

ACTOS ADMINISTRATIVOS - Definitivos y de trámite / ACTO DEFINITIVO - Concepto / ACTO DE TRAMITE - Concepto / TERNA - Acto de trámite no demandable autónomamente

La referida norma hace una distinción entre actos administrativos definitivos y los actos de trámite. Los primeros son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, mientras que los de trámite contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo. La calificación de un acto administrativo como acto definitivo o de trámite es fundamental para determinar si es susceptible de recursos por la vía gubernativa y asimismo de control jurisdiccional contencioso administrativo, conforme a los artículos 49, 50 y 84 del Código Contencioso Administrativo. El acto administrativo que contiene ternas de candidatos a un cargo, cuya designación corresponde a un ente distinto al que la elabora, es un acto previo dentro del proceso del nombramiento o elección de que se trate, preparatorio e indispensable para que tal nombramiento se produzca, que no la define ni declara pero sí la posibilita; se trata de un acto de trámite porque no pone fin a la actuación administrativa y, por consiguiente, no es demandable en forma anticipada a la elección cuyo resultado final predomina sobre las etapas previas que integran su desarrollo. En síntesis, los actos de conformación de ternas son preparatorios o de trámite, como quiera que esa actuación busca iniciar el procedimiento de elección, lo impulsa y lo conduce hacia la decisión definitiva; por tanto, las irregularidades en su formación afectan la legalidad de la elección que se produzca.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza de acto de trámite de la terna de candidatos, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 16 de enero de 2001, Rad. 2444; sentencia de 16 de octubre de 2003, Rad. 3140 y auto de 21 de mayo de 1986, Rad. 021; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 26 de noviembre de 2002, Rad. IJ-026.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 50

MUJER - Legislación encaminada a garantizar su participación en máximos niveles decisorios del poder público / MUJER - Inclusión de por lo menos una en ternas de candidatos a cargos de alto nivel decisorio / TERNAS - Inclusión de por lo menos una mujer para cargos de alto nivel decisorio / DEFENSOR DEL PUEBLO - Nulidad de su elección porque Presidente no incluyó el nombre de una mujer en la terna de candidatos

El citado artículo 6º de la Ley 581 de 2000 supone como regla general que en la postulación de nombres para la designación en cargos que deban proveerse por el sistema de ternas se incluya por lo menos el nombre de una mujer, pero en aquellos casos en que para la conformación de la terna concurren distintas personas o entidades, dicha regla halla una excepción en cuanto la obligación no es inexorable. Debe destacarse que el condicionamiento del artículo 6º de la Ley 581 de 2000 se fundó en el hecho de que en ciertos casos el cumplimiento de la participación femenina era

incompatible con la forma como debía establecerse la respectiva terna, pues resulta razonable aceptar que cuando no existe destinatario único del deber de integrar las ternas en las cuales se incluyera por lo menos el nombre de una mujer, esta obligación legal no se puede imponer al arbitrio a uno de los que concurren en su formulación, porque tal imposición excedería la exigencia legal. (...) Para la Sala resulta claro que a partir de la expedición de la Ley 581 de 2000, que como se dijo desarrolló el contenido normativo de la parte final del artículo 40 de la Carta, así como el del artículo 43 ibídem y, por lo mismo, debe interpretarse de forma armónica con los citados dispositivos constitucionales, los nombramientos o elecciones que deban adelantarse por los sistemas de ternas o de listas en los diferentes empleos de las entidades que hacen parte de las tres ramas del Poder Público y de los órganos autónomos a los que se refiere el inciso 2º del artículo 113 deben considerar, en el primer evento, por lo menos el nombre de una mujer y, en el segundo, tantos nombres de mujeres como de hombres, salvo que por la forma como se halla previsto que se integre la terna o la lista, tal obligación resulte de imposible cumplimiento, como lo precisó la H. Corte Constitucional cuando moduló el contenido del citado artículo 6º de la Ley 581 de 2000. (...) En tal virtud, al momento de ejercer la competencia deferida por el artículo 281 de la Constitución Política, el Presidente de la República debió considerar el contenido normativo de los artículos 13, 40 in fine, y 43 superiores, así como el de los artículos 1º, 2º y 6º de la Ley 581 de 2000 por lo que su omisión determinó que el acto a través del cual la Cámara de Representantes eligió al doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo 2008 – 2012 adoleciera del vicio denominado “violación de las normas en que debía fundarse”. Esta circunstancia determina su anulación pues si bien el defecto que se revela se halla contenido en el acto preparatorio a través del cual el Presidente de la República elaboró la terna para efectos de la elección, sabido es que entre los actos preparatorios y los definitivos existe la misma relación que hay entre las partes y el todo, de suerte que los vicios de los primeros afectan el segundo y permiten su anulación.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la exequibilidad condicionada del proyecto de norma que se convirtió en el artículo 6º de la Ley 581 de 2000, Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000.

FUENTE FORMAL: LEY 581 DE 2000 - ARTICULO 6

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009).

Radicación No. 11001-03-28-000-2008-00026-00, 11001-03-28-000-2008-00027-00 y 11001-03-28-000-2008-00028-00

Radicado Interno No. 2008-00028 (Acumulados 2008-00026 y 2008-00027)

Demandantes: Camilo Araque Blanco y otros

Demandado: Vólmar Antonio Pérez Ortiz (Defensor del Pueblo).

Electoral Única Instancia – Fallo

La Sala procede a dictar sentencia de única instancia en el presente proceso acumulado de nulidad electoral.

I. ANTECEDENTES

1. Las demandas

1.1 Proceso No. 11001-03-28-000-2008-00026-00

1.1.1 Pretensiones

El ciudadano Camilo Araque Blanco, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción electoral, demandó la nulidad del acto administrativo documentado en el Acta de sesión de 19 de agosto de 2008 de la Cámara de Representantes, a través del cual se eligió al doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo. Adujo la vulneración de los artículos 13 y 40 de la Constitución Política y 6º de la Ley 581 de 2000.

1.1.2 Hechos

A fin de integrar la terna para la designación, por parte de la Cámara de Representantes de Defensor del Pueblo, el Presidente de la República envió una terna compuesta por los siguientes nombres: Wilson Ruiz Orejuela, Alberto Casas Sánchez y Vólmar Pérez.

En sesión de 14 de agosto de 2008 la Cámara de Representantes estudió las diferentes hojas de vida y dispuso citar, para efectos de votar y elegir Defensor del Pueblo, para el día 19 de agosto de 2008.

El 19 de agosto de 2008, luego de adelantado el respectivo proceso de elección se reeligió al doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo con un total de 138 votos a favor.

La elección que recayó sobre el doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz fue irregular porque se efectuó tomando en cuenta una terna que no consideró la participación de la mujer como lo imponía la Ley.

1.1.3 Los cargos

Cargo único: Violación de los artículos 13 y 40 de la Constitución Política y 6º de la Ley 581 de 2000, porque la elección del doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo se decidió con base en una terna que no incluyó el nombre de una mujer, en desconocimiento de la obligación emanada de las citadas normas.

A juicio del demandante el Presidente de la República, como autoridad pública que es, tenía el deber de dispensar un trato igual entre los géneros al momento de elaborar la terna para la elección de Defensor del Pueblo y en la medida en que no incluyó el nombre de una mujer discriminó al femenino y con ello violó el mandato del artículo 13 superior.

Así mismo desconoció el mandato del artículo 40 *in fine* que le imponía “[g]arantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”, la que sólo podía garantizarse incluyendo el nombre de alguna de ellas en la respectiva terna.

Y del artículo 6º de la Ley 581 de 2000 que lo obligaba, al momento de elaborar una terna con arreglo a la cual se efectuara una elección o un nombramiento, a incluir por lo menos el nombre de una mujer.

1.2 Proceso No. 11001-03-28-000-2006-00027- 00

1.2.1 Pretensiones

La Asociación Nacional de Abogados Litigantes – ANDAL -, en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó que se declarara la nulidad del acto administrativo contenido en el Acta de sesión de 19 de agosto de 2008, por el cual la Cámara de Representantes eligió como Defensor del Pueblo al doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz. Alegó la violación del artículo 125 Superior que dispone que todo destino público cuyo sistema de provisión no haya sido previsto por la Constitución o la Ley se provea por concurso, previa convocatoria pública.

1.2.2 Los hechos

1.- En los términos del artículo 281 de la Constitución le corresponde al Presidente de la República elaborar la terna para la elección de Defensor del Pueblo.

2.- En ejercicio de esta facultad, el señor Presidente de la República, sin que mediara convocatoria pública, integró la terna para el cargo de Defensor del Pueblo, con los ciudadanos Vólmar Antonio Pérez Ortiz, Wilson Ruíz Orejuela y Alberto Casas Sánchez.

3.- Una vez conformada la terna, fue presentada ante la Cámara de Representantes, órgano que por disposición constitucional se halla facultado para llevar a cabo la elección, la cual se realizó en sesión plenaria del día 19 de agosto de 2008, donde por mayoría de votos resultó elegido el doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo. El elegido, sin reparo alguno aceptó la elección.

1.2.3. Normas violadas y concepto de la violación

La Asociación demandante adujo que la Constitución Política proscribía la discrecionalidad en la escogencia de candidatos para la conformación de ternas para la designación en cargos públicos al punto que el inciso 2° del artículo 125 prevé que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución y/o la ley serán nombrados por concurso público, por lo que en ausencia de una norma constitucional o legal

que determine la forma de conformar la terna para la elección de Defensor del Pueblo, resultaba que para tal efecto la autoridad postulante debía recurrir al mecanismo del concurso público previsto en el mencionado artículo, el que sin lugar a dudas comportaba una etapa previa de convocatoria.

Dijo que “el vicio que aquí se demanda se presenta en el acto de la conformación de la terna y no con relación al acto de elección llevado a cabo por el órgano legislativo. Este vicio surge cuando el Presidente omite el concurso público para llevar a cabo la selección de candidatos para integrar la terna, apartándose de los principios constitucionales de democracia participativa e igualdad frente a la ley.”

1.3 Proceso No. 11001-03-28-000-2006-00028- 00

Los ciudadanos Rodrigo Uprimny Yepes y Nelson Camilo Sánchez León, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia, con fundamento en los artículos 84, 136 [num. 12], 137, 138, 139 [2] y 223 a 251 del Código Contencioso Administrativo, en ejercicio de la acción electoral, demandaron el acto administrativo por el cual la Cámara de Representantes, en sesión de 19 de agosto de 2008, eligió al doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo y, subsidiariamente, este y el acto administrativo por el cual el Presidente de la República conformó la terna para proveer el cargo de Defensor del Pueblo compuesta por los doctores Vólmar Antonio Pérez Ortiz, Wilson Ruiz Orejuela y Alberto Casas, por la vulneración de los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política y 1º, 2º y 6º de la Ley 581 de 2000.

1.3.1 Hechos

El 5 de agosto de 2008, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 281 de la Constitución, el Presidente de la República envió a la Cámara de Representantes, para efectos de la elección de Defensor del Pueblo, una terna integrada por los doctores Vólmar Antonio Pérez Ortiz, Wilson Ruiz Orejuela y Alberto Casas.

La terna enviada por el Presidente de la República no incluyó el nombre de una mujer, con lo que desconoció el contenido normativo de los artículos 1º, 2º y 6º de la Ley 581 de 2000 y 13, 40 y 43 Superiores, que imponen que en los nombramientos por el sistema de ternas se incluya en la misma el nombre de una mujer.

Y ello no obstante 2 cartas enviadas por la Misión de Observación Electoral (MOE) que recomendaban la inclusión del nombre de una mujer, habida cuenta de las funciones que debía cumplir la Defensoría del Pueblo, especialmente aquellas relacionadas con la promoción de los derechos humanos de toda la población, entre otra, de aquella que se encuentra en situación de vulneración.

En sesión de 14 de agosto de 2008, los Representantes a la Cámara Simón Gaviria y David Luna presentaron proposición en orden a que se escuchara a los candidatos a Defensor del Pueblo y una vez adelantada la correspondiente audiencia, en la que participaron diferentes sectores sociales que dieron cuenta de la necesidad de incluir el nombre de una mujer en la respectiva terna, pidieron que se devolviera la enviada por el Presidente por no incluir el nombre de una mujer, pero su proposición fue denegada.

Como resultado de lo anterior la elección de Defensor del Pueblo recayó sobre un hombre lo que determinó la discriminación de las mujeres y generó un defecto que hace anulable el acto de elección, por violación de las normas en que debía fundarse.

1.3.2 Los cargos

Primer cargo: Violación de los artículos 1º, 2º y 6º de la Ley 581 de 2000, porque la elección del doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo se decidió con base en una terna que no incluyó ninguna mujer, en contravía de la obligación legal contenida en dichas normas y de lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-371 de 2000 respecto de la constitucionalidad condicionada del artículo 6º de la citada ley,

en el sentido de que sólo se exceptúan de esa obligación legal aquellas ternas conformadas por distintas personas y/o entidades.

Agregaron que si bien el artículo 6º 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, y que dicho texto no puede interpretarse por sí solo, pues su hermenéutica impone considerar la decisión que sobre su constitucionalidad emitió la Corte Constitucional en la Sentencia C-371 de 2000¹, por la cual se declaró la constitucionalidad del deber de incluir una mujer en la terna contenido en dicho artículo, “[b]ajo 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.”, contrario sensu en los demás casos, es decir, cuando la terna es elaborada por un solo funcionario o una sola autoridad, la inclusión es obligatoria.

Tal como lo había considerado el mismo Consejo de Estado que en sentencia de 26 de noviembre de 2002 en la que se juzgó el acto de elección de un Magistrado de la Corte Constitucional, a pesar de que se apartó de la interpretación de la Corte relacionada con la elaboración de ternas por un órgano colegiado, en cuanto a esa competencia cuando está en cabeza de una persona o autoridad dijo:

[C]uando en la conformación de la respectiva terna de candidatos no deban intervenir distintas personas o entidades, la inclusión en ella de al menos una mujer es requisito de obligatorio e inexcusable cumplimiento.”

Dijeron que con la violación del artículo 6º de la Ley 581 de 2000, el Presidente de la República violó igualmente los artículos 1º y 2º de la misma ley, que garantizan una adecuada y efectiva participación de las mujeres en los cargos de máximo nivel decisorio del Estado, entre el que se cuenta, evidentemente, el de Defensor del Pueblo.

Sostuvieron que el vicio de nulidad que afecta la conformación de la terna para la elección de Defensor del Pueblo, por infracción directa de la ley, que

¹ Dictada 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.

conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado no está sujeta a control jurisdiccional, afecta el acto que declara la elección con base en dicha terna.

Y, además que, la interpretación del artículo 6º de la Ley 581 de 2000 esgrimida en la demanda era consecuente con su contenido literal, armónica con el de los artículos 1º y 2º ibídem y, con el fin considerado por el legislador cuando estableció la medida de marras.

Segundo cargo: Violación directa de los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política, en cuanto éstos parten de una noción del derecho a la igualdad en general, y de la igualdad material y no formal entre hombres y mujeres en los derechos, en las oportunidades y en el acceso a los altos cargos públicos, y reconocen la existencia de desigualdades fácticas que tradicionalmente han afectado y continúan afectando a determinados grupos poblacionales, entre ellos 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.

Afirmaron que ese tratamiento estatal especial, que implica una discriminación inversa, autorizada por la Constitución Política para aminorar el efecto nocivo de ciertas circunstancias en que se hallan o se colocan determinados grupos de personas, en relación con la discriminación tradicional que sufren las mujeres frente a la oportunidad de acceder a los altos cargos del Estado, ha sido dispuesto por la Ley 581 de 2000 en procura de garantizar una cuota mínima de su participación del 30%. De manera que, concluyen, la negativa a la aplicación de los mecanismos adoptados por esa ley constituye la violación directa de las aludidas disposiciones constitucionales, como sucedió con la elección demandada.

2. Contestación de las demandas

El demandado en los procesos acumulados, en el término de fijación, contestó las demandas radicadas bajo los números 2008-00026 y 2008-00028, oponiéndose a las pretensiones.

Adujo que la Ley 581 de 2000, o de cuotas, no era aplicable para efectos de su elección en la medida que la misma había sido proferida por razón de la “Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer” adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, cuyo artículo 4º preveía que las medidas especiales adoptadas por los Estados miembros en orden a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres tenían una vigencia temporal por lo que debían cesar cuando se hubieran alcanzado los objetivos de igualdad que perseguían.

Que en tal sentido se había pronunciado la H. Corte Constitucional cuando examinó el proyecto de ley estatutaria que se convirtió en la Ley 581 de 2000, pues precisó que tales medidas sólo eran exigibles en cuanto que existiera la citada diferenciación.

Así, aseveró, en la medida en que en los 8 años de vigencia de la referida Ley de cuotas, la condición de la mujer respecto del acceso a los empleos públicos había cambiado, resultaba evidente que la discriminación positiva contenida en la citada disposición había perdido su fundamento.

Indicó, además, que el acto a través del cual se declaró su elección no adolecía de ningún vicio en su expedición pues se había proferido respetando las competencias y por los causes constitucionales.

Dijo que su elección no había desconocido el contenido de las normas citadas como fundamento de las demandas porque a pesar de que no se consideró el nombre de una mujer en la terna por virtud del cual resultó elegido, esa circunstancia no se dio en forma deliberada.

Finalmente alegó que el mandato del artículo 6º de la Ley 581 de 2000, no era aplicable a su elección porque ésta se hallaba regulada integralmente por las normas superiores, luego entonces no podía admitirse que una disposición de menor jerarquía pudiera modificar las reglas para su designación.

Respecto de las pretensiones formuladas en el proceso 2008-00027, el demandado guardó silencio.

3. Alegatos de conclusión

1o.- De los demandantes en los procesos 2007-00026 y 2008-00027:

El demandante en el proceso 2007–00026, Camilo Araque Blanco, en su alegato de conclusión, precisó que la Ley 581 de 2000 era una Ley Estatutaria, de mayor jerarquía que el resto de leyes, y en la medida en que imponía la obligación de considerar el nombre de una mujer para efectos de las designaciones que debieran hacerse con base en el sistema de ternas, imponía una obligación para la autoridad que ternaba y su incumplimiento generaba la nulidad del acto de elección.

Que en la medida en que el Presidente de la República no había incluido el nombre de una mujer en la terna para la designación de Defensor del Pueblo había quebrantado esa disposición y con ella, las de orden constitucional que desarrolló.

La Asociación Nacional de Abogados Litigantes - ANDAL – en sus alegatos de conclusión precisó: (i) que en los términos del inciso 2º del artículo 125 de la Constitución “[l]os funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, serán nombrados por concurso público”, (ii) que en la medida en que la designación de Defensor del Pueblo no se hallaba regulada en forma plena por la Constitución y la Ley, para el efecto debía adelantarse un proceso de selección que pasaba por una convocatoria pública y (iii) que en la medida en que el Presidente de la República no efectuó convocatoria pública para elaborar la terna a partir de la cual se eligió Defensor del Pueblo desconoció no sólo el mandato del inciso 2º antes referido que imponía ese proceder, sino el del artículo 13 porque privó a muchas personas que se hallaban en condiciones de ocupar el cargo de la posibilidad de postularse y ser elegidos en el mismo.

2º. Los demandantes en el proceso 2008–00028 se abstuvieron de presentar alegatos de conclusión.

3º Lo propio hizo el demandado.

4. El concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante la Corporación en concepto radicado el 29 de septiembre de 2009, se pronunció sobre las pretensiones de la demanda. Precisó la prosperidad de los cargos relacionados con la violación de los artículos 1º, 2º y 6º de la Ley 581 de 2000, concordantes con los artículos 13, 40 y 43 superiores. Sobre el cargo de violación de los artículos 13 y 125 [2] de la Constitución, consideró la improperidad.

Adujo que el demandado había propuesto como excepciones: (i) “La temporalidad de la Ley 581 de 2000” pero que ésta no se estructuraba porque mientras existieran designaciones por los sistemas de ternas y/o de listas, mantenía su vigencia, (ii) “De ausencia de causales invalidantes”, pero que los argumentos en que se afincaba, no estructuraban una excepción propiamente dicha sino un argumento de la defensa, (iii) “No se violentó la finalidad de la medida” pero que tampoco estructuraban una excepción, ni siquiera hacía relación a los argumentos de la demanda y (iv) “La disposición legal invocada como fundamento de la acción de nulidad no se aplica a los funcionarios cuyo sistema de elección haya sido establecido por la propia constitución” pero que ésta contenía razones que debían examinarse al momento de proveer sobre las pretensiones de la demanda.

Sobre los cargos de violación de los artículos 1º, 2º y 6º de la Ley 581 de 2000 y 13, 40 y 43 de la Constitución, al que se referían las demandas radicadas bajo los números 2007–00026 y 2007–00028, conceptuó que en los términos de los artículos 281 de la Constitución Política y 2º de la Ley 54 de 1992, el Defensor del Pueblo era un servidor público designado por la Cámara de Representantes de terna enviada por el Presidente de la República.

Así, en la medida que el artículo 6º de la Ley 581 de 2000, precisaba que “[P]ara el nombramiento en los cargos que [debieran] proveerse por el sistema de ternas...”, debía incluirse el nombre de una mujer, resultaba claro que la terna para la elección de Defensor del Pueblo tenía que incluir el nombre de una persona del género femenino.

Precisó que la citada regla, conforme la sentencia de constitucionalidad C-371 de 2000, tenía una excepción relacionada con aquellos casos en que la terna debía ser elaborada por diferentes “*personas o entidades*” porque en ese evento no era posible establecer a cuál de ellas le correspondía incluir el nombre de una mujer.

Concluyó, que en la medida que la terna que debía elaborar el Presidente para efectos de la elección de Defensor del Pueblo, debió considerar el nombre de una mujer y no lo hizo, violó las referidas normas, por lo que las pretensiones de la demanda estaban llamadas a prosperar.

Sobre los cargos formulados en el proceso 2007–00027 conceptuó que el artículo 125 [2] de la Constitución Política no era aplicable al proceso de elección de Defensor del Pueblo, porque éste se hallaba regulado por los artículos 281 de la Carta y 2º de la Ley 54 de 1992 y en tal orden de ideas, el presupuesto al que se refería el citado inciso 2º “[que el] sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución y la Ley,...”, no se configuraba.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y oportunidad

Por la naturaleza del acto sobre el cual recae la acción de nulidad electoral, corresponde a esta Corporación su conocimiento en única instancia, conforme lo establece el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998.

Todas las demandas acumuladas fueron presentadas dentro de la oportunidad prevista en el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

2. Los actos demandados, en forma principal y subsidiaria, en las demandas acumuladas.

Las demandas acumuladas pretenden, en forma principal, la anulación del acto administrativo de 19 de agosto de 2008, por el cual la Cámara de Representantes eligió al doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo, documentado en el Acta número 129 de la sesión ordinaria realizada en la fecha antes indicada, publicada en la Gaceta del Congreso de la República número 652 de 22 de septiembre de 2008 (fls. 163 y sgts. Exp. 2008 - 00028).

Sendos ejemplares de la citada Gaceta fueron allegados con las demandas.

En el expediente radicado bajo el número 2008–00028, también se solicita, aunque en forma subsidiaria, la anulación del acto administrativo de 4 de agosto de 2008, por el cual el Presidente de la República conformó la terna que sirvió de base para la elección demandada, compuesta por los doctores Vólmar Antonio Pérez Ortiz, Wilson Ruiz Orejuela y Alberto Casas. (fl. 13, Exp. 2007 - 00028).

Sobre la procedencia de la pretensión de nulidad subsidiaria en cuanto recae sobre la terna, y no obstante que sólo podría resolverse en perjuicio de la principal, la Sala observa:

Como lo establece el artículo 281 de la Constitución Política, el Defensor del Pueblo es elegido por la Cámara de Representantes de terna elaborada por el Presidente de la República.

En el numeral 1º del artículo 178 de la Constitución Política se reitera la atribución de la Cámara de Representantes para elegir Defensor del Pueblo,

así mismo en el artículo 2º de la Ley 54 de 1992 se establece que el Defensor del Pueblo será elegido de terna elaborada por el Presidente de la República.

El inciso final del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo dispone:

“Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”.

La referida norma hace una distinción entre actos administrativos definitivos y los actos de trámite. Los primeros son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, mientras que los de trámite contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo.

La calificación de un acto administrativo como acto definitivo o de trámite es fundamental para determinar si es susceptible de recursos por la vía gubernativa y asimismo de control jurisdiccional contencioso administrativo, conforme a los artículos 49, 50 y 84 del Código Contencioso Administrativo.

El acto administrativo que contiene ternas de candidatos a un cargo, cuya designación corresponde a un ente distinto al que la elabora, es un acto previo dentro del proceso del nombramiento o elección de que se trate, preparatorio e indispensable para que tal nombramiento se produzca, que no la define ni declara pero sí la posibilita; se trata de un acto de trámite porque no pone fin a la actuación administrativa y, por consiguiente, no es demandable en forma anticipada a la elección cuyo resultado final predomina sobre las etapas previas que integran su desarrollo².

En síntesis, los actos de conformación de ternas son preparatorios o de trámite, como quiera que esa actuación busca iniciar el procedimiento de

² Sección Quinta del Consejo de Estado, Auto del 16 de enero de 2001, Exp. 2444.

elección, lo impulsa y lo conduce hacia la decisión definitiva³; por tanto, las irregularidades en su formación afectan la legalidad de la elección que se produzca.

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

Esta Corporación se pronunció en los siguientes términos:

“[E]s pues el **acto final** y no uno previo o intermedio el que debe impugnarse y de ahí que no pueda impetrarse la nulidad de tales actos administrativos electorales, en forma autónoma sino impugnando directamente la nulidad de la declaratoria de elección, aunque los vicios de nulidad se prediquen de tales actos previos o de trámite electoral, ...”⁴.

Pues bien, como en este proceso la nulidad que se demanda respecto del acto de elección del doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo, tiene como fundamento una supuesta indebida integración de la terna de candidatos formulada por el Presidente de la República, no era necesario demandar conjuntamente el acto de elección y el acto de conformación de la terna de candidatos.

3. Los argumentos planteados a título de excepción

³ Así lo consideró la Sección Quinta en sentencia del 16 de octubre de 2003, Exp. 3140 y la Sala Plena Contencioso Administrativo en Sentencia del 26 de noviembre de 2002. Exp. IJ-026.

⁴ Auto del 21 de mayo de 1986. Consejero Ponente Jorge Valencia Arango. Electoral No. 021. Anales de 1986 Primer Semestre (citado en el auto del 16 de enero de 2001 Exp. 2444.).

Como quedó visto en los antecedentes, el demandado en el proceso de la referencia presentó contestación a la demanda en los procesos 2008–00026 y 2008–00028, en los que se impugna su elección como Defensor del Pueblo, por violación de los artículos 1º, 2º y 6º de la Ley 581 de 2000, concordantes con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política.

En dichas contestaciones manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda aduciendo, con el título de excepciones⁵: (i) que la norma legal que se reputaba como violada – la Ley 581 de 2000 – no se hallaba vigente, (ii) que el proceso que determinó su elección se adelantó en legal forma, (iii) que con su elección no se desconoció el espíritu de la ley de cuotas y (iv) que la Ley 581 de 2000 no era aplicable al caso porque la elección de Defensor del Pueblo se hallaba regulada, de forma íntegra, por las normas constitucionales.

Los argumentos así expuestos, que dicho sea de paso son contradictorios⁶, no configuran excepciones, sino alegaciones de la defensa, por lo que no constituyen impedimento para que la Sala pueda avocar el estudio de las pretensiones.

4. Los hechos probados.

En el expediente obra:

- Copia del oficio de 4 de agosto de 2008, a través del cual el Presidente de la República, de conformidad con lo establecido en el artículo 281 de la Constitución Política, presentó a consideración de la Cámara de Representantes la terna de candidatos para elegir Defensor del Pueblo, integrada por los doctores Alberto Casas Sánchez, Vólmar Antonio Pérez y Wilson Ruiz Orejuela.

- Copia de la gaceta número 652 de 22 de septiembre de 2009, que documenta:

⁵ Así las interpretó el Agente del Ministerio Público, de ahí la primera parte de su concepto.

⁶ En efecto en el primero aduce que la Ley 581 de 2000, no se halla vigente, mientras que en el cuarto alega que se halla en vigor pero que no es aplicable al caso.

“Señor Secretario, le solicito la información del número de votos y nosotros, la comisión escrutadora procede a dar informe del resultado de esta elección.

Tenemos en total 158 votos.

Por el doctor Vólmar Pérez. 135.

Nulos 8.

En blanco 13.

Y para el doctor Wilson Ruiz 2 votos, para un total de 158 votos, señor Presidente.

“ ... ”

Muchas gracias a la comisión escrutadora, declara la Plenaria constitucional y legalmente elegido, para el cargo de Defensor del Pueblo al doctor Vólmar Pérez, para el período 2008 – 2012.

“ ... ”

De los documentos antes analizados fuerza concluir que la elección del doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo se llevó a cabo en sesión plenaria de la Cámara de Representantes de 19 de agosto de 2008, con base en una terna compuesta en su totalidad por hombres.

5. Los cargos formulados

a. La violación de los artículos 1º, 2º y 6º de la Ley 581 de 2000, concordantes con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política.

Las acusaciones contenidas en la demanda 2008–00026 y en la 2008-00028, en verdad corresponden a un solo cargo que se sustenta en el hecho de que en la terna formulada por el Presidente de la República, con base en la cual la Cámara de Representantes eligió al doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo no se incluyó el nombre de ninguna mujer, contraviniendo el claro mandato de las disposiciones constitucionales y legales enunciadas y no obstante que la Corte Constitucional, en sentencia C-371 de 2000, sólo condicionó la constitucionalidad de tal obligación en los casos de ternas en cuya formación intervinieran distintas personas o entidades, pero no cuando se tratara de una, como es el Presidente de la República.

Mediante la Ley 581 de 2000, de la cual forman parte algunas de las normas citadas como infringidas - y que corresponde a un desarrollo de los artículos 13 [2], 40 *in fine* y 43 de la Constitución así como de las normas contenidas, entre otros, en el artículo 1º de la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles y Políticos de la Mujer; I y II de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer; 7º y 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 1.1 y 23 "c" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 3º y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -, se reglamentó la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público al que se refiere la parte final del 40 de la Carta.

Por regular "*[e]l ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección*", en este caso de las mujeres, es una ley estatutaria y, por lo mismo, estuvo sometida al control previo de constitucionalidad⁷ en virtud de la previsión contenida en el artículo 153 [2] de la Carta, revisión que dio lugar a la sentencia C-371 de 2000, de la cual se extracta el siguiente párrafo:

"[E]l proyecto de ley que se examina, precisamente, versa sobre un derecho fundamental, la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta y, específicamente, sobre lo que se establece en el inciso segundo de esta norma superior, pues busca crear condiciones materiales que permitan hacerla real y efectiva, en beneficio de un grupo (las mujeres), tradicionalmente discriminado en materia de participación política. Además, el proyecto es un desarrollo del derecho de participación ciudadana, aunque específicamente referido a la participación política de la población femenina".

En principio puede aseverarse que la voluntad del legislador, al expedir la Ley Estatutaria 581 de 2000, estuvo dirigida a establecer espacios de participación femenina en los altos niveles de decisión de las tres Ramas del Poder Público.

Así, en la exposición de motivos del proyecto se dijo:

⁷ Del Proyecto de Ley 62/98 Senado y 158/98 Cámara.

“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”⁸.

Asunto que también se infiere de la finalidad de la ley estatutaria en referencia, pues fue proferida para *“[Reglamentar] la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes **ramas y órganos del poder público**, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional”* (se resalta), tal como reza su epígrafe, y su finalidad es, según lo señala el artículo 1º, crear *“[l]os 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.”* (se resalta).

Las disposiciones de la Ley Estatutaria 581 de 2000 que los demandantes invocan como infringidas, a partir de las cuales, como se dijo, además se aduce, la violación de los artículos 13, 40 *in fine*, y 43 de la Constitución, son del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 1º. 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 Colombia⁹, y además promuevan esa participación en las instancias de decisión de la sociedad civil.

“ARTÍCULO 2º. CONCEPTO DE MAXIMO NIVEL DECISORIO. Para los efectos de esta ley, entiéndase como "máximo nivel decisorio", el que corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades de las tres

⁸ Gaceta del Congreso número 159 del 24 de agosto de 1998. Página 9.

⁹ Gobernaciones, Alcaldías, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

ramas y órganos del poder público, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal.

“ARTÍCULO 6º. 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”.

En estos artículos se consigna como finalidad de la ley garantizar una adecuada y efectiva participación de la mujer en todas las ramas del poder público y demás órganos de la administración y promover dicha participación en las diferentes instancias de decisión de la sociedad civil, para eliminar la discriminación existente en perjuicio de las mujeres.

Es decir que el legislador reconoció la existencia de esa discriminación y se propuso establecer unos mecanismos a través de los cuales las autoridades, instituidas para cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, hicieran efectivo el mandato de los artículos 13, 40 *in fine* y 43 de la Constitución Política y de las demás normas que hacen bloque de constitucionalidad, *stricto sensu*, en materia de protección de la mujer, de no someterla a ninguna clase de discriminación, otorgarle los mismos derechos y oportunidades de los hombres y garantizar su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de los asuntos públicos.

Previó además que las autoridades estarían obligadas a promover que esa participación adecuada y efectiva de la mujer tuviera lugar también en las instancias de decisión de la sociedad civil.

En el artículo 2º se adoptó la definición de "*máximo nivel decisorio*" como aquél "[q]ue corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles Nacional, Departamental, Regional, Provincial, Distrital y Municipal" y, por lo tanto, están encargados de ejercer su dirección general y tomar las decisiones en última instancia.

Esta definición del artículo 2º está encaminada a aclarar qué cargos del Estado quedan sujetos a la regla de selección que se establece en el artículo 4º de la misma ley, según la cual por lo menos el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio deben ser desempeñados por mujeres.

En el artículo 6º, el legislador consagró dos (2) tipos de mecanismos para hacer efectiva la participación de la población femenina; por un lado, exigió que en la conformación de ternas se incluyera el nombre de una mujer y que en las listas se consideraran tantos nombres de mujeres como el de hombres y, por otro, en relación con los cargos a proveer por el sistema de listas, dispuso que *"[q]uien haga la elección preferirá obligatoriamente en el nombramiento a las mujeres, hasta alcanzar los porcentajes establecidos en el artículo 4º de esta ley."*

En ejercicio del control previo de constitucionalidad, la Corte Constitucional, en sentencia C-371 de 2000, encontró exequibles los artículos transcritos, salvo en la parte que refería el deber de designar una mujer tratándose de nombramientos por el sistema de listas, pero estableció un condicionamiento en relación con el artículo 6º.

En efecto, en la parte resolutive de la sentencia citada, en lo pertinente se decretó:

“Primero: Declarar EXEQUIBLE el proyecto de ley estatutaria No. 62/98 Senado y 158/98 Cámara *"por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones"*, por el aspecto formal, salvo la expresión *"A partir del primero (1º.) de septiembre de 1999"*, contenida en los literales a) y b) del artículo 4º del citado proyecto de ley, que se declara INEXEQUIBLE por vicios de forma.

Segundo: Declarar EXEQUIBLES los artículos 1, 2, 3, 9, 12, 13, 15, 16, 17 y 18 del mismo proyecto de ley.

[...]

Quinto: Declarar INEXEQUIBLE la expresión *"y quien haga la elección preferirá obligatoriamente en el nombramiento a las mujeres, hasta alcanzar los porcentajes establecidos en el artículo cuarto de esta ley"* contenida en el inciso segundo del artículo 6 del mencionado proyecto de ley, y **EXEQUIBLE en forma condicionada el resto del artículo, 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.**

“...”

(Resaltado fuera de texto).

La razón que tuvo la Corte Constitucional para condicionar la exequibilidad de la disposición contenida en el artículo 6° de la Ley 581 de 2000, en el sentido de que la obligación de incluir en las ternas elaboradas por distintas personas o entidades por lo menos el nombre de una mujer no era una obligación inexorable, fue sustentada de la siguiente manera:

“Los cargos que se proveen por el sistema de ternas o listas

“58.- De acuerdo con el artículo 5°, los nombramientos por el sistema de ternas y listas, quedan excluidos de lo dispuesto en el artículo 4°. No obstante, en el artículo 6°, el legislador consagra dos tipos de mecanismos para hacer efectiva la participación de la población femenina. Por un lado, exige que en la conformación de ternas se incluya el nombre de una mujer y que en las listas, hombres y mujeres estén incluidos en igual proporción. Por el otro lado, y exclusivamente en relación con los cargos a proveer por el sistema de listas, dispone que *‘quien haga la elección preferirá obligatoriamente en el nombramiento a las mujeres, hasta alcanzar los porcentajes establecidos en el artículo 4° de esta ley’*.

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.¹⁰ 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.¹¹

Lo anterior le permite sostener a la Corte que el mecanismo estudiado no es un simple requisito, sin mayores consecuencias. Pero se insiste en que su eficacia depende de un verdadero compromiso de las autoridades nominadoras por garantizar una participación equitativa entre hombres y mujeres, en el desempeño de los empleos en cuestión.

No obstante, con respecto de 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”.

¹⁰ Ver al respecto, Mala N.Htun y Mark P.Jones. Op.cit.

¹¹ En Argentina, desde que fue promulgada la "Ley de Cupos de 1991" o Ley 24.012, la participación de la mujer en el Congreso de la Nación se elevó de un 5% antes de la ley a un 27% después de la ley y, en Paraguay, aprobada la Ley N° 834 de 1996, de un promedio de dos mujeres congresistas se aumentó a nueve.

En el fundamento No. 50 citado se afirmó:

“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 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 4°, 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”.

(Resaltado fuera de texto)

Así, el citado artículo 6° de la Ley 581 de 2000 supone como regla general que en la postulación de nombres para la designación en cargos que deban proveerse por el sistema de ternas se incluya por lo menos el nombre de una mujer, pero en aquellos casos en que para la conformación de la terna concurren distintas personas o entidades, dicha regla halla una excepción en cuanto la obligación no es inexorable.

Debe destacarse que el condicionamiento del artículo 6° de la Ley 581 de 2000 se fundó en el hecho de que en ciertos casos el cumplimiento de la participación femenina era incompatible con la forma como debía establecerse la respectiva terna, pues resulta razonable aceptar que cuando no existe destinatario único del deber de integrar las ternas en las cuales se incluyera por lo menos el nombre de una mujer, esta obligación legal no se puede imponer al arbitrio a uno de los que concurren en su formulación, porque tal imposición excedería la exigencia legal.

Eso es precisamente lo que la Corte previó al condicionar la aplicación del sistema de ternas previsto en el artículo 6º aludido, que se puede ilustrar, por ejemplo, con el caso de la conformación de la terna contemplada en el artículo 275 de la Carta para la elección del Procurador General de la Nación, que se constituye por sendos nombres que postulan el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Es evidente que en este caso no es inexorable que de la terna así constituida forme parte el nombre de una mujer, como mínimo, porque no existiría un criterio legítimo para determinar si es en el Presidente de la República, o en la Corte Suprema de Justicia, o en el Consejo de Estado, en quien recae la obligación de considerar a una mujer.

Pues bien, en el caso concreto debe establecerse si en la conformación de la terna que el Presidente de la República debía enviar a la Cámara de Representantes para que de ella se eligiera a la persona que ocuparía el cargo de Defensor del Pueblo, en cumplimiento del artículo 281 de la Constitución Política, era obligatorio que se incluyera por lo menos el nombre de una mujer, en los términos del artículo 6º de la Ley 581 de 2000 y demás normas concordantes, o si por el contrario, dicho requisito no era inexorable, por ejemplo, por virtud del condicionamiento de constitucionalidad de la citada norma, establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-371 del mismo año.

Para la Sala resulta claro que a partir de la expedición de la Ley 581 de 2000, que como se dijo desarrolló el contenido normativo de la parte final del artículo 40 de la Carta, así como el del artículo 43 ibídem y, por lo mismo, debe interpretarse de forma armónica con los citados dispositivos constitucionales, los nombramientos o elecciones que deban adelantarse por los sistemas de ternas o de listas en los diferentes empleos de las entidades que hacen parte de las tres ramas del Poder Público y de los órganos autónomos a los que se refiere el inciso 2º del artículo 113 deben considerar, en el primer evento, por lo menos el nombre de una mujer y, en el segundo, tantos nombres de mujeres como de hombres, salvo que por la forma como se halla previsto que se integre la terna o la lista, tal obligación resulte de

imposible cumplimiento, como lo precisó la H. Corte Constitucional cuando moduló el contenido del citado artículo 6º de la Ley 581 de 2000.

La citada obligación se encuentra vigente porque la Ley 581 de 2000, no ha sido abrogada, derogada, modificada, reformada, subrogada, declarada inexecutable, ni ha quedado desueta - como lo alegó el demandado cuando dijo que para la época de su elección el propósito para el cual fue expedida ya se había cumplido, aserto que, entre otras cosas no probó - pues mientras existan elecciones o nombramientos por los sistemas de ternas o de listas, se erige en única forma en que se garantiza “[L]a adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública” a la que se refiere el artículo 40 de la Carta, porque si no son consideradas en la correspondiente terna o lista, no podrán ser elegidas ni nombradas.

En tal virtud, al momento de ejercer la competencia deferida por el artículo 281 de la Constitución Política, el Presidente de la República debió considerar el contenido normativo de los artículos 13, 40 *in fine*, y 43 superiores, así como el de los artículos 1º, 2º y 6º de la Ley 581 de 2000 por lo que su omisión determinó que el acto a través del cual la Cámara de Representantes eligió al doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo 2008 – 2012 adoleciera del vicio denominado “*violación de las normas en que debía fundarse*”.

Esta circunstancia determina su anulación pues si bien el defecto que se revela se halla contenido en el acto preparatorio a través del cual el Presidente de la República elaboró la terna para efectos de la elección, sabido es que entre los actos preparatorios y los definitivos existe la misma relación que hay entre las partes y el todo, de suerte que los vicios de los primeros afectan el segundo y permiten su anulación.

b). La violación al inciso 2º del artículo 125 Superior.

La Sala considera que en razón de hallarse probado el cargo de violación del contenido normativo de los artículos 13, 40 *in fine* y 43 de la Carta y 1º, 2º y

6º de la Ley 581 de 2000, no es del caso analizar la acusación de violación de los artículos 13 y 125 [2] de la Carta propuesto en la demanda radicada bajo el número 2008 - 00027.

6. Conclusiones

1ª.- Del análisis precedente se concluye que prospera la pretensión de nulidad del acto administrativo por el cual la Cámara de Representantes, en sesión de 19 de agosto de 2008, eligió al doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo. En consecuencia se accederá a dicha pretensión.

2ª.- No hay lugar a pronunciamiento en relación con la pretensión de la demanda radicada bajo el número 2008–00027, por ser innecesario.

III. LA DECISIÓN

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

FALLA:

Se declara la nulidad del acto administrativo por el cual la Cámara de Representantes eligió al doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo, contenido en el Acta 129 de 19 de agosto de 2008, correspondiente a la sesión plenaria de ese mismo día.

Comuníquese esta decisión a la Presidencia de la República y a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN
Con aclaración de voto

MAURICIO TORRES CUERVO

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO
Secretario