



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN CUARTA**

**Consejera Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

**Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil veinticuatro (2024)**

**Referencia:** ACCIÓN DE TUTELA  
**Radicación:** 11001-03-15-000-2023-06196-01 y 11001-03-15-000-2023-06338-01 (acumulados)<sup>1</sup>  
**Demandantes:** GERARDO BOTERO ZULUAGA Y DIEGO ALEJANDRO ROJAS MEDINA  
**Demandados:** PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
**Temas:** Tutela contra las decisiones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en las que no se accedió a la devolución de la terna para la elección de Fiscal General de la Nación conformada por mujeres y la publicación de trino en la red social “X” por el Presidente de la República

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir las impugnaciones presentadas por los accionantes, quienes actúan en nombre propio, contra la sentencia de 16 de noviembre de 2023, dictada por la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, que negó las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Hechos relatados en los escritos de tutela**

**1.1. Demanda presentada por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga**

El actor manifestó que el 11 de abril de 2016 tomó posesión del cargo de magistrado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en donde juró cumplir fielmente la Constitución y la ley, *“entre las que por obvias razones se encuentra el acatamiento estricto a nuestro ordenamiento jurídico”*.

Refirió que el 2 de agosto de 2023, el Presidente de la República remitió a la Corte Suprema de Justicia la terna para la elección del nuevo Fiscal General de la Nación integrada por las abogadas Ángela María Buitrago Ruiz, Amelia Pérez Parra y Amparo Cerón Ojeda. Agregó que en esa misma comunicación solicitó a la corporación que *“consideren la posibilidad de designar un fiscal ad-hoc para que no haya dudas respecto de la transparencia de estas”*, en virtud de las indagaciones o procesos penales que involucren a miembros de su familia.

Relató que en sesión ordinaria de 14 de septiembre de 2023, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia negó una petición ciudadana dirigida a que se devolviera la precitada terna en razón a que la misma estaba integrada

<sup>1</sup> La acumulación se ordenó por auto de 2 de noviembre de 2023.



únicamente por mujeres. Agregó que en esa sesión de Sala Plena expresó su desacuerdo con esa decisión y anunció el respectivo salvamento de voto, al considerar que la terna *“estaba integrada única y exclusivamente por personas de sexo femenino, excluyendo con ella a las del sexo masculino”*.

Afirmó que en esa sesión, luego de intensos debates que se suscitaron con ocasión de la solicitud de devolución de la terna para la elección del próximo Fiscal General de la Nación, *“en el uso de la palabra que me fue concedida, manifesté con toda claridad y contundencia que avalaba y estaba de acuerdo con la petición presentada por el ya mencionado ciudadano, en tanto consideraba que en efecto, se incurrió por parte del señor presidente de la República, en una flagrante y ostensible violación no solo de nuestro ordenamiento jurídico (la Constitución y la ley), sino además, de normativas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, que protegen y salvaguardan la equidad e igualdad de género. De ahí que solicité a la plenaria de la Corte, que se accediera a la referida petición, y en consecuencia, se dispusiera la devolución de la terna al señor presidente de la República”*.

Sostuvo que también manifestó que, como potencial elector del próximo Fiscal General de la Nación, en su condición de magistrado de la Corte Suprema de Justicia, *“consideraba que se me estaba violando mi derecho al voto, en tanto no se me estaban permitiendo escoger entre distintos géneros existentes, pues una lista integrada por solo mujeres limitaba mi posibilidad de escoger entre la diversidad de géneros, para finalmente direccionar la elección en forma obligatoria e inexorable en una persona del sexo femenino”*.

Manifestó que en esa misma sesión se sometió a votación la solicitud de devolución de la terna, la cual fue negada por la mayoría de los integrantes de la Sala Plena de la Corporación, *“razón por la cual dejé expresa constancia de mi desacuerdo con la decisión adoptada, y de contera anuncié mi salvamento de voto a ese respecto, cuyo escrito donde expuse las razones de mi disenso radiqué en la secretaría de la corporación para que sea tenido en cuenta en las actas respectivas (...)”*.

Adujo que el 26 de septiembre de 2023, *“en un acto por demás polémico y controversial a la luz del ordenamiento jurídico”*, sin que se esgrimiera alguna justificación, el Presidente de la República remitió a la Corte Suprema de Justicia un escrito en el que informaba que había decidido conformar una nueva terna para la elección de Fiscal General de la Nación integrada por las abogadas Luz Adriana Camargo Garzón, Ángela María Buitrago Ruiz y Amelia Pérez Parra.

Expresó que con esa nueva terna integrada solo por mujeres, nuevamente se incurre en la violación del ordenamiento jurídico interno e internacional, en el que se protege y salvaguarda la equidad y la igualdad de género, lo que, reitera, *“limita y restringe mi legítimo derecho como potencial elector a votar solo por un mismo género (mujer), sin permitirme optar por una persona de distinto sexo o diverso género”*. Agregó que el alcance de esos derechos no puede limitarse únicamente a las mujeres, sino que también debe incluir a los hombres y a las personas de género no binario o de diversas identidades de género.

Mencionó que esa misma postura la hubiera asumido si la terna se hubiera integrado únicamente por hombres, porque de igual manera se hubieran desconocido los derechos a la equidad e igualdad de género, y añadió que no cuestiona la legitimidad y facultad que tiene el Presidente de la República en la elaboración de la terna para la elección del o la Fiscal General de la Nación, en tanto es una facultad que le corresponde pero no en forma ilimitada o irrestricta, sino con total acatamiento y apego al ordenamiento jurídico.



Por último, aseveró que pretende, conforme lo establece el artículo 43 del reglamento interno de la corporación, respetar, cumplir y dentro de la órbita de su competencia, hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos, lo que comprende la salvaguarda de su derecho a poder escoger libremente al Fiscal General de la Nación de una terna conformada con apego a la diversidad de género, sin ningún tipo de coerción o influencia, esto es, que no sea el fruto de una imposición por un género determinado sino diverso, “y no desconocer de la autonomía de mi voluntad”.

## 1.2. Demanda promovida por el señor Diego Alejandro Rojas Medina

De manera sucinta, el actor adujo que es colombiano de nacimiento y se identifica con el sexo masculino. Así mismo, hizo referencia a la terna presentada por el Presidente de la República para la elección del Fiscal General de la Nación la cual se encuentra integrada solo por mujeres, lo que impide, a su juicio, que un hombre pueda ser elegido para ejercer ese cargo.

## 2. Fundamentos de las acciones de tutela

### 2.1. Expediente 11001-03-15-000-2023-06196-01 (Gerardo Botero Zuluaga)<sup>2</sup>

2.1.1. El magistrado Gerardo Botero Zuluaga, en el escrito inicial, pidió el amparo del derecho fundamental al voto, que estimó vulnerado en las sesiones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 14 y 28 de septiembre de 2023, en las que se decidió no devolver la terna conformada solamente por mujeres para la elección del próximo Fiscal General de la Nación, así como el acto administrativo proferido por el Presidente de la República en el que se dispuso la conformación de dicha terna.

Hizo referencia a la sentencia T-406 de 1992, proferida por la Corte Constitucional, en la que se abordó lo relativo a los pilares esenciales del Estado social de derecho, a lo que agregó que el artículo 40 consagra el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y establece que, por regla general, todas las personas tienen derecho a elegir y ser elegidas. También mencionó las sentencias C-150 de 2015 y C-141 de 2010, relativas al alcance que se ha precisado de la democracia participativa en la Constitución Política.

Aludió a que las ternas presentadas por el Presidente de la República desconocen la reglamentación prevista “en relación con los nombramientos que deban realizarse a través del sistema de listas”, concretamente en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 581 de 2000 en el que se establece que “para la designación en los cargos que deban proveerse por el sistema de listas, quien las elabore incluirá hombres y mujeres en igual proporción”.

Mencionó los artículos 43 y 93 de la Constitución Política para enfatizar en que la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer, aprobada en Colombia por medio de la Ley 8 de 1959, en su artículo I dispone que “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”. Así mismo, se refirió a la Ley 35 de 1986 en la que se aprobó la Convención de los Derechos Políticos de la Mujer que en el artículo III estipula que “las 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”.

<sup>2</sup> En este aparte la Sala hará referencia a los fundamentos expuestos en la solicitud de amparo y en el escrito de corrección presentado el 17 de octubre de 2023.



Por último, sostuvo que 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 las mujeres, con énfasis en la participación en la dirección de los asuntos públicos, elegir y ser elegido y tener acceso en condiciones de igualdad a la función pública.

De esta manera, concluyó que la terna integrada por mujeres desconoce el artículo 6 de la Ley 581 de 2000, así como los artículos 1, 13 y 43 de la Constitución Política, y los referidos instrumentos internacionales.

2.1.2. En el escrito de subsanación de la acción de tutela, el demandante se refirió, en primer término, a la procedencia de la acción de tutela, puntualmente, al presupuesto de la subsidiariedad y manifestó que el mismo se encuentra cumplido teniendo en cuenta que las decisiones objeto de tutela constituyen actos administrativos de trámite o preparatorios que no son susceptibles, por regla general, de recursos administrativos (art. 75 del CPACA), ni de control jurisdiccional.

De otro lado, presentó los reparos respecto de la decisión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 28 de septiembre de 2023, en el sentido de que en esa sesión se resolvió avalar la nueva terna confeccionada por el Presidente de la República, con sustento en que sí podía modificarla unilateralmente, *“con lo cual se mantuvo y se persistió en la violación del derecho a la igualdad y equidad de género”*.

Reiteró que con la conformación de la terna solamente por mujeres, su derecho como elector se afecta de manera directa, por cuanto se direcciona y limita su libre facultad de elegir respecto de un solo género, *“obligándome de contera a que mi voto tenga que estar dirigido única y exclusivamente al género que compone la terna, sin darme la posibilidad de escoger dentro de una diversidad de géneros existentes en nuestra sociedad, pues (...) el derecho al voto no se agota únicamente con el hecho de elegir a uno u otro candidato (a), sino que, aunado a ello, es necesario que se garanticen unos elementos básicos para su materialización y efectividad”*.

Precisó que su discrepancia radica en que en el marco del ejercicio electoral, el Estado debe propender porque dentro de las opciones de voto se garantice una participación igualitaria y con diversidad de género entre las alternativas presentadas a los electores y que se cumpla con los preceptos que el sistema jurídico nacional e internacional exigen, en especial, al tratarse de una elección a través del sistema de listas o de ternas. Agregó que en los objetivos legítimos y necesarios de alcanzar una mayor participación de la mujer en los altos cargos del Estado, no es posible anular los derechos inherentes que tienen los demás.

Destacó que si bien un sistema de ternas limita la posibilidad de representatividad y que no es posible fácticamente incluir toda la diversidad de una sociedad como la colombiana, también lo es que los electores deben contar con la más amplia gama de opciones que sean posibles, más aún cuando el Presidente de la República es el primer llamado a asegurar la participación política de todas las voces sin discriminación alguna.

A su juicio, la conformación de la *“lista de tres mujeres”* desfigura por completo la naturaleza y el alcance del concepto de equidad de género, a lo que agregó que sugerir que si no se conforma una terna de esa manera no existe forma de que sea elegida una mujer como Fiscal General de la Nación, *“es partir de un prejuicio, y de la mala fe de los electores, de supuestamente preferir cualquier otro género antes que las mujeres”*. Al respecto, se refirió a la publicación realizada por el



Presidente de la República en la red social “X” el 10 de octubre de 2023, en la que dijo:

*“Me gustaría oír las voces feministas alrededor de este tema.*

*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.*

*Sea la justicia la que 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”.*

Insistió en que la conformación de la terna solo con mujeres, tiene como principal finalidad no permitir a los electores tener la oportunidad de ponderar opciones de diferentes géneros, *“bajo la vil falacia de un aparente desprecio al elector hacia las mujeres y amparándose en una interpretación ilimitada del precepto constitucional de discriminación positiva”.* Y sería, agregó, conducir al absurdo de 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, bajo el pretexto de *“cerrar las brechas históricas”.*

Refirió que su reproche no recae en la acción afirmativa contenida en el artículo 6 de la Ley 581 de 2000, sino que su inconformidad se centra en el alcance desproporcionado que el Presidente de la República la da a dicha norma, *“conformando una lista compuesta por tres individuos de un solo género”.*

De esta manera, indicó que de aceptarse que la medida del Presidente de la República es una acción afirmativa surgen interrogantes como: *“¿hasta cuándo podría aceptarse que las ternas sean conformadas por solo 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 ternando solo mujeres?”.*

Reiteró que la terna remitida por el Presidente de la República vulnera su derecho como elector, pues *“es evidente que me encuentro constreñido a ejercer el sufragio frente a una lista que desconoce la normatividad que reglamenta la materia. Con lo advertido, sería inhibir a la Corte Suprema de Justicia y sus respectivos miembros, como intervinientes del proceso de elección de la cabeza de la Fiscalía General de la Nación, de tener la plena autonomía de ponderar todos los elementos que estime pertinentes para proceder a tomar una decisión”.*

Por último, sostuvo que también se han vulnerado sus derechos a la libertad de expresión, opinión y dignidad humana, con ocasión del trino publicado por el Presidente de la República en la red social “X”, *“haciéndome ver como un misógino, y atribuyéndome el no querer que sea una mujer la próxima Fiscal General de la Nación, lo cual es completamente falso, y con lo cual traslado una discusión jurídica a un plano que no corresponde (machismo y feminismo)”.* Agregó que en una democracia participativa no puede permitirse *“que se satanice y se ponga en la picota pública a quien piensa diferente, exacerbando a la opinión pública mediante mensajes subliminales que alimentan el odio, las amenazas e intimidaciones, en cuanto se le ha hecho ver como un misógino, un antifeminista, un machista, una persona indigna, por atreverme a plantear una controversia eminentemente jurídica y en derecho, que mucho bien le haría al país ser zanjada definitivamente, pero que por radicalismos extremos se ha desdibujado esa interesante discusión, para pasarla a otro escenario diferente del feminismo y el machismo, bajo la aplicación de la ya superara ley del talión (ojo por ojo diente por diente), esto es, como la sociedad*

5



me tuvo discriminada por muchos años, ahora yo también te voy a hacer lo mismo y te discriminaré”. Esa transgresión, afirma, afecta la independencia de los magistrados y abogados que es protegida por la Organización de las Naciones Unidas, a través del Consejo de Derechos Humanos.

## **2.2. Expediente 11001-03-15-000-2023-06338-01 (Diego Alejandro Rojas Medina)**

El actor formuló acción de tutela contra la Corte Suprema de Justicia y la Presidencia de la República para que se ampare el derecho fundamental a la igualdad, el cual considera vulnerado con la terna presentada por el Presidente de la República para la elección de Fiscal General de la Nación que se encuentra integrada solo por mujeres.

Señaló que la terna no incluye candidatos hombres y, por lo tanto, no existe representación del género masculino, con el cual se identifica, en dicho proceso de elección. Adujo que las mujeres son titulares de los mismos derechos de los hombres y no hay razón para favorecerlas en detrimento de los derechos de otros géneros.

Indicó que aunque en el pasado los derechos de las mujeres fueron desconocidos, en la actualidad esa circunstancia ha sido revertida, pues ya gozan de plena libertad para el ejercicio de sus derechos fundamentales y se les garantiza el acceso a cualquier cargo público y privado, en igualdad de condiciones que los hombres, por lo que se encuentra “*infundada la razón de dicha discriminación*” frente a los hombres.

En ese marco, solicitó que se amparen sus derechos “*como parte del género masculino a sentirme representado en la terna para fiscal general por un hombre que sea incluido en dicha terna*”.

## **3. Pretensiones**

### **3.1. Expediente 11001-03-15-000-2023-06196-01 (Gerardo Botero Zuluaga)**

El actor formuló las siguientes:

“1. Se ampare mi derecho fundamental al voto consagrado en el artículo 40 y 258 de la Constitución Política, eliminando la restricción que se hace con la conformación de una terna en la que se desconoce la equidad e igualdad de género.

2. Que, en tal virtud, se ordene dejar sin valor y efecto la decisión tomada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, a través de la cual se negó a devolver la terna cuestionada para la elección de Fiscal General de la Nación 2024-2028.

3. Que, en consecuencia, se ordene al señor Presidente de la República, Gustavo Petro Urrego, remita una nueva lista en la cual se cumplan los preceptos consagrados en la Constitución y la ley, en la que se respete la igualdad y equidad de género”.

Del mismo modo, en el escrito de corrección de la demanda hizo extensivo el amparo a los derechos fundamentales de libertad de expresión, opinión y dignidad humana.

### **3.2. Expediente 11001-03-15-000-2023-06338-01 (Diego Alejandro Rojas Medina)**

El accionante presentó las siguientes:

“PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la igualdad SE ORDENE a la ACCIONADA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA rechazar la terna presentada por el señor presidente.



*SEGUNDO: ORDENAR al PRESIDENTE enviar una nueva terna que cumpla con los requisitos de ley, esto es que contenga mínimo un hombre y una mujer.*

*TERCERO: Las que considere procedentes dentro de sus facultades ultra y extrapetita”.*

#### 4. Pruebas relevantes

Obran en el expediente los siguientes documentos:

- Escrito de 26 de septiembre de 2023, suscrito por el señor Presidente de la República que contiene la terna presentada para la elección de Fiscal General de la Nación.
- Salvamento de voto presentado por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga respecto de la decisión proferida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de negar la solicitud de devolución de la precitada terna.
- Oficio CSG – 1219 de 26 de octubre de 2023 expedido por la Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia que contiene apartes transcritos del acta No. 26 correspondiente a la sesión ordinaria de Sala Plena de 28 de septiembre de 2023.

#### 5. Trámite procesal

5.1. Por auto de 21 de octubre de 2023, la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado inadmitió la demanda de tutela presentada por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga para que precisara *“cuál es la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 28 de septiembre de 2023, y exponga las razones por las cuales considera que esta conculca los derechos fundamentales cuya protección solicita”*. El actor atendió el anterior requerimiento en escrito de 17 de octubre de 2023.

5.2. A través de auto de 25 de octubre de 2023, el magistrado sustanciador admitió la acción de tutela y dispuso notificar a las autoridades demandadas. Así mismo, a las señoras Luz Adriana Camargo Garzón, Angela María Buitrago Ruiz, Amelia Pérez Parra y Amparo Cerón Ojeda y al señor Belisario Jiménez Lúquez, en calidad de terceros interesados en el resultado del trámite constitucional.

De igual forma, dispuso requerir a la Corte Suprema de Justicia para que enviara las actas correspondientes a las sesiones de Sala Plena realizadas los días 14 y 28 de septiembre de 2023 y a la Presidencia de la República con el fin de que remitiera los actos administrativos expedidos en el marco de la conformación de la terna para la selección de Fiscal General de la Nación.

Del mismo modo, negó la medida provisional solicitada por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga, al considerar que no se evidenciaban circunstancias que ameritaran una actuación judicial inmediata, pues *“la Corte Suprema de Justicia aún no ha determinado la fecha para escoger a quien va a ocupar el cargo de fiscal general de la Nación, para el período 2024-2028”*.

5.3. Finalmente, por medio de auto de 2 de noviembre de 2023 se dispuso la acumulación del expediente 11001-03-15-000-2023-06338-00, correspondiente a la acción de tutela promovida por el señor Diego Alejandro Rojas Medina, teniendo en cuenta la similitud en los hechos, las autoridades demandadas y el objeto de la demanda.



## 6. Oposición

### 6.1. Respuesta de la Corte Suprema de Justicia

El presidente encargado de la Corporación rindió informe sobre los hechos y las pretensiones de las demandas de tutela.

En relación con el escrito presentado por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga, consideró que la acción de tutela resulta improcedente, en tanto presenta de manera general y abstracta las causas de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados, pues se refiere a la violación del ordenamiento jurídico y normas internacionales, pero no las identifica.

De igual modo, aseveró que no se ha vulnerado el derecho fundamental al voto principalmente porque, a su juicio, la función electoral que ejercen los magistrados no se encuentra inmersa en dicha garantía constitucional, es decir *“no se puede equiparar el derecho al voto para una candidata seleccionada con el de elegir y ser elegido”*. Explicó que los derechos políticos y electorales se materializan en la posibilidad que tienen los ciudadanos de participar en asuntos políticos y de interés general directamente o por medio de los representantes elegidos (art. 40 de la Constitución, 23 de la CADH y 25 del PIDCP), a lo que agregó que el voto que depositará el magistrado en el proceso de selección de Fiscal General de la Nación *“no guarda una relación de correspondencia con el derecho constitucional invocado, sino que hace parte del cumplimiento de las funciones constitucionalmente asignadas para el ejercicio del cargo”*.

En ese marco, sostuvo que las discrepancias de criterios que puedan presentarse entre los miembros de las corporaciones o cuerpos judiciales colegiados llamados a tomar una decisión, *“hacen parte de las dinámicas propias de los procesos deliberativos y la derrota de una determinada posición en una decisión colegiada no puede considerarse una violación a un derecho fundamental, sino una consecuencia lógica de la aplicación de los dispositivos procedimentales para superar la divergencia”*. Agregó que *“no es posible inferir, como sugiere el actor, la existencia de una violación sustancial del derecho fundamental que se alega violado simplemente porque la mayoría de la Sala Plena no coincidió con el criterio de aquél de devolver la terna a la Presidencia de la República por estar integrada exclusivamente por mujeres, en respuesta a un derecho de petición formulado por un ciudadano”*.

Para terminar, en relación con la devolución de la terna presentada por el Presidente de la República para la elección de Fiscal General de la Nación, se remitió a lo decidido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sesión de 14 de septiembre de 2023 en el siguiente sentido: *“estudiado el asunto la Plenaria determinó por mayoría que no existía en el ordenamiento constitucional y legal motivo para devolver la terna que formuló el doctor Gustavo Francisco Petro Urrego, Presidente de la República, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 249 de la Constitución Política, para elegir Fiscal General de la Nación”*.

Destacó que esa decisión fue producto del ejercicio deliberativo de los magistrados de la corporación, a lo que agregó que la acción tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir las determinaciones proferidas en ejercicio de sus funciones constitucionales, pues para ello están previstos otros causes judiciales en los que el juez natural debe determinar su legalidad.



## 6.2. Respuesta de la Presidencia de la República

La coordinadora del Grupo Gerencia de Defensa Judicial rindió informe sobre la demanda de tutela y manifestó que el Presidente de la República remitió un listado con el nombre de las candidatas que conforman la terna para la elección de Fiscal General de la Nación y que, posteriormente, envió las hojas de vida correspondientes; igualmente, expresó las direcciones de correspondencia de las mismas.

De igual modo, expresó que no se han dictado actos administrativos para la postulación de las candidatas que integran la terna pues, adujo, *“en estos casos ha sido el Presidente de la República, haciendo uso de su facultad constitucional y discrecional, quien personalmente remitió las comunicaciones con los nombres de las postulantes. Estas misivas no pueden considerarse actos administrativos en el sentido tradicional, pues son preparativos o de trámite acorde con lo que ha sido reconocido por el mismo Consejo de Estado”*.

Frente a la solicitud de amparo presentada por el señor Diego Alejandro Rojas Medina pidió que se nieguen las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el proceso de selección de Fiscal General de la Nación se encuentra ajustado a la Constitución Política. Agregó que el Presidente de la República, en uso de sus facultades constitucionales, remitió una terna a la Corte Suprema de Justicia que fue aprobada desde el 31 de octubre de 2023, por lo que no puede ser modificada. En ese punto, señaló que la discriminación hacia los hombres a la que refieren los accionantes, constituye una acción afirmativa en favor de las mujeres que históricamente han sido víctimas de actos de discriminación.

Asimismo, alegó falta de legitimación en la causa por activa del señor Rojas Medina, al considerar que no le asiste interés directo en la integración de la terna, en tanto *“no conforma o ha sonado como aspirante para conformar la terna de donde se elegirá al próximo Fiscal General de la Nación”*, a lo que agregó que la acción de tutela resulta improcedente para la protección de derechos fundamentales en abstracto.

De igual modo, afirmó que se presenta carencia actual de objeto por hecho superado, teniendo en cuenta que por medio del Acuerdo No. 2114 de 2023 de 31 de octubre de 2023, la Corte Suprema de Justicia aprobó la terna presentada por el Presidente de la República al encontrar que las candidatas cumplían los requisitos para el cargo de Fiscal General de la Nación. Señaló que dicho acto administrativo dispuso lo siguiente:

*“PRIMERO: ADELANTAR el proceso de designación con las personas que fueron ternadas por el señor Presidente de la República en comunicación del 26 de septiembre de 2023, conforme a los principios de transparencia, eficacia, eficiencia y moralidad administrativa.*

*SEGUNDO: DECLARAR que las doctoras Ángela María Buitrago Ruiz, Luz Adriana Camargo Garzón y Amelia Pérez Parra, acreditaron el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales, para el ejercicio del cargo de Fiscal General de la Nación”*.

En ese marco, consideró que un pronunciamiento de fondo sobre la devolución de la terna al Presidente de la República, resultaría inocuo.

Explicó que al Presidente de la República le corresponde presentar la terna para la elección de Fiscal General de la Nación garantizando que los tres candidatos reúnan las calidades y condiciones establecidas en los artículos 232 y 249 de la Constitución Política y 127 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, y remitirla a la Corte Suprema de Justicia que tiene a su cargo el acto de elección. Agregó que este proceso de selección busca equilibrar la autonomía del poder judicial.



Al respecto, precisó que el Presidente de la República ejerce su facultad constitucional de formular la terna como máxima autoridad administrativa, para lo cual cuenta con libertad y margen de maniobra con el fin de elegir a las personas que la integran, previa constatación de los requisitos para ocupar el cargo, a lo que agregó que dicha actuación tiene el carácter de un acto de trámite o preparatorio, pues el acto administrativo definitivo es el que profiere la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

De otra parte, advirtió que la postulación de tres mujeres constituye una acción afirmativa en favor de un grupo históricamente discriminado y permite avanzar en la garantía real y efectiva del derecho a la igualdad y corregir la baja representación de las mujeres en altos cargos del gobierno y de la Rama Judicial.

Para terminar, manifestó que las cuotas de género están diseñadas para proteger a las mujeres, que no a los hombres, en tanto constituyen medidas que atienden a la necesidad de corregir desbalances estructurales, minimizar las brechas y asegurar la representación en espacios de poder y decisión.

### **6.3. Respuesta de la señora Amparo Cerón Ojeda**

La señora Cerón Ojeda, vinculada al trámite constitucional en calidad de tercera con interés, pidió que se acceda a las pretensiones de la demanda al considerar que se encuentran vulnerados los derechos de igualdad, al voto, a la libertad de expresión y de opinión.

Al respecto, afirmó que el 2 de agosto de 2023 por medio de una llamada telefónica le fue solicitada su hoja de vida para integrar la terna que presentaría el Presidente de la República para la elección de Fiscal General de la Nación, sin embargo, relató que el 30 del mismo mes y año, el señor Augusto Rodríguez le solicitó que renunciara a la terna porque su postulación había sido cuestionada por los medios de comunicación a lo que se negó toda vez que las noticias difundidas sobre ella no eran ciertas.

Manifestó que el 26 de septiembre de 2023, el señor Presidente de la República remitió a la Corte Suprema de Justicia una nueva terna en la cual no se encontraba incluida, por lo que, frente a ello, radicó un escrito ante esa corporación en el que manifestó que no había renunciado a la postulación inicial.

Por último, indicó que también advirtió a la Presidencia de la República que la decisión de cambiar la terna vulneraba los derechos fundamentales al buen nombre, a la honra y a elegir y ser elegido, teniendo en cuenta que la primera terna constituía un acto administrativo que creó una expectativa legítima frente a la posibilidad de ser elegida para ejercer el cargo de Fiscal General de la Nación.

## **7. Intervenciones ciudadanas**

### **7.1. Intervención Red Nacional de Mujeres**

Susana Mejía co-coordinadora de esa organización radicó un comunicado suscrito por varias organizaciones, colectivos y movimientos feministas, en el que expresaron su desacuerdo con la acción de tutela promovida por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga. Solicitó, en consecuencia, que se nieguen las pretensiones de la demanda.

En el precitado comunicado manifestaron que la terna conformada solo por mujeres es una acción afirmativa que busca el derecho a la igualdad,



particularmente, ponen de presente que desde que se creó la Fiscalía General de la Nación en 1991, solo una mujer ha ocupado ese cargo.

Asimismo, explicaron que la desigualdad de género constituye una medida de reconocimiento a la discriminación histórica que ha rodeado a las mujeres y permite disminuir las brechas sociales entre hombres y mujeres. En esa línea, aseveran que la paridad es un principio constitucional que pretende superar el porcentaje actual de participación de la mujer en altos cargos del Estado, imponiendo el sistema de cuotas que responden a un mínimo y no a un máximo.

## **7.2. Intervención de la señora Leydi Tatiana Asprilla Martínez**

Manifestó que le asiste interés en la demanda, teniendo en cuenta que es mujer afrodescendiente y abogada y, en ese marco, expresó su apoyo a la parte demandada, por lo que solicitó que se admita su intervención bajo la figura de coadyuvancia y se le permita acceder al expediente.

## **7.3. Intervención del señor Eduardo José Díaz Fuentes**

Sostuvo que en ejercicio de su derecho de opinión, el cual es vinculante para salvaguardar sus derechos al género e identidad, considera que la acción de tutela promovida por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga es improcedente, *“por cuanto en Colombia existen tres (3) géneros reconocidos MASCULINO, FEMENINO y BINARIO según la sentencia T-033 de 2022 de la Corte Constitucional. No puede alegarse proteger únicamente equidad de género solo (2) dos”*.

Refirió que los salvamentos y aclaraciones de voto manifestados en la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, no pueden ser dirimidos por medio de la acción de tutela, *“pues la decisión ya fue dirimida al interior en su máxima instancia de análisis jurídico y jurisprudencial de la Corte”*.

Así mismo, hizo referencia a que desde que entró en vigencia la Constitución Política de 1991, solamente ha sido elegida en propiedad una Fiscal General de la Nación, a lo que agregó que los presidentes de la Corte Suprema de Justicia desde ese mismo momento han sido 23 hombres y una sola mujer.

En definitiva, el interviniente solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela.

## **7.4. Intervención de la Fundación Jurídica Proyecto Inocencia**

La representante legal manifestó que la integración de la terna solo por mujeres no constituye la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la parte actora, toda vez que constituye una medida afirmativa contra la discriminación histórica que han sufrido las mujeres en el acceso a cargos públicos y reafirma la ley de cuotas establecida en la Ley 581 de 2000.

Sostuvo que debe tenerse en cuenta que desde el año 1991 solo una mujer ha sido elegida para ejercer el cargo de Fiscal General de la Nación, y en las ternas presentadas para tal efecto solo nueve han sido mujeres.

De igual modo, consideró que debe mantenerse vigente la primera terna presentada por el Presidente de la República que incluía a la abogada Amparo Cerón Ojeda, teniendo en cuenta que se trata de un acto administrativo que creó una situación jurídica particular y no puede ser derogado tácitamente con la nueva



terna. En ese sentido, adujo que debieron expresarse los motivos para excluirla a través de un acto administrativo.

## 8. Sentencia de tutela impugnada

La Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, en sentencia de 16 de noviembre de 2023, negó las pretensiones de la demanda, con sustento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, sostuvo que la acción de tutela promovida para cuestionar la terna presentada por el Presidente de la República para la elección de Fiscal General de la Nación es procedente, teniendo en cuenta que se trata de un acto preparatorio que no es objeto de control jurisdiccional, a lo que agregó que las irregularidades que se presenten en esta actuación afectan la legalidad del acto que declare la elección, el cual sí es objeto de control jurisdiccional.

Además, encontró que se cumplen las condiciones precisadas en la jurisprudencia constitucional, es decir, (i) el amparo se invoca para proteger los derechos fundamentales al voto, igualdad, equidad de género, dignidad humana y libertad de expresión y opinión; (ii) la terna es necesaria para adoptar la decisión definitiva de elección entre las tres candidatas y (iii) aún no se ha proferido el acto definitivo de elección. Agregó que la Sección Quinta del Consejo de Estado ha precisado que los integrantes de los órganos colegiados, cuando cumplen funciones electorales, actúan en ejercicio del derecho al voto, por lo que *“la elección del fiscal general de la Nación también involucra dicho derecho fundamental y, por ende, puede ser protegido mediante este mecanismo de amparo”*.

Superado el análisis de procedencia formal de la acción de tutela, aludió al contenido del artículo 40 de la Constitución Política que consagra el derecho al voto y, en ese marco, concluyó que los miembros que conforman órganos colegiados cumplen funciones electorales.

Explicó que, en esos eventos, es la Corporación respectiva la que declara el resultado de la voluntad mayoritaria de sus miembros a través de un acto administrativo electoral expedido en desarrollo de un procedimiento administrativo regulado en los artículos 249 de la Constitución Política, 29 de la Ley Estatutaria 270 de 1996 y 6 de la Ley 581 de 2000, así como el reglamento de la Corte Suprema de Justicia.

Precisó que de la normatividad existente en materia de elección del Fiscal General de la Nación se puede concluir lo siguiente: (i) que dicho procedimiento involucra la voluntad de dos autoridades distintas: la del Presidente de la República que postula una terna de candidatos y la de la Corte Suprema de Justicia que profiere el acto de elección; (ii) no existe una reglamentación específica para la elaboración de la terna ni para la selección de quien ocupará el cargo, por lo que la competencia es discrecional y (iii) esa función electoral sí se encuentra regulada en lo pertinente a la verificación de los requisitos para desempeñar el cargo por parte de los candidatos, que se incluya por lo menos una mujer y que la elección en la Corte Suprema de Justicia cumpla el *quórum* y la mayoría de votos requeridos, esto es, las dos terceras partes (2/3) de los magistrados en ejercicio.

En ese orden, afirmó que la Ley 581 de 2000 establece que en el nombramiento de cargos públicos que deben proveerse por el sistema de ternas se debe incluir por lo menos el nombre de una mujer y en el de listas -hombres y mujeres en igual proporción-, lo que constituye una medida afirmativa en favor de las mujeres, dirigida a promover la igualdad material respecto de un grupo históricamente discriminado que, aunque puede traducirse en un trato desigual respecto de



quienes no son sus destinatarios -los hombres-, es admisible en tanto persigue un fin legítimo como lo es asegurar la igualdad material entre hombres y mujeres.

Adujo que, con esa medida, el legislador responde al contexto en que se ha desempeñado la mujer en la sociedad y a la poca representación en el poder público. En ese sentido, aludió a la exposición de motivos de la citada ley y que en aquella ocasión se evidenció que el sexo constituía una categoría sospechosa en la baja representación de las mujeres en la participación de la vida pública y política de la Nación.

Así las cosas, constató que *“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”*.

En consecuencia, el *a quo* encontró que la terna presentada por el Presidente de la República no desconoció el ordenamiento jurídico, por el contrario, atiende al mandato de la Ley 581 de 2000 que establece que la terna debe estar integrada al menos una mujer.

Aseveró que el magistrado Gerardo Botero Zuluaga tiene garantizado su derecho al voto, el cual no se quebranta por el hecho de que se hubiere presentado una terna conformada solo por mujeres, porque con ello no se está trasgrediendo el ordenamiento jurídico, a lo que agregó que el funcionario cuenta con la potestad de votar en blanco.

Por último, en relación con los derechos a la libertad de expresión adujo que de conformidad con lo consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política, toda persona tiene el derecho de expresar y difundir libremente sus pensamientos y opiniones, así como informar y recibir información veraz e imparcial. Agregó que el ejercicio de este derecho se materializa a través de distintos canales de comunicación, como las redes sociales, que han generado nuevas formas de interacción social, ámbito respecto del cual aclaró, se encuentran las expresiones efectuadas por el Presidente de la República en la red social “X”, que no afectan la dignidad del magistrado Gerardo Botero Zuluaga, pues expresan la opinión frente a un tema de interés general y que es objeto de debates permanentes en distintos escenarios de la sociedad.

## 9. Escritos de impugnación

Dentro del término previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, los demandantes presentaron escrito de impugnación contra la sentencia de 16 de noviembre de 2023<sup>3</sup>, en los siguientes términos:

### 9.1. Impugnación presentada por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga

El accionante solicitó que sea revocada la sentencia proferida por el *a quo* y, en consecuencia, se acceda al amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, equidad de género y al voto, supuestamente vulnerados por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia al negarse a devolver la terna para la elección de Fiscal General de la Nación para el periodo 2024-2028, y los derechos fundamentales a

<sup>3</sup> Concedidas por auto de 27 de noviembre de 2023.



la libertad de expresión y de opinión menoscabados por el Presidente de la República con una publicación en la red social “X” el 10 de octubre de 2023 a las 10:20 am, al haber convocado a las voces feministas para cuestionar las discrepancias que ha tenido frente a la conformación de la terna *“trasladando una discusión jurídica a un plano que no corresponde (machismo y feminismo), y en la que se me hace ver ante la sociedad como un machista, misógino y reyezuelo”*.

De conformidad con lo anterior, señaló que pretende que se ordene a la Corte Suprema de Justicia devolver la terna remitida por el Presidente de la República para la elección del próximo Fiscal General de la Nación y disponer que envíe una nueva en la que se cumpla con el principio de equidad e igualdad de género. De igual manera, destacó la importancia de proteger sus derechos fundamentales vulnerados en razón a la publicación realizada en la mencionada red social, lo que, afirma, le ha generado una serie de insultos e improperios que afectan su dignidad como persona y magistrado de una alta corte, también compromete la independencia de los magistrados y abogados protegida por las Naciones Unidas en el Consejo de Derechos Humanos que otorgó un mandato a un relator especial creado por medio de la resolución 1994/41.

La parte actora estructuró su escrito de impugnación en los siguientes tres apartados:

#### ***Facultad discrecional no implica arbitrariedad***

Destacó que si bien la Carta Política otorga al Presidente de la República la potestad discrecional de conformar la terna para la elección del Fiscal General de la Nación, así como a la Corte Suprema de Justicia la de seleccionar con base en dicha terna, ello no implica que pueda ser arbitraria, ilimitada o caprichosa.

Luego hizo referencia a la sentencia C-031 de 1995 en la que se precisó la distinción entre los actos discrecionales y arbitrarios, para concluir que de conformidad con el principio de legalidad, proporcionalidad y en cumplimiento de los principios de la función administrativa, la facultad discrecional de las referidas autoridades públicas debe servir al interés general.

#### ***Naturaleza y alcance de las acciones afirmativas***

En primer lugar, sostuvo, con sustento en doctrina, que las acciones afirmativas garantizan que la organización política cumpla con sus fines sociales de protección a los débiles y avance hacia una justicia social.

De otro lado, apoyado en las sentencias de la Corte Constitucional C-115 de 2017, C-667 de 2006, T-984 de 2007 y T-410 de 1994, mencionó que allí se ha indicado que esas medidas son transitorias y tienen como propósito romper una situación de desigualdad, por lo que deben ser desmontadas una vez dicha desigualdad se supere, lo que se justifica en el deber de las autoridades del Estado de garantizar la igualdad material en contraposición a la igualdad formal. Así mismo, que si bien el Estado ha asumido el compromiso a favor de sectores de la población que requieren especial atención, también está obligado a evaluar y desarrollar acciones afirmativas de manera continua para que se avance en la realización de un orden social más justo y permitan el ejercicio completo de todos los ciudadanos.

Con base en lo anterior, expresó que el Estado no puede permitir que un grupo que ha sido históricamente dominante, sea ahora discriminado bajo unos parámetros legales *“pues de lo contrario se estaría pasando la balanza de un lado al otro en un intento desmesurado por lograr la igualdad, lo cual en cualquier caso*



se debe evitar”. Agregó que de conformidad con la sentencia C-964 de 2003, en los casos de acciones afirmativas se pueden presentar medidas de discriminación inversa o positiva, últimas que no están previstas 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 personas o grupos en posiciones desfavorables”*.

### **No toda discriminación inversa es constitucionalmente admisible**

El demandante, con sustento en la sentencia C-1036 de 2003, refiere que la Corte Constitucional ha determinado que las medidas de discriminación inversa deben estar mediadas por un juicioso análisis de la situación concreta, a lo que agregé que se han establecido algunos requisitos para que las autoridades implementen acciones afirmativas que no constituyan tratos discriminatorios que transgredan el orden constitucional, a saber:

- (i) Que sean transitorias o temporales, es decir que no perpetúen desigualdades en contra de aquellos grupos o personas que no se vean favorecidas por las medidas adoptadas, lo que se ha reconocido no solo en la Constitución sino también en tratados internacionales de derechos humanos. Al respecto, se refirió al artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en concreto, que esas medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, *“de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”*.
- (ii) Que esas medidas deben estar encaminadas a corregir tratos discriminatorios, pero no cualquier trato, lo cual debe evaluarse a la luz de la situación histórica, cultural y social del sector al que se le aplicará.
- (iii) Que dichas medidas sean razonables y proporcionales, a lo que ha considerado la Corte Constitucional, una vez evaluados se aparten de transgredir sustancialmente los derechos de aquellos a quienes se pueden ver afectados por tales medidas. Agregó, también apoyado en jurisprudencia de la Corte Constitucional, las etapas que se han desarrollado para establecer que una medida no vulnera el principio de proporcionalidad (adecuación-necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Por último, expuso sus argumentos frente al caso concreto, los cuales se pueden resumir así:

Manifestó que no es justificable la conclusión a la que arribó la sentencia de tutela proferida por el juez constitucional de primera instancia, en el sentido de que la conformación de la terna para elegir Fiscal General de la Nación es una facultad discrecional, en tanto puede transgredir los principios y valores que se encuentran contenidos en la Carta Política. Adujo que no comparte la motivación de la decisión porque desvió la discusión a un supuesto reproche a la medida afirmativa prevista en el artículo 6 de la Ley 581 de 2000.

También indicó que el fallo de tutela impugnado incurrió en una ostensible omisión al no valorar que el Presidente de la República conformó una terna solo por mujeres, como fue anunciado en la red social “X”, supuestamente asistido por un *“derecho preferencial para lograr la equidad de género y como medida de discriminación positiva”*, aparentemente sustentado en la Constitución Política. A



su juicio, lo que resultaba propio era analizar si dicha medida transgredía la Constitución, lo que se echa de menos en la sentencia.

A continuación, se refirió al análisis que debe surtir respectivamente de las medidas de discriminación inversa o positiva, con sustento en los siguientes criterios: (i) depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias; (ii) debe analizarse en el caso concreto si la diferencia en el trato es razonable y proporcionada y (iii) deben ser temporales.

En relación con el primer criterio indicó que es necesario valorar elementos que permitan determinar si se trata de una circunstancia real de discriminación. Para el efecto, hizo referencia al *Informe sobre la participación efectiva de la mujer en los cargos de niveles decisorios en el Estado colombiano*, expedido por el DANE en diciembre de 2022 en el que sobre la participación de la mujer en el Estado, incluidos los cargos de máximo nivel decisorio y otros niveles decisorios, señaló:

*“(…) En este punto es importante precisar, que la última medición (2022) refleja que el porcentaje de participación de las mujeres es el más alto (47%), comparado con los años recientes, ubicándose por encima de lo señalado en la Ley de Cuotas (30%).*

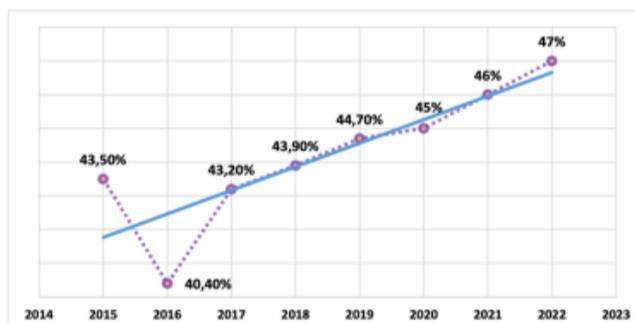
*(…)*

*De los 6235 cargos reportados en el máximo nivel decisorio (MND), 6.030 fueron provistos, de los cuales 2752 cargos se encuentran ocupados por mujeres, lo que representa un 45,6%, incrementando 0,6% con respecto a la vigencia anterior la participación femenina en cargos de mayor jerarquía, es decir, pasa del 45% en el 2021 a 45,6% en el 2022.*

*Así mismo, de los 8.863 cargos reportados en otros niveles decisorios (OND), 8122 fueron provistos, de los cuales 3909 cargos se encuentran ocupados por mujeres, lo que representa un 48,1%, incrementando 1,1% con respecto a la vigencia anterior la participación femenina en otros cargos de decisión, es decir, pasa del 47% en el 2021 a 48,1% en el 2022”.*

Con sustento en lo anterior, señaló el impugnante que la situación actual de la mujer dista mucho de los datos a los que acudió el juez de primera instancia para sustentar su decisión, los cuales son de finales de la década de los noventa, a lo que agregó una gráfica en la que se ilustra el progresivo avance que se ha alcanzado en la materia durante los últimos años, tomada del Departamento Administrativo de la Función Pública, Dirección de Empleo Público (27 de septiembre de 2022), a saber:

Gráfica 4 Evolución del porcentaje de participación de la mujer en los cargos directivos del Estado Colombiano

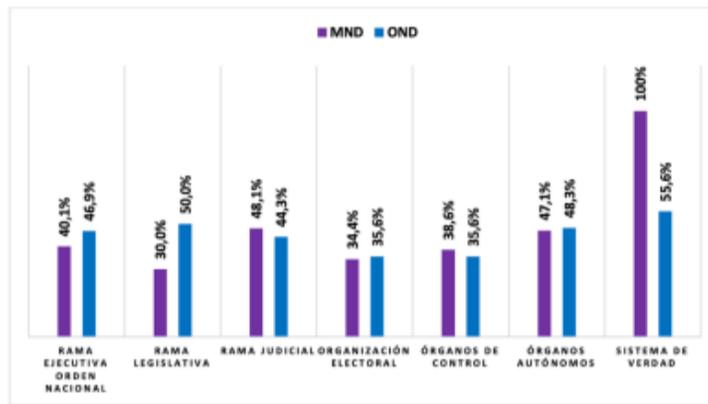


Fuente: Función Pública, Dirección de Empleo Público, 27 de septiembre de 2022.

Así mismo, se apoyó en la siguiente gráfica realizada por la misma autoridad administrativa, en la que se puede evidenciar la participación de la mujer en los cargos directivos en el orden nacional en las diferentes ramas y órganos del poder público:



Gráfica 1 Participación de la mujer en los cargos directivos en el orden nacional del Estado colombiano por ramas y órganos del poder público



Fuente: Función Pública, Dirección de Empleo Público, 27 de septiembre 2022.

Así las cosas, indicó que resulta llamativo que la rama ejecutiva del orden nacional, en cabeza del Presidente de la República, tenga un porcentaje menor de participación de la mujer (40,1%) frente a la rama judicial (48,1%) en los cargos de máximo nivel decisorio, lo que permite concluir que el primer criterio no se cumple.

Agregó que si bien en el fallo de primera instancia se hizo referencia a la baja representación femenina en la Fiscalía General de la Nación, resultaría pertinente analizar si las medidas de discriminación inversa deben aplicarse partiendo de la circunstancia histórica de representación de cada entidad en particular, o sobre referentes normativos como la Ley 581 de 2000, en términos de los cargos de máximo nivel decisorio y otros niveles decisorios. Para el impugnante, la segunda opción sería la menos lesiva de los derechos fundamentales y la menos intrusiva de la división tripartita de poderes del Estado. A su juicio, la primera opción “resultaría peligrosa” porque si se parte de un análisis histórico de la dirección de cada entidad, sin un análisis muy profundo, la conclusión inevitable a la que se arribaría sería que en la mayoría de los casos debe asegurarse el cargo a una mujer para lograr un “equilibrio”, por lo que podría pensarse en empezar por la Presidencia de la República que no ha estado en manos de una mujer.

Sostuvo que “tan desproporcionado es restringir a través de una imposición la posibilidad de los electores de elegir la cabeza del ejecutivo entre solo candidatas mujeres, como es anular de facto la posibilidad de que los hombres aspiren a asumir la dirección de cualquier entidad del Estado”.

Respecto del segundo criterio considera el demandante que no se cumple por dos razones. La primera porque el porcentaje de participación actual de las mujeres en los cargos directivos es del 47%, es decir, no existe una correlación directa con la adecuación de una medida de conformar una terna compuesta solo por mujeres, dejando por fuera a los hombres. La segunda porque si la finalidad es privilegiar la posibilidad de que una mujer llegue a la cabeza de la Fiscalía General de la Nación, sin sacrificar valores constitucionales de igual valor y los derechos fundamentales a la igualdad y la participación política de los hombres “podría pensarse en una fórmula menos lesiva como una terna conformada por dos mujeres y un hombre”.

Añadió que la Corte Suprema de Justicia como encargada de seleccionar a uno de los ternados por el Presidente de la República, también está sujeta a la Constitución Política y a la Ley 581 de 2000, por lo que debe ponderar los diferentes criterios para lograr los fines esenciales del Estado, así como la igualdad material, a lo que agregó que esa corporación judicial tiene la posibilidad de no inclinarse por alguna de las ternadas y decidirse por el voto en blanco, lo



que tampoco aseguraría el objetivo fijado, por lo que una terna conformada solo por mujeres no resultaría necesaria.

Finalmente, en lo que atañe con el último criterio insistió en lo planteado en el escrito de tutela, relacionado con el carácter temporal de una acción afirmativa, por lo que conformar ternas solo por mujeres resultaría difuso e indeterminable, a lo que agregó que de conformidad con la sentencia C-371 de 2000 en la que se hizo el control de constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 581 de 2000, relacionado con la cuota del 30% de mujeres en cargos de máximo nivel decisorio y otros niveles decisorios, la temporalidad de la norma estaba implícita, de tal manera que si en el presente caso se aceptara la posibilidad de conformar ternas solo por mujeres, en la práctica no sería claro hasta cuándo se podría presentar dicha situación.

Expresó que, si en gracia de discusión, se aceptara que la medida del Presidente de la República es una legítima acción afirmativa, *“¿hasta cuándo podría aceptarse que las ternas sean conformadas por solo 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 ternando solo mujeres?”*.

Ahora bien, el accionante indicó que respecto del argumento de que el artículo 6 de la Ley 581 de 2000, impone el requisito de incluir en las ternas el nombre de por lo menos una mujer y no de un hombre, resulta una obviedad porque la ley de cuotas tiene como finalidad crear *“mecanismos para que las autoridades, en cumplimiento de los mandatos constitucionales, le den a la mujer la adecuada y efectiva participación”*. Empero, señaló que aceptar esa tesis implicaría supeditar la participación del sexo masculino a que una norma de fundamento legal lo habilite para ello, *“implicaría entonces, argüir que la condición de pertenecer al sexo masculino tendría que llevarse a lugares de discriminación para que el congreso establezca acciones afirmativas en su favor”*.

Aseveró que de realizarse una interpretación sistemática de la Ley 581 de 2000, ninguna disposición tiene como propósito eliminar la posibilidad de que los hombres sean partícipes en los procesos de elección, por el contrario, el artículo 1 de dicha normativa establece que las autoridades deben sujetarse a los mandatos constitucionales para otorgar una adecuada participación a la mujer. De allí que mal haría el juez constitucional en interpretar lo dispuesto en el artículo 6, en el sentido de considerar que la participación de los hombres en las ternas está condicionada a una obligación expresa en dicha ley.

Destacó que la decisión que se adopte en el marco de la acción de tutela promovida tiene trascendencia jurídica fundamental, *“pues de confirmarse la decisión del a quo, se abriría la puerta a la indeterminable posibilidad de conformarse ternas solo de mujeres. A mi juicio, esto pondría en riesgo la participación equitativa de los hombres en futuras ocasiones en los cargos que se proveen mediante el sistema de ternas, incluso, aunque la participación de la mujer en altos cargos del Estado en algún punto, no muy lejano, será superior al de los hombres”*. Agregó que si bien ha existido una situación histórica de marginalización de la mujer en la participación política y de altos cargos del Estado *“ello no puede derivar en la creación de nuevos prejuicios o estigmas en la sociedad en contra de los demás. Se trata de equilibrar la balanza, no inclinarla hacia el sentido opuesto”*.

Insistió en que es palpable la posibilidad de que la discriminación se traslade hacia el hombre y *“que el hecho de que un hombre exija la igualdad de oportunidades para el acceso a la participación en los cargos públicos, se hace merecedor de*



*improperios e infamias. Actualmente, opinar en contra de lo ‘políticamente correcto’ es prácticamente un ‘delito social’. Los hombres ya no pueden opinar de equidad de género. Hablar de los derechos del hombre ahora es tabú”.*

Sostuvo que si bien el artículo 6 de la Ley 581 de 2000, dispone la imposibilidad de que tres hombres conformen la terna de Fiscal General de la Nación, no implica la posibilidad de que tres mujeres hagan parte de la misma, pues ello sería tanto como desbordar el nivel de desigualdad que es admisible de cara a una medida afirmativa -la desigualdad tolerable consiste en restringir que la totalidad de los candidatos sean hombres-, que ninguno de ellos lo sea desconoce el artículo 13 de la Constitución Política. De igual modo, adujo que si bien en el año 2000 se consideró como medida afirmativa en la Ley 581 de 2000 un mínimo del 30% de participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública, en la actualidad no se avizora que la medida afirmativa consista en un máximo, es decir, que la terna solo esté conformada por mujeres.

Mencionó que la sentencia de tutela de primera instancia pasó por alto que el ordenamiento jurídico también está permeado por principios generales del derecho que orientan la interpretación normativa, de allí que la igualdad como máxima, principio y derecho fundamental se debe garantizar, lo que no se evidencia con la conformación de la terna que propone el Presidente de la República, a lo que agregó que le correspondía al *a quo* consultar el clima social vigente para resolver si las cuestiones relativas a saldar la denominada deuda histórica con las mujeres se consigue con la medida afirmativa contenida en el artículo 6 de la Ley 581 de 2000 o si era “*necesario recurrir a una de mayor envergadura, como la que adoptó el presidente de la República con la terna*” y que el juez también es creador de norma jurídica universalizable, por lo que no es de recibo que solamente sea el legislador al que le corresponde definir la adecuación o vetustez de las medidas integradas en la Ley 581 de 2000, porque ello implicaría despojar de toda función interpretadora al juez.

Por último, se refirió a que la afirmación del Presidente de la República en el sentido que de llegarse a acoger el argumento de la acción de tutela quedarían prohibidas las ternas de mujeres, el derecho preferencial para lograr la equidad de género, condensa, a juicio del demandante, prejuicios inadmisibles en doble vía. De un lado, parte de la mala fe de los electores de supuestamente preferir cualquier otro género antes que las mujeres. De otra parte, sugiere que en una terna de dos mujeres y un hombre, las mujeres no estarían en capacidad de competir con un hombre. Así mismo, indica que es peregrino el argumento del juez de tutela de primera instancia, al asegurar que el accionante como funcionario judicial tiene la potestad de votar en blanco y que la decisión se adopta de manera colegiada “*y, por tanto, será el quórum mayoritario el que definirá el nombre de la próxima fiscal general de la nación*”, lo que desconoce que el real debate que se propone gravita en que se le está impidiendo escoger o ejercer el derecho al voto entre los diferentes géneros que existen en nuestra sociedad, excluyendo a otros grupos reconocidos en Colombia.

## **9.2. Escrito presentado por el señor Diego Alejandro Rojas Medina**

El demandante indicó que el juez de tutela de primera instancia omitió pronunciarse sobre los derechos de los géneros existentes en Colombia, en tanto población históricamente vulnerada en sus derechos. Agregó que la población LGTBIQ+ no tiene participación en los cargos de poder, quienes también, afirma, son titulares de derecho, por lo que si el Presidente de la República pretendió hacer una acción afirmativa debió incluir a una persona de cada género, “*esto es una mujer, un miembro de la comunidad LGTBIQ+ y un hombre en la terna*”, toda



vez que las acciones afirmativas deben estar dirigidas a proteger los derechos de las víctimas de vulneración y no desconocer los del resto de la población.

Sostuvo que si bien la Ley 581 de 2000 no establece que deba incluirse necesariamente un hombre en la terna, sí deja claro que no puede estar compuesta por un solo género y que visto en retrospectiva para ese momento en la sociedad existían más géneros y se imponía incluir a una mujer como mínimo, es decir, que debía estar compuesta al menos por dos géneros, circunstancia que no se valoró en la decisión judicial objeto de impugnación.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 29 del Decreto 2591 de 1991 y 25 del reglamento interno (Acuerdo 080 de 2019), la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de impugnación.

### 2. Cuestión previa

2.1. En la acción de tutela promovida por el señor Diego Alejandro Rojas Medina adujo que es colombiano de nacimiento y que se identifica con el género masculino, a lo que agregó que la terna presentada por el Presidente de la República para la elección del próximo Fiscal General de la Nación se encuentra integrada solo por mujeres, lo cual impide, a su juicio, la posibilidad de que un hombre llegue a ser elegido para ejercer ese cargo.

De lo anterior, la Sala encuentra que el actor no expresó cuál es el interés legítimo para cuestionar la citada terna, esto es, de qué forma la actuación administrativa demandada constituye una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados de manera particular y concreta. En efecto, no se acreditó algún interés en ejercer ese cargo, que cumpla los requisitos para ello y que hubiese sido uno de los posibles candidatos para integrar la terna.

2.2. Sobre la legitimación en la causa por activa, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos en que así se autoriza.

Si bien la acción de tutela se caracteriza por su ejercicio informal, esa circunstancia hace inexorable que se demuestre un interés legítimo en su ejercicio al momento de su interposición, es decir, se hace exigible como requisito indispensable la legitimación e interés del actor, según lo estipula el artículo 10<sup>o</sup> del Decreto 2591 de 1991, cuyo texto es el siguiente:

*“Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.*

*También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.*

*También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.*



En términos generales, la legitimación en la causa determina quiénes pueden obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda.

La Corte Constitucional ha establecido unos presupuestos con respecto a la legitimación en la causa por activa, señalándolos así:

*“La legitimación en la causa por activa en los procesos de acción de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, sin embargo la Sala encuentra que a partir de las normas de la Constitución y del decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela: (i) la del ejercicio directo de la acción. (ii) La de su ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) La de su ejercicio por medio de apoderado judicial (caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo). Y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso”<sup>4</sup>.*

Si se actúa por medio de apoderado judicial, debe aportarse el poder especial que lo faculta para actuar<sup>5</sup>, pues, de lo contrario, se configurará un auténtico caso de carencia de poder. Y si se actúa en calidad de representante legal de una empresa, debe aportarse el respectivo certificado de existencia y representación.

De conformidad con lo anterior, están legitimados para interponer la acción de tutela: i) el interesado directamente, ii) el representante legal o judicial y iii) el agente oficioso, siempre que se demuestre la imposibilidad de que el interesado ejerza su propia defensa<sup>6</sup>.

En definitiva, en la acción de tutela el juez cuenta con la facultad de revisar, en cualquier momento del proceso, si la persona que ejerció la acción está legitimada para obtener una decisión de fondo. Si el juez de tutela comprueba que quien ejerció la solicitud de amparo está legitimado, continuará con el análisis de los presupuestos de procedencia con el fin de realizar estudio de fondo. No así, si comprueba la falta de legitimación en la causa por activa, caso en el cual deberá declararla.

Entonces, la procedencia de la acción de tutela exige que el accionante esté frente a una situación específica de afectación de derechos fundamentales que se traduzca en una lesión o en una amenaza actual, producto de la acción o la omisión de las autoridades públicas o, en ciertos casos, de los particulares.

2.3. En el caso que nos ocupa, el señor Diego Alejandro Rojas Medina controvierte la terna presentada por el Presidente de la República porque la misma no incluye hombres, género con el cual se identifica. Sin embargo, la Sala encuentra que ese argumento no es suficiente para acreditar un interés legítimo y directo que lo habilite para presentar la acción de tutela, en tanto no se evidencia una amenaza o afectación particular y concreta de sus derechos fundamentales, por lo que así se declarará.

<sup>4</sup> Sentencia T-531 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>5</sup> Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sentencia T 531 de 2002, precisó que el acto por el que se confiere poder tiene las siguientes características: “(i) es un acto jurídico formal que debe realizarse por escrito; (ii) se presume auténtico; (iii) debe ser especial con el fin de interponer una acción de tutela; (iv) es para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso, por lo que no se entiende conferido para la promoción de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento tengan origen en un proceso ordinario; y (v) el destinatario del acto de apoderamiento solo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional”.

<sup>6</sup> Cfr. sentencia T-011 de 2022, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



Por lo tanto, la Sala modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la falta de legitimación en la causa por activa, respecto de la acción de tutela promovida por el señor Diego Alejandro Rojas Medina.

Así las cosas, el estudio de la impugnación se circunscribirá únicamente a los argumentos esgrimidos por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga.

### 3. Planteamiento del problema jurídico

Le corresponde a la Sala de conformidad con las razones expuestas por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga en el escrito de impugnación, determinar si debe revocar la sentencia de tutela proferida el 16 de noviembre de 2023, por la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, en la que se negaron las pretensiones de la acción de tutela y, en su lugar, acceder al amparo constitucional de los derechos fundamentales al voto, igualdad, equidad de género, libertad de expresión, opinión y dignidad humana, y que se disponga (i) dejar sin valor y efecto las decisiones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de no devolver la terna al Presidente de la República para la elección de Fiscal General de la Nación adoptadas en las sesiones de 14 y 28 de septiembre de 2023 y (ii) que se ordene a esta última autoridad que remita una nueva terna en la que se respete la igualdad y la equidad de género.

### 4. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite o preparatorios

Los actos administrativos se pueden clasificar, según el contenido de la decisión, en definitivos, de trámite o preparatorios<sup>7</sup>. Frente a los primeros, el artículo 43 de la Ley 1437 de 2011 establece que “*son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*” y contra ellos proceden los medios de control establecidos en dicho estatuto procesal. Los segundos son aquellos encaminados a dar impulso a la actuación administrativa que se adelanta para proferir una decisión de fondo, los cuales no crean modifican o extinguen situaciones jurídicas<sup>8</sup>, a lo que se debe agregar que no son susceptibles de control jurisdiccional pues solo pueden ser controvertidos en el evento en que se demande el acto definitivo.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de 28 de octubre de 2010<sup>9</sup>, al resolver varios interrogantes formulados por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República sobre la posibilidad de cambiar la terna elaborada para la elección de Fiscal General de la Nación, comenzó por explicar que la función de elección que se realiza al interior de las corporaciones judiciales son procedimientos de naturaleza administrativa compuesta por dos fases en la que concurren las máximas autoridades de la rama ejecutiva y de la judicial y que concluyen con un acto de elección que crea una situación jurídica individual, por lo que se trata de un acto administrativo definitivo que es objeto de control jurisdiccional.

En ese marco, indicó que la fase inicial es la adelantada por el Presidente de la República y se conforma por: (i) la identificación de los candidatos que reúnan los requisitos para el desempeño del cargo, (ii) la conformación de la terna y (iii) la remisión de la misma a la Corte Suprema de Justicia, y precisó que esa postulación constituye una actuación de impulso para la expedición del acto final

<sup>7</sup> Sentencia de 22 de octubre de 2009, exp. 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-2008-00027-00.

<sup>8</sup> Sentencia SU-617 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Reiterada en sentencia T-084 de 2023 M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera. Ver también sentencia T-412 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>9</sup> Expediente 11001-03-06-000-2010-00113-00. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.



de elección que corresponde proferir a esa corporación, es decir, son actos de trámite. Al respecto, expresó lo siguiente:

***“Todos los actos precedentes al acto de elección, en general, han sido calificados por la doctrina y la jurisprudencia como previos o de mero trámite, porque su función no es la de constituir o declarar situaciones jurídicas individuales, sino la de impulsar la actuación hacia una meta que implica conclusión de todas las decisiones y trámites que le sirven de antecedente.***

*Frente a este acto conclusivo todos los actos que le preceden son de trámite, porque se producen dentro de una actuación administrativa con el fin de adelantarla hasta la expedición de un acto definitivo, y se denominan también preparatorios, en la medida en que su expedición sucesiva es necesaria para posibilitar el acto final al cual apuntan.*

*En la elección que nos ocupa, **sin duda la terna es un acto de trámite**, porque la postulación que ella expresa es un acto del presidente de la República, en ejercicio de una competencia constitucional expresa (artículo 249), que da inicio a un procedimiento de naturaleza administrativa, puesto que apunta a la elección de un servidor público en la Rama Judicial” (subrayas por fuera del texto original).*

De igual forma, la sentencia SU-058 de 2018<sup>10</sup> estableció que la expedición de un acto administrativo de elección en cargos públicos, en algunos eventos, se encuentra precedido por actuaciones administrativas de ciertos órganos que profieren actos preparatorios de elección que no definen situaciones particulares pero que sí son indispensables para la producción del acto de nombramiento, como es el caso de las ternas de candidatos. En concreto, expresó lo siguiente:

*“En relación con el tipo de actos administrativos sobre los cuales procede la acción de nulidad electoral cabe señalar que, en principio, ésta procede en contra de aquellos actos de carácter electoral que son definitivos en tanto ponen fin a la elección. Sin embargo, existen eventos en los que ciertos órganos que participan en el proceso de elección profieren actos previos y preparatorios de la elección que, aunque no la definen ni la declaran, si resultan indispensables para que el acto de nombramiento se produzca. Es el caso de la conformación de ternas de candidatos a un cargo, cuya designación está en cabeza de un órgano diferente al que la elabora.*

*Estos actos preparatorios o previos son denominados en la teoría clásica del derecho administrativo, actos de trámite, en contraposición a los actos definitivos”.*

El Consejo de Estado, como órgano de cierre en asuntos electorales, también ha señalado que la terna de candidatos para la elección de un cargo público constituye un acto administrativo de trámite o preparatorio. En ese sentido, la Sección Quinta de esta Corporación, en sentencia de 22 de octubre de 2009<sup>11</sup>, indicó:

***“El acto administrativo que contiene ternas de candidatos a un cargo, cuya designación corresponde a un ente distinto al que la elabora, es un acto previo dentro del proceso del nombramiento o elección de que se trate, preparatorio e indispensable para que tal nombramiento se produzca, que no la define ni declara pero sí la posibilita; se trata de un acto de trámite porque no pone fin a la actuación administrativa y, por consiguiente, no es demandable en forma anticipada a la elección cuyo resultado final predomina sobre las etapas previas que integran su desarrollo.***

*En síntesis, **los actos de conformación de ternas son preparatorios o de trámite**, como quiera que esa actuación busca iniciar el procedimiento de elección, lo impulsa y lo conduce hacia la decisión definitiva; por tanto, las irregularidades en su formación afectan la legalidad de la elección que se produzca” (subrayas por fuera del texto original).*

<sup>10</sup> M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>11</sup> M.P. Filemón Jiménez Ochoa. Expedientes 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-2008-00027-00. Ver también sentencia de 16 de octubre de 2023 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, M.P. Darío Quiñones Pinilla, expediente 17001-23-31-000-2003-0667-01 3140.



Ahora bien, por regla general, la acción de tutela resulta improcedente para controvertir actos administrativos de trámite o preparatorios, como las ternas que contiene candidatos para el nombramiento en un cargo público, principalmente porque pueden ser controvertidos atacando el acto definitivo de elección a través de los medios de control consagrados en la Ley 1437 de 2011. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que *“los actos de trámite son ‘actos instrumentales’, que integran el procedimiento anterior a la decisión que finalmente resuelva el asunto y sus defectos jurídicos podrán cuestionarse cuando se impugne el acto definitivo, el cual podrá ser inválido, v.gr., por haberse adoptado con desconocimiento del procedimiento previo que constituye requisito formal del mismo acto. Por lo tanto, es necesario esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para poder plantear la invalidez del procedimiento por haberse presentado anomalías en los actos de trámite”<sup>12</sup>*

No obstante, la Corte Constitucional ha admitido que *“algunos actos de trámite o preparatorios, pueden conculcar o amenazar los derechos fundamentales de una persona, en cuyo caso, sería procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo. Lo anterior, teniendo que en cuenta que una vulneración de derechos fundamentales ocasionada con un acto de impulso o trámite no podría ser corregida sino hasta concluir la actuación de la cual hace parte, lo cual podría ocasionar, según el caso, afectaciones graves e injustificadas a los derechos fundamentales”<sup>13</sup>*. Estos escenarios deben ser verificados por el juez de tutela, en cada caso concreto, al analizar la procedencia del mecanismo de amparo, pues su intervención en una actuación administrativa en trámite puede afectar la producción del acto administrativo definitivo que pone fin a la misma.

En ese sentido, la Corte Constitucional en la sentencia SU-077 de 2018<sup>14</sup> reiteró los presupuestos que deben verificarse para determinar la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos de trámite, a saber: *“(i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido; (ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final; y (iii) que ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental”*.

A partir de dichas reglas, esa corporación judicial ha superado el estudio formal de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite para garantizar derechos políticos de los ciudadanos (sentencias T-369 de 2018 y T-084 de 2003), cuando se ha advertido que pese a existir medios idóneos para cuestionar las actuaciones administrativas definitivas, por el tiempo que tardan en resolverse los procesos judiciales pueden provocar la ineficacia de las decisiones que se profieran al existir un hecho consumado.

## **5. El principio de democracia participativa y el derecho fundamental al voto en el marco de la función administrativa electoral de las altas cortes**

La Constitución Política de 1991 adoptó un modelo de democracia participativa en el que se ampliaron y consolidaron los espacios de los ciudadanos para la toma de decisiones. Desde el preámbulo se establece como guía axiológica la participación democrática, el artículo 1 sustenta la fórmula del Estado social de derecho en el carácter participativo, el artículo 2 señala que uno de los fines esenciales del Estado es *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”* y el artículo 3 alude a la soberanía popular, solo por mencionar algunas

<sup>12</sup> Sentencia C-557 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada en sentencia SU-077 de 2018, M.P. Gloria Ortiz Delgado.

<sup>13</sup> Sentencia T-084 de 2023, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

<sup>14</sup> M.P. Gloria Ortiz Delgado.



disposiciones que se refieren a ese rasgo transversal de nuestro modelo constitucional.

De esta manera, como lo ha señalado la Corte Constitucional, la democracia participativa *“se erige en una categoría central para el sistema constitucional colombiano, cuyo reconocimiento y garantía tiene consecuencias directas en la forma en que actúan, inciden y se expresan los ciudadanos, las organizaciones sociales y las autoridades públicas”*<sup>15</sup> (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Ahora bien, una de las manifestaciones del principio de democracia participativa se encuentra consagrado en el artículo 40 de la Constitución Política, en el que se dispone que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, cuya materialización se puede lograr con la posibilidad de elegir y ser elegido (numeral 1). Así mismo, el artículo 258 del texto constitucional señala que *“[e]l voto es un derecho (...)”*.

Esa disposición constitucional debe ser entendida no solo respecto de la posibilidad de ejercer el derecho al voto en los comicios para cargos unipersonales y corporaciones públicas por todos los ciudadanos, sino que también comprende expresiones como la función administrativa electoral en cabeza de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia para elegir a determinados funcionarios que conforman el poder público<sup>16</sup>.

En efecto, la arquitectura constitucional concebida en la Constitución Política asigna determinadas competencias electorales a las altas cortes, además de las judiciales que son las predominantes. Tal es el caso de la elección del Fiscal General de la Nación que se le asignó a la Corte Suprema de Justicia (art. 249 de la Constitución), de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura (dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado) -art. 254 de la Constitución-, del Registrador Nacional del Estado Civil, la cual corresponde a los presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (art. 266 de la Constitución) y de Auditor General de la República a cargo del Consejo de Estado de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia (art. 274 de la Constitución).

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha precisado que la decisión de elección emanada de un cuerpo colegiado se denomina *acto administrativo electoral*, el cual *“si bien en principio es de carácter particular pues autoriza el ejercicio de función pública a un ciudadano en específico, tiene sin embargo, connotación y trascendencia para el interés general, puesto que corresponde al acto que otorga legitimidad para el manejo de una atribución que es propia del Estado”*. En relación con la competencia del órgano que expide el acto administrativo de contenido electoral señaló que es imperativo *“no solo que el acto emane de una autoridad estatal que actúe en función administrativa sino que ese órgano se mantenga en los límites de su competencia (...)”*<sup>17</sup> (negrillas por fuera del texto original).

En ese contexto, la potestad asignada a esas corporaciones judiciales *-función administrativa electoral-*, se materializa con el ejercicio del derecho al voto en los

<sup>15</sup> Sentencia T-150 de 2022, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

<sup>16</sup> Y en algunos casos la facultad para terner candidatos con el fin de que otro órgano del poder público realice la elección. Así lo dispone, a manera de ilustración, el inciso segundo del artículo 239 de la Constitución Política en el que se indica que los magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para periodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

<sup>17</sup> Sentencia de 16 de abril de 2013, exp. 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ), M.P. Susana Buitrago Valencia.



términos de los artículos 40 y 258 superior, en un acto administrativo electoral, sin que ello se entienda como una manifestación de un derecho político. Se trata sencillamente del ejercicio de un deber funcional que está amparado en el modelo de democracia participativa consagrado en la Constitución Política.

## 6. El derecho a la igualdad material y a la participación de la mujer en los máximos niveles decisorios del Estado

### 6.1. Una aproximación general a las acciones afirmativas y de discriminación inversa o positiva

Uno de los cambios cualitativos que incorporó la Constitución Política de 1991 fue la visibilización de diferentes sectores de la sociedad que tradicionalmente habían sido segregados por el Estado, lo que ha sido consecuencia no solo de la eficacia directa del texto constitucional *-norma de normas-*, sino de la incorporación de la cláusula del Estado social y democrático de derecho (art. 1 de la Constitución), cuyo sustento axiológico principal es su carácter participativo, pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general, el reconocimiento, sin discriminación alguna, de la primacía de los derechos inalienables de la persona y la igualdad material.

Esa cláusula de igualdad sustantiva inherente a un modelo de estado constitucional encuentra su manifestación, entre otras disposiciones, en el artículo 13 de la Carta Política que dispone no solo la igualdad formal, propia del Estado liberal clásico, sino también la no discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica *-o denominados criterios sospechosos o potencialmente prohibidos-*, y la garantía de que la igualdad sea promovida en condiciones de igualdad real y efectiva, lo que supone la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, también denominadas acciones afirmativas. De igual manera, el artículo 43 de la Constitución consagra el principio de igualdad y oportunidades para la mujer y el hombre, y agrega que la mujer no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación.

Justamente este último marco constitucional fue el que sirvió de sustento para que el legislador aprobara la que fue promulgada como Ley Estatutaria 581 de 2000<sup>18</sup>, cuyo control previo, integral y automático fue realizado por la Corte Constitucional. En esa ocasión, esa corporación judicial en la sentencia C-371 de 2000 precisó que *“el proyecto de ley que se examina, precisamente, versa sobre un derecho fundamental, la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta y, específicamente, sobre lo que se establece en el inciso segundo de esta norma superior, pues busca crear condiciones materiales que permitan hacerla real y efectiva, en beneficio de un grupo (las mujeres), tradicionalmente discriminado en materia de participación política”* (negrillas por fuera del texto original).

En la misma decisión de constitucionalidad destacó que ese marco normativo regula el ejercicio del derecho a la igualdad, a partir del establecimiento de diferentes mecanismos encaminados a alcanzar el propósito de *“lograr una mayor representación de la mujer en los más altos niveles decisorios del Estado, y una mayor participación en el sector privado y en las demás instancias de la sociedad civil”*, en razón de la subrepresentación en la que se encuentra la mujer en los diferentes sectores.

También indicó que esos mecanismos que contempla la ley deben ser entendidos

<sup>18</sup> Por 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.



como acciones afirmativas, expresión a través de la cual “se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que lo afectan, bien para lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación”.

La Corte Constitucional también puntualizó que si bien pueden existir acciones afirmativas, también lo son las denominadas medidas de *discriminación inversa o positiva*, que tienen como rasgos distintivos (i) que toman en consideración aspectos como el sexo o la raza que son considerados como *criterios sospechosos* y (ii) la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados “como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras”.

Con todo, el Tribunal Constitucional sostuvo que las acciones afirmativas y las de discriminación inversa están expresamente autorizadas por la Constitución, por lo que las autoridades pueden acudir a la raza, el sexo o a otra categoría sospechosa, no con el propósito de marginar a algunas personas y 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”.

6.2. La Ley 581 de 2000 como marco de referencia mínimo, no máximo, para la conformación de ternas con el fin de garantizar la participación de la mujer en los máximos niveles decisorios

Como una fórmula concreta para reivindicar esa deuda histórica que el Estado colombiano ha tenido con las mujeres, el Constituyente de 1991, en el marco de la garantía del derecho a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, dispuso en el inciso final del artículo 40 de la Constitución Política que “las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”. Ese mandato en armonía con el inciso 2° del artículo 13 superior en el que se establece 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 aún más, hace obligatoria la acción de las autoridades públicas encaminada a corregir cualquier inequidad derivada de factores discriminatorios expresamente proscritos en la misma disposición”.

Esos obstáculos en la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios se han querido remover desde el derecho, con el fin de que se genere una transformación cultural de gran calado que permita en el corto plazo superar esas inequidades propias de la discriminación. De allí que en el artículo 1 de la Ley 581 de 2000 se haya previsto que su finalidad es la de crear mecanismos para que las autoridades, en cumplimiento de los mandatos constitucionales, le den a la mujer la adecuada y efectiva participación a que tiene derecho en todos los niveles de las ramas y demás órganos del poder público, y a que promuevan esa participación en las instancias de decisión de la sociedad civil.

En el análisis de constitucionalidad de esa disposición la Corte Constitucional sostuvo que ese propósito no solo no vulnera la prohibición contenida en el



artículo 13 superior, “sino que, al revés, pretende eliminar la discriminación que una práctica secular ha determinado en perjuicio de las mujeres”<sup>19</sup>.

El artículo 2 de la misma normativa incorpora el concepto de *máximo nivel decisorio*, entendido, para los efectos de la ley, el que corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles, nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal, lo que se complementa con el artículo 3 que alude a los *otros niveles decisorios*.

Así mismo, el artículo 4 relativo a la participación efectiva y adecuada de la mujer en los diferentes niveles del poder público, dispone que se hará aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas:

“a) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2., serán desempeñados por mujeres;

b) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisorios, de que trata el artículo 3., serán desempeñados por mujeres”.

Ese porcentaje de participación fue declarado constitucional por la Corte Constitucional, entendiendo que el mismo se trata de una acción afirmativa de *discriminación inversa* que busca beneficiar a las mujeres, para remediar la baja participación en los cargos directivos y de decisión del Estado. Destacó en esa oportunidad que esa meta es de naturaleza *rígida*, a lo que agregó que “lejos de constituir una simple meta a alcanzar, es una reserva ‘imperativa’ de determinado porcentaje; aunque entendido éste como un mínimo y no como un máximo”.

En otras palabras, lo que quiso significar la sentencia C-371 de 2000, decisión que hace tránsito a cosa juzgada constitucional, es que el margen crítico que debe garantizarse es mínimo el 30% de los cargos en el máximo nivel decisorio y en los otros niveles decisorios, en cabeza de las mujeres, con la precisión de que se trata de una cuota específica y no global, “es decir que se aplica a toda categoría de cargos y no al conjunto de empleos que conforman el ‘máximo nivel decisorio’ y los ‘otros niveles decisorios’”.

El artículo 5 de la Ley 581 de 2000 establece como excepción la aplicación del porcentaje mínimo del 30% a los cargos pertenecientes a la carrera administrativa, judicial u otras carreras especiales, en las que el ingreso, permanencia y ascenso se basan en el mérito, ni para la provisión de los cargos de elección y los que se provean por el sistema de ternas y listas.

Puntualmente, respecto de la provisión de cargos por el sistema de ternas, el artículo 6 dispone que “se deberá incluir, en su integración, **por lo menos** el nombre de una mujer”. Esa disposición fue declarada constitucional en la sentencia C-371 de 2000, “bajo el entendimiento de que cuando en la conformación de ternas concurren distintas personas o entidades se procurará incluir mujeres, sin que ésta sea una obligación inexorable”.

Ahora bien, la expresión “por lo menos” a la que acudió el legislador puede tener dos entendimientos. El primero que por tratarse de una acción afirmativa solamente debe incluirse el nombre de una mujer como una forma de garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer, de tal manera que esa brecha histórica de marginación se vaya cerrando. La segunda que aun cuando se trate de una medida de discriminación inversa, nada impide que la autoridad habilitada

<sup>19</sup> Cfr. Sentencia C-371 de 2000.



para el efecto conforme una terna solamente con mujeres, lo que permitiría avanzar en la tan anhelada paridad de género.

Justamente la Corte Constitucional en la citada sentencia C-371 de 2000 reconoció que *“si bien este mecanismo [inclusión de por lo menos una mujer en la terna] no es tan eficaz como la cuota, pues no hay garantía de que las mujeres serán elegidas”*, consideró, para ese momento, *“que la experiencia internacional ha demostrado que una medida como la que se estudia, sí viene acompañada con un respaldo y compromiso serio de las autoridades, ayuda a aumentar la participación de la mujer en los cargos de poder”*.

Así las cosas, aun cuando el artículo 6 de la Ley 581 de 2000 señala que para el nombramiento en los cargos que deban proveerse por el sistema de ternas se deberá incluir, **por lo menos** el nombre de una mujer, el marco constitucional y convencional vigente no impide que la conformación se haga solamente por mujeres, lo que no supone ahora una discriminación respecto de los hombres, sino que debe ser entendida como una medida, fruto de esa acción afirmativa, que busca reducir ese rezago histórico que existe y garantizar indubitablemente que la elección recaiga en una mujer, justamente por la falta de eficacia del mecanismo diseñado por el legislador, lo cual fue reconocido por la propia Corte Constitucional.

## 7. El derecho a la libertad de expresión y de opinión de los altos funcionarios públicos

De conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política, *“se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”*.

La Corte Constitucional ha definido el ámbito de protección acudiendo a tratados e instrumentos internacionales vinculantes por remisión expresa del artículo 93 de la Constitución Política. En ese sentido, conviene citar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDESC-, que en el artículo 19 consagra la libertad de opinión y de expresión en el que se establece que *“nadie podrá ser molestado por causa de sus opiniones”* y que, además, esta garantía comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones por el medio que elija bajo las restricciones expresamente fijadas en la ley dirigidas a *“asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”* y la protección del orden público y seguridad nacional.

Sobre este particular, en la Observación General No. 34 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -CDESC-, al desarrollar el contenido de esas libertades enfatizó que las mismas *“son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona. Son fundamentales para toda sociedad y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas. Ambas libertades están estrechamente relacionadas entre sí, dado que la libertad de expresión constituye el medio para intercambiar y formular opiniones”*. Sobre la libertad de expresión, advirtió que abarca manifestaciones en cualquier medio de comunicación incluyendo medios electrónicos o de internet sobre el pensamiento político, opinión sobre asuntos propios o públicos, la discusión sobre derechos humanos, pensamiento religioso y que el ámbito de protección *“llega incluso a expresiones que puedan considerarse profundamente ofensivas”*.

En la sentencia T-391 de 2007<sup>20</sup>, la Corte Constitucional definió la libertad de

<sup>20</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



expresión como “el derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Apareja el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva”, por lo que el ejercicio de este derecho fundamental implica el derecho a expresarse libremente y a utilizar cualquier medio para difundir su pensamiento (componente individual) y el de la comunidad de acceder a esa opinión, ideas, informaciones (componente colectivo).

En esa providencia, la Corte identificó los elementos que integran el ámbito de protección de este derecho: “(1) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión; (2) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión respecto de los cuales la presunción es derrotada, por consenso prácticamente universal plasmado en tratados internacionales que obligan al Estado colombiano; (3) existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana amparados por la libertad de expresión stricto sensu, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros – lo cual tiene efectos directos sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones; (4) la expresión protegida por esta libertad puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional; (5) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión; (6) **la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono;** (7) su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; y (8) impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares”. (Negrilla fuera del texto original)

De igual modo, estableció que no hacen parte del ámbito de protección de este derecho fundamental, la propaganda en favor de la guerra; la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo, la pornografía infantil y la incitación directa y pública a cometer genocidio.

Todas las personas son titulares de la libertad de expresión, pero el ámbito de protección del discurso no es el mismo para todos, pues cuando la ejerce un funcionario público tiene mayores restricciones o limitaciones y ello no obedece a sus condiciones individuales y personales sino a las funciones que ejerce y su impacto en “en el imaginario colectivo, en las creencias de las gentes e incluso en su conducta, dado el enorme grado de confianza que las personas suelen tener en las afirmaciones de quienes ocupan los cargos más representativos<sup>21</sup>”. Al respecto, en la sentencia T-203 de 2022<sup>22</sup>, la Corte Constitucional precisó que “**en el caso de los altos funcionarios públicos, esta restricción se asocia, además, al hecho de que sus manifestaciones, según el contexto, puede reflejar no solamente el ejercicio de la libertad de expresión sino también el de un deber-poder de comunicar decisiones relevantes para la comunidad**”.

<sup>21</sup> Sentencia T-1037 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>22</sup> M.P. Diana Fajardo Rivera.



El *poder-deber* de comunicación de altos funcionarios del Estado, como fundamento de las restricciones a la libertad de expresión, se encuentra estrechamente relacionado con las cargas especiales que supone su rol en la sociedad y el cumplimiento de los deberes de las autoridades públicas consagrados en el artículo 2° de proteger a todas las personas residentes en Colombia su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

Así mismo, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia T-446 de 2020<sup>23</sup>, se cimenta en la posición de garante frente a los derechos de los residentes en el territorio nacional que exige que al ejercer este derecho fundamental “*se guíen bajo el criterio de máxima prudencia al momento de emitir manifestaciones que pongan en riesgo o constituyan injerencias lesivas sobre tales derechos*”.

En el precitado pronunciamiento, la Corte identificó los escenarios en los que se desarrolla ese *poder-deber* de comunicación mediante discursos o intervenciones tales como: (i) al informar sobre asuntos de su competencia y al fijar una posición de la entidad sobre los mismos; (ii) cuando se analiza, comenta, opina y defiende el programa gubernamental, (iii) al responder a las críticas y (iv) al fomentar la participación ciudadana. En este punto, precisó que cuando se trata de manifestaciones en las que altos funcionarios públicos expresan su opinión sobre algún asunto y cuando defienden su gestión “*caben apreciaciones subjetivas formuladas a partir de criterios personales*”.

En ese sentido, consolidó las siguientes reglas en torno al cumplimiento de las cargas establecidas para el ejercicio de la libertad de expresión por parte de altos funcionarios públicos, en los siguientes términos:

*(i) Si el pronunciamiento se refiere a información que se presenta como auténtica, debe someterse a las cargas de “veracidad y objetividad” de conformidad con el artículo 20 de la Constitución, presupuestos que pretenden evitar “cualquier tipo de manipulación sobre la opinión pública”, con mayor razón teniendo en cuenta el alto grado de credibilidad con el que pueden contar los altos funcionarios del Estado.*

*(ii) Si el pronunciamiento no tiene la intención de transmitir información sino criterios personales sobre la política oficial de[ ] respectivo servidor, defiende su gestión, responde críticas, o expresa juicios sobre algún asunto, cabe la apreciación personal y subjetiva, no siendo exigible la estricta objetividad. No obstante, “para garantizar la formación de una opinión pública verdaderamente libre, estas opiniones no pueden ser formuladas sino a partir de mínimo de justificación fáctica real y de criterios de razonabilidad”.*

En esa línea, la Corte Constitucional en sentencia T-386 de 2021<sup>24</sup>, al desarrollar el alcance de la libertad de expresión, puntualmente en el caso del Presidente de la República, precisó que la jurisprudencia de esa Corporación<sup>25</sup> ha considerado que el ejercicio de esa garantía permite asegurar al mandatario el contacto permanente con los ciudadanos a través de discursos e intervenciones expresados en diferentes canales, lo cual, en términos de la Corte “*constituye un medio legítimo de ejercicio de facultades gubernamentales propio de las democracias contemporáneas y ello permitía diferenciarlo sustancialmente de la simple libertad de expresión reconocida de manera general a los ciudadanos*”.

De igual modo, en ese pronunciamiento, se refirió al uso del lenguaje en el ejercicio de la libertad de expresión en los distintos contextos sociales y resaltó que el mismo debe ajustarse a principios y valores constitucionales teniendo en cuenta que “*de tener una naturaleza polivalente, el lenguaje tiene la posibilidad de*

<sup>23</sup> M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

<sup>24</sup> M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>25</sup> Se refirió a la sentencia T-1191 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



*crear, transformar, deconstruir, extinguir o perpetuar realidades, de ahí que, en escenarios de discriminación, sea necesario establecer límites y correctivos, de cara a la eliminación de expresiones que se fundan en preconcepciones, prejuicios sociales o personales y que conllevan al desconocimiento de la dignidad humana”.*

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos también se ha establecido que el derecho a la libertad de expresión cuando es ejercido por servidores públicos tiene mayores restricciones. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“no sólo es legítimo, sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto a constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en atención al alto grado de credibilidad de la que gozan y en aras a evitar que los ciudadanos reciban una versión manipulada de los hechos. Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer dichos derechos”<sup>26</sup>.*

Asimismo, ha desarrollado escenarios en los que las manifestaciones de funcionarios públicos pueden propiciar, acentuar o exacerbar, situaciones de hostilidad, intolerancia o animadversión por parte de sectores de la población. En la sentencia de 26 de mayo de 2010, indicó<sup>27</sup>:

*“172. La Corte considera que la Convención protege los elementos esenciales de la democracia, entre los que se encuentra “el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho”. Entre otros derechos políticos, el artículo 23 de la Convención protege el derecho a ser elegido, el cual supone que el titular de los derechos tenga la oportunidad real de ejercerlos, para lo cual debe adoptar medidas efectivas para garantizar las condiciones necesarias para su pleno ejercicio. En estrecha relación con lo anterior, la Corte ha establecido que es posible que la libertad de expresión se vea ilegítimamente restringida por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan. Por ello, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir violaciones o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación. Igualmente, la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, garantiza la difusión de información o ideas, incluso las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población. A su vez, el artículo 16 de la Convención protege el derecho de asociarse con fines políticos, por lo que una afectación al derecho a la vida o a la integridad personal atribuible al Estado podría generar, a su vez, una violación del artículo 16.1 de la Convención, cuando la misma haya sido motivada en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de asociación de la víctima”.*

En definitiva, la Constitución Política y el citado marco jurídico internacional garantiza a toda persona la libertad de expresión y de opinión. Empero, tratándose de altos funcionarios del Estado, tiene limitaciones mayores a las de cualquier ciudadano del común, lo que se explica por las funciones que desempeñan y el impacto que puedan llegar a tener en la sociedad. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha precisado las condiciones para el cumplimiento de las cargas establecidas para el ejercicio de esas garantías, en el sentido de indicar que si el pronunciamiento alude a información que se presenta como

<sup>26</sup> Corte I.D.H., Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Párr 131. Citada en la sentencia T-203 de 2022 M.P. Diana Fajardo Rivera.

<sup>27</sup> Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas VS. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. párr. 86.



auténtica se requiere la carga de “*veracidad y autenticidad*” y si se refiere a criterios personales sobre la política oficial, la defensa de su gestión, la respuesta a críticas o expresa juicios sobre algún asunto es procedente la apreciación personal y subjetiva, sin que sea exigible “*la estricta objetividad*”, pero deben ser formuladas a partir de un mínimo de justificación fáctica real y de criterios de razonabilidad.

## 8. Estudio y solución del caso concreto

### **8.1. La acción de tutela promovida por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga es procedente desde el punto de vista formal**

El actor sostiene que las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en las sesiones de 14 y 28 de septiembre de 2023, en las que no se accedió a devolver la terna conformada solo por mujeres para la elección del próximo Fiscal General de la Nación, con el fin de que el Presidente de la República confeccionara una nueva, vulnera sus derechos fundamentales al voto, a la igualdad y a la equidad de género, en tanto lo obliga a votar únicamente por un sexo, cuando, a su juicio, de conformidad con el marco constitucional e internacional vigente se debe garantizar la participación de los diferentes géneros.

Así mismo, considera que se vulneran los derechos fundamentales a la libertad de expresión, opinión y dignidad humana, con la publicación efectuada por el Presidente de la República en la red social “X” el 10 de octubre de 2023, en la que se convocó a colectivos feministas y se puso en tela de juicio la presentación de la acción de tutela contra la terna que se conformó para la elección del Fiscal General de la Nación.

En relación con el primer reproche constitucional, la Sala advierte que el actor controvierte un acto administrativo preparatorio, como se desarrolló en las consideraciones jurídicas de esta decisión (*supra* 4), por lo tanto, en principio, la acción de tutela resultaría improcedente, teniendo en cuenta que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, puede cuestionarse con el acto administrativo definitivo de elección en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011.

No obstante, a juicio de la Sala la habilitación formal de este mecanismo de protección constitucional obedece a que de materializarse el acto administrativo de elección de la próxima Fiscal General de la Nación, el análisis de la presunta amenaza o vulneración del derecho fundamental al voto perdería su razón de ser, pues justamente lo que está alegando el magistrado Gerardo Botero Zuluaga es que por el hecho de haberse conformado la terna únicamente con mujeres se “*encuentra constreñido a ejercer el sufragio frente a una lista que desconoce la normatividad que reglamenta la materia*”. Dicho en otros términos, el demandante no cuenta en este momento procesal con otro medio de defensa judicial en el que se pueda resolver esa controversia, por lo que es procedente el ejercicio de la acción de tutela.

Lo anterior, en virtud de las reglas definidas por la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela contra actos preparatorios, esto es, (i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido; (ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final y (iii) que ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> SU-077 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



Entonces, como quiera que el procedimiento administrativo electoral no ha finalizado, en tanto no se ha proferido el acto administrativo definitivo de elección, que el acto preparatorio define una situación especial en el sentido de conformar la terna únicamente con mujeres para la elección de la próxima Fiscal General de la Nación, y que lo que se discute es la supuesta vulneración del derecho fundamental al voto del magistrado Gerardo Botero Zuluaga, quien debe participar en ese proceso de elección, la acción de tutela emerge como el mecanismo idóneo para pronunciarse sobre la posible vulneración o amenaza en relación con el citado acto de trámite o preparatorio.

Con fundamento en lo anterior, la Sala coincide con la conclusión a la que arribó el *a quo*, en el sentido de que la acción de tutela es procedente para reclamar la protección del derecho fundamental al voto, supuestamente vulnerado con las decisiones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia consistentes en no devolver la terna de candidatas para la elección del próximo Fiscal General de la Nación al Presidente de la República, con el fin de que conforme una nueva, en la que se garantice la igualdad y la equidad de género.

De igual modo, este mecanismo de protección constitucional se impone para resolver lo relativo a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, opinión y dignidad humana, los cuales considera vulnerados con la publicación efectuada por el Presidente de la República en la red social “X”, el 10 de octubre de 2023.

## **8.2. La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y el Presidente de la República no vulneraron los derechos fundamentales invocados**

8.2.1. El magistrado Gerardo Botero Zuluaga presentó acción de tutela contras las decisiones de 14 y 28 de septiembre de 2023, proferidas por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en las que se dispuso, por mayoría, no devolver la terna conformada solo por mujeres por el Presidente de la República para la elección del próximo Fiscal General de la Nación y avalar la nueva terna formulada con sustento en que sí podía modificarse unilateralmente. Así mismo, cuestiona el acto preparatorio en el que el Presidente de la República dispuso la conformación de dicha terna.

A juicio del demandante, la terna confeccionada desconoce lo previsto en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 581 de 2000, en el que se dispone que “*para la designación en los cargos que deben proveerse por el sistema de listas, quien las elabora incluirá hombres y mujeres en igual proporción*”. Agregó que las autoridades demandadas infringieron los artículos 1, 13 y 43 de la Constitución Política y algunos instrumentos internacionales -mencionados en los fundamentos de la acción-.

El reparo central de la acción de tutela, presentado en el escrito inicial y reiterado en el de corrección de la solicitud, gravita en que con la conformación de la terna únicamente con mujeres se compromete su derecho como elector por cuanto se direcciona y limita su libre facultad de elegir respecto de un solo género, lo que desfigura la naturaleza y el alcance del concepto de equidad de género. Agregó que el Presidente de la República efectuó un alcance desproporcionado de la acción afirmativa contenida en el artículo 6 de la Ley 581 de 2000, “*conformando una lista compuesta por tres individuos de un solo género*”.

En el escrito de impugnación, el accionante reiteró, en esencia, los argumentos expuestos en los escritos de tutela y subsanación, haciendo especial énfasis (i) en que la decisión del Presidente de la República no fue discrecional, sino arbitraria, (i) la transitoriedad de las acciones afirmativas y que resulta inadmisibles que un



grupo que ha sido históricamente dominante, ahora sea discriminado y (iii) en que no toda discriminación inversa es constitucionalmente admisible. Con el fin de que se analice la medida adoptada por el primer mandatario allegó unos gráficos que arrojan las cifras de participación de la mujer en los niveles decisorios del Estado, lo que permite concluir, a juicio del actor, que la situación actual de la mujer dista de los datos a los que acudió el juez de primera instancia para sustentar su decisión que son de finales de los años noventa, en tanto su participación actual en los cargos directivos es del 47%.

Por último, expuso algunas razones adicionales que tienen relación puntual con algunos argumentos expuestos por el *a quo*, las cuales serán abordadas en la solución del caso.

8.2.2. Lo primero que debe precisar la Sala, es que el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 581 de 2000 invocado, no resulta aplicable para la conformación de **ternas**, sino que se refiere a la designación de cargos que deben proveerse por el sistema de **listas**, acción afirmativa en la que el legislador dispuso que quien la elabore deberá incluir hombres y mujeres en igual proporción. Ese mecanismo de listas no es el que se ha previsto para la elección del Fiscal General de la Nación. Para el efecto, el inciso primero de la misma disposición señala que *“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”*.

Ahora bien, cabe indicar que las normas constitucionales e internacionales en las que se garantiza el principio de igualdad entre hombres y mujeres, en términos de participación, lo que hacen es respaldar los diferentes mecanismos de acción afirmativa contenidos en la Ley 581 de 2000, marco normativo que justamente lo que pretende es que los espacios de participación entre los hombres y las mujeres sean cada vez más equitativos.

En efecto, el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se refiere al derecho a la participación en condiciones de igualdad, al indicar que toda persona tiene el derecho de acceso a las funciones públicas de su país.

De igual manera, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en punto de los derechos políticos, garantiza que todos los ciudadanos - hombres y mujeres-, deben gozar del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, a lo que agrega el derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país.

Del mismo modo, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza, igualmente, que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna distinción, del derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

Estos instrumentos, solo por mencionar algunos, hacen parte del ordenamiento jurídico interno en virtud del bloque de constitucionalidad que se deriva del artículo 93 de la Carta Política, desde donde se precisa el estándar internacional de participación sustancial para las mujeres, de manera equitativa con los hombres.

De esta manera, que el Presidente de la República concretizara una medida afirmativa para la elección del próximo Fiscal General de la Nación con la conformación de la terna únicamente con mujeres, encuentra pleno respaldo en los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política. Y en modo alguno, puede ser entendida como una forma de discriminación, ahora por razones de género, respecto de los hombres.



Adicional a lo anterior, como se indicó en las consideraciones jurídicas de esta decisión, el artículo 6 de la Ley 581 de 2000 no impide que la terna sea conformada solo por mujeres, aun cuando se trate de una acción afirmativa, toda vez que el legislador quiso establecer un mínimo de **por lo menos** el nombre de una mujer, lo que nada impide que se confeccione solamente con el sexo femenino. De allí que no sea dable aceptar la conclusión a la que arriba el demandante, en relación con esa disposición, en el sentido de que así como no es posible conformar una terna solo con hombres, tampoco existe la posibilidad normativa de que tres mujeres hagan parte de una terna.

Si bien, la Sala no desconoce que la Ley 581 de 2000 se expidió con la finalidad de materializar una acción afirmativa, la circunstancia de que se disponga que **por lo menos** el nombre de una mujer puede integrar la terna, habilita la posibilidad de que se integre la terna únicamente con mujeres, y reivindica contenidos materiales normativos no solo del derecho interno, sino también, como se indicó en precedencia, del derecho internacional de los derechos humanos en materia de participación.

De otra parte, el demandante alega que con la designación de una terna cuya conformación es femenina se vulnera su derecho al voto consagrado en los artículos 40 y 258 de la Constitución Política, planteamiento que para la Sala tampoco es de recibo. Si bien, el derecho fundamental al voto puede entenderse amparado por los citados preceptos constitucionales, el mismo debe ser entendido como una atribución que debe ejercer el demandante, en su condición de magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función electoral prevista en el artículo 249 de la Constitución Política, no como la concreción de un derecho político.

Sobre este particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha entendido que el derecho al voto que se ejerce en el marco de la función electoral, de manera específica para la elección del Fiscal General de la Nación, está amparado en el artículo 40 de la Constitución Política, sin calificar que el mismo se ejerce como una expresión de un derecho político. Así lo indicó en sentencia de 16 de abril de 2013:

*“A las voces del artículo 40 de la Carta Política, la elección de un empleo público de esta naturaleza materializa el derecho a participar en la conformación y en el ejercicio del poder político, derecho que es de carácter fundamental. Es garantía para el goce con plenitud de este derecho, que a quien se elija en propiedad en cargo de período fijo, ejerza la función estatal conferida, conociendo en precisión la duración de su desempeño”.*

Dicho en otros términos, el derecho fundamental al voto que ejerce el magistrado Gerardo Botero Zuluaga se enmarca en un proceso electoral que se desprende del propio ordenamiento constitucional, el cual no se ve amenazado o vulnerado en esta oportunidad por el hecho de que se haya conformado una terna femenina para la elección de la próxima Fiscal General de la Nación, pues de una parte, obedeció a una facultad discrecional con la que cuenta el Presidente de la República, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, y de otra, ello no afecta la autonomía e independencia en el ejercicio de la función electoral.

En efecto, de conformidad con el reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia (Acuerdo No. 006 de 12 de diciembre de 2002)<sup>29</sup>, las votaciones para elegir funcionarios serán secretas y podrán ser presenciales o virtuales mediante voto electrónico (art. 6). De igual modo, dispone en el artículo 38 -capítulo VIII relativo a las elecciones-, que *“los nombres de los candidatos serán puestos a consideración*

<sup>29</sup> En: <https://cortesuprema.gov.co/la-corte-reglamento-general-de-la-corte/>



*para que se delibere sobre los distintos aspectos relacionados con sus hojas de vida; terminada la deliberación se someterán a votación, designándose la respectiva comisión escrutadora”. Agrega el parágrafo de esa disposición que solo se escrutarán los votos de los magistrados presentes al momento de la votación.*

Por último, el artículo 40 del reglamento interno señala que *“el voto será obligatorio pero podrá votarse en blanco, voto que no se agregará a ningún candidato”*.

Queda precisado, entonces, que el derecho al voto en el contexto de la atribución electoral que se ha asignado a la Corte Suprema de Justicia para la elección del Fiscal General de la Nación, en cabeza de sus magistrados, puede entenderse comprendido en los artículos 40 y 258 de la Constitución Política, no como un derecho político, a lo que se agrega, como lo sostuvo el *a quo* que el magistrado Botero Zuluaga, en el marco de sus funciones constitucionales y legales, cuenta con la posibilidad de ejercer el derecho al voto en blanco, en los términos contenidos en el reglamento interno de esa corporación.

En tercer término, la Sala tampoco encuentra que el Presidente de la República hubiera incurrido en alguna omisión que conllevara la afectación de las garantías individuales de la parte actora. Al respecto, como lo señaló la sentencia de primera instancia, la decisión de conformar una terna femenina para la elección de la próxima Fiscal General de la Nación, obedece a una facultad discrecional en los términos del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011.

Aun cuando no está previsto normativamente un procedimiento para la selección de los candidatos y la conformación de la terna, lo cierto es que el artículo 249 de la Constitución Política establece que el Fiscal General de la Nación debe reunir las mismas calidades exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia (art. 232 de la Constitución). A su turno, el artículo 29 de la Ley Estatutaria 270 de 1996 señala que el Fiscal General de la Nación será elegido para un periodo de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. A lo anterior, se debe agregar lo previsto en el inciso primero del artículo 6 de la Ley 581 de 2000, en el que se establece que en la conformación de ternas para el nombramiento de determinados cargos, se deberá incluir, en su integración, por lo menos el nombre de una mujer.

Sobre esa potestad discrecional, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de 28 de octubre de 2010<sup>30</sup>, sostuvo:

*“La Constitución regula esta competencia del Presidente de la República, reiterada por el artículo 29 de la ley 270 de 1996, y es entonces en ella donde se debe consultar las condiciones, límites o restricciones para el ejercicio de su facultad de postular la terna de candidatos a la Fiscalía General de la Nación.*

*Tales límites o condiciones y restricciones, están determinados por la finalidad de su atribución, que es, sin duda, la elección de Fiscal General de la Nación: las calidades que deben tener los candidatos (artículos 249 y 232 C.P.); la forma de proponer las candidaturas, esto es, la terna, porque los candidatos no pueden ser ni menos ni más de tres; la autoridad destinataria, que es la Corte Suprema de Justicia y no una autoridad distinta.*

*Salvo estas precisiones de naturaleza constitucional, expresas y especiales, mal podrían deducirse otras limitaciones o condiciones en consideración a razonamientos de orden teórico o a hipótesis doctrinarias, todas las cuales son*

<sup>30</sup> C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.



*evidentemente extraconstitucionales y entrarían en conflicto con los únicos aspectos reglados de esta función, establecidos en la Carta Política.*

*Resulta significativo que la ley no ha impuesto al Presidente de la República reglas de procedimiento especiales para la selección de candidatos ni para la elaboración de la terna para Fiscal General de la Nación. Así las cosas, salvo lo expresamente dispuesto sobre la materia en la Constitución, de la propia Carta se desprende que todos los demás aspectos atinentes al ejercicio de esta función deben quedar reservados a la discrecionalidad del Presidente de la República”.*

Ahora bien, en relación con las condiciones mínimas que se deben garantizar en una decisión discrecional, el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 señala que “*en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos le sirve de causa*”.

De esta manera y según lo expuesto, la conformación de la terna femenina para la elección de la próxima Fiscal General de la Nación, reivindica los derechos a la igualdad material y a la participación de la mujer de manera adecuada y efectiva en los máximos niveles decisorios del Estado, lo que encuentra sustento normativo, además de las leyes citadas, en los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución, en el preámbulo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>31</sup> y el artículo 4-f de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “*Convención Belem do Pará*”<sup>32</sup>, a lo que se debe agregar que es una medida proporcional, es decir, que no supone un sacrificio para los derechos de los hombres quienes hegemónicamente en la historia constitucional del ente acusador han ocupado por amplia mayoría la dirección de ese organismo (8 titulares), reduciéndose la participación a una sola mujer y por un periodo limitado (un poco más de un año).

Además, no resultan de recibo las conclusiones que trajo a colación el demandante en el escrito de impugnación, a las que arribó el *Informe sobre la participación efectiva de la mujer en los cargos de niveles decisorios en el Estado colombiano*, expedido por el DANE, pues obedecen a cifras globales que justamente fueron proscritas por la Corte Constitucional en la sentencia C-371 de 2000 cuando efectuó el análisis de la cuota del 30%, como una forma de medición de los porcentajes de participación de las mujeres en los cargos directivos, lo que también se evidencia en la gráfica allegada sobre participación de la mujer en los cargos directivos en el orden nacional del Estado colombiano por ramas y órganos del poder público. Sobre ese particular, la referida corporación judicial sostuvo:

*“La cuota que se consagra en este artículo es, sin duda, una medida de acción afirmativa - de discriminación inversa-, que pretende beneficiar a las mujeres, como grupo, para remediar la baja participación que hoy en día tienen en los cargos directivos y de decisión del Estado. Esta cuota es de naturaleza “rígida”, pues lejos de constituir una simple meta a alcanzar, es una reserva “imperativa” de determinado porcentaje; aunque entendido éste como un mínimo y no como un máximo. Así mismo, la Corte entiende que es una*

<sup>31</sup> Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad (...) || Convencidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz.

<sup>32</sup> La citada disposición señala: “Los Estados partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: (...) f. Ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social”.



**cuota específica y no global. Es decir que se aplica a cada categoría de cargos y no al conjunto de empleos que conforman el "máximo nivel decisorio" y los "otros niveles decisorios." A manera de ejemplo, significa que 30% de los Ministerios, 30% de los Departamentos Administrativos, 30% de la Superintendencias, etc. deben estar ocupados por mujeres y no, como algunos de los intervinientes lo sugieren, que sumados todos los cargos, el 30% de ellos corresponde a la población femenina, independientemente de si se nombran sólo ministras, o sólo superintendentes, etc".** (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Y respecto de los interrogantes formulados en el escrito de tutela y en la impugnación “¿hasta cuándo podría aceptarse que las ternas sean conformadas por solo 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 ternando solo mujeres?”, para la Sala son enunciados inciertos e hipotéticos que no le corresponde resolver al juez de tutela y respecto de los cuales solo se observan manifestaciones generales que, por lo mismo, no hacen referencia a una vulneración particular y concreta de un derecho fundamental.

Tampoco es de recibo realizar el análisis que propone el demandante, consistente en que se consulte “el clima social vigente para resolver cuestiones relativas a saldar la denominada deuda histórica con las mujeres”, pues ello obedece a un examen propio de valoración de política pública, ámbito que, en principio, está vedado para el juez constitucional.

Finalmente, en la solicitud de amparo constitucional y en el escrito de impugnación el accionante manifestó que el Presidente de la República vulneró sus derechos fundamentales a la libertad de expresión, opinión y dignidad humana con la publicación realizada en la red social “X”, en la que se indicó:

*“Me gustaría oír las voces feministas alrededor de este tema.*

*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”.*

Lo anterior, porque considera que con esas manifestaciones el primer mandatario lo “hace ver ante la sociedad como un machista, misógino o reyezuelo”, motivado por el desacuerdo de haber presentado la acción de tutela contra la terna para la elección de Fiscal General de la Nación que presentó ante la Corte Suprema de Justicia, al considerar que la misma desconoce el principio de equidad de género al estar integrada solo por mujeres. Afirmó que lo expresado ha generado una serie de ataques en redes sociales por parte de la ciudadanía, que afectan su dignidad humana y amenaza su integridad personal, a su juicio, por expresar un pensamiento diferente al del Presidente de la República y otros actores sociales frente a la garantía del principio de igualdad en las ternas de candidatos.

Como se indicó en las consideraciones jurídicas de esta decisión, la libertad de expresión de los altos funcionarios del Estado tiene mayores restricciones a las que ostenta cuando lo ejerce un ciudadano del común, lo que obedece a las funciones que desempeña y al impacto que puedan llegar a tener en la sociedad sus intervenciones.

En el asunto bajo examen, la Sala comparte la decisión de primera instancia en el sentido de que no se vulneraron los derechos fundamentales a la libertad de



expresión, opinión y dignidad humana invocados por el actor, pues lo publicado por el Presidente de la República en la red social “X” constituye una expresión del derecho de libertad de opinión bajo el amparo del artículo 20 de la Constitución Política y se encuentra dentro de los límites establecidos en la jurisprudencia constitucional (*supra* 7). Principalmente, porque no contiene “*frases injuriosas, insultos o insinuaciones insidiosas y vejaciones*”, así como tampoco propaganda en favor de la guerra, la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo, la pornografía infantil y la incitación directa y pública a cometer genocidio, que constituyen escenarios que no hacen parte del ámbito de protección de la libertad de opinión.

Adicionalmente, para la Sala la publicación efectuada por el Presidente de la República en el ámbito del *poder-deber* de comunicación, está relacionada con un asunto que es de su competencia -la conformación de la terna para la elección del Fiscal General de la Nación-, a lo que se agrega que busca fomentar la participación ciudadana -colectivos de mujeres-, sobre un asunto de interés nacional. Así mismo, no se evidencia un desconocimiento de las cargas que ha precisado la jurisprudencia constitucional, en el marco de la libertad de expresión para altos funcionarios del Estado, por cuanto el trino publicado en la red social “X”, tiene el alcance de una opinión o un criterio personal en el que no es “*exigible la estricta objetividad*”, y está justificado en un mínimo de justificación fáctica y real y en criterios de razonabilidad.

De igual manera, como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional (T-386 de 2021), el ejercicio de la libertad de expresión del Presidente de la República, en esas condiciones, puede ser realizado a través de esos canales de comunicación, lo que es “*propio de las democracias contemporáneas y ello permitía diferenciarlo sustancialmente de la simple libertad de expresión reconocida de manera general a los ciudadanos*”, a lo que se agrega que el uso del lenguaje utilizado no compromete la dignidad humana del magistrado Gerardo Botero Zuluaga, ni utiliza calificativos que lo hagan ver ante la sociedad, según lo afirma en la acción de tutela, como “*como un machista, misógino y reyezuelo*”.

Así las cosas, la Sala concluye que al demandante no se le han vulnerado sus derechos fundamentales al voto, a la igualdad y a la equidad de género con la conformación de una terna femenina para la elección de la próxima Fiscal General de la Nación por el Presidente de la República, ni con la decisión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de no acceder a la devolución de la misma con el fin de que se conforme en los términos por él pretendidos. Tampoco los derechos a la libertad de expresión, opinión y dignidad humana, con la publicación efectuada por el primer mandatario en la red social “X”.

Por las razones expuestas, la Sala modificará la sentencia dictada por la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado el 16 de noviembre de 2023, en el sentido de negar las pretensiones de la acción de tutela impetrada por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga, y declarará la falta de legitimación en la causa por activa del señor Diego Alejandro Rojas Medina.

### III. DECISIÓN

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,



## RESUELVE:

**Primero.- MODIFÍCASE** la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado el 16 de noviembre de 2023, la cual queda así:

**NIÉGANSE** las pretensiones de la acción de tutela presentada por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga, por las razones aquí expuestas.

**DECLÁRASE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA** del señor Diego Alejandro Rojas Medina.

**Segundo.- NOTIFÍQUESE** esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**Tercero.- PUBLÍQUESE** esta providencia en la página web del Consejo de Estado.

**Cuarto.- REMÍTASE** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Notifíquese y cúmplase.

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

(Firmado electrónicamente)  
**MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO**  
Presidenta

(Firmado electrónicamente)  
**STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

(Firmado electrónicamente)  
**MILTON CHAVES GARCÍA**

(Firmado electrónicamente)  
**WILSON RAMOS GIRÓN**