

Bogotá, 28 de junio de 2006

Señores
Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo
Consejo de Estado
En su despacho
Quién

Ref: Acción electoral de nulidad contra el acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió al doctor Nilson Pinilla Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional el día 30 de mayo de 2006, contenido en la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006 y, subsidiariamente, contra el acto administrativo antes mencionado y contra el acto administrativo por el cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para proveer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional compuesta por los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, contenido en las actas No. 8 y 9 de las sesiones ordinaria y extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia realizadas el 20 y 24 de abril de 2006, por vulneración de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000, de los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política, y del artículo 126 de la Constitución Política.

Nosotros, Helena Alviar García, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.691.029 de Bogotá, Mauricio García Villegas, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.352.617 de Medellín, César Augusto Rodríguez Garavito, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.555.322 de Bogotá, María Paula Saffon Sanín, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.862.641 de Bogotá y Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.146.539 de Usaquén, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia, y Cecilia Barraza Morelle, identificada con cédula de extranjería No. 288468, representante legal de la Corporación Humanas Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, actuando en nombre propio con fundamento en los artículos 84, 136 inciso 12, 137, 138, 139 inciso 2 y 223 a 251 (Capítulo IV, *De los procesos electorales*) del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), presentamos ante este Despacho Judicial **ACCIÓN ELECTORAL DE NULIDAD** contra el acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió al doctor Nilson Pinilla Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional el día 30 de mayo de 2006, contenido en la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006 y, subsidiariamente, contra el acto administrativo antes mencionado y contra el acto administrativo por el cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para proveer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional compuesta por los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, contenido en las actas No. 8 y 9 de las sesiones ordinaria y extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia realizadas el 20 y 24 de abril de 2006, por vulneración de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000, de los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política (en adelante CP), y del artículo 126 de la CP.

Para fundamentar la presente acción electoral de nulidad, identificaremos con precisión cuáles son las pretensiones de esta acción, esto es, cuál es el acto administrativo que se demanda de manera principal, y cuáles los actos administrativos que se demandan de manera subsidiaria (I); mencionaremos los hechos en los que se fundamentan tales pretensiones (II); plantearemos los cargos concretos que se elevan contra los actos administrativos demandados, así como los fundamentos de derecho en los que se apoyan dichos cargos (III); señalaremos las razones por las cuales esta acción procede (IV); indicaremos las pruebas que aportamos al proceso en calidad de anexos (V), y solicitaremos las pruebas que pretendemos hacer valer en el proceso (VI).

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES

La presente acción electoral pretende obtener la nulidad de la elección del doctor Nilson Pinilla Pinilla como nuevo Magistrado de la Corte Constitucional para el período 2006 a 2014, por los hechos descritos en la sección II y en razón de los cargos formulados en la sección III de este escrito. Esos hechos y cargos hacen referencia, básicamente, a la manera irregular y violatoria de varias normas legales y constitucionales en la que la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para proveer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, a partir de la cual el Senado de la República eligió al doctor Nilson Pinilla para el cargo mencionado, de un lado porque dicha terna no incluyó a una mujer –vulnerando así los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000 y los artículos 13, 40 y 43 de la CP-, y de otro lado, porque la misma fue conformada por varios Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en cuya elección participó o era competente para participar el doctor Nilson Pinilla cuando aún era Magistrado de esa Corporación –vulnerando de esa forma el artículo 126 de la CP-.

Así las cosas, es conveniente señalar que, por medio de esta acción electoral, se atacan el o los actos administrativos que hicieron posible la elección del doctor Nilson Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional. Como tal, en sentido estricto, el objeto de esta acción es la nulidad de tal o tales actos administrativos, y no una demanda contra la persona del doctor Nilson Pinilla Pinilla.

Como lo ordena el artículo 138 del CCA, cuando se demanda la nulidad de un acto administrativo, éste debe individualizarse con toda precisión. A primera vista, esta individualización implicaría solicitar la nulidad del acto administrativo por el cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio como candidatos para el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que es de dicho acto administrativo que se reputan los vicios de nulidad que se alegarán en el acápite III de esta acción.

Ahora bien, en lo que se refiere a la acción de nulidad de un acto administrativo electoral, el artículo 229 del CCA reza lo siguiente:

“ART. 229. – Individualización del acto acusado. Para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a éstos”.

Como lo ha reiterado el Consejo de Estado en múltiples ocasiones¹, la interpretación de la norma anterior implica que, para solicitar la nulidad de una elección mediante una acción electoral, basta con demandar el acto administrativo que declara o contiene dicha elección y no los actos intermedios que sirven para declararla, aunque sean éstos los directamente afectados por el vicio de nulidad.

En los casos de elecciones realizadas a través del sistema de provisión de cargos por ternas y, en particular, en el caso de las ternas para la elección de Magistrados de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado ha considerado que la integración de la terna a partir de la cual se realizará posteriormente la elección es uno de tales actos intermedios, que no define ni declara la elección, sino que simplemente la instrumenta o posibilita.² En ese sentido, esa Corporación ha sostenido que el acto administrativo contentivo de la conformación de la terna no es susceptible de control jurisdiccional, control que únicamente cubre el acto final de elección, lo que no obsta para que el vicio de nulidad atribuido al acto de conformación de la terna pueda ser alegado en el proceso de nulidad de la elección definitiva.³

Así las cosas, respecto de una acción de nulidad electoral elevada contra la elección del actual Magistrado de la Corte Constitucional, doctor Jaime Córdoba Triviño, la Sala Contenciosa Electoral del Consejo de Estado rechazó aquellas pretensiones dirigidas a solicitar la nulidad del acto de la Corte Suprema de Justicia que contenía la conformación de la terna, afirmando:

*“... (E)l supuesto vicio de nulidad que, según afirman los demandantes, afecta la conformación de la terna aprobada por la Corte Suprema de Justicia para la elección por el Senado de la República del magistrado de la Corte Constitucional, debe ser ventilado dentro de un proceso de nulidad de elección definitiva”.*⁴

Y, de conformidad con ello, en ese mismo proceso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado especificó que

¹ Ver, entre muchas otras sentencias, Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral, C.P. Hernán Guillermo Aldana Duque, 15 de octubre de 1987; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Darío Quiñones Pinilla, 28 de septiembre de 2001; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón, 10 de noviembre de 2005; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Darío Quiñones Pinilla, 17 de noviembre de 2005; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, 26 de noviembre de 2002.

² Consejo de Estado, auto de 16 de enero de 2001, expediente No. 2444; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, 26 de noviembre de 2002.

³ *Ibidem.*

⁴ Consejo de Estado, auto de 16 de enero de 2001, expediente No. 2444.

*“no es no es requisito para obtener la anulación del acto, demandar igualmente los actos previos a la misma, como por ejemplo en este caso, el de la integración de la terna con base en la cual debía realizarse la elección por parte del Senado de la República”.*⁵

Por las razones anteriores, la presente acción electoral tiene como **PRETENSIÓN PRINCIPAL** la anulación del acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió al doctor Nilson Pinilla Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional el día 30 de mayo de 2006, acto contenido en las páginas 17 a 23 de la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006, cuya copia se anexa a esta demanda (ver anexo No. 1), en atención a los incisos 1 y 2 del artículo 139 del CCA.⁶

Así, como pretensión principal solicitamos únicamente la nulidad del acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió al doctor Nilson Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional el día 30 de mayo de 2006, en razón de que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, es éste el acto final que contiene la elección definitiva del doctor Pinilla y, en cambio, el acto que contiene la conformación de la terna por parte de la Corte Suprema de Justicia es un acto intermedio, necesario para la elección, pero que no contiene la decisión final.

Ahora bien, es claro que la anterior pretensión se fundamenta en una interpretación jurisprudencial del artículo 229 del CCA que, a pesar de estar bien consolidada en el seno del Consejo de Estado y de haberse reiterado en múltiples ocasiones, es susceptible de cambio en virtud del dinamismo del precedente judicial. Por ello, somos concientes de que, aunque es posible que la Sección Quinta del Consejo de Estado reitere su jurisprudencia en este caso concreto, también lo somos de que existe la posibilidad de que esta jurisprudencia sea variada.

Ello podría ocurrir si, en virtud del inciso final del artículo 50 del CCA, el artículo 229 del CCA fuese interpretado en el sentido de que un acto administrativo por el cual se conforma una terna por parte de una Corporación –en este caso la Corte Suprema de Justicia- para la elección de uno de sus candidatos por parte de otra Corporación –en este caso el Senado de la República-, fuese considerado un acto administrativo complejo, que pone fin a un trámite o procedimiento mediante una decisión definitiva de fondo, pero que no es la decisión final sobre el asunto, aunque no es tampoco un acto intermedio o de trámite.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, 26 de noviembre de 2002.

⁶ Según los incisos 1 y 2 del artículo 139 del CCA, “(a) la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso; y los documentos, contratos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en su poder. Se reputan copias hábiles para los efectos de este artículo, las publicadas en los medios oficiales, sin que para el efecto se requiera la autenticación”.

Por ello, en el evento de que esta interpretación fuese adoptada por esta Honorable Sección frente a la presente acción, solicitamos, como **PRETENSION SUBSIDIARIA**, que se declare la nulidad del acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió al doctor Nilson Pinilla Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional el día 30 de mayo de 2006, contenido en la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006, y del acto administrativo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia por el cual se conformó la terna para proveer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional compuesta por los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio. En atención a lo establecido en los incisos 1 y 2 del artículo 139 del CCA, a esta demanda se anexa la copia de la Gaceta No. 188 de 2006 del Congreso de la República (anexo No. 1) y el derecho de petición radicado ante la Corte Suprema de Justicia el día 8 de junio de 2006 en el cual se solicita la copia autenticada de las actas No. 8 y 9 de las sesiones ordinaria y extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia realizadas el 20 y 24 de abril de 2006, que contienen el acto administrativo de conformación de la terna para proveer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, derecho de petición cuya respuesta de parte de la Corte Suprema de Justicia no hemos recibido aún (anexo No. 2).

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

A continuación esgrimimos los hechos en los que se fundamentan las pretensiones enunciadas en el acápite anterior:

1. En junio de 2006 venció el periodo para ejercer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional del doctor Alfredo Beltrán Sierra. En virtud del inciso 2 del artículo 239 de la CP, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia debía integrar una terna para que, a partir de ella, el Senado de la República designara su reemplazo.
2. Con ese fin en mente, la Corte Suprema de Justicia abrió una convocatoria para que los candidatos al cargo de Magistrado de la Corte Constitucional postularan sus nombres. Sin duda, entre los candidatos que se postularon había varias mujeres que cumplían con los requisitos y contaban con las calidades para ser Magistradas de la Corte Constitucional, tal y como puede ser constatado mediante la práctica de la prueba No. 1 que se solicita en la sección VI de esta demanda, prueba que se pidió a la Corte Suprema de Justicia a través de un derecho de petición de copias de las hojas de vida de los aspirantes al cargo de Magistrado de la Corte Constitucional presentado el 15 de junio de 2006, del cual no se ha recibido respuesta a la fecha (ver, anexo No. 3).
3. No obstante lo anterior, en sesiones ordinaria y extraordinaria de 20 y 24 de abril de 2006, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia integró una terna para el reemplazo del doctor Alfredo Beltrán Sierra, en la que incluyó los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio y, como tal, no incluyó el

nombre de ninguna mujer. Así puede constatarse mediante la práctica de la prueba No. 2 que se solicita en la sección VI de esta demanda, prueba que se solicitó a la Corte Suprema de Justicia a través de un derecho de petición radicado el día 8 de junio de 2006 en el cual se pide la copia autenticada del acta de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en la que consta la conformación de la terna con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio(anexo No. 2), derecho de petición que hasta la fecha no ha sido respondido. Como se argumentará en la siguiente sección de esta acción, con esta decisión, la Corte Suprema de Justicia violó los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000, que exigen la inclusión de por lo menos una mujer en las ternas para la provisión de cargos en las Altas Cortes del Estado. Con la violación de esta ley, la Corte Suprema de Justicia violó, a su vez, los artículos 13, 40 y 43 de la CP que prevén la posibilidad de que el legislador adelante políticas de acción afirmativa en favor de grupos especialmente marginados de la sociedad, como lo son las mujeres.

4. De los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que conformaron la terna para la provisión del nuevo cargo de Magistrado de la Corte Constitucional con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, sin duda algunos fueron elegidos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia cuando el doctor Nilson Pinilla era Magistrado de dicha Corporación. Por tanto, puede deducirse que el doctor Pinilla participó o fue competente para participar en la elección de esos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, tal y como puede verificarse mediante la práctica de la prueba No. 3 que se solicita en la sección VI de esta demanda, prueba que se solicitó a la Corte Suprema de Justicia a través de un derecho de petición radicado el día 9 de junio de 2006 en el cual se solicita la copia autenticada de las actas de elección de todos los actuales Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (ver, anexo No. 4). Como se argumentará en la siguiente sección, la participación en la elección del doctor Nilson Pinilla por parte de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia para cuya designación él era competente contraría manifiestamente el artículo 126 de la CP, que indica que los funcionarios públicos no podrán designar en cargos públicos a los servidores públicos competentes para intervenir en su designación.
5. A pesar de las irregularidades anteriormente mencionadas, violatorias de varias disposiciones legales y constitucionales, en sesión plenaria de 30 de mayo de 2006, el Senado de la República eligió como nuevo Magistrado de la Corte Constitucional al doctor Nilson Pinilla Pinilla, para el periodo comprendido entre junio de 2006 y junio de 2014 (ver, anexo No. 1). Esto sucedió a pesar de que, con anterioridad a la elección del doctor Pinilla, el Senador Carlos Gaviria Díaz y otros Senadores de la República señalaron la conformación irregular de la terna por el hecho de no incluir mujeres, e instaron al Senado de la República, y en particular a la Subcomisión nombrada para evaluar la viabilidad jurídica de la terna, a devolverla a la Corte Suprema de Justicia “y brindarle la oportunidad ...

de cumplir con el deber legal de incluir en ella a una mujer”.⁷ Esta propuesta fue rechazada por la subcomisión en cuestión y por el Senado de la República, tal y como lo consignó la constancia que dejó el Senador Carlos Gaviria en el transcurso de la elección del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional contenida en la página 22 de la Gaceta No. 188 del Congreso de la República (anexo No. 1).⁸

6. Como resultado de lo anterior, otro hombre fue elegido nuevo Magistrado de la Corte Constitucional y, con ello, las manifiestas desigualdades entre hombres y mujeres en lo que se refiere a la participación en altos cargos públicos, y en particular en las Altas Cortes del Estado, se agudizó. En efecto, a pesar de que desde hace más de treinta años las mujeres constituyen más de la mitad de los egresados de las facultades de derecho del país, al parecer, en los próximos años sólo habrá una mujer en la Corte Constitucional (compuesta por 9 magistrados), a la par que sólo hay 2 mujeres en la Corte Suprema de Justicia (compuesta por 25 magistrados) y 7 mujeres en el Consejo de Estado (compuesto por 29 magistrados).⁹ Sin duda, esto atenta contra los derechos especiales concedidos a las mujeres por la CP, y en especial por sus artículos 13, 40 y 43, así como contra la ley 581 de 2000, cuyo objetivo principal es garantizar la participación equitativa de las mujeres en los altos cargos públicos, entre los que se encuentran las magistraturas de las Altas Cortes.
7. También como resultado de lo anterior, el nuevo Magistrado de la Corte Constitucional, doctor Nilson Pinilla Pinilla, fue elegido con base en una terna en cuya conformación participaron varios Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en cuya designación había participado o fue competente para participar, a su vez, el doctor Pinilla Pinilla. Este hecho representa una indudable violación del artículo 126 de la Constitución, que implica que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en cuya elección participó o fue competente para participar el doctor Nilson Pinilla eran incompetentes para participar en la designación de este último, y que existe una inhabilidad para que el doctor Pinilla pueda acceder al cargo de Magistrado de la Corte Constitucional.

⁷ Constancia escrita del Senador Carlos Gaviria en el transcurso de la elección del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, contenida en la página 22 de la Gaceta No. 188 del Congreso de la República (anexo No. 1).

⁸ En dicha constancia, el Senador Carlos Gaviria manifestó: “Desde el momento en que la Corte Suprema de Justicia envió la terna de aspirantes a magistrado de la Corte Constitucional, manifesté mi preocupación por la ausencia en su integración de una mujer. A partir de esta inquietud, se nombró una subcomisión encargada de evaluar la viabilidad jurídica de esta terna, comisión que infortunadamente rechazó la propuesta de devolverla y brindarle la oportunidad a la Corte Suprema de Justicia de cumplir con el deber legal de incluir en ella una mujer. El Senado de la República ratificó el criterio adoptado por la mayoría de la subcomisión y, a partir de ello, se procederá en la sesión de hoy a elegir el nuevo Magistrado”. *Ibidem*.

⁹ Helena Alviar e Isabel Cristina Jaramillo, “¿Es suficiente con incluir una mujer en la terna?”, *Semana.com*, mayo 6 de 2006, edición No. 1253.

8. Por los hechos antes anotados, consideramos que el o los actos administrativos que contienen la elección del doctor Nilson Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional adolecen de nulidad pues, tal y como lo argumentaremos en detalle en la siguiente sección de esta acción, infringen las normas legales y constitucionales en las que debían fundarse y, en el caso del acto administrativo de la Corte Suprema de Justicia para conformar la terna, éste fue proferido por funcionarios incompetentes (artículos 84 y 228 del CCA).

III. CARGOS FORMULADOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como se ha mencionado en varias ocasiones, la presente acción electoral tiene el objeto de solicitar la declaración de nulidad de la elección del doctor Nilson Pinilla Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional porque dicha elección se realizó a partir de una terna conformada por la Corte Suprema de Justicia que, de una parte, no incluyó el nombre de por lo menos una mujer, en abierta vulneración de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000, así como de los derechos protegidos por los artículos 13, 40 y 43 de la CP; y de otra parte, fue conformada por varios Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en cuya elección de tales participó o era competente para participar el doctor Nilson Pinilla, cuando aún ejercía el cargo de Magistrado de dicha Corporación, violando expresamente el artículo 126 de la Carta Política.

Por tanto, con fundamento en los artículos 84 y 228 del CCA, la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado de manera principal y de los actos administrativos demandados de manera subsidiaria que aquí se solicita encuentra sustento en que dicho acto o actos infringieron las normas en las que debían fundarse y, en el caso del acto administrativo a través del cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, fue expedido por funcionarios incompetentes.

Así, son tres los cargos que se elevan contra los actos administrativos a través de los cuales se realizó la elección del doctor Nilson Pinilla Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional, a saber:

Primer Cargo: Violación de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000.

Segundo Cargo: Violación directa de los artículos 13, 40 y 43 de la CP.

Tercer Cargo: Violación directa del artículo 126 de la CP.

A continuación se desarrollará cada uno de estos cargos, y se indicarán las razones por las cuales el acto administrativo demandado de manera principal y los actos administrativos demandados de manera subsidiaria vulneran las normas legales y constitucionales indicadas, normas todas ellas en las que debían haberse fundado tales actos administrativos.

Primer Cargo: Violación de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000

Este primer cargo, erigido contra el acto administrativo demandado de manera principal y contra los actos administrativos demandados de manera subsidiaria, encuentra fundamento en cuatro argumentos jurídicos distintos: 1) los actos administrativos demandados violan de manera flagrante los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000, pues la elección del doctor Nilson Pinilla Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional se basó en la conformación de una terna que no incluyó ninguna mujer, en contravía de la obligación legal de incluirla allí contenida. 2) Dicha violación persiste habida consideración de lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-371 de 2000 respecto de la constitucionalidad condicionada del artículo 6 de la ley 581 de 2000, dado que la Corte Constitucional sólo exceptuó de la obligación legal de incluir por lo menos a una mujer en las ternas para la provisión de cargos públicos aquéllas ternas conformadas por distintas entidades, y no por una sola entidad conformada por varias personas sin independencia funcional entre sí, como es el caso de la Corte Suprema de Justicia. 3) En consecuencia de lo anterior, es fundamental que el Consejo de Estado se distancie de lo establecido en la sentencia de 26 de noviembre de 2002 de la Sala Plena de esa Corporación, de acuerdo con la cual la obligación de incluir por lo menos una mujer en la terna para la provisión de un cargo en la Corte Constitucional no existe en los eventos en que la terna es conformada por órganos conformados por varias personas –como es el caso de la Corte Suprema de Justicia-, pues dicha decisión no constituye un precedente consolidado y se basa en una interpretación errada de la ley 581 de 2000 y de la sentencia C-371 de 2000, que vulnera de manera profunda el derecho de las mujeres a acceder a las altas esferas decisorias del poder judicial. 4) En conclusión, en virtud de una interpretación tanto literal, como sistemática y finalista de la ley 581 de 2000, se solicita a la Sección Quinta del Consejo de Estado que declare la nulidad del acto administrativo demandado de manera principal o de los actos administrativos demandados de manera subsidiaria, por vulnerar de manera flagrante la ley 581 de 2000.

1) La violación directa de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000

La ley 581 de 2000, también llamada ley de cuotas, fue expedida por el Congreso de la República con el propósito de lograr una participación adecuada y efectiva de las mujeres en todos los niveles de los órganos del poder público. Así lo dispone el artículo 1 de dicha ley:

“Artículo 1°. Finalidad. La presente ley crea los 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, incluidas las entidades a que se refiere el inciso final del artículo 115 de la Constitución Política de Colombia, y además promuevan esa participación en las instancias de decisión de la sociedad civil.”

La finalidad de la ley 581 de 2000 se comprende con claridad, dada la precaria participación que, a pesar de constituir más del 50% de la población colombiana¹⁰, tradicionalmente han tenido las mujeres en los distintos cargos del poder público. Sin lugar a dudas, las mujeres son un grupo poblacional tradicionalmente marginado y discriminado que, en el caso concreto de la participación laboral en los cargos del Estado, ha sido tratado de manera desigual en las oportunidades para acceder a y ascender en dichos cargos. De ahí que la finalidad de la ley 581 fuese la de ampliar tales oportunidades, con miras a garantizar la adecuada participación de la mujer en dichos cargos.

La ley buscó garantizar esta participación adecuada tanto en los cargos de “máximo nivel decisorio del Estado”, comprendidos como aquéllos “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” (artículo 2 de la ley), como en los cargos de los “otros niveles decisorios”, entendidos como los correspondientes “a cargos de libre nombramiento y remoción, de la rama ejecutiva, del personal administrativo de la rama legislativa y de los demás órganos del poder público, diferentes a los contemplados en el artículo anterior, y que tengan atribuciones de dirección y mando en la formulación, planeación, coordinación, ejecución y control de las acciones y políticas del Estado, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal, incluidos los cargos de libre nombramiento y remoción de la rama judicial” (artículo 2 de la ley).

En lo que respecta a los cargos del máximo nivel decisorio del Estado a los que se refiere el artículo 2 de la ley 581 de 2000, que incluyen aquéllos de las Altas Cortes del poder judicial, y en particular aquéllos de los Magistrados de la Corte Constitucional que son objeto de la presente discusión, el legislador demostró particular preocupación por la deficiente participación de las mujeres en ellos. Así, en la exposición de motivos de la ley 581 de 2000 se expresó:

“A nivel de la Rama Judicial la situación es aún más preocupante; en la Corte Suprema de Justicia hay en total 20 magistrados y ninguna mujer; en la Corte Constitucional hay nueve magistrados y ninguna mujer; en el Consejo de Estado sólo hay cuatro mujeres entre 26 consejeros.

*A su vez en el Consejo Superior de la Judicatura se encuentran tres mujeres entre los 13 magistrados. En estos niveles máximos de la Rama Judicial la participación de la mujer en promedio es del 8.8%, más baja aun que en el sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva”.*¹¹

¹⁰ Según el censo poblacional de 2005, las mujeres constituyen el 51.4% de la población colombiana. Ver, al respecto, DANE, *Censo General 2005. República de Colombia*, 13 de junio de 2006, disponible en: http://200.21.49.237/files/censo2005/datos_poblacion_paises.pdf.

¹¹ Gaceta del Congreso de la República No. 159 del 24 de agosto de 1998, p. 9, citada en el Salvamento De Voto de los Consejeros de Estado Camilo Arciniegas Andrade, Alier Eduardo Hernández Enríquez, Ricardo Hoyos Duque, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Darío Quiñónez Pinilla a la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de 26 de noviembre de 2002 (*Ob. Cit.*).

Lo anterior permite concluir que uno de los principales problemas de desigualdad en el acceso a los altos cargos del Estado de las mujeres que buscaba superar la ley 581 de 2000 era aquél de la deficitaria participación de las mujeres en las Altas Cortes y que, como tal, lejos de exceptuar de su aplicación a dichos cargos, la ley buscó incorporar en ella un dispositivo que permitiera garantizar una participación femenina equitativa en los mismos, que se adecuara al mecanismo de ternas a través del cual esos cargos son provistos. Así, a diferencia del mecanismo de la cuota, previsto en el artículo 4 de la ley como regla general para garantizar la participación de las mujeres en los cargos públicos y consistente en la obligación de otorgar un mínimo de 30% de dichos cargos a mujeres, el artículo 6 de la ley 581 ideó un mecanismo especial para garantizar la participación femenina en los casos en los que los cargos públicos son provistos mediante el sistema de ternas y listas, así:

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

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

A diferencia del mecanismo de cuotas que garantiza que, efectivamente, un 30% de los cargos públicos a los que se aplica será desempeñado por mujeres, en el caso de los cargos que se proveen mediante el sistema de listas y ternas, existe una dificultad para garantizar que, tras la conformación de tales listas o ternas, el resultado de la elección necesariamente arrojará el nombre de una mujer. Por ello, la ley previó que, si bien en los cargos así provistos las mujeres no necesariamente tendrían en todos los casos una representación del 30%, éstas deberían tener siempre la opción de ser elegidas en igualdad de oportunidades y, como tal, exigió que toda lista debería estar conformada en un 50% con nombres de mujeres y que toda terna debería tener por lo menos el nombre de una mujer.

Como resulta evidente en los hechos descritos en el acápite II de esta acción, la Corte Suprema de Justicia violó de manera flagrante la anterior disposición legal que contenía una obligación clara en el sentido de incluir a una mujer en cada terna que hubiera de conformarse para la provisión de un cargo. En efecto, la terna que conformó la Corte Suprema de Justicia para reemplazar al saliente Magistrado de la Corte Constitucional, doctor Alfredo Beltrán Sierra, no incluyó el nombre de ninguna mujer, y ello a pesar de que no son pocas las mujeres que cumplen con los requisitos y calidades necesarios para acceder a dicho cargo. Con la violación del artículo 6 de la ley 581 de 2000, la Corte Suprema de Justicia violó así mismo los artículos 1 y 2 de esta ley, que garantizan una adecuada y efectiva participación de las mujeres en los cargos de máximo nivel decisorio del Estado, entre los que se cuentan, evidentemente, aquéllos de Magistrados de la Corte Constitucional.

La violación de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000 constituye un vicio de nulidad que afecta al acto administrativo por el cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, teniendo en cuenta que dicho acto administrativo debía fundarse en la ley 581 de 2000, y en particular en las disposiciones relativas a la conformación de ternas allí contenidas.

Ahora bien, como se explicó en la sección I de este escrito, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de nulidad de elecciones a través del mecanismo de ternas ha interpretado el artículo 229 del CCA en el sentido de que los actos que contienen la conformación de ternas constituyen cómputos o escrutinios intermedios sobre los cuales no recae el control jurisdiccional, pero cuyos vicios de nulidad sí pueden afectar a los actos que contienen o declaran la elección final o definitiva. Por tanto, se deduce de lo anterior que el vicio de nulidad del acto por el cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio afecta de nulidad al acto por el cual, con base en dicha terna, el Senado de la República eligió como nuevo Magistrado de la Corte Constitucional al doctor Nilson Pinilla.

En consecuencia, en virtud del primer cargo erigido en esta acción electoral de nulidad, como **PRETENSION PRINCIPAL** se solicita a esta Honorable Sección del Consejo de Estado que declare la nulidad del acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió como nuevo Magistrado de la Corte Constitucional al doctor Nilson Pinilla el día 30 de mayo de 2006, contenido en la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006, por violación de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000 en los que dicho acto administrativo debía fundarse.

Y, como **PRETENSION SUBSIDIARIA**, en el evento de que la Honorable Sección Quinta decida modificar el precedente antes mencionado y considerar que el acto administrativo por medio del cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional es, en virtud del artículo 50 del CCA un acto definitivo y no un acto intermedio, se solicita la declaración de nulidad del acto administrativo por el cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, contenido en las actas No. 8 y 9 de las sesiones ordinaria y extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia realizadas el 20 y 24 de abril de 2006, y del acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió como nuevo Magistrado de la Corte Constitucional al doctor Nilson Pinilla el día 30 de mayo de 2006, contenido en la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006, por violación de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000 en los que dichos actos administrativos debían fundarse.

- 2) La violación de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000, interpretada sistemáticamente con la sentencia C-371 de 2000 de la Corte Constitucional

Si bien el texto del artículo 6 de la ley 581 de 2000 es claro en el sentido de exigir la presencia de una mujer en toda terna que sea conformada para la provisión de un cargo público, es evidente que dicho texto no puede interpretarse por sí solo, pues su interpretación sistemática incluye la decisión que sobre su constitucionalidad emitió la Corte Constitucional en la sentencia C-371 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en virtud de su competencia para realizar un control previo de constitucionalidad de las leyes estatutarias, como lo es la ley 581 de 2000 por el hecho de regular el derecho fundamental a la igualdad de las mujeres.¹²

En esa sentencia, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del deber de incluir una mujer en la terna contenido en el artículo 6 de la ley 581, pero “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”.¹³

Una interpretación literal y restrictiva de ese condicionamiento podría conducir a la conclusión de que los órganos plurales, como la Corte Suprema de Justicia, no tienen el deber inexorable de incluir una mujer en la terna, pues están integrados por varias personas, por lo que en la conformación de esas ternas concurren varias personas. Esa es la interpretación que, en efecto, ha defendido la Corte Suprema al integrar las ternas para la elección de Magistrados de la Corte Constitucional en casos anteriores y en el caso objeto de estudio. Además, como se verá en detalle en el siguiente punto de este cargo, esa interpretación fue avalada en una ocasión por la Sala Plena del Consejo de Estado, en una muy dividida decisión de 26 de noviembre de 2002, en la que decidió no anular la elección del Magistrado Jaime Córdoba Triviño que había sido efectuada a partir de una terna que no contenía el nombre de ninguna mujer, con el argumento de que, dado que la Corte Suprema de Justicia estaba integrada por varias personas, conforme al condicionamiento del artículo 6 de la ley 581 de 2000 establecido por la Corte Constitucional, el deber allí contenido de incluir a una mujer en la terna no es inexorable.

Con todo respeto por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, ese criterio es un inadecuado entendimiento del alcance de la sentencia C-371 de 2000, pues el condicionamiento de la Corte Constitucional se refería a aquellos casos en los que la nominación de una persona o la integración de una terna dependían de distintas entidades o de distintas entidades y personas, como sucede en el caso de las juntas directivas, los consejos directivos, el Procurador General de la Nación o el Contralor de la República. Esto es evidente por varias razones:

¹² La competencia de la Corte Constitucional para ejercer un control previo de constitucionalidad sobre las leyes estatutarias está prevista en el numeral 8 del artículo 241 de la CP y en el artículo 40 del Decreto 2067 de 1991.

¹³ Numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Ver también el fundamento 58 de la sentencia.

De un lado, siguiendo el tenor literal del propio condicionamiento de la norma efectuado por la Corte Constitucional, es claro que la integración de una terna que depende de un órgano plural -como es el caso de las ternas para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional conformadas por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado- es efectuada por una sola entidad, sin perjuicio de que la misma esté integrada por varias personas. Y es que no son las personas las que conforman la terna sino la Corte Suprema o el Consejo de Estado, cada uno como una sola entidad, por lo que no se está frente a la excepción establecida en la parte resolutive de la sentencia C-371 de 2000. En consecuencia, debe aplicarse el inequívoco tenor literal del artículo 6 de la ley 581, según el cual, en 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”.

De otro lado, en caso de duda sobre el alcance de ese condicionamiento, debe recurrirse a la parte motiva de la sentencia. Ahora bien, en el fundamento 58 del fallo en el que se analiza la constitucionalidad del artículo 6 de la ley 581, la Corte señala que, sobre la obligación de incluir en las ternas a una mujer,

*“deben hacerse las mismas observaciones que se hicieron en el fundamento N° 50 a propósito de la cuota, es decir, que no puede entenderse que el cumplimiento del requisito analizado es inexorable, cuando en la conformación de aquéllas concurren distintas personas o entidades”.*¹⁴

Y en el fundamento 50 de la sentencia, al referirse a la constitucionalidad del artículo 4 de la ley 581 relativo a la obligación de que, por regla general, los cargos públicos sean ejercidos como mínimo en un 30% por mujeres, la Corte explica el condicionamiento de la siguiente manera:

“50- De otro lado, esta Corporación encuentra que ciertos empleos de los niveles decisorios son difícilmente compatibles con un sistema de cuotas. Es el caso de las juntas directivas de las distintas entidades de la rama ejecutiva, pues ellas, generalmente, están conformadas 1) por el Presidente de la República o su delegado, 2) por los Ministros del despacho o sus delegados, 3) por el director o gerente del organismo respectivo o su representante, 4) por servidores públicos que en razón del cargo que desempeñan, tienen derecho a pertenecer a ellas, 5) por particulares que ejercen actividades relacionadas con el servicio público que presta el organismo respectivo -ya sea como usuarios o beneficiarios del mismo o en su calidad de representantes de organizaciones, asociaciones u otros grupos sociales-.

Dado que el nombramiento de tales miembros se origina en distintas personas: funcionarios públicos, particulares, organizaciones de diversa índole, la exigencia de una cuota resulta improcedente, pues si la designación se hace simultáneamente, no sería viable determinar cuál de las autoridades nominadoras es la que debe designar una mujer como su representante, o en

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000, fundamento No. 58.

caso de hacerse sucesivamente, no se encuentra un criterio claro para atribuir a alguna de tales autoridades la obligación de nombrar a una mujer.

En consecuencia, se hará un segundo condicionamiento a la declaratoria de exequibilidad del artículo 4º, en el sentido de que cuando en la designación de cargos del "máximo nivel decisorio" o de "otros niveles decisorios" concurren varias personas o entidades, se procurará que las mujeres tengan una adecuada representación conforme a la regla de selección allí prevista, sin que ésta sea inexorable".¹⁵

De las consideraciones antes transcritas resulta claro que el condicionamiento hecho por la Corte Constitucional no excluye del deber de asegurar la cuota los casos de nominación por órganos plurales, cuando dicha nominación dependa únicamente de un órgano plural, sino que excluye aquellos casos en los que la nominación es elaborada por distintos órganos o por distintos órganos y personas, como sucede en el caso de las juntas directivas al que la propia Corte Constitucional alude como ejemplo. Así lo confirma la constancia que el Senador Carlos Gaviria Díaz, ex Magistrado de la Corte Constitucional y Magistrado Ponente de la sentencia C-371 de 2000, dejó en el transcurso de la votación a través de la cual el doctor Nilson Pinilla fue elegido Magistrado de la Corte Constitucional:

“La Corte Constitucional en Sentencia C-371 de 2000, sentencia de la que fui ponente, declaró la constitucionalidad condicionada de este artículo, aclarando que cuando concurren diferentes entidades nominadoras en la elección de la terna, el deber de incluir en ella una mujer no es inexorable.

La aclaración hecha en la sentencia estaba claramente orientada a excluir del deber consagrado en el artículo 6º aquellos casos en los que en la conformación de una misma terna concurren varias entidades o personas. Es el caso del Procurador General de la Nación, elección que se hace a partir de una terna conformada por un candidato presentado por el Presidente de la República, otro por el Consejo de Estado y otro por la Corte Suprema de Justicia.

No es este el caso de las ternas enviadas para elegir Magistrado de la Corte Constitucional. Allí no hay concurrencia de entidades ni de personas, es una sola la entidad, en este caso la Corte Suprema de Justicia, la que debe presentar la terna y por tanto, tiene la obligación de incluir a una mujer.”¹⁶

La excepción a la aplicación del artículo 6 de la ley 581 de 2000 realizada por la Corte Constitucional a través del condicionamiento de dicha norma se explica si se tiene en cuenta que en los casos en los que en la conformación de una terna intervienen varias entidades o personas, a diferencia de lo que sucede cuando se trata únicamente de un

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, fundamento No. 50.

¹⁶ Constancia escrita del Senador Carlos Gaviria en el transcurso de la elección del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, contenida en la página 22 de la Gaceta No. 188 del Congreso de la República (anexo No. 1).

órgano plural, las distintas entidades y personas que concurren en la decisión tienen independencia funcional entre sí, por lo que resulta difícil asignar a una de ellas la obligación de nombrar a una mujer.

Exactamente lo mismo sucede con el sistema de ternas; el deber de incluir al menos una mujer en ellas se aplica también a los órganos plurales, cuando la integración de la terna depende únicamente de un órgano plural, pero no opera en aquellos eventos en donde la terna depende de distintos órganos o de distintos órganos y personas. Tal es el caso, por ejemplo, de la elección del Procurador General de la Nación, cuya elección debe estar precedida por la conformación de una terna que es integrada por el Presidente, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, caso en el cual parece difícil idear un criterio razonable con base en el cual se imponga a una de esas entidades la obligación de nominar en la terna a una mujer.

La anterior dificultad no existe, en cambio, en el caso de la conformación de una terna por un órgano plural como la Corte Suprema de Justicia, que ciertamente puede idear un procedimiento decisorio para garantizar que una mujer sea incluida en la terna, o bien eligiendo únicamente entre mujeres a la primera de las candidatas a ser incluida en la terna y luego eligiendo entre hombres y mujeres a los otros dos candidatos, o bien eligiendo entre todos los postulados a los dos primeros candidatos y eligiendo únicamente entre mujeres a la última de las candidatas, en caso de que los dos primeros candidatos elegidos sean hombres. Un procedimiento de este tipo no impide de manera alguna que los integrantes de un organismo plural como la Corte Suprema de Justicia realicen la votación para elegir a los candidatos de la terna mediante voto secreto, pues, si se individualiza la votación de cada candidato a la terna garantizando que la primera candidata elegida sea una mujer o que la última candidata elegida sea una mujer en caso de que los dos primeros sean hombres, cada una de las tres votaciones podrá hacerse secretamente. El propio Consejo de Estado ha implementado un procedimiento de este tipo para la conformación de ternas para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional que también a él le competen. Así sucedió, por ejemplo, cuando conformó la terna con base en la cual resultó elegido Magistrado de la Corte Constitucional el doctor Humberto Sierra Porto, terna en cuyo procedimiento de conformación el Consejo de Estado garantizó la inclusión de una mujer, a saber, la doctora Consuelo Caldas.

Además, si realmente la voluntad de la Corte Constitucional en la sentencia C-371 hubiera sido excluir los casos de la conformación de ternas por parte de un solo órgano plural, el condicionamiento hubiera sido distinto y mucho más simple: hubiera bastado que la Corte dijera que el mandato contenido en el artículo 6 de la ley 581 sólo se aplica a aquellos casos en los que la elaboración de la terna depende únicamente de órganos uninominales o de una sola persona. Y, si ésta hubiera sido la intención de la Corte al condicionar la norma, sin duda hubiera excluido igualmente a los órganos plurales del deber –también contenido en el artículo 6 de la ley 581– de integrar las listas para la provisión de cargos mediante ese sistema con un 50% de mujeres.

Pero la Corte no condicionó en un sentido similar la exigencia de incluir a un 50% de mujeres en las listas, a pesar de que en muchos eventos éstas son integradas por un sólo

órgano plural, como el Consejo Superior de la Judicatura. Así mismo, la Corte tampoco condicionó el aparte del artículo 6 de la ley 581 relativo al sistema de ternas en el sentido de que sólo en aquellos casos en los que la terna es conformada por una sola persona o por un órgano uninominal procede la obligación de incluir a una mujer en la terna. Y no lo hizo seguramente porque un condicionamiento de ese tipo hubiera implicado desvirtuar por completo la finalidad de la ley 581 de 2000, consistente en garantizar la participación de las mujeres en todos los cargos del Estado, incluidos aquéllos de máximo nivel decisorio del poder judicial. Un resultado como ése resulta bastante contrario al sentido general de la decisión de la Corte Constitucional con respecto a la ley 581 de 2000, que no sólo declaró la constitucionalidad de la ley como un todo (declarando inconstitucionales o constitucionales condicionadamente apenas algunos apartes de la misma), sino que felicitó la iniciativa del legislador de haber puesto en marcha ese mecanismo de acción afirmativa para eliminar las desigualdades existentes entre hombres y mujeres en el acceso a cargos públicos.

Más aún, un condicionamiento de ese tipo por parte de la Corte Constitucional hubiera implicado la reducción al absurdo de la finalidad de la ley de cuotas en general, y del artículo 6 de la misma en particular, pues sólo en las escasas circunstancias en las que una terna es conformada por una sola persona u órgano nominal, como es el caso de la terna para Magistrado de la Corte Constitucional que conforma el Presidente de la República, habría lugar a garantizar la participación efectiva de las mujeres. Una interpretación restrictiva como ésa generaría una problemática distinción entre las obligaciones a cargo de los distintos entes o personas competentes para conformar una terna, pues sólo atribuiría a los órganos uninominales el deber de incluir en sus ternas el nombre de una mujer, deber que no sería exigible a los órganos plurales. Ello conduciría a una vulneración del principio de igualdad, teniendo en cuenta que el criterio para distinguir entre los diferentes tipos de obligación sería únicamente el número de personas que componen los órganos, criterio que no encuentra ninguna justificación razonable y que, en cambio, produce una menor protección del derecho de las mujeres al acceso igualitario a los cargos públicos.

Adicionalmente, una interpretación restrictiva como ésa se aleja mucho del sentido de la decisión de la Corte respecto de lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 581 de 2000 respecto de la conformación de ternas. Al evaluar ese aparte del artículo 6 de la ley, la Corte afirmó:

“Sin lugar a duda, la primera de estas medidas es razonable y proporcionada. Aceptada la cuota que se consagra en el artículo 4°, con mayor razón un mecanismo que simplemente exige incluir a las mujeres en ternas y listas, se ajusta a la Constitución. Es claro, que al igual que los demás mecanismos analizados, encuentra fundamento en los artículos 1, 2, 13, 40 y 43 de la Carta. No obstante, respecto de esta medida, vale la pena señalar que la Corte no comparte el criterio de algunos de los intervinientes, en el sentido de que la inclusión de mujeres en las listas y ternas es un "simple saludo a la bandera". Si bien este mecanismo no es tan eficaz como la cuota, pues no hay garantía de que las mujeres serán elegidas, la experiencia internacional ha demostrado que una medida como la que se estudia, si viene acompañada con un respaldo y

compromiso serio de las autoridades, ayuda a aumentar la participación de la mujer en cargos de poder. Este es el caso de Argentina y Paraguay; aunque debe advertirse que la obligación legal en dichos países se refiere a la inclusión de mujeres en las listas de candidatos para ocupar escaños en el Senado y en la Cámara de Diputados” (fundamento No. 58 de la sentencia C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, subraya en el original).

Como lo demuestra el anterior segmento de la sentencia de la Corte Constitucional, lejos de pretender restringir el alcance de la disposición legal a aquellos eventos en los que las ternas sean conformadas por una sola persona, la Corte no sólo avaló el propósito general del artículo 6 de la ley, sino que justificó su conveniencia y utilidad, al señalar casos de la experiencia internacional en los que un mecanismo como el de la exigencia de incluir el nombre de una mujer en toda terna ha sido exitoso. Además, dado que la Corte aceptó que la inclusión de una mujer en la terna no constituía un mecanismo tan eficaz como aquél de la cuota para garantizar la participación adecuada y efectiva de las mujeres en los cargos públicos, la Corte expresó la importancia de que las autoridades se comprometieran seriamente a lograr ese propósito.

Por tanto, no resulta plausible interpretar el condicionamiento del artículo 6 de la ley 581 efectuado por la Corte en el absurdo sentido de admitir su aplicación sólo en aquellos casos en los que la terna es conformada por un organismo uninominal. Esa interpretación, defendida hasta la fecha por la Corte Suprema de Justicia y avalada en una ocasión por el Consejo de Estado, parece más bien ir en contra del compromiso que, según dijo la Corte Constitucional, deben tener todas las autoridades públicas para garantizar que un mecanismo como el de la inclusión de una mujer en la terna contribuya a aumentar la participación de las mujeres en los cargos públicos.

Para evitar que ese compromiso, y con él la finalidad general de la ley 581 de 2000 y la finalidad concreta del artículo 6 de la misma, se vean burlados, es que solicitamos que esta Honorable Sección declare la nulidad del acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió como nuevo Magistrado de la Corte Constitucional al doctor Nilson Pinilla el día 30 de mayo de 2006, contenido en la Gaceta No. 188 de 2006 del Congreso de la República y, subsidiariamente, declare la nulidad de este último acto, así como de aquél por el cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, contenido en las actas No. 8 y 9 de las sesiones ordinaria y extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia realizadas el 20 y 24 de abril de 2006. En ambos casos, la nulidad del acto administrativo demandado de manera principal o de los actos administrativos demandados de manera subsidiaria se fundamenta en la violación de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000, según la interpretación sistemática de los mismos que resulta de la consideración de la sentencia C-371 de 2000 mediante la cual la Corte Constitucional revisó su constitucionalidad, artículos en los que debían fundarse tales actos administrativos.

3) La importancia de alejarse de la decisión contenida en la sentencia de 26 de noviembre de 2002 de la Sala Plena del Consejo de Estado

Como fue mencionado anteriormente, los accionantes somos concientes de que, ante un caso similar al que es objeto de esta demanda, la Sala Plena del Consejo de Estado tomó una decisión bastante contraria a nuestras pretensiones, al avalar la elección del doctor Jaime Córdoba Triviño como Magistrado de la Corte Constitucional, a pesar de haber sido realizada con base en una terna conformada por la Corte Suprema de Justicia en la que no se incluyó el nombre de ninguna mujer.¹⁷ Por eso, explícitamente solicitamos en esta acción electoral que la decisión entonces producida por esta Corporación sea revertida, dado que la misma no constituye de manera alguna un precedente vinculante para el Consejo de Estado y es, como ya se argumentó en el punto anterior, una decisión errada en términos de hermenéutica jurisprudencial, pero sobre todo extremadamente perjudicial para el objetivo constitucional de garantizar la igualdad real y efectiva de las mujeres en el acceso a cargos públicos.

De una parte, la decisión adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de 26 de noviembre de 2002 respecto de la elección del doctor Jaime Córdoba Triviño como Magistrado de la Corte Constitucional no constituye un precedente vinculante para el Consejo de Estado por varias razones. En primer lugar, ésta ha sido la única decisión que hasta la fecha ha adoptado el Consejo de Estado en lo que se refiere al deber de incluir a una mujer en la terna para proveer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional en particular, y en las ternas para proveer otros cargos públicos en general.

En segundo lugar, esa decisión fue muy dividida, pues fue adoptada por 12 votos a favor contra 11 votos en contra.

En tercer lugar, esa decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado contrasta notoriamente con la manera como esa misma Sala Plena ha procedido para conformar las ternas para la provisión del cargo de Magistrados de la Corte Constitucional que tiene a su cargo, procedimiento que, como lo evidencia la conformación de la terna a partir de la cual fue elegido el Magistrado Humberto Sierra Porto, se ha tomado en serio la obligación de incluir a una mujer en las ternas para proveer cargos públicos del máximo nivel decisorio.

En último lugar, pero no por ello menos importante, el caso objeto de esta demanda no presenta exactamente la misma situación que aquél frente al cual la sentencia de 26 de noviembre de 2002 fue proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, por lo que es posible emitir una decisión diferente de esta última en el presente proceso. En efecto, mientras que la conformación de la terna a partir de la cual fue elegido el doctor Jaime Córdoba Triviño como Magistrado de la Corte Constitucional podía considerarse en el año 2002 como un caso aislado en el que la Corte Suprema de Justicia incumplió el deber legal de incluir a una mujer en la terna, el caso actual demuestra la existencia de una

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, 26 de noviembre de 2002.

cultura al interior de la Corte Suprema de Justicia consistente en no nombrar mujeres en las ternas para la provisión de cargos en la Corte Constitucional. En efecto, tras la conformación de la terna a partir de la cual el doctor Córdoba Triviño fue elegido, la Corte Suprema de Justicia ha persistido en la tendencia de conformar tales ternas exclusivamente con nombres de hombres, tal y como lo demuestra la terna conformada por los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, a partir de la cual el Senado de la República eligió como Magistrado de la Corte Constitucional al doctor Nilson Pinilla. Con ello, la Corte Suprema de Justicia ha vulnerado recurrentemente la ley 581 de 2000 y su deber constitucional de compromiso con la garantía de una adecuada y efectiva participación de las mujeres en los altos cargos del Estado en general, y en las Altas Cortes en particular. En ese sentido, es evidente que en este caso concreto la Sección Quinta del Consejo de Estado se enfrenta a una situación distinta de aquélla que enfrentó la Sala Plena de la Corporación al analizar el caso de la elección del doctor Jaime Córdoba Triviño, pues ahora debe evaluar una actitud reiterada de la Corte Suprema de Justicia consistente en no incluir a mujeres en las ternas para la provisión de cargos de Magistrados de la Corte Constitucional, actitud que parece constituir una cultura al interior de la Corte Suprema consistente en sólo elegir a hombres como candidatos al cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, y que vulnera manifiestamente y de manera persistente la ley 581 de 2000 y el compromiso constitucional de las autoridades públicas de comprometerse a garantizar la participación adecuada y efectiva de las mujeres en los altos cargos del Estado.

Estas cuatro consideraciones conducen a la conclusión de que la decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado de 26 de noviembre de 2002 no constituye un precedente consolidado en la materia, que resulte vinculante para la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en este caso concreto. En efecto, aquella decisión puede considerarse como una decisión aislada, que no manifiesta el acuerdo general de todos los Consejeros de Estado en la materia y que, además, versó sobre una situación distinta de la que es objeto de la presente demanda. Como tal, la Sección Quinta del Consejo de Estado puede distanciarse de la decisión de la Sala Plena contenida en la sentencia de 26 de noviembre de 2002, puesto que esta decisión no constituye precedente vinculante para esta Honorable Sección. Y puede hacerlo mediante una decisión que sea acorde a la finalidad de la ley 581 de 2000, a la obligación legal contenida en el artículo 6 de la misma, a la interpretación que de este artículo realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-371 de 2000 y al compromiso que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado tienen con la garantía de una adecuada y efectiva participación de las mujeres en los altos cargos del Estado.

De otra parte, las consecuencias que tendría que esta Honorable Sección decidiera conformar su decisión a aquélla de la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de 26 de noviembre de 2002 serían extremadamente nocivas tanto para el espíritu de la ley 581 de 2000 y de la sentencia C-371 de 2000 de la Corte Constitucional, como para la situación actual de las mujeres en lo que se refiere a su participación en los altos cargos del Estado en general, y en las Altas Cortes en particular. En cuanto a lo primero, como se argumentó en el punto anterior, la interpretación literal y restrictiva que del condicionamiento efectuado por la Corte Constitucional al artículo 6 de la ley 581 de

2000 realizó el Consejo de Estado en la sentencia de 26 de noviembre de 2002 resulta contraria a la finalidad de la ley 581 y de la propia sentencia C-371 de 2000. En efecto, en esta sentencia la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la ley 581 en general, y avaló el mecanismo de participación de las mujeres en las ternas previsto en el artículo 6 de la misma, exceptuando de ello sólo algunos casos excepcionales, mas no todos aquéllos en los que un órgano plural conformara la terna. Por tanto, extender la excepción hecha por la Corte Constitucional para aquellos casos en los cuales las ternas son conformadas por entidades distintas o por personas y entidades distintas a todos los casos en los que las ternas son conformadas por un organismo plural equivale a la reducción al absurdo de la decisión de la Corte Constitucional, y a la desvirtuación de la finalidad de la ley 581 de 2000, declarada constitucional y adecuada para garantizar el derecho a la igualdad real y efectiva de las mujeres por la Corte Constitucional.

En cuanto a lo nociva que sería para la situación de desigualdad de las mujeres en el acceso a altos cargos del poder judicial una decisión de esta Honorable Sección en el sentido de conformarse a lo establecido por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de 26 de noviembre de 2002, es menester hacer alusión a algunos datos verdaderamente sorprendentes: a pesar de la existencia de la ley 581 de 2000, en la actualidad, en la Corte Suprema de Justicia, de 25 Magistrados sólo 2 son mujeres, en el Consejo de Estado, de 29 Consejeros, sólo 7 son mujeres, y en la Corte Constitucional, de 9 Magistrados, sólo una es mujer.¹⁸

Como se ve, la situación de impactante desigualdad de las mujeres en la participación en las Altas Cortes no ha variado mucho con respecto a aquella descrita en el año 2000 por los Congresistas que defendieron el proyecto de la ley 581 de 2000 (ver *supra*, página 10 y pie de página 11). Esto debería ser una fuente de inmensa preocupación para la sociedad colombiana en general y para las autoridades estatales en particular, que deberían estar comprometidas a garantizar que dicha situación de discriminación y marginación de las mujeres en las altas esferas del poder público cambiara. En efecto, la desigual participación de las mujeres en estas esferas del poder no puede explicarse en virtud de la inexistencia o escasez de mujeres aptas para desempeñar tales cargos, pues además de que desde hace más de treinta años las mujeres constituyen más de la mitad de los egresados de las facultades de derecho del país, muchas de estas mujeres están igual – y en ocasiones mejor- calificadas que los hombres para ejercer tales cargos. Sin embargo, como lo afirmó el entonces Magistrado de la Corte Constitucional Alejandro Martínez Caballero en su salvamento de voto parcial a la sentencia C-371 de 2000,

“esa igualdad [de hombres y mujeres en términos de su calificación para desempeñar altos cargos públicos] no se refleja en la efectiva representación de uno y otro en dichos niveles, lo cual muestra que sigue operando contra ellas una sutil discriminación en esa esfera. Esto, que es cierto en casi todos los campos de la vida social, aparece con crudeza en la rama judicial. Hoy, conforme a los datos del anexo de la sentencia, hay más mujeres que se gradúan de abogadas y que hacen especializaciones y maestrías en ese campo. Así, por no

¹⁸ Helena Alviar e Isabel Cristina Jaramillo, “¿Es suficiente con incluir una mujer en la terna?”, *Semana.com*, mayo 6 de 2006, edición No. 1253.

*citar sino el dato más reciente, en 1997 se graduaron 5285 mujeres en ciencias sociales, derecho y ciencias políticas, 1894 se especializaron, y 164 adelantaron maestrías, mientras que las cifras para los hombres fueron de 3500, 1590 y 128 respectivamente. Sin embargo, esa igual o mejor calificación de las mujeres dista de verse reflejada en la composición de la Corte Suprema y del Consejo de Estado pues, con base en los datos de la propia sentencia, en esas corporaciones la participación femenina es no sólo muy baja sino que no parece estar mejorando. Así, en la Corte Suprema, no hay mujeres, y no ha habido durante toda la vigencia de la Constitución de 1991. Y en el Consejo de Estado, la participación femenina ha declinado del 15% en 1992 al 11% en la actualidad”.*¹⁹

Dada la existencia de mujeres altamente calificadas para desempeñar cargos públicos del máximo nivel decisorio, su precaria participación en dichos cargos no puede sino obedecer, como lo afirma el ex Magistrado Alejandro Martínez, a la permanencia de formas sutiles de discriminación en contra de la mujer. En el caso concreto que nos ocupa, dichas formas sutiles de discriminación tienen que ver, por ejemplo, con el hecho de acudir a una interpretación literal y restrictiva de la ley 581 de 2000 y de la sentencia C-371 de 2000 para excluir del deber de incluir a una mujer en la conformación de ternas para la provisión de cargos de Magistrados de la Corte Constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de existir candidatas sumamente aptas para acceder a ese cargo.

Si una interpretación de ese tipo es mantenida por la Honorable Sección Quinta del Consejo de Estado en este proceso electoral, difícilmente podrá el sistema de ternas contribuir algún día a remediar la situación de desigualdad de las mujeres en el acceso a altos cargos del poder judicial. En efecto, esta Honorable Sección no sólo estaría avalando la postura reiterada de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia y permitiendo que sea ésta la postura que dicha Corporación y otras corporaciones competentes para la conformación de ternas continúen aplicando en un futuro, sino que además estaría consolidando un precedente para la conformación de las ternas que el propio Consejo de Estado tiene a su cargo, ternas que hasta la fecha habían respetado la obligación legal contenida en el artículo 6 de la ley 581 y habían implicado por tanto un compromiso serio de parte del Consejo de Estado por garantizar una participación equitativa de las mujeres en las Altas Cortes.

Por las anteriores razones, por medio de esta acción electoral de nulidad, comedidamente solicitamos a la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, en este caso concreto, se distancie de la decisión proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 26 de noviembre de 2002 y que, en consecuencia, declare la nulidad del acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió como nuevo Magistrado de la Corte Constitucional al doctor Nilson Pinilla el día 30 de mayo de 2006, contenido en la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006 y, subsidiariamente, declare la nulidad de este último acto, así como de aquél por el cual la

¹⁹ Alejandro Martínez Caballero, Salvamento de voto parcial a la sentencia C-371 de 2000 de la Corte Constitucional.

Corte Suprema de Justicia conformó la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, contenido en las actas No. 8 y 9 de las sesiones ordinaria y extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia realizadas el 20 y 24 de abril de 2006, por violar los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000 y la interpretación que de los mismos hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-371 de 2000, violación que, como se verá a continuación, se comprueba mediante una interpretación tanto literal, como sistemática y finalista de la ley 581 de 2000 y que es, por consiguiente, la mejor interpretación que el juez electoral puede hacer de esta ley.

- 4) La violación de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000 comprobada mediante una interpretación literal, sistemática y finalística de dicha ley

En razón de todos los argumentos expuestos anteriormente, es ineludible concluir que el acto administrativo demandado de manera principal y los actos administrativos demandados de manera subsidiaria en la presente acción electoral de nulidad vulneran los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000, interpretada tanto literal, como sistemática y finalísticamente. En efecto, como se argumentó en el numeral 1 del primer cargo de esta demanda, la interpretación literal del artículo 6 de la ley 581 de 2000 exige que en todos los casos de elección de funcionarios públicos en los altos niveles decisorios del Estado a través del sistema de ternas, estas ternas incluyan el nombre de al menos una mujer, exigencia que ha sido vulnerada por los actos administrativos demandados.

De otro lado, como se argumentó en el numeral 2 del primer cargo de esta demanda, la interpretación sistemática de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000 de conformidad con la decisión proferida por la Corte Constitucional en la sentencia C-371 de 2000, y en particular con los fundamentos No. 58 y 50 de la parte motiva de esta sentencia y con la decisión No. 5 contenida en la parte resolutive de la misma, exige que en la conformación de ternas para la elección de funcionarios públicos en altos niveles decisorios del Estado se incluya por lo menos el nombre de una mujer, salvo que la conformación de tales ternas esté a cargo de entidades o personas y entidades distintas. Esta última situación excepcional no ocurre en el caso de la conformación de ternas por parte de la Corte Suprema de Justicia para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, por cuanto, aunque conformada por miembros plurales, la Corte Suprema de Justicia constituye un a sola entidad u organismo. Ello ha sido confirmado por el Senador Carlos Gaviria Díaz, quien fue ponente de la sentencia C-371 de 2000 de la Corte Constitucional cuando ejercía el cargo de Magistrado de dicha Corporación. En consecuencia, en virtud de la interpretación sistemática de la ley 581 de 2000 de conformidad con el pronunciamiento de la Corte Constitucional acerca de su constitucionalidad condicionada, los actos administrativos demandados principal y subsidiariamente vulneran los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000.

Finalmente, como se ha argumentado a lo largo de este primer cargo, la interpretación finalística de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000 conlleva necesariamente a constatar la vulneración de estos artículos por parte del acto administrativo demandado de manera principal y de los actos administrativos demandados de manera subsidiaria. En

efecto, como se argumentó en el numeral 1 del primer cargo de esta demanda, la finalidad de la ley 581 de 2000 o ley de cuotas consiste en lograr una participación adecuada y efectiva de las mujeres en todos los niveles de los órganos del poder público, en los que claramente se incluyen los cargos de Magistrados de las Altas Cortes del Estado. Además, como se argumentó en el numeral 2 del primer cargo de esta demanda, en la sentencia C-371 de 2000 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de dicha finalidad y de la ley de cuotas en general, felicitó la iniciativa del legislador de buscar eliminar las desigualdades existentes entre hombres y mujeres en el acceso a cargos públicos mediante dicha ley y, en el caso concreto del artículo 6 de la ley, avaló el mecanismo allí establecido dirigido a lograr tal finalidad y reafirmó el deber de todas las autoridades públicas de comprometerse a garantizar su logro. En ese sentido, de acuerdo con una interpretación finalística de la ley 581 de 2000 y de la sentencia C-371 de 2000, es menester concluir que una y otra deberán ser siempre interpretadas en el sentido que sea más favorable para garantizar el derecho de las mujeres a participar adecuada y efectivamente en todos los cargos públicos del Estado. Sin duda, en el caso objeto de la presente acción, dicha interpretación finalística conduce a la conclusión de que, en todos los casos de conformación de ternas para la elección de Magistrados de la Corte Constitucional, la interpretación más favorable para el derecho de las mujeres a participar adecuada y efectivamente en tales cargos consiste en exigir la inclusión de una mujer en dichas ternas. En consecuencia, esta interpretación conlleva a la constatación de que, en este caso concreto, esta exigencia fue vulnerada por la Corte Suprema de Justicia, por lo que los actos administrativos demandados de manera principal y subsidiaria adolecen de nulidad, por violar normas en las cuales debían fundarse.

Como se evidencia en la argumentación anterior, las distintas formas de interpretar el texto de la ley 581 de 2000, a saber, la interpretación literal, sistemática y finalística de dicha ley, conducen a la constatación de la vulneración de los artículos 1, 2 y 6 de la misma por los actos administrativos demandados en la presente acción electoral de nulidad. Lejos de contradecirse o de exigir la selección de una en detrimento de otra, todas estas interpretaciones conllevan a la misma conclusión y, como tal, se refuerzan entre sí y comprueban recíprocamente su valor. Por ello, es menester concluir que la constatación de la violación de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2001 por los actos administrativos demandados constituye la mejor interpretación judicial para el caso bajo estudio, pues logra un equilibrio reflexivo y una coherencia dinámica entre los distintos criterios de interpretación que están al alcance del juez electoral, de un lado, y los postulados normativos que éste debe aplicar, de otro lado. Estos logros son parte esencial de la actividad judicial, en el entendido de que ésta debe intentar siempre articular e integrar de la manera más coherente posible todas las herramientas hermenéuticas disponibles en la solución de un caso. Por consiguiente, aquella interpretación susceptible de satisfacer dichos logros debe ser siempre preferida por el juez, y en este caso concreto una interpretación tal es, justamente, aquella que, a través de la aplicación de los criterios literal, sistemático y finalístico o teleológico, conduce a la conclusión de que los actos administrativos demandados violan los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000.²⁰

²⁰ Para un desarrollo amplio de los conceptos de equilibrio reflexivo y coherencia dinámica en la actividad hermenéutica del juez, ver Uprimny, Rodrigo y Rodríguez, Andrés Abel. 2003. *Interpretación judicial*.

Por tanto, de conformidad con las interpretaciones literal, sistemática y finalística de la ley 581 de 2000, cuya articulación e integración coherentes permiten alcanzar el equilibrio reflexivo y la coherencia dinámica de la interpretación de dicha norma, comedidamente solicitamos a la Honorable Sección Quinta del Consejo de Estado que declare la nulidad del acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió como nuevo Magistrado de la Corte Constitucional al doctor Nilson Pinilla el día 30 de mayo de 2006, contenido en la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006 y, subsidiariamente, declare la nulidad de este último acto, así como de aquél por el cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, contenido en las actas No. 8 y 9 de las sesiones ordinaria y extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia realizadas el 20 y 24 de abril de 2006, por violar los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000.

Segundo Cargo: Violación directa de los artículos 13, 40 y 43 de la CP

El segundo cargo que se eleva contra el acto administrativo demandado de manera principal y contra los actos administrativos demandados de manera subsidiaria reseñados en el párrafo anterior se fundamenta en que, a través de la violación de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 581 de 2000, dichos actos administrativos vulneran igualmente y de manera directa los artículos 13, 40 y 43 de la CP, que disponen lo siguiente:

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” (subraya fuera del texto).

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

Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, unidad tres. Para la aplicación de estos conceptos en una decisión judicial, ver Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Para el fundamento teórico de estos conceptos, ver las nociones de integridad y coherencia del razonamiento jurídico propuestas por Dworkin, Ronald. 1992. *El Imperio de la Justicia* (tr. de Claudia Ferrari). Barcelona: Gedisa; MacCormick, Neil. 1978. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, y Gunther, Klaus. 1995. “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa* No. 17-18, pp. 271-302. Ver también la noción de equilibrio reflexivo propuesta por John Rawls. 1995. *Teoría de la Justicia* (trad. de María Dolores Gonzáles). México: Fondo de Cultura Económica, y desarrollada también por Richard Fallon. 1987. “A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation”, *Harvard Law Review*, Vol. 100, pp. 1189- 1286.

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

“**Artículo 43.** La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.
El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia” (subraya fuera del texto).

Las tres normas constitucionales transcritas parten de una noción del derecho a la igualdad en general, y de la igualdad entre hombres y mujeres en los derechos, las oportunidades y el acceso a los altos cargos públicos en particular, que es material y no meramente formal. Ello implica que estas normas admiten la existencia de desigualdades fácticas que tradicionalmente han afectado y continúan afectando a determinados grupos poblacionales como las mujeres, que no pueden ser superadas mediante el simple tratamiento igualitario de éstas con respecto a los hombres, sino que requieren de la existencia de un tratamiento estatal especial, con miras a que dichas desigualdades sean superadas.

Un tratamiento especial de este tipo es lo que se entiende por medidas de acción afirmativa, que consisten en políticas encaminadas a otorgar beneficios particulares a grupos tradicionalmente marginados y subrepresentados para reducir o eliminar las desigualdades que los afectan, o para garantizar una mayor representación de los mismos.²¹ Entre las medidas de acción afirmativa, existen algunas que se denominan de “discriminación inversa o positiva” y que tienen la particularidad de acudir a lo que la Corte Constitucional ha denominado “criterios sospechosos”, por fundarse en aspectos como el género o la raza con base en los que, en principio, no podría establecerse ninguna diferenciación, y de implicar la concesión de beneficios especiales frente a bienes que son escasos.²²

²¹ Ver, al respecto, Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, fundamento No. 14.

²² *Ibidem*.

Si bien estas medidas generan una desigualdad entre los grupos que se ven beneficiados por ellas y el resto de la población, lo hacen justamente con la finalidad de remover las desigualdades que afectan a los primeros y, por ende, de garantizar una sociedad más justa y equitativa.²³ De ahí que la Corte Constitucional admita expresamente que

“(l)as acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, están, pues, expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables”.²⁴

Los mecanismos contemplados por la ley 581 de 2000 son, evidentemente, acciones afirmativas. En particular, aquellos mecanismos allí consagrados tendientes a garantizar una cuota del 30% de mujeres en los cargos del Estado, así como una representación mínima de mujeres en las ternas y listas a través de las cuales se proveen algunos de dichos cargos, implican una discriminación inversa, en la medida en que se fundan en el criterio sospechoso del sexo y conceden beneficios frente a bienes que, como los cargos públicos, son escasos.

En concepto de la Corte Constitucional, estos mecanismos²⁵ se conforman al texto de la CP, en la medida que son razonables y proporcionales, pues buscan superar una circunstancia real de discriminación de las mujeres en el acceso a cargos públicos, con miras a que una participación real y efectiva en los mismos les sea garantizada. Más aún, de acuerdo con la Corte Constitucional, tales mecanismos no sólo no atentan contra la Carta Política, sino que su objetivo constituye “un desarrollo cabal de expresos mandatos contenidos en ella”.²⁶ Así sucede con el inciso 2 del artículo 13, con el último inciso del artículo 40 y con el inciso primero del artículo 43 de la CP, entre otros.

En cuanto al artículo 13 de la CP, en palabras de la Corte,

“el propósito de la ley no sólo no vulnera la prohibición contenida en el artículo 13 de la Carta de establecer discriminaciones en razón del sexo sino que, al revés, pretende eliminar la discriminación que una práctica secular ha determinado en perjuicio de las mujeres”.²⁷

En lo referente al artículo 40 de la CP, según la Corte, el mismo se encuentra “en

²³ *Ibídem.*

²⁴ *Ibídem.*

²⁵ Con excepción de aquél inicialmente previsto en el artículo 6 de la ley 581, que exigía no sólo que las listas fueran en todos los casos conformadas por un 50% de mujeres, sino que en la elección de los cargos a ser provistos mediante ese sistema se prefiriera siempre a las mujeres, mecanismo que fue considerado desproporcionado, y en consecuencia declarado inconstitucional por la Corte Constitucional (ver, al respecto, el fundamento No. 59 de la sentencia C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000, *Ob. Cit.*, fundamento No. 31.

²⁷ *Ibídem.*

evidente armonía con el inciso 2° del artículo 13”, pues “constituye el reconocimiento explícito de que en Colombia las mujeres conforman un grupo -de hecho- discriminado y subrepresentado políticamente” y, en consecuencia, contiene el mandato explícito dirigido a las autoridades públicas de garantizar “la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”, mandato que evidentemente la ley 581 de 2000 tiende a “obedecer y plasmar”.²⁸

Por último, de acuerdo con la Corte, el artículo 43 de la CP reitera la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y la prohibición de que éstas sean sometidas a cualquier tipo de discriminación, lo que sin duda pretende materializar la ley 581 de 2000.

Dado que la ley 581 de 2000 desarrolla los mandatos contenidos en las normas constitucionales mencionadas, la violación de aquélla implica la violación directa de éstas. En efecto, los derechos a un tratamiento especial por parte del Estado, a un acceso efectivo y adecuado a los cargos públicos de nivel decisorio y a una igualdad real de derechos y oportunidades consagrados en los artículos 13, 40 y 43 de la CP, así como los deberes estatales correlativos a implementar acciones afirmativas en favor de las mujeres para garantizarles una igualdad real y efectiva de derechos y oportunidades, en particular en lo referente a su acceso igualitario a los cargos públicos, se concretan en la ley 581 de 2000 y se garantizan a través de los mecanismos previstos en ella. De esa forma, si tales derechos se violan y dichos deberes se incumplen a través de la negativa de aplicar los mecanismos previstos en la ley 581 de 2000 para garantizarlos, se da una vulneración directa de los artículos 13, 40 y 43 de la Carta.

Es ello lo que ha sucedido con la elección del doctor Nilson Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional, que se basó en la conformación de una terna que omitió el deber legal de incluir en ella a una mujer y que, en consecuencia, vulneró el derecho de las mujeres a no ser discriminadas, a recibir un tratamiento especial de parte de las autoridades públicas para lograr una igualdad efectiva y real, a tener una efectiva y adecuada participación en los cargos de nivel decisorio del Estado y a gozar de una igualdad material de derechos con respecto a los hombres.

La violación directa de los artículos 13, 40 y 43 de la CP se produce a pesar de que, como lo afirmó el Consejo de Estado en otra oportunidad, dichas disposiciones de la CP no consagran un derecho subjetivo de las mujeres a verse incluidas en una terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, ni una obligación estatal en ese sentido.²⁹ Aquél derecho y esta obligación estatal surgen, es cierto, del texto de la ley 581 de 2000, pero este texto es el desarrollo cabal de los mandatos constitucionales contenidos en tales normas constitucionales, por lo que su violación implica también la

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, 26 de noviembre de 2002.

violación de éstas. Y es que, si estas normas prevén el derecho de las mujeres a ser beneficiarias de acciones afirmativas como las contempladas en la ley 581 de 2000 e imponen al Estado el deber de implementarlas, una vez esas acciones afirmativas son implementadas, su inaplicación implica que aquél derecho se vea conculcado y que ése deber estatal sea incumplido.

El anterior argumento se ve reforzado por aquél esbozado en el numeral 4 del primer cargo de esta acción, según el cual la interpretación finalística de las normas tanto legales como constitucionales es de gran relevancia para su aplicación a casos concretos. En lo que se refiere a las normas constitucionales invocadas en este segundo cargo de la acción, dicha interpretación finalística implica que los artículos 13, 40 y 43 de la CP deben ser interpretados de tal forma que, en todos los casos, se utilice la interpretación más favorable a la garantía de la participación adecuada y efectiva de las mujeres en los cargos públicos. Ello es especialmente así en los casos en los que la ley prevé mecanismos de acción afirmativa para la satisfacción de dicha garantía, tales como los previstos en la ley 581 de 2000, mecanismos que de por sí tienen la finalidad de garantizar el acceso adecuado y efectivo de las mujeres a los cargos públicos. En estos casos, esas medidas de acción afirmativa no pueden interpretarse de manera restrictiva sino amplia, con miras a garantizar tal finalidad en la mayoría de casos posibles. Por tanto, en el caso concreto que es objeto de esta acción, la interpretación más favorable al derecho de las mujeres a participar adecuada y efectivamente en los cargos públicos, entre los cuales está el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, es aquella que exige la inclusión de al menos una mujer en las ternas a partir de las cuales se llevan a cabo las elecciones para tales cargos.

En razón de lo anterior, respetuosamente solicitamos a la Honorable Sección Quinta del Consejo de Estado que declare la nulidad del acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió como nuevo Magistrado de la Corte Constitucional al doctor Nilson Pinilla Pinilla el día 30 de mayo de 2006, contenido en la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006 y, subsidiariamente, declare la nulidad de este último acto, así como de aquél por el cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, contenido en las actas No. 8 y 9 de las sesiones ordinaria y extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia realizadas el 20 y 24 de abril de 2006, por violar de manera directa los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política de Colombia.

Tercer Cargo: Violación directa del artículo 126 de la CP

El tercer cargo que se erige contra el acto administrativo demandado de manera principal y contra los actos administrativos demandados de manera subsidiaria se fundamenta en la violación directa del artículo 126 de la CP que reza lo siguiente:

“Artículo 126. Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a

personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos” (subraya fuera del texto).

El anterior texto constitucional contiene una imprecisión técnica, pues parece prohibir que los servidores públicos designen a personas vinculadas por lazos de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o por lazos de matrimonio o unión permanente con los servidores públicos competentes para intervenir en su designación, pero no que los servidores públicos designen directamente a los servidores públicos competentes para intervenir en su designación. Así, la interpretación literal de esta norma implicaría una reducción al absurdo del contenido, el alcance y la finalidad de la misma, pues prohibiría que, por ejemplo, el director de un establecimiento público para cuya designación era competente otro funcionario público designara en un cargo público a la cónyuge o al hermano de este funcionario público, pero no prohibiría que el director del establecimiento público designara en un cargo al propio funcionario público competente para intervenir en su designación.

Lo que busca esta norma es garantizar, coloquialmente hablando, que los servidores públicos no *paguen favores* a las personas competentes para su designación una vez designados, mediante el nombramiento en cargos públicos de estas personas o de sus familiares cercanos, cónyuges o compañeros permanentes. Así, la norma busca prohibir prácticas clientelistas e incluso corruptas, mediante las cuales la intervención en la designación de un servidor público por parte de otro se viera condicionada a que aquél designara en un cargo público a éste o a un allegado suyo, o fuera “recompensada” o “pagada” por aquél con este “favor”. Por tanto, para evitar la reducción al absurdo de la prohibición constitucional, es fundamental interpretarla en el sentido de que la misma también aplica respecto del propio servidor público competente para la designación de aquel funcionario público en cabeza del cual recae la prohibición.

En ese sentido, el artículo 126 de la CP prohíbe a los servidores públicos designar en cargos públicos a los funcionarios competentes para intervenir en su designación, así como a los familiares cercanos y a los cónyuges y compañeros permanentes de éstos. Esta prohibición fue violada por los actos administrativos a través de los cuales se eligió al doctor Nilson Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que, en su calidad de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia en el periodo 1994-2002, el doctor Pinilla fue competente para intervenir en la designación de varios Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que, posteriormente, designaron al doctor Pinilla como miembro de la terna con base en la cual el Senado de la República lo eligió en el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional.

Si bien la designación de un candidato a Magistrado de la Corte Constitucional en una terna no constituye, *per se*, un acto de designación de un servidor público -pues este acto sólo tiene lugar cuando la persona es efectivamente elegida como servidor público, en este caso como Magistrado de la Corte Constitucional-, la conformación de la terna para la posterior designación de un cargo es un paso necesario e ineludible del proceso de designación de un Magistrado de la Corte Constitucional, razón por la cual dicho paso está cubierto por la prohibición contenida en el artículo 126 de la CP. Esto es así, en especial teniendo en cuenta el contenido del artículo 229 del CCA y la interpretación que el Consejo de Estado ha hecho de esta norma, según la cual el acto de conformación de la terna es un acto intermedio o un paso procedimental necesario para que el acto de elección del servidor público pueda ser expedido. Como acto intermedio que según el Consejo de Estado es, todas las prohibiciones legales y constitucionales que cubren al acto de elección o designación cubren también al acto de conformación de la terna.

De lo anterior resulta, de un lado, que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en cuya designación intervino o era competente para intervenir el doctor Nilson Pinilla cuando aún era Magistrado de esa Corporación eran incompetentes para designar en la terna al doctor Pinilla, pues el artículo 126 de la CP excluye expresamente de su competencia la designación de servidores públicos que intervinieron o eran competentes para intervenir en su designación, como el doctor Pinilla. De otro lado, dado que esta norma constitucional contiene una causal de inhabilidad para que un funcionario público sea designado en un cargo cuando su designación depende de otro funcionario público en cuya designación el primero era competente para intervenir, al momento de la elección del doctor Pinilla existían unos supuestos fácticos que impedían que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en cuya designación intervino o fue competente para intervenir el doctor Pinilla pudieran designar a este último como miembro de la terna.

En consecuencia, el acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió como nuevo Magistrado de la Corte Constitucional al doctor Nilson Pinilla el día 30 de mayo de 2006, contenido en la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006 y, subsidiariamente, tanto este último acto como aquél por el cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, contenido en las actas No. 8 y 9 de las sesiones ordinaria y extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia realizadas el 20 y 24 de abril de 2006, adolecen de nulidad, tanto porque este último fue expedido por funcionarios incompetentes, como porque ambos infringieron el artículo 126 de la CP, norma constitucional en la que dichos actos administrativos debían fundarse (artículos 84 y 228 del CCA).

Ahora bien, a este tercer cargo contra los actos administrativos antes mencionados podría presentarse una objeción consistente en que la prohibición contenida en el artículo 126 de la CP no aplica a la designación de Magistrados de la Corte Constitucional, por cuanto en la CP existe una causal de inhabilidad para el acceso a ese cargo que es más específica, a saber, aquélla contenida en el artículo 240 de la CP. Según esta norma constitucional,

Artículo 240. No podrán ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.

A primera vista, dado que la prohibición contenida en el artículo 240 de la Carta hace referencia específicamente a la elección de Magistrados de la Corte Constitucional, podría pensarse que, en virtud de la regla de interpretación jurídica que indica que una norma especial prima sobre una norma general, es ésta prohibición y no aquélla contenida en el artículo 126 de la CP la que aplica al caso bajo estudio. Sin embargo, esta interpretación es inadecuada, por varias razones.

De un lado, las prohibiciones contenidas en los artículos 126 y 240 de la CP tienen finalidades distintas. Así mientras que la primera norma busca evitar, como se mencionó ya, el *pago de favores* y las prácticas clientelistas e incluso corruptas que podrían derivarse de la posibilidad de que cualquier funcionario público designara en cargos públicos a quienes son competentes en su designación; la segunda norma pretende garantizar, ante todo, la independencia de los Magistrados de la Corte Constitucional en el ejercicio de su cargo y, con ello, la separación de los poderes públicos.

De otro lado, las dos normas constitucionales tienen alcances distintos que, aunque en algunos casos coinciden, en muchos otros no lo hacen. Así, es evidente que, en aplicación tanto del artículo 126 como del artículo 240 de la CP, un saliente Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o un saliente Consejero de Estado no podría ser nominado en una terna para Magistrado de la Corte Constitucional por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, respectivamente, tanto porque muy seguramente –dado el sistema de cooptación que existe en esas Corporaciones para la elección de sus propios integrantes- dicho ex funcionario fue competente para intervenir en la elección de muchos de los miembros de esas Corporaciones que lo nominarían en la terna, como por el hecho de haber desempeñado el cargo en el año inmediatamente anterior. Ahora bien, dicho ex Magistrado de la Corte Suprema o ex Consejero de Estado podría ser nominado en una terna para el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional por la otra Corporación de la que no formó parte, o por el Presidente de la República, si tan sólo se aplicara el artículo 126 de la CP, pero no podría serlo en aplicación del artículo 240 de la CP, por el simple hecho de haber ejercido el cargo en el año anterior. Y así también, la Corte Suprema o el Consejo de Estado podrían incluir en una terna para Magistrado de la Corte Constitucional a uno de sus antiguos miembros que hubiera salido de la Corporación hace más de un año y que hubiera sido competente para intervenir en la elección de muchos de los nominadores sin vulnerar el artículo 240 de la CP, pero no sin vulnerar el artículo 126 de la CP.

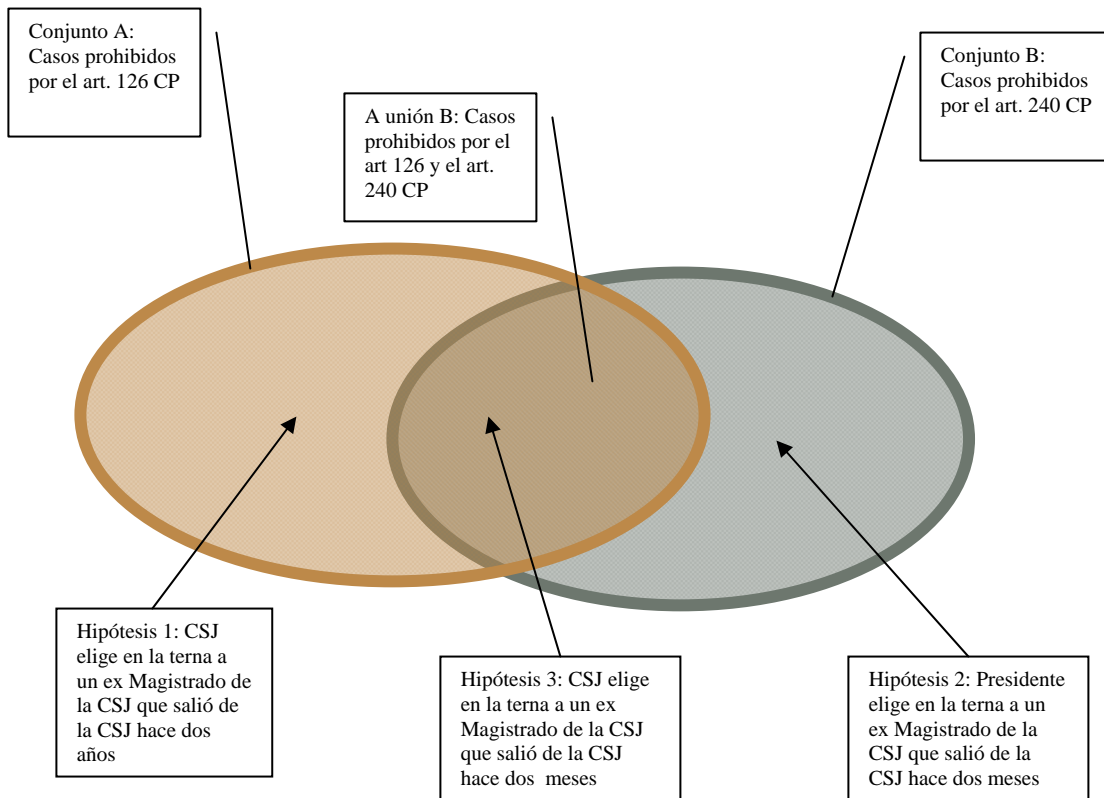
En los últimos dos ejemplos señalados se evidencia no sólo que las normas en cuestión tienen alcances distintos sino que, en cada caso, buscan finalidades distintas. Así, en el primero de ellos, la aplicación del artículo 240 de la CP buscaría que, sea quien sea el ente nominador, el candidato no haya ejercido el cargo de Ministro, Magistrado de la Corte Suprema o Consejero de Estado en el año inmediatamente anterior, con miras a

garantizar la separación de poderes y la independencia judicial, lo que se concreta en la garantía de que quien sea Magistrado de la Corte Constitucional ejerza el cargo de tal sin buscar salvaguardar intereses específicos, en particular aquéllos de la Corporación o rama del poder a la que pertenecía justo antes de ser nombrado en el cargo. Es cierto que, en algunos de estos casos, la aplicación del artículo 240 de la CP en estas circunstancias podría garantizar también que los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional no fueran el resultado del *pago de favores*. Se trataría de los casos en los cuales los candidatos fueran ex Magistrados de la Corte Suprema o ex Consejeros de Estado y pretendieran ser nominados por las Corporaciones a las que antes pertenecían, y cuyos miembros hubieran sido designados con la intervención de aquéllos. Pero dicho *pago de favores* sólo se impediría respecto de los ex Magistrados de la Corte Suprema o ex Consejeros de Estado que, habiendo sido competentes para intervenir en la designación de sus potenciales nominadores, hubieran salido de la Corporación en el año inmediatamente anterior. En cambio, en aplicación del artículo 126 de la CP, sin importar en qué momento salieron de la Corporación los posibles candidatos al cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, en su nominación en la terna no podrían participar nunca los colegas suyos en cuya designación aquéllos eran competentes para intervenir.

En cuanto al último ejemplo, que es justamente la situación que se presenta en el caso objeto de estudio, la prohibición contenida en el artículo 126 de la CP tendría la finalidad de impedir que, sea cual sea el momento en el que el posible candidato a la terna haya salido de la Corporación nominadora, sus nominadores no sean nunca aquéllos en cuya designación él participó o fue competente para participar, con miras a impedir que su nominación en la terna sea el resultado del *pago de un favor*, consistente en nominar en una terna para un cargo público a quien antes participó en su designación o fue competente para hacerlo. De nuevo, también en este caso la prohibición del artículo 126 de la CP podría servir en algunas circunstancias para garantizar la independencia judicial, al impedir que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado nominen en la terna para Magistrado de la Corte Constitucional a sus recién salientes miembros y, así, que éstos intenten privilegiar los intereses de aquéllas Corporaciones en el ejercicio del nuevo cargo. Pero ello sólo sucedería en los casos en los que el posible candidato fuese nominado por la Corporación a la que antes pertenecía, lo que no impediría que dichos recién salientes Magistrado o Consejero fuesen nominados por la otra Alta Corte a la que no pertenecieron, o por el Presidente de la República. En contraste, en aplicación del artículo 240 de la CP, ningún ex Magistrado de la Corte Suprema ni ningún ex Consejero de Estado podrá -así como no podrá tampoco un ex Ministro- ser nominado en una terna para Magistrado de la Corte Constitucional, antes de que se complete un año de haber terminado su periodo de tal.

A continuación ilustramos los anteriores ejemplos en una gráfica, que muestra que si bien el alcance de los artículos 126 y 240 de la CP se interfecta en unos casos, no lo hace en otros. Así, por ejemplo, en la hipótesis 1 de la gráfica, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) no podría elegir en la terna a un ex miembro de esa Corporación que hubiera salido de esa entidad dos años antes debido a la prohibición del artículo 126 superior, pero dicha elección no está prohibida por el artículo 240 de la Carta. Por su parte, en la hipótesis 2, conforme al artículo 240 superior, el Presidente no podría elegir en la terna a un ex

Magistrado de la Corte Suprema que hubiera dejado su cargo hace dos meses, pero esa designación no está prohibida por el artículo 126 de la Carta. Finalmente, la hipótesis 3, a saber, que la Corte Suprema eligiera a un ex Magistrado de ese cuerpo colegiado que hubiera dejado su cargo hace dos meses, estaría prohibida por ambas normas de la Carta.



Lo anterior muestra con claridad que, lejos de ser prohibiciones excluyentes, las prohibiciones contenidas en los artículos 126 y 240 de la CP son complementarias, pues cada una contiene una inhabilidad distinta, con un alcance y una finalidad distintos, para acceder al cargo de Magistrado de la Corte Constitucional. Ello se explica si se tiene en cuenta, adicionalmente, que mientras que el artículo 126 de la CP contiene una inhabilidad de carácter general, que se aplica a todo servidor público para garantizar que la designación de éstos no sea el resultado del *pago de favores*, el artículo 240 de la CP contiene una inhabilidad de carácter específico, que se aplica exclusivamente al cargo de Magistrado de la Corte Constitucional para garantizar la independencia judicial y la separación de poderes en el ejercicio de ese cargo.

Y es que, en general, las inhabilidades genéricas como aquella contenida en el artículo 126 de la CP, se aplican a todos los servidores públicos, aunque respecto de cada cargo público existan inhabilidades específicas adicionales. Así sucede también, por ejemplo,

con la inhabilidad contenida en el inciso final del artículo 122 de la CP, de acuerdo con el cual ningún servidor público que haya sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado podrá desempeñar funciones públicas. Evidentemente, esta inhabilidad debe aplicarse de manera complementaria y no excluyente con aquella contenida en el artículo 240 de la CP, así como con aquella contenida en el numeral 3 del artículo 232 de la CP³⁰, a los candidatos al cargo de Magistrado de la Corte Constitucional. Para poder ser elegibles al cargo, éstos no podrán ni haber sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado como servidores públicos (artículo 122 de la CP), ni haber sido condenados a pena privativa de la libertad por delitos dolosos y no políticos (numeral 3 del artículo 232 de la CP), ni haber desempeñado el cargo de Ministro, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o de Consejero de Estado en el año inmediatamente anterior (artículo 240 de la CP). Y, consecuentemente, en virtud del artículo 126 de la CP, para ser elegibles al cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, dichos candidatos tampoco podrán haber participado o sido competentes para participar en la designación de quienes los nominen en la terna para acceder al cargo.

En conclusión, las prohibiciones contenidas en los artículos 126 y 240 de la CP no son excluyentes sino complementarias y, por tanto, respecto de ellas no puede predicarse la aplicación de la regla de interpretación según la cual la norma especial prima sobre la norma general. En efecto, esta regla de interpretación sólo se aplica cuando se trata de normas contradictorias, que pretenden regular unos mismos supuestos fácticos de manera distinta, lo que ciertamente no sucede en este caso. Por tanto, los artículos 126 y 240 de la CP deben ser interpretados de manera armónica, con miras a determinar si los candidatos al cargo de Magistrado de la Corte Constitucional se encuentran inhabilitados para ser elegidos para dicho cargo. No obstante, no fue esto lo que hicieron la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado al conformar la terna y al elegir de ella al doctor Nilson Pinilla como nuevo Magistrado de la Corte Constitucional, respectivamente. Como lo explicita el Informe rendido por la Comisión de Acreditación Documental nombrada por el Senado de la República para revisar el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales para acceder al cargo de Magistrado de la Corte Constitucional por parte de los candidatos de la terna, el Senado de la República sólo tuvo en cuenta, al momento de determinar si los candidatos cumplían con tales requisitos, aquéllos previstos en el artículo 232 de la CP y, como tal, no tuvo en cuenta la inhabilidad contenida en el artículo 126 de la CP en la que estaba inmerso el doctor Nilson Pinilla Pinilla.³¹

³⁰ Esta norma dispone como requisito para ser Magistrado de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado “(n) haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos”. Así, de la misma manera como sucede en el caso del artículo 240 de la CP, se trata de una norma que establece una prohibición especial para los Magistrados de las Altas Cortes que, no obstante, se acumula con la prohibición contenida en el artículo 122 de la CP, en lugar de desplazarla. De nuevo, se trata de normas con finalidades y alcances distintos. De ahí que pueda concluirse, por ejemplo, que para acceder al cargo de Magistrado de una de estas tres Altas Cortes, una persona no podrá haber sido condenado por un delito contra el patrimonio del Estado, incluso si dicho delito es culposo, en virtud del artículo 122 de la CP, aunque no en virtud del numeral 3 del artículo 232 de la CP.

³¹ Ver el texto del Informe rendido por la Comisión de Acreditación Documental a la Plenaria del Senado de la República en la página 17 de la Gaceta No. 188 de 2006 (anexo No. 1).

Por todas las razones antes esgrimidas, comedidamente solicitamos a la Honorable Sección Quinta del Consejo de Estado que declare la nulidad del acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió como nuevo Magistrado de la Corte Constitucional al doctor Nilson Pinilla el día 30 de mayo de 2006, contenido la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006 y, subsidiariamente, que declare la nulidad de este último acto, así como de aquél por el cual la Corte Suprema de Justicia conformó la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, contenido en las actas No. 8 y 9 de las sesiones ordinaria y extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia realizadas el 20 y 24 de abril de 2006, tanto porque este último fue expedido por funcionarios incompetentes, como porque ambos infringieron el artículo 126 de la CP, norma constitucional en la que dichos actos administrativos debían fundarse (artículos 84 y 228 del CCA).

IV. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN ELECTORAL DE NULIDAD

La presente acción electoral de nulidad contra el acto administrativo por el cual se eligió al doctor Nilson Pinilla Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional el día 30 de mayo de 2006, contenido en la Gaceta No. 188 de 2006 del Congreso de la República, y, subsidiariamente, contra el acto administrativo antes mencionado y contra el acto administrativo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia por el cual se conformó la terna para proveer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional compuesta por los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio, contenido en las actas No. 8 y 9 de las sesiones ordinaria y extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia realizadas el 20 y 24 de abril de 2006, procede por las siguientes razones:

En primer lugar, según el artículo 84 del CCA,

“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes (...).”

Y, de acuerdo con el artículo 228 del CCA,

“Cuando un candidato no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido, podrá pedirse ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo la nulidad de la elección hecha en favor de ese candidato y la cancelación de la respectiva credencial”.

Los accionantes de esta demanda acudimos a esta Honorable Sección en nombre propio, con el fin de solicitar que se declare la nulidad del acto administrativo que contiene la elección del doctor Nilson Pinilla Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional y, subsidiariamente, tanto de este acto como de aquél por medio del cual se conformó la terna para proveer dicho cargo en la Corte Constitucional, porque -como se argumentó en el acápite anterior- dichos actos administrativos infringen normas legales y constitucionales en las que deberían fundarse (artículo 84 del CCA), y porque el acto administrativo de conformación de la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional fue expedido por funcionarios incompetentes (artículo 84 del CCA), lo que hace que el doctor Nilson Pinilla sea inelegible para el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional (artículo 228 del CCA).

En segundo lugar, el acto administrativo demandado de manera principal y los actos administrativos demandados de manera subsidiaria fueron debidamente individualizados en la sección I de esta acción, de conformidad con lo exigido por los artículos 138 y 229 del CCA.

En tercer lugar, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 139 del CCA, según el cual “(s)e reputan copias hábiles para los efectos de este artículo, las publicaciones en los medios oficiales, sin que para el efecto se requiera la autenticación”, a esta demanda anexamos copia de la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006, que contiene el acto administrativo que se demanda de manera principal (anexo No. 1).

En cambio, no anexamos a la presente demanda copia autenticada del acto administrativo que, junto con el acto demandado de manera principal, demandamos subsidiariamente, pues aunque así lo dispone el inciso primero del artículo 139 del CCA, no hemos podido acceder a dicho documento, a pesar de la petición escrita que en ese sentido elevamos ante la Corte Suprema de Justicia el 9 de junio de 2006. De hecho, si bien la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia nos ha informado telefónicamente que el oficio No. 1899 de 22 de junio de 2006 que contiene la respuesta ya fue enviado por correo, a la fecha de la presentación de esta demanda no lo hemos recibido aún. Por esta razón, nos queda imposible cumplir con el requisito de admisibilidad de la demanda contenido en el artículo 139, inciso 1, consistente en anexar a la demanda copia autenticada del acto administrativo demandado subsidiariamente en la misma, dentro del término de caducidad de esta acción. Como lo ha afirmado con anterioridad el Consejo de Estado³², en estos eventos y con el fin de no denegar justicia y de impedir la vulneración del derecho fundamental de acceso a la justicia, el requisito contenido en el inciso primero del artículo 139 del CCA puede suplirse con la prueba de la solicitud escrita de copia del acto administrativo en cuestión elevada por el demandante ante la entidad competente. En consecuencia, a la presente demanda anexamos copia del derecho de petición de presentado ante la Corte Suprema de Justicia para solicitar la copia autenticada del acta de la sesión de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en la que se conformó la terna

³² Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Darío Quiñones Pinilla, sentencia de 23 de marzo de 2001.

para proveer el cargo de la Corte Constitucional con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio (anexo No. 2). Tan pronto recibamos copia del documento, lo aportaremos al proceso en calidad de prueba; sin embargo, por previsión lo solicitamos adicionalmente como prueba (prueba No. 2).

En cuarto lugar, presentamos esta acción ante la autoridad jurisdiccional competente, a saber, la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, tal y como lo establece el artículo 231 del CCA.

En quinto lugar, esta acción se presenta dentro del término de caducidad previsto en el numeral 12 del artículo 136 del CCA, según el cual la acción electoral caduca

“en veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata”.

En efecto, el acto público por medio del cual se declaró la elección del doctor Nilson Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional fue proferido el día 30 de mayo de 2006, tal y como consta en la Gaceta del Congreso de la República No. 188 de 2006. En consecuencia la caducidad de la acción de nulidad electoral contra ese acto administrativo tendrá lugar el día 29 de junio de 2006, teniendo en cuenta que, según el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal³³ y el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil³⁴, todos los términos consagrados en días en las leyes deberán ser contabilizados como días hábiles. La regla contenida en estas disposiciones legales ha sido aplicada por el Consejo de Estado en numerosas sentencias a las normas del CCA que establecen los términos en días, y en particular a las normas que establecen el término de caducidad de la acción electoral, tal como lo hace el inciso 12 del artículo 136 del CCA.³⁵

El anterior término de caducidad se aplica también al acto administrativo de la Corte Suprema de Justicia que contiene la conformación de la terna con los nombres de los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio porque, si bien este acto fue

³³ Este artículo establece: “En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil” (subraya fuera del texto).

³⁴ Esta norma indica: “En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario” (subraya fuera del texto).

³⁵ En cuanto a esto último ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Miren De la Lombana de Magyaroff, 12 de septiembre de 1995; C.P. Darío Quiñones Pinilla, 30 de agosto de 2002; C.P. María Nohemí Hernández Pinzón, 14 de agosto de 2003; C.P. Darío Quiñones Pinilla, 16 de octubre de 2003; C.P. Darío Quiñones Pinilla, 26 de febrero de 2004

producido con anterioridad al 30 de mayo de 2006, el mismo no es público y, como tal, su publicidad oficial sólo tuvo lugar con la expedición del acto administrativo de elección del doctor Pinilla por el Senado de la República de 30 de mayo de 2006.

V. ANEXOS

Anexamos a la presente demanda, como pruebas del proceso, los siguientes documentos:

1. Copia oficial de la Gaceta No. 188 de 2006 del Congreso de la República, cuyas páginas 17 a 23 contienen el acto administrativo por medio del cual el Senado de la República eligió al doctor Nilson Pinilla Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional para el periodo 2006-2014.
2. Copia del derecho de petición con fecha 8 de junio de 2006 y número de radicación 018675, en el cual se solicita la copia autenticada del acta de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia que contiene el acto administrativo por el cual la Corte Suprema de Justicia integró la terna conformada por los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio para proveer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional. Hasta la fecha no hemos recibido respuesta de este derecho de petición, aunque la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia nos informó que la misma ya fue enviada mediante oficio No. 1899 de 22 de junio de 2006.
3. Copia del derecho de petición con fecha 15 de junio de 2006 y número de radicación 1847, en el cual se solicita copia autenticada de las hojas de vida de todos los candidatos que se presentaron a la convocatoria realizada por la Corte Suprema de Justicia para la conformación de la terna para proveer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional en reemplazo del saliente Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, terna que finalmente fue conformada por los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio. Este derecho de petición no ha sido respondido hasta la fecha.
4. Copia del derecho de petición con fecha 9 de junio de 2006 y número de radicación 018959, en el cual se solicita copia autenticada de las actas de elección de todos los actuales Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Este derecho de petición no ha sido respondido hasta la fecha, a pesar de que el término consagrado en el artículo 25 del CCA para esos efectos venció el día 27 de junio de 2006.

VI. SOLICITUD DE PRUEBAS

Solicitamos a la Honorable Sección Quinta del Consejo de Estado que practique las siguientes pruebas:

1. Copia autenticada de las hojas de vida de todos los candidatos que se presentaron a la convocatoria realizada por la Corte Suprema de Justicia para la conformación de la terna para proveer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional en reemplazo del saliente Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, terna que finalmente fue conformada por los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio. Esta prueba es pertinente y conducente pues a través de ella puede determinarse cuántas mujeres se postularon para la terna para la provisión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, y si las que lo hicieron cumplían con los requisitos legales y constitucionales para ejercer dicho cargo.
2. Copia autenticada de las actas de sesión ordinaria y extraordinaria No. 8 y 9 de 20 y 24 de abril de 2006 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, que contienen el acto administrativo por el cual la Corte Suprema de Justicia integró la terna conformada por los doctores Nilson Pinilla, Rafael Méndez e Iván Palacio para proveer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional. Esta prueba es pertinente y conducente dado que el acto administrativo contenido en ella fue demandado de manera subsidiaria en la presente demanda. Además, lo es porque permite saber cuáles Magistrados de la Corte Suprema de Justicia participaron en la elección del doctor Nilson Pinilla, lo que, en conjunto con la prueba solicitada en el siguiente numeral, permite determinar quiénes de esos Magistrados eran incompetentes para intervenir en dicha elección, y probar que esta última está viciada de nulidad.
3. Copia autenticada de las actas de elección de todos los actuales Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Esta prueba es pertinente y conducente porque a través de ella puede establecerse en las elecciones de cuáles de los actuales Magistrados de la Corte Suprema de Justicia participó o era competente para participar el doctor Nilson Pinilla y, en consecuencia, quiénes de esos Magistrados eran incompetentes para intervenir en su nominación a la terna de la Corte Constitucional y viciaron, por tanto, el acto administrativo a través del cual la Corte Suprema de Justicia integró dicha terna.

De la Honorable Sección Quinta del Consejo de Estado,

Helena Alviar García
c.c. No. 39.691.029 de Bogotá
Socia fundadora
Centro de Estudios DeJuSticia

Mauricio García Villegas
c.c. No. 3.352.617 de Medellín
Socio fundador
Centro de Estudios DeJuSticia

César Augusto Rodríguez Garavito
c.c. No. 79.555.322 de Bogotá
Socio fundador
Centro de Estudios DeJuSticia

María Paula Saffon Sanín
c.c. No. 52.862.641 de Bogotá
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia

Rodrigo Uprimny Yepes,
c.c. No. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios DeJuSticia

Cecilia Barraza Morelle
cédula de extranjería No. 288468.
Representante legal
Corporación Humanas
Centro Regional de Derechos
Humanos y Justicia de Género