enunciados normativos, en armonía con varios pronunciamientos del Consejo de Estado, permite arribar a las siguientes conclusiones:

i) La elección de fiscal general de la Nación se realiza mediante el concurso de la voluntad de dos autoridades distintas; por un lado, el presidente de la República, quien postula a la Corte Suprema de Justicia una terna de candidatos para que ésta realice la elección; y, por otro lado, la referida Corte que concluye la actuación administrativa cuando profiere el acto de elección.²⁸

ii) Ni la Constitución ni la ley prevén un procedimiento específico para la elaboración de la terna de candidatos al cargo de fiscal general de la Nación, como tampoco para la elección por parte del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria. Entonces, la competencia para la elección del fiscal general de la Nación en esas dos etapas es discrecional.²⁹

iii) Los aspectos que sí se encuentran reglados en la referida función electoral son los siguientes: 1) que los candidatos cumplan los requisitos para desempeñar el cargo; 2) que la terna incluya «por lo menos el nombre de una mujer»; y 3) que la elección se haga con el quórum y la mayoría de votos requeridos.

²⁷ <https://cortesuprema.gov.co/la-corte-reglamento-general-de-la-corte/>

²⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de abril de 2010, radicado 11001-03-24-000-2009-00543-00.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de febrero de 2020, radicado 11001-03-24-000-2019-00319-00.



De los requerimientos anotados, se destaca el concerniente a que la terna para elegir fiscal general de la Nación incluya «por lo menos el nombre de una mujer», pues se trata de una acción afirmativa en favor de una parte de los habitantes del país, fundado en un «criterio sospechoso» como lo es el sexo.

Al respecto, el artículo 13 de nuestra Constitución Política proscribiera expresamente la discriminación «por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica». Estos criterios de discriminación han sido catalogados como sospechosos, pues generan un tratamiento diferencial para sectores de la población basándose en rasgos permanentes de las personas y de los cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; además, no constituyen criterios objetivos con base en los cuales sea posible efectuar una distribución racional y equitativa de bienes, derechos u obligaciones.³⁰

Dichas categorías han sido utilizadas históricamente para subvalorar y poner en desventaja a ciertas personas o grupos, como mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros, de manera que se les imponen barreras para desarrollar sus proyectos de vida en condiciones de igualdad frente al resto de la comunidad.

Pese a que los criterios sospechosos han sido proscritos como elementos de discriminación, la Carta también establece que el Estado deberá promover la igualdad material y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

A partir de este mandato, el legislador y la jurisprudencia han precisado que es viable acudir a criterios como la raza o el sexo para implementar medidas afirmativas, tendientes a que los grupos que han sido relegados por tales razones puedan acceder a los servicios y oportunidades en aras de garantizar el orden económico, político y social justo que se propone nuestra nación. Esta conclusión se ha fundado en las siguientes reflexiones:³¹

La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1998.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 2000.



condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos³². Si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos inequitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2º de la Carta, de perseguir un orden justo.

Las acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, están, pues, expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría *sospechosa*, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino **para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables**.

En síntesis, no toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria, pues como bien lo ha afirmado esta Corte, **"mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación**. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales".³³ [Resalta la Sala].

De acuerdo con el anterior lineamiento jurisprudencial, las acciones afirmativas son expresión consecuente y esencial al mandato constitucional de igualdad material, pues permiten implementar medidas tendientes a eliminar la segregación de un sector de la población, con el fin de que exista un marco fáctico y jurídico que garantice el ejercicio de sus derechos con respeto a la dignidad inherente a su condición humana.

A su vez, las acciones afirmativas pueden traducirse en una desigualdad respecto de quienes no son sus destinatarios, pero que es tolerada por el ordenamiento superior, en tanto comporta un objetivo legítimo como lo es conjurar la discriminación injustificada a la que se han visto sometidas algunas personas por los prejuicios sociales. De este modo, la discriminación positiva constituye una forma de lograr mayor equidad entre los ciudadanos.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 581 de 2000 corresponde a una acción afirmativa en favor del sexo femenino, pues determinó que para el nombramiento en los cargos que deban proveerse por el sistema de ternas, estas debían integrarse con inclusión de por lo menos el nombre de una mujer.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-410 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-112 del 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



La anterior disposición es reflejo de los mandatos previstos en los artículos 13 y 40 Constitucionales, en el sentido de que el Estado debe promover la igualdad material y garantizar «la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública».

De este modo, se evidencia la voluntad del legislador de analizar el contexto en que se desenvolvía la mujer, que se caracterizaba por su poca presencia en la conformación del poder público y en el desempeño de cargos decisorios del Estado colombiano. Al respecto, la exposición de motivos y los debates al interior del Congreso que precedieron a la expedición de la Ley 581 de 2000, dieron cuenta de las siguientes cifras:

- ☞ La mujer representa el 54.8% de la población pobre del país, de las cuales 25% son jefas de hogar, tienen las más altas tasas de analfabetismo y desempleo y reciben menor remuneración salarial que los hombres.
- ☞ En el período 1987-1992 sólo el 8.5% de la actuación política correspondía a la mujer.
- ☞ En 1990 la votación femenina alcanzó el 50%, pero su representación sólo fue del 1% en el Senado, 2% en Cámara, 2.5% en Concejos Municipales y 4% en Alcaldías.
- ☞ En el período 1994-1998 se tuvo el 6.8% de participación de mujeres en el Senado y el 11.5% en Cámara.
- ☞ En 1998 se obtuvo el 10% en el Senado y el 13% en Cámara.
- ☞ La participación de la votación femenina se ha mantenido estable por encima del 50%, pero el crecimiento de esta participación en los cargos de elección y de dirección aumenta muy lentamente y en algunos casos retrocede.
- ☞ La representación de la mujer, en algunas dependencias y niveles, puede graficarse de la siguiente forma:³⁴

Participación de la mujer en las diferentes áreas			
Dependencia	1988	1993	1996
Presidencia y Ministerios	26%	37%	33%
Departamentos Administrativos	25%	31%	30.4%
Corte Constitucional	-	0%	0%
Corte Suprema de Justicia	-	0%	0%
Consejo de Estado	-	7.8%	15.4%
Consejo Superior de la Judicatura	-	0%	23.1%
Tribunales Administrativos	0%	0%	28.9%

Participación laboral por sexo		
Nivel	%Mujeres	%Hombres
Directivo	19	81
Asesor	43	57
Ejecutivo	26	74
Profesional	39	61
Técnico	34	66
Administrativo	63	37
Operativo	26	74
Total	41	59

³⁴ Gaceta del Congreso. Año VII – N° 219 del 21 de octubre de 1998.



Así las cosas, el legislador efectuó una valoración que lo condujo a decantarse por el sexo como categoría sospechosa con el ánimo de generar una mayor consciencia social y visibilizar a las mujeres, quienes contaban con una alta incidencia demográfica, pero representaban porcentajes significativamente bajos en la participación de la vida pública y política de la Nación.

2.6. Hechos probados³⁵

- El 2 de agosto de 2023, el presidente de la República remitió a la Corte Suprema de Justicia la terna para la elección del fiscal general de la Nación, integrada por las doctoras Ángela María Buitrago Ruíz, Amelia Pérez Parra y Amparo Cerón Ojeda.

- El 7 de septiembre de 2023, el ciudadano Belisario Jiménez Duque le solicitó a la mencionada corporación judicial devolver la terna en comento, en tanto se vulneraba el derecho a la igualdad y a la equidad de género, pues estaba integrada exclusivamente por personas de sexo femenino.

- El 14 de septiembre de 2023, en sesión ordinaria, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia negó la anterior solicitud. Frente a esta respuesta el doctor Gerardo Botero Zuluaga presentó salvamento de voto.

- El 26 de septiembre de 2023, el presidente de la República remitió a la Corte Suprema de Justicia una nueva terna para la elección de fiscal general de la Nación integrada por las doctoras Luz Adriana Camargo Garzón, Ángela María Buitrago Ruíz y Amelia Pérez Parra.

- El 10 de octubre de 2023, el mencionado mandatario hizo una publicación en la red social «X» que fue compartida y comentada por otros usuarios de la plataforma. Textualmente, se expresó:

Me gustaría oír las voces feministas alrededor de este tema.

³⁵ Los hechos que se narran en este acápite se extraen de los escritos de tutela, sus anexos y las intervenciones allegadas al plenario.



Radicación: 11001-03-15-000-2023-06196-00 y
11001-03-15-000-2023-06338-00 [Acumulado]
Demandantes: Gerardo Botero Zuluaga y otro

De tener razón el magistrado quedarían prohibidas las ternas de mujeres, el derecho preferencial para lograr la equidad de género y quizás el camino para que no sea una mujer la próxima fiscal.

Será la justicia quien libremente decida.

Pero creo como dice la constitución que cuando la sociedad discrimina es el Estado el que con la discriminación positiva debe corregir la discriminación social.

2.7. Caso concreto. Análisis de la Sala

Los ciudadanos Gerardo Botero Zuluaga y Diego Alejandro Rojas Medina interpusieron acción de tutela con el fin de que se le amporen sus derechos fundamentales a la igualdad, equidad de género y dignidad humana. El segundo también solicitó la protección de sus derechos al voto y libertad de expresión.

Los accionantes sostienen que el presidente de la República quebrantó el orden constitucional al elaborar una terna con el nombre de tres mujeres para aspirar al cargo de fiscal general de la Nación y esta irregularidad fue perpetuada por la Corte Suprema de Justicia, por cuanto avaló la actuación en lugar de devolver la terna con el fin de que también se tuvieran en cuenta a los hombres.

Los argumentos esgrimidos por los tutelantes hacen necesario pronunciarse sobre las mediadas afirmativas adoptadas por la Ley 581 de 2000 y el alcance que estas tienen en procesos de selección por el **sistema de ternas**, como es el caso del cargo de fiscal general de la Nación.

Al respecto, resulta relevante citar los siguientes apartes de la exposición de motivos y debates que se suscitaron en el Congreso de la República:

La consideración de la mujer como ciudadana no se limita a las conquistas legales, pues el ejercicio pleno de esa ciudadanía sólo es posible abriéndole espacios y oportunidades para que además de declararla igual pueda realmente sentirse igual y se incorpore a lo institucional, a los espacios de poder, buscando la extensión de los derechos que otros sectores sociales ya poseen.

[...]

Las estadísticas sobre la participación de la mujer no mienten; ellas son alarmantemente bajas, al punto que permiten reafirmar lo dicho anteriormente en el sentido de que si bien la situación jurídico-formal de la mujer colombiana ha mejorado



sustancialmente, estos logros no encuentran su correspondiente reflejo en la situación real de participación de la que hoy constituye la mitad de la población de nuestro país.³⁶
[...]

Este proyecto de ley se enmarca en un conjunto de acciones positivas que se caracterizan por ser propositivas, no restrictivas y que permitirán, crear condiciones para conseguir el objetivo final de manera más expedita que a través del libre desarrollo de la historia.

Las cifras de participación de la mujer en la vida política son asombrosamente bajas. No se corresponden con la preparación académica, ni con la actividad de las mujeres en la sociedad moderna. [...]

Es difícil para quienes hemos resultado electas, que hemos tenido condiciones de profesionalización y de desempeño social, económico, político y cultural, reconocer que esta es una situación de privilegio y que somos la excepción que confirma la regla. [...].

Romper la discriminación, el miedo y los prejuicios que se manejan en nuestra sociedad para entrar a competir en el mundo de la política y del manejo de Estado, no resulta una tarea fácil. Es por ello que el proyecto de ley crea condiciones positivas para que las mujeres encontremos un terreno favorable a la decisión de participar en la vida pública.³⁷
[...]

Esta ley será un hito y una expresión del compromiso estatal para renovar todas las formas de relación; abrirá el camino a un nuevo panorama político - jurídico y social, señalará otros sistemas de decisión, más participativos, transparentes y confiables.
[...]

El reconocimiento del aporte de la mujer es imprescindible para el logro del desarrollo sustentable, democrático y centrado en el ser humano, por quien luchamos.
[...]

La aplicación de medidas especiales o positivas se refiere a la adopción de acciones afirmativas o positivas para corregir el desequilibrio impuesto por siglos de discriminación en contra de la mujer.³⁸

Las anteriores transcripciones evidencian la preocupación que tuvo el legislador para conceder a la mujer una participación real en la conformación del poder público, pues las circunstancias históricas, creencias y estereotipos les habían impedido desplegar a plenitud sus potencialidades y ocupar los altos cargos oficiales, pese a que contaban con las capacidades, conocimiento, experiencia y profesionalismo requeridos para ejercerlos con idoneidad.

³⁶ Gaceta del Congreso. Año VII-N° 159 del 24 de agosto de 1998.

³⁷ Gaceta del Congreso. Año VII – N° 219 del 21 de octubre de 1998.

³⁸ Gaceta del Congreso. Año VIII – N° 12 del 4 de marzo de 1999.



Radicación: 11001-03-15-000-2023-06196-00 y
11001-03-15-000-2023-06338-00 [Acumulado]
Demandantes: Gerardo Botero Zuluaga y otro

De esta manera, a través de una ley estatutaria, el Congreso reguló el derecho fundamental a la igualdad material, con el objetivo de reivindicar el papel que cumple la mujer para la consecución de una sociedad próspera, participativa y pluralista; además, se buscó responder a las demandas de democracia, desarrollo humano y justicia que incesantemente venía realizando la población colombiana.

Dichas finalidades también fueron reivindicadas por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 581 de 2000. En tal sentido, la Sentencia C-371 de 2000 expresó lo siguiente:

[...] el inciso 2° del artículo 13, que al disponer que "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados" **no prejuzga acerca de la fase en que dicha discriminación tiene lugar** y, en consecuencia, **legítima** y más aun, **hace obligatoria** la acción de las autoridades públicas encaminada a **corregir cualquier inequidad** derivada de factores discriminatorios expresamente proscritos en la misma disposición.

[...]

22- No hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Aun cuando hoy, por los menos formalmente, se reconoce igualdad entre hombres y mujeres, no se puede desconocer que para ello las mujeres han tenido que recorrer un largo camino.

[...]

Ahora bien: aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha ido incorporando paulatinamente al ordenamiento jurídico colombiano, lo cierto es que **la igualdad sustancial todavía continúa siendo una meta** [...]. Justamente al logro de ese propósito se encamina el proyecto de ley estatutaria cuya constitucionalidad se analiza.

[...]

El artículo 40 de la Constitución, como ya se ha dicho, constituye el reconocimiento explícito de que en Colombia las mujeres conforman un grupo -de hecho- discriminado y subrepresentado políticamente. De otra manera, carecería de sentido el mandato, -que no existe en relación con los varones-: "Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública".

[...] Para la Corte es un hecho que **la mujer, incluso si tiene una formación académica superior a la del hombre, ha de enfrentar mayores obstáculos para acceder**, máxime si se trata de los empleos más altos en la jerarquía política. [Resalta la Sala].

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, la discriminación basada en el género ha sido considerada como sospechosa; sin embargo, el legislador acudió a la denominada discriminación positiva con el fin de adoptar acciones afirmativas



tendientes a garantizar la participación efectiva de la mujer en los cargos decisorios del país.

Lo anterior se traduce en que, para las elecciones por el sistema de ternas, quien las conforme está obligado a incluir por lo menos una mujer en el listado de aspirantes; no obstante, el legislador no estableció idéntico imperativo para los hombres, es decir, no implementó una acción afirmativa para ese sector de la población, sino únicamente para las mujeres.

Entonces, no existe una norma que obligue al presidente de la República a conformar una terna con por lo menos el nombre de un hombre para proveer el cargo de fiscal general de la Nación, mientras que sí existe la regla de integrarla con al menos una mujer; por tanto, la postulación de los otros dos candidatos de la terna hace parte del ámbito discrecional del mandatario, quien puede incluir a aquellas personas que en su sentir estén suficientemente calificadas para optar por ese cargo, sin importar si son dos hombres, dos mujeres o un hombre y una mujer.

Ni la acción afirmativa adoptada por el legislador ni su aplicación por parte del presidente de la República pueden leerse en clave de una afectación a la equidad de género respecto de los hombres, pues la Ley 581 de 2000 se limitó a responder a un contexto histórico que ameritaba la adopción inmediata de medidas tendientes a lograr una mayor participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público.

A su turno, en lo que atañe al *sub lite*, el presidente de la República respetó la limitante allí prevista en el sentido de conformar la terna con por lo menos el nombre de una mujer y quedó en libertad de terminar de integrarla con las personas, hombres o mujeres, que considerara idóneas para ocupar el cargo de fiscal general de la Nación.

Es pertinente aclarar que la anterior afirmación no desdibuja que la Corte Constitucional también ha reconocido la categoría de no binario [NB] como un marcador del sexo en el registro civil de nacimiento,³⁹ pero en este caso la tutela no

³⁹ Ver Sentencias SU-440 de 2021 y T-033 de 2022.



se edificó sobre una discriminación en tal sentido y la conclusión a la que se arriba en esta sentencia de ninguna manera limita la posibilidad de tener una persona que se identifique con dicha categoría.

De otro lado, en la tutela acumulada objeto de estudio se reprochó que la decisión de tener solamente mujeres «podría conducir al absurdo de afirmar que, para que la mujer logre un nivel de igualdad aceptable, es necesario eliminar el derecho a la participación política de los hombres al menos durante los próximos 40 años». En tal sentido, se plantearon los siguientes interrogantes: «¿hasta cuándo podría aceptarse que las ternas sean conformadas solo por mujeres? ¿podrían los próximos 10 presidentes presentar ternas de solo mujeres? ¿cuál sería el criterio para determinar que un determinado presidente ya no puede seguir teniendo mujeres?».

Al respecto, la Sala debe anotar que la presente acción de tutela no es el escenario para responder a los mencionados cuestionamientos, pues se trata de supuestos hipotéticos, por lo que solo el curso de la historia podrá determinar si las medidas adoptadas en la Ley 581 de 2000 ameritan ser modificadas o sustituidas por otras.

En todo caso, vale la pena expresar que en los 23 años que ha regido dicha norma es la primera vez que se conforma una terna con el nombre de tres mujeres para aspirar al cargo de fiscal general de la Nación y desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, es decir, en 32 años de su vigencia, el empleo ha sido ocupado en propiedad por ocho hombres⁴⁰ y una mujer.⁴¹ Estas cifras dejan poco espacio para pensar que la terna que ahora se objeta ponga en peligro la posibilidad de que a futuro un hombre pueda dirigir los destinos de esa entidad.

A lo anterior se agrega que el derecho responde a los hechos sociales, pero también puede crear nuevas dinámicas y entendimientos entre la comunidad. Entonces, será el legislador el encargado de evaluar si el contexto social ha variado desde el año 2000 a la fecha y establecer si las medidas fijadas en la Ley 581 de 2000 podrían

⁴⁰ Los fiscales se desempeñaron en los siguientes períodos: i) 1992 - 1994. Gustavo de Greiff Restrepo; ii) 1994 - 1997. Alfonso Valdivieso Sarmiento; iii) 1997- 2001. Alfonso Gómez Méndez; iv) 2001 - 2005. Luis Camilo Osorio Isaza; v) 2005 - 2009. Mario Germán Iguarán Arana; vi) 2012 - 2016. Luis Eduardo Montealegre Lynett; vii) 2016 - 2019. Néstor Humberto Martínez; viii) 2020 - actualidad. Francisco Barbosa Delgado.

⁴¹ La fiscal Viviane Aleyda Morales Hoyos desempeñó el cargo entre enero de 2011 y marzo de 2012.



Radicación: 11001-03-15-000-2023-06196-00 y
11001-03-15-000-2023-06338-00 [Acumulado]
Demandantes: Gerardo Botero Zuluaga y otro

ajustarse, pero mientras ello no ocurra esa norma debe seguirse aplicando con respeto al margen de discrecionalidad que constitucional y legalmente se le ha conferido al presidente para elaborar la terna tendiente a proveer el cargo de fiscal general de la Nación.

Estos argumentos permiten mantener el diseño de pesos y contrapesos, la colaboración armónica entre las autoridades públicas con miras a garantizar un orden político, económico y social justo, así como la realización de los valores y principios fundantes de nuestra república, todo ello como presupuesto para la materialización de los fines esenciales del Estado colombiano que pregona la Carta Magna.

Así las cosas, se concluye que las autoridades accionadas no vulneraron los derechos fundamentales invocados por los accionantes, pues, desde el punto de vista de los derechos al voto, igualdad, equidad de género y dignidad humana, la terna se conformó con sujeción a la acción afirmativa prevista en el artículo 6 de la Ley 581 de 2000 y con respeto al margen discrecional que constitucional y legalmente se le ha deferido al presidente de la República.

En este orden de ideas, el magistrado Gerardo Botero Zuluaga tiene garantizado su derecho al voto, pues el contexto fáctico en que debe hacerse la elección, esto es, con una terna conformada por mujeres, no quebranta la normativa superior ni pone en riesgo la función electoral que les asiste a los integrantes de la Corte Suprema de Justicia. Inclusive, el funcionario judicial conserva la potestad de votar en blanco, bajo el entendido de que la elección se hace de manera colegiada y, por tanto, será el quórum mayoritario el que definirá el nombre de la próxima fiscal general de la Nación.

Lo anterior obedece a que el cuerpo colegiado actúa a través de sus miembros y solamente la postura mayoritaria podrá materializar la elección, con independencia de que algunos de sus integrantes voten en blanco o lo hagan por candidatas que no obtengan la mayoría requerida. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:⁴²

⁴² Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de agosto de 2001, radicado 11001-03-28-000-2001-0006-01 (2470).



Radicación: 11001-03-15-000-2023-06196-00 y
11001-03-15-000-2023-06338-00 [Acumulado]
Demandantes: Gerardo Botero Zuluaga y otro

[...] el principio democrático hace presumir que, respetado el quórum deliberatorio y el decisorio y las reglas de procedimiento para la formación de la decisión del cuerpo colegiado, la voluntad mayoritaria de los integrantes es la voluntad del Consejo Directivo. En efecto, en el momento en el que el órgano colegiado toma una decisión válida se asume que es la voluntad del ente, pues el principio de mayorías es un instrumento para producir una decisión de grupo. En consecuencia, demostrado que la elección acusada proviene de un órgano con capacidad electoral y que se ajustó a la mínima votación exigida en los estatutos, es indispensable asumir que esa decisión es la voluntad del conjunto y no sólo de quienes formaron parte de la mayoría.

[...]

El quórum decisorio es el mínimo de votación requerida para que un ente colegiado tome una decisión válida. Esto significa que el órgano plural pasa de ser un cuerpo deliberante para ser un cuerpo decisorio, el cual convierte la discusión plural en una determinación singular.

De otro lado, en lo que concierne al derecho a la libertad de expresión, que también fue invocado en el presente mecanismo de amparo, es oportuno recordar que aquel se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política y comprende la garantía de toda persona de expresar y difundir libremente sus pensamientos y opiniones, así como informar y recibir información veraz e imparcial. En tal sentido, la Corte Constitucional ha sostenido:⁴³

[...] solo cuando se está en capacidad de manifestar libremente las opiniones y recibir las de otros, es posible desarrollarse intelectual y espiritualmente y, por lo mismo, lograr la dignidad propia del sujeto autónomo por el cual propugna el Estado Constitucional. Para la Corte, “la comunicación es un aspecto integral del derecho de cada individuo al desarrollo y la realización personales. [...] a menos que las personas puedan expresar sus creencias y actitudes a través de discusiones abiertas y en respuesta a las críticas y al intercambio con otras, no podrán desarrollarse intelectual y espiritualmente. [...] la expresión tiene un valor intrínseco afirmativo de la libertad individual, la autonomía y la realización personal, tanto para los hablantes como para los escuchas individuales. La libertad de expresión constituye, desde este punto de vista, un medio que permite a los individuos desarrollar sus facultades, por lo cual se enfatiza su carácter de derecho fundamental de la persona. [...] la libertad de expresión, además de ser medular para los sistemas democráticos, tiene un valor intrínseco en tanto derecho fundamental por su importancia para la dignificación de la persona [...].

De acuerdo con el anterior entendimiento, la libertad de expresión constituye una garantía fundamental para la realización del ser humano, el desarrollo de su pensamiento y una oportunidad de diálogo entre las personas que integran la comunidad, de modo que también se traduce en un ejercicio de la democracia.

⁴³ C-452 de 2016.



A su turno, el amplio desarrollo de las comunicaciones y la habilitación de nuevos canales para expresar las ideas, han generado nuevas dinámicas de interacción social, entre las que se destaca el internet.⁴⁴ Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado, que «lo publicado en redes sociales está amparado por la libertad de expresión, pero también está sujeto a los límites por lo que algunas publicaciones no se encuentran bajo la protección señalada en el artículo 20 de la Carta, ni por los instrumentos internacionales que la consagran. Así, se activa un límite a la libertad de expresión cuando lo divulgado no se identifica con un fin constitucional legítimo, ni siquiera contribuye a un debate en específico, sino simplemente conlleva una intención dañina o insultante respecto del hecho que se quiere comunicar».⁴⁵

En el presente caso, la Sala no encuentra demostrada la afectación a la libertad de expresión del magistrado Gerardo Botero Zuluaga por la publicación que hizo el presidente de la República en la red social «X», pues esta también es reflejo del ejercicio de ese derecho y no denota una afrenta a la dignidad del togado, ni a su legítima prerrogativa de expresar sus opiniones y ejercer las acciones judiciales para defender sus intereses.

Por el contrario, el mandatario se limitó a expresar una opinión en la que también indicó que serían las autoridades judiciales las encargadas de dirimir las divergencias que se habían suscitado frente a la conformación de la terna para elegir fiscal general de la Nación. A lo que se agrega que se trata de una materia de interés para la comunidad, que genera importantes debates y resultan valiosos para seguir entablando diálogos sociales.

De otra parte, los comentarios que la publicación hubiera podido generar no son atribuibles directamente al presidente. Además, fueron realizados por ciudadanos que no se convocaron como partes al presente proceso, por lo que tampoco puede analizarse el contenido de las opiniones por ellos expresadas.

⁴⁴ En torno a la libertad de expresión, puede consultarse la sentencia del 7 de septiembre de 2023, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicado 68001-23-33-000-2018-00222-01 (3945-2022).

⁴⁵ SU-420 de 2019.



Radicación: 11001-03-15-000-2023-06196-00 y
11001-03-15-000-2023-06338-00 [Acumulado]
Demandantes: Gerardo Botero Zuluaga y otro

3. Conclusión

La Sala concluye que las autoridades accionadas no vulneraron los derechos fundamentales invocados por los ciudadanos Gerardo Botero Zuluaga y Diego Alejandro Rojas Medina.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Negar el amparo de los derechos fundamentales invocados por los ciudadanos Gerardo Botero Zuluaga y Diego Alejandro Rojas Medina, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo. En caso de no ser impugnada la presente decisión, remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

MECG/CGG