



## **NULIDAD ELECTORAL / ACTO DE LLAMAMIENTO / VACANCIA ABSOLUTA DEL CONGRESISTA – Evolución normativa / VACANCIA ABSOLUTA DEL CONGRESISTA – Prohibición de reemplazo ante la sanción de silla vacía**

El artículo 134 original de la Constitución se ocupó de regular cómo debían suplirse las vacancias absolutas generadas por los congresistas, indicando simplemente que lo serían “por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente”. Posteriormente, con el Acto Legislativo N° 01 de 1993, se amplió el ámbito de aplicación de la norma, al hacer referencia no sólo al Congreso, sino a los miembros de las corporaciones públicas. Además, estimó que “era necesario establecer con mayor detalle cómo debía escogerse a la persona que supliría la falta absoluta, para lo cual se consagró la figura de los suplentes”. En el año 2009 a través del Acto Legislativo 01, se estipuló que los miembros de las corporaciones públicas de elección popular no tendrían suplentes; se previó una regulación más específica en cuanto a las faltas temporales y absolutas de los miembros de aquéllas y; se implementó un mecanismo para depurar la composición de las mismas y sancionar a las colectividades políticas que respaldaron a candidatos involucrados en investigaciones de carácter penal relacionadas “con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad”. (...). A las anteriores consideraciones resulta necesario agregar como se indicó en providencia del 5 de septiembre de 2013, que el inciso 4° del artículo 134 Superior (en virtud de la aludida reforma) precisó que “las renunciaciones no justificadas con ocasión a la vinculación formal por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, la cual trae como consecuencia la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal y edil y la imposibilidad de ser reemplazado. Con este aparte de la norma el constituyente quiso evitar que los partidos eludieran su responsabilidad para ser objeto de la sanción de la silla vacía, esto es, con o sin dimisión en razón a las acciones graves anteriormente señaladas no hay lugar al reemplazo, por lo tanto, los efectos son para el acusado y para la colectividad a la que pertenece”. (...). Finalmente, en el año 2015 [Acto Legislativo N° 02] se llevó a cabo la más reciente reforma al artículo 134 Superior, en la que se establecieron algunas reglas para la provisión de faltas absolutas y temporales de los miembros de las corporaciones públicas, mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, y además, en lo referente a la silla vacía, por un lado, se incluyeron los delitos dolosos contra la administración pública, y de otro, se subrayó que en ningún caso la curules que se encuentren en la situación de que trata la misma norma podrán ser provistas con otros candidatos, esto en aras de destacar el carácter autónomo y estricto de la referida prohibición.

## **ELEMENTOS DE LA COSA JUZGADA / INEXISTENCIA DE LA COSA JUZGADA – Frente a la sentencia penal proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**

[E]l artículo 303 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, señala que se configura la cosa juzgada cuando el nuevo proceso presenta identidad de partes, objeto y causa petendi, elementos respecto de los cuales esta corporación ha precisado: “(...) se configura la cosa juzgada cuando el nuevo litigio presenta identidad en los siguientes tres elementos, a saber: i) Partes. Quienes concurren al nuevo proceso deben ser idénticas personas, naturales o jurídicas, que figuraban como sujetos procesales en el anterior. ii) Objeto. Las pretensiones elevadas en el nuevo proceso son





iguales a las reclamadas en el primero ya decidido. iii) Causa *petendi*. El motivo o razón que fundamentó la primera demanda se corresponde con el invocado en la segunda”. Se recuerda en qué consiste la cosa juzgada, en consideración a que la parte demandada la invocó para argumentar que se han proferido 2 pronunciamientos que definieron que respecto de la curul a la que fue llamada no aplica la sanción de la silla vacía, es decir, la prohibición de proveerla porque la persona que fue elegida para la misma con anterioridad, fue capturada por delitos contra los mecanismos de participación democrática. La primera providencia a la que se hace alusión, es la sentencia del 16 de mayo de 2019, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad electoral 2018-00084-00, que anuló la elección como senadora de la señora Aída Merlano Rebolledo para el período 2018-2022. (...). [E]n modo alguno se evidencia que se haya planteado como problema a resolver, si respecto de la curul para la que fue elegida la señora Aída Merlano como senadora para el período 2018-2022, había lugar o no a predicar la silla vacía, en consecuencia, tampoco se efectuaron consideraciones o adoptaron decisiones sobre tal asunto, pues las únicas determinaciones giraron alrededor de (I) la legalidad de la elección de la anterior ciudadana y (II) la imposibilidad de revisar en sede de nulidad electoral, la validez de la resolución del CNE que negó la solicitud elevada por la Procuraduría General de la Nación de no declarar la designación cuestionada en dicho proceso. Además, (...), salta la vista que en el proceso que dio lugar al fallo del 16 de mayo de 2019, la parte demandada fue la señora Aída Merlano y tenía por objeto la anulación de su elección como senadora de la República, porque su designación se produjo con desconocimiento de principios democráticos que deben regir los procesos electorales y por tanto, de las normas que consagran éstos, como los artículos 40 y 258 de la Constitución Política, es decir, se trató de un trámite judicial con partes, objeto y causa *petendi* distintos al asunto de la referencia, por lo que es incorrecto considerar que existe cosa juzgada. Es más, revisada con detenimiento la referida providencia, que guarda relación con la presente controversia, en la medida que analizó la legalidad de la elección de la persona que reemplazó a la señora Soledad Tamayo Tamayo, se observa que no realizó ni adoptó decisión alguna respecto a si la curul para la que fue elegida la señora Aída Merlano Rebolledo le era o no aplicable la prohibición de que trata el artículo 134 de la Constitución Política, pues tal asunto no fue incluido en la fijación de litigio. A la misma conclusión se llega respecto de la segunda providencia invocada por la parte demandada, el fallo del 3 de septiembre de 2018 dictado dentro del proceso 2018-01294, mediante el cual la Sala 23 Especial de Decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado declaró la pérdida de investidura a la señora Aída Merlano Rebolledo, que valga decir, fue confirmado por la Sala Plena de la misma Corporación mediante sentencia del 22 de octubre de 2019. Lo anterior en la medida que según estos fallos, la controversia se circunscribió a establecer si había o no lugar a declarar la pérdida de investidura de la señora Aída Merlano Rebolledo, como senadora elegida para el período constitucional 2018-2022, cuestión que a la que se respondió afirmativamente, al comprobarse con ocasión de la investigación y el proceso penal adelantado en su contra, relacionado con hechos de corrupción para ser elegida en la anterior dignidad, que se violaron los topes máximos de financiación de las campañas electorales y que la mencionada ciudadana “obró con la intención, el querer o la voluntad de quebrantar la ley o que fue negligente o descuidada y no tomó las medidas necesarias para evitar que ello ocurriera, es decir, que su actuación estuvo prevalida de dolo o culpa, según los precisos términos del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018”, por lo que se configuró la causal de pérdida de investidura prevista en los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 de 2011. Por lo tanto, en el proceso que dio lugar a la pérdida de investidura de la señora Aída Merlano Rebolledo, tampoco se realizó consideración alguna sobre la aplicación





de la silla vacía y mucho menos se tomó alguna decisión sobre el particular, en razón a que tales asuntos ni siquiera fueron puestos de presente en la discusión correspondiente, por lo que no puede considerarse que constituyan pronunciamientos que condicionen el análisis de los aspectos determinantes de la controversia de la referencia, y mucho menos, que existe cosa juzgada frente a la misma, pues entre las partes, el objeto y la causa petendi de los procesos en cuestión no hay coincidencia. Ahora bien, en ese acápite se ha estimado pertinente incluir la sentencia del 27 de mayo del 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la condena a la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, por los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y porte o tenencia ilegal de armas de fuego de defensa personal, cometidos con ocasión de su campaña electoral al Senado de la República para el período 2018-2022, en razón a que en dicha sentencia luego de establecerse la responsabilidad de la anterior ciudadana, se realizaron (...) consideraciones sobre la imposibilidad de llamar a otro candidato para que ocupara la curul, las cuales tuvieron lugar porque el Ministerio Público solicitó que se revocara la decisión de primera instancia en cuanto se abstuvo de remitir copia del fallo condenatorio al Congreso para que se aplicara la figura de la silla vacía. (...). [E]l fallo de la Corte Suprema de Justicia a diferencia de las providencias invocadas por la parte demandante para justificar la supuesta existencia de cosa juzgada, sí realizó un pronunciamiento claro y expreso sobre la aplicación del artículo 134 de la Constitución y la discusión atinente a la provisión o no de la vacante para la que fue elegida Aída Merlano Rebolledo para el Senado de la República, período 2018-2022. Empero, sin perjuicio de la autonomía a partir de la cual el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria realizó las anteriores consideraciones, que fueron en su motivación indispensables para garantizar la aplicación directa de la Constitución, e incluso, de los efectos que tuvo frente a la permanencia de la demandada en el Congreso de la República, estima la Sala necesario aclarar que dicha providencia no constituye cosa juzgada respecto de la controversia del proceso de la referencia, atinente al acto de llamamiento que se le hizo a la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, y tampoco implica que el fallo que le ponga fin aquél carezca de objeto. En cuanto a la inexistencia de cosa juzgada, (...) en el presente proceso los demandantes son los señores Óscar Rodríguez Ortiz y David Ricardo Racero Mayorca y la parte demandada la conforman la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo y el Senado de la República que dictó el acto censurado. En cuanto al objeto de los procesos, en el de naturaleza penal se persiguió la condena de la señora Merlano Rebolledo por la comisión en su condición de autora, de los delitos de concierto para delinquir agravado, retención de cédulas de ciudadanía, corrupción al sufragante y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; entretanto en el de nulidad electoral se busca la exclusión del ordenamiento jurídico del llamamiento de Soledad Tamayo Tamayo como senadora de la República. En cuanto a la causa petendi, en el trámite penal se arguyó la comisión de tales delitos por la acusada durante su aspiración a ser elegida como congresista de la República; mientras que en el procedimiento electoral se alega la violación de los artículos 134 de la Constitución Política y 278 de la Ley 5 de 1992 y la existencia de falsa motivación de la designación controvertida. Todo esto para ilustrar, que no existe identidad de partes, objeto, ni causa petendi, por lo que no hay lugar a predicar la existencia de cosa juzgada, y también que las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia alrededor de la silla vacía se realizaron en el marco de un proceso penal, en el que no se estaba controvertiendo la legalidad del acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo, y por ende, en el que no eran objeto de estudio las razones que expuso ésta y el Senado de la República para defender la legalidad de la designación cuestionada, asuntos de los cuales sí debe ocuparse el Consejo de Estado en virtud del ejercicio que se hizo del medio de control de nulidad







electoral, por lo que le corresponde a éste de manera autónoma y exclusiva en virtud de los artículos 237.7 de la Constitución y 149.3 de la Ley 1437 de 2011, definir la legalidad del señalado llamamiento. Asimismo, debe precisarse que las consecuencias que haya tenido la decisión de la Corte Suprema de Justicia de enviar copia del fallo al Senado de la República, con el fin de que se diera aplicación al artículo 134 de la Constitución Política, tampoco implican que la sentencia que se dicte en el presente trámite carezca de objeto, comoquiera en virtud del llamamiento que se le hizo a la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, la misma tomó posesión como senadora de la República y por consiguiente, ostentó tal condición, lo que significa que el acto censurado produjo efectos, de manera tal que resulta necesario y pertinente el juicio de legalidad con el fin de establecer su validez, como lo ha precisado esta Sección.

### **NULIDAD ELECTORAL / ACTO DE LLAMAMIENTO / VACANCIA ABSOLUTA DEL CONGRESISTA – Prohibición de reemplazo de vacante**

[E]n el proceso penal al que fue vinculada y finalmente condenada la señora Aída Merlano Rebolledo, (...), se juzgó su conducta principalmente, por hechos de corrupción para ser elegida senadora de la República para el período 2018-2022, y que la orden de captura y medida de aseguramiento se profirieron en el mes de abril de 2018, momento para el cual la señora Aída Merlano Rebolledo era integrante de la Cámara de Representantes. Para la Sala es claro que en aplicación del inciso 2° del artículo 134 constitucional, al proferirse la orden de captura relacionada con un delito contra los mecanismos de participación democrática, contra la entonces representante a la Cámara Aída Merlano Rebolledo, la curul en la que fue elegida no podía ser provista mediante la figura del reemplazo, porque así lo prohíbe la norma antes señalada, con el fin de depurar la conformación del Congreso de la República excluyendo a los ciudadanos contra los que existe medida privativa de la libertad o condena por los punibles establecidos en la misma, y sancionar a la agrupación política que respaldó a dicho candidato, impidiéndole proveer la curul con otro militante. (...). [L]as medidas privativas de la libertad se produjeron después de las elecciones al Congreso de la República, pero antes de que la señora Aída Merlano Rebolledo fuera declarada electa, y también, que la situación penal de ésta se definió hasta el 27 de mayo de 2020, ante lo cual surge la inquietud si durante el tiempo en que permanecieron las decisiones relacionadas con la privación de su libertad y en discusión la comisión del delito de corrupción al sufragante, podía llamarse en reemplazo para la curul del Senado a otro candidato del Partido Conservador, interrogante que a juicio de la Sala, a la luz del inciso 2° del artículo 134 de la Constitución Política debe responderse de manera negativa, en atención a que el mismo, luego de su reforma por el Acto Legislativo 02 de 2015, prescribe de manera categórica, sin contemplar excepciones, que “en ningún caso” pueden ser reemplazados los miembros de corporaciones públicas contra los cuales se profiera orden de captura (con más razón los condenados) entre otros, por delitos contra los mecanismos de participación democrática, lo que quiere decir, que hasta que no se definiera la situación penal del elegido, la curul de manera alguna podía ser provista, inclusive, como lo indica la misma norma desde el Acto Legislativo 01 de 2009, aunque el miembro de la corporación de elección popular investigado o juzgado renuncie, pues se recuerda, la norma superior no sólo busca excluir como miembros de aquella a las personas que estén involucradas por tales punibles, sino también exigir de las agrupaciones políticas que los respaldan, una revisión rigurosa de los requisitos y calidades de sus principales integrantes, so pena de ver disminuida su representación en el órgano de representación popular, sin que sirva de excusa o justificación para conservar la curul, que el integrante contra el cual se inició el proceso judicial de naturaleza





penal renunció al cargo. La exigencia que realiza el artículo 134 de la Constitución Política, que busca salvaguardar la legitimidad de las corporaciones de elección popular y exigir de las agrupaciones políticas que asuman la cuota de responsabilidad que les asiste respecto de las curules que obtuvieron, por permitir la militancia de personas con nexos con grupos al margen de ley o actividades del narcotráfico, que de manera dolosa afectaron a la administración pública, cometieron delitos de lesa humanidad y/o desconocieron las reglas constitucional o legalmente prevista de la contienda electoral, cobra especial relevancia en el caso de la exsenadora Aída Robledo Rebolledo, comoquiera que se comprobó tanto en el proceso penal adelantado en su contra, como en el juicio de la legalidad de su elección, e inclusive se destacó en sede de pérdida de investidura, que llegó al Senado de la República gracias a una organización criminal que lideraba para la compra de votos, es decir, por hechos de suma gravedad respecto de los cuales el partido político que inscribió su candidatura debía estar atento, en virtud de la exigencia que realiza la Constitución a las agrupaciones políticas respecto sus militantes, en especial, los que se presentan al electorado como personas idóneas para desempeñar las dignidades más importantes en el país. (...). En ese orden de ideas, sería contrario a la lógica del artículo 134 Superior, a las decisiones judiciales en virtud de las cuales se privó de la libertad a la señora Aída Robledo Rebolledo y se le halló responsable penalmente por conductas directamente relacionadas con la curul que obtuvo en el Senado de la República, que el partido que la apoyó en su candidatura no asuma ningún tipo de responsabilidad frente a su participación en la anterior cámara, y por ende, que pueda proveer con otro integrante la curul, aunque se insiste, el Constituyente fue enfático al indicar que ante tales eventos, en ningún caso había lugar acudir a la figura del reemplazo, en tanto la consecuencia constitucionalmente prevista es lo que se ha denominado la silla vacía, que impacta la capacidad de decisión de la agrupación política correspondiente, e inclusive, como expresamente lo reconoce el inciso 3° del artículo 134 ibidem, afecta el *quorum* de la corporación. En este punto no puede olvidarse en cuanto a la responsabilidad que le asiste al Partido Conservador Colombiano, que primero avaló y mantuvo en sus filas a la señora Robledo Rebolledo cuando aspiró y fue elegida representante a la Cámara, y posteriormente apoyó a dicha ciudadana en su aspiración al Senado, por lo que es respecto de los dos respaldos que brindó frente a las curules obtenidas en una y otra cámara, que la figura de la silla vacía tuvo y debe tener lugar. Dicho de otro modo, aunque la privación de la libertad de la señora Aída Robledo Rebolledo por la comisión de un delito contra los mecanismos de participación democrática, tuvo lugar cuando pertenecía a la Cámara de Representantes período 2014-2018, y por tal razón acertadamente respecto de la curul que ocupaba se aplicó la silla vacía, el hecho de que su situación penal continuara abierta y sólo fuera decidida confirmando la comisión del delito de corrupción al sufragante, hasta el 27 de mayo del 2020, implicó que la prohibición de proveer la curul se materializara respecto de la que obtuvo en el Senado de la República para el período 2018-2022, transitoriamente, mientras permanecían vigentes las providencia que ordenaron la privación de su libertad y luego de manera definitiva al ser condenada, con la consecuencia de que el partido político que la avaló tanto en su aspiración a la Cámara de Representante como al Senado y que se vio beneficiado por los votos obtenidos por dicha candidata, no tuviera la posibilidad de reemplazarla. Bajo ese entendido, le asiste razón a la parte demandante al considerar que el llamamiento que se le hizo a la señora Soledad Tamayo Tamayo el 28 de mayo de 2019, para ocupar el cargo para el que fue elegida la señora Aída Merlano Bedolla es contrario a la prohibición de que trata el inciso 2° del artículo 134 de la Constitución, pues para esa fecha continuaba vigente la restricción de su libertad en virtud de un proceso en el que se le atribuían entre otros, la comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática





en su aspiración al Senado período 2018-2022, por lo que el partido que la apoyó mientras no se dictara una decisión que levantara la medida de aseguramiento o se confirmara la inocencia de dicha ciudadana, no podía hacer uso de la curul mediante otro candidato en reemplazo.

### **NULIDAD ELECTORAL - Efectos del fallo de nulidad electoral en la configuración de la silla vacía / NULIDAD ELECTORAL – Las decisiones de naturaleza penal son las que dan lugar a la silla vacía**

Ahora bien, frente a esta situación tanto la demandada como el Senado argumentan que no se desconoció el artículo 134 Superior, porque el llamamiento se dio con ocasión a la vacante que se generó con la sentencia del 16 de mayo de 2019 que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, lo que implica considerar que la prohibición de suplir aquella debido a la privación de la libertad que venía desde año el anterior, se vio interrumpida por el fallo que excluyó del ordenamiento jurídico el acto elección, circunstancia que a la luz del párrafo del señalado artículo 134 es una falta absoluta que da lugar al reemplazo. El anterior razonamiento no es de recibo, porque a través del mismo lo que se está indicando es que la prohibición de disponer de la curul por las situaciones de trata el artículo 134 Superior, no sólo cesa cuando se revoca la orden de captura contra el miembro de la corporación de elección popular procesado por los delitos señalados en la misma disposición o cuando es absuelto de toda responsabilidad frente a los mismos, sino también, cuando existen otras circunstancias que pueden acontecer durante el juicio penal, de las cuales puede predicarse una situación de vacancia, como el fallo que declara la nulidad de la elección. Esta tesis claramente desconoce que el Constituyente de manera categórica prescribió que “en ningún caso” mientras el miembro de la corporación pública elegido tenga orden de captura o sea condenado por los referidos punibles, puede proveerse la curul correspondiente, inclusive, que debe restarse para la conformación del *quorum* de la corporación, de lo cual se evidencia la clara intención de no establecer excepciones en la materia, para lo cual de forma también diáfana el texto constitucional indicó, que ni siquiera la manifestación libre y voluntaria del servidor público involucrado de cesar cualquier vínculo con la corporación, habilita a que de la colectividad a la cual pertenece se nombre un reemplazo, lo cual como se ha destacado a lo largo de esta providencia, obedece a que la norma en mayor medida persigue responsabilizar a las agrupaciones políticas que apoyaron a un candidato que por su proceder puede afectar la legitimidad de la corporación y que con su respaldo se presentó a la contienda electoral como una persona idónea para representar a la ciudadanía, pero que posteriormente se vio envuelta en conductas graves como delitos de lesa humanidad, nexos con grupos armados ilegales o narcotraficantes, actuaciones contra la administración pública y/o los mecanismos de participación democrática. Por lo tanto, si el Constituyente indicó que mientras permanezca la orden de captura o condena por los referidos delitos, la curul correspondiente no es susceptible de reemplazo “en ningún caso”, incluso descartando que de la corporación se aparte voluntariamente el servidor involucrado, no es dable por vía de interpretación establecer excepciones, como la propuesta por la parte demandada a partir del fallo de nulidad electoral, que en este caso tiene la particularidad, de haber concluido que la entonces candidata del Partido Conservador Colombiano para llegar al Senado de la República incurrió en práctica corruptas, por lo que sería un contrasentido que a partir de la misma sentencia se predique que éste conserva el derecho a que otro de sus integrantes sea llamado a una curul que en parte fue obtenida por los votos que la señora Aída Merlano Rebolledo logró atentando contra los mecanismos de participación democrática, hecho que le mereció ser privada de su libertad antes de ser elegida







senadora y condenada con posterioridad, y aún más importante para el caso de auto, que dio lugar a la silla vacía de conformidad con el artículo 134 de la Constitución Política. Añádase a lo expuesto, (I) que los términos en que fue establecida la prohibición, de la cual el presupuesto de su aplicación es la orden de captura o condena por los referidos delitos; (II) la aclaración de que la renuncia del servidor involucrado no la enerva y; (III) el énfasis que hace al indicar que en ningún caso habrá lugar al reemplazo, dan cuenta del carácter autónomo de la silla vacía, y por consiguiente, que sólo un cambio de sentido de las decisiones de naturaleza penal que le dan origen haría cesar sus efectos, independientemente de las circunstancias que entretanto pudieren generar una vacante con posibilidad de llamamiento. Conclusión que se extrae del hecho que el artículo 134 constitucional separa las situaciones de vacancia susceptibles de reemplazo, de los únicos eventos en que éste no tiene lugar, esto es, la existencia de orden de captura o la condena contra los elegidos por los delitos señalados en dicho precepto, asunto respecto del cual además de que el servidor público sea apartado del cargo, se pretende que la colectividad a la que pertenece asuma la responsabilidad que le corresponde en cuanto a la selección y respaldo de sus integrantes en las corporaciones de elección popular, responsabilidad que no finaliza porque éstos fallezcan, padezcan una incapacidad física absoluta, se les declare de nulidad de la elección, renuncien, se les sancionen disciplinariamente con destitución, pierdan la investidura, etc. Sostener lo contrario implicaría considerar que el único propósito de la silla vacía es separar de la corporación al miembro que es procesado, y que respecto de éste la agrupación política que lo apoyó sólo responde mientras permanezca en aquella, lo que haría inane el llamado que les hizo el Constituyente de verificar con rigor el cumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para ser y desempeñarse como servidores públicos de elección popular, so pena de ver afectada su participación en los respectivos órganos colegiados, esto es, se desvirtuaría el propósito fundamental que inspiró la reforma constitucional en lo atinente a la responsabilidad de las colectividades con sus militantes. Por lo tanto, no es posible predicar que la sentencia de nulidad electoral del 16 de mayo de 2019 con radicado 11001-03-28-000-2018-00084-00, evitó o interrumpió que respecto de la curul en el Senado de la República 2018-2002 en la que fue elegida la señora Aída Merlano Rebolledo y llamada la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, se materializara la prohibición consagrada en el artículo 134 Superior, pues ésta se generó desde el momento en que se ordenó la captura de la primera, permaneció durante todo el tiempo en que estuvo vigente el fundamento de la privación de la libertad y se confirmó con la condena entre otros, por delitos contra los mecanismos de participación democrática, lo que implicaba que el referido cargo en ningún momento ha sido ni será (esto último mientras permanezca el fallo condenatorio) susceptible de ser provisto mediante la figura del llamamiento. Ahora bien, se hace énfasis en que cuando el artículo 134 de la Constitución establece como uno de los eventos de la silla vacía la orden de captura, implica que la prohibición de proveer la vacante respectiva se aplica mientras siga vigente la decisión judicial que justifica la privación de la libertad, lo que quiere decir que si en virtud de una orden judicial se recobra el goce de este derecho, lo que puede ocurrir antes del fallo o como consecuencia de una sentencia absolutoria, el partido político recupera la curul, sin que la alternativa de contar nuevamente con ésta devenga por ejemplo, de un fallo de nulidad electoral, esto es, de una providencia dictada en un medio de control ajeno e independiente al proceso penal, pues sólo en éste por disposición de la Constitución, se producen las decisiones que permiten la materialización de la silla vacía o que cesen sus efectos. Bajo este entendimiento, en ningún momento debe olvidarse que son decisiones de naturaleza penal las que dan lugar a la silla vacía y por ende, que sólo las providencias que modifiquen el sentido de éstas tienen la virtualidad de





hacer cesar la prohibición de proveer la respectiva curul, atribución que no se predica de las decisiones que se profieran en sede de nulidad electoral, ni siquiera del fallo que anula la elección. Una conclusión en contrario, desconocería el carácter autónomo de la acción penal y del medio de control de nulidad electoral, y por consiguiente las significativas diferencias entre estos medios de acceso a la administración de justicia y el alcance de las decisiones que adoptan en virtud de los mismos. Por lo tanto, aunque la declaratoria de nulidad de una elección genera una vacante susceptible de proveerse como lo indica el artículo 134 de la Constitución (inciso 1° y párrafo transitorio), cuando sobre la curul en cuestión operó la figura de la silla vacía, la prohibición de proveerla se mantiene mientras permanezca la orden de captura o la sentencia condenatoria (inciso 2°), en especial teniendo en cuenta, que la vigencia de las decisiones de carácter penal permiten el juicio de reproche que se le hace a la agrupación política por haber respaldado al servidor público involucrado y dan lugar a que se le sancione con la pérdida del escaño, sanción que como se ha indicado a lo largo de esta providencia, es independiente de que aquél rompa cualquier vínculo con la corporación popular, pues ante todo se pretende castigar a la colectividad.

### **PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM* – Inexistencia de violación**

A primera vista pareciera cierto que de aplicarse la figura de la silla vacía a la curul a la que fue llamada la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, se estaría privando por segunda vez al Partido Conservador de la posibilidad de contar con una curul con fundamento en los mismos hechos, la captura de la señora Aída Merlano Rebolledo por delitos contra los mecanismos de participación democrática. Empero, tal razonamiento pasa por desapercibidas dos circunstancias que a juicio de la Sala impiden considerar que el derecho al *non bis in ídem* se está vulnerado. La primera, que la prohibición de proveer la vacante se materializó durante el tramo final del periodo en la Cámara de Representantes (hasta el 19 de julio de 2018) y durante la totalidad del correspondiente al Senado de la República (del 20 de julio de 2018 al 19 de julio de 2022). Y la segunda y más importante, que el juicio de reproche que le cabe al Partido Conservador, no sólo se predica por el apoyo y la permanencia que le otorgó en sus filas a la ciudadana Merlano Rebolledo cuando fue representante a la Cámara, sino también por el brindado cuando se postuló y resultó electa senadora, lo que justifica que frente a las dos curules obtenidas asuma la responsabilidad que como colectividad le corresponde de conformidad con el artículo 134 Superior. En cuanto a la primera situación, no debe olvidarse (...), que la prohibición de proveer las vacantes para las que fue elegida la señora Merlano, no sólo comprendió el momento en que se ordenó la privación de su libertad y la culminación del periodo para el cual fue designada representante a la Cámara, esto es, hasta el 19 de julio de 2018, sino que continuó durante todo el tiempo en que estuvo vigente el fundamento de la privación de la libertad y se consolidó con la condena en su contra, última decisión en virtud de la cual no hay posibilidad de que el cargo sea provisto a través de reemplazo hasta que culmine el periodo institucional. Esta circunstancias es relevante, porque de considerarse que la referida prohibición sólo podía mantenerse durante el tiempo en que fue representante a la Cámara, significaría a su vez afirmar, que respecto de su elección al Senado de la República no hay silla vacía, es decir, que lo que hubo fue una simple vacante por el hecho de su captura, que se podía proveer sin inconveniente alguno mediante un acto de llamamiento, aunque es innegable que para el momento en que inicio el período de los senadores elegidos el 11 de marzo de 2018, se estaba adelantado el proceso penal contra la señora Aída Merlano por la comisión entre otros, de delitos contra los mecanismos de participación democrática, es más, que por tales conductas se restringió su libertad, es decir, estaban acreditados todos los







elementos de juicio para aplicar el artículo 134 constitucional. Confirma esta situación, que del 20 de julio de 2018 (fecha en la que inició el primer periodo de sesiones en el Congreso) al 29 de mayo de 2019, esto es, durante casi un año, no se nombró reemplazo en la mencionada curul, debido a la prohibición que se encontraba vigente, que de manera incorrecta (...), se entendió interrumpida por el fallo de nulidad electoral del 16 de mayo de 2019. Adicionalmente, se subraya que la aplicación de la referida prohibición impide considerar que todo lo acontecido con la situación judicial de la señora Merlano Rebolledo única y exclusivamente tuvo lugar antes de que finalizara el período para el que fue elegida representante a la Cámara, es decir, hasta el 19 de julio de 2018, así como tampoco afirmar que resultaba contrario al principio de *non bis in ídem* que por tales hechos, se le volviera a impedir al Partido Conservador Colombiano hacer uso de una curul en el Senado, en tanto se reitera, el referido proceso judicial continuó su curso más allá de la anterior fecha, durante pleno funcionamiento del Congreso conformado para los años 2018 – 2022, lapso durante el cual la elegida siguió privada de su libertad y finalmente fue condenada mediante sentencias del 12 de septiembre de 2019 y 27 de mayo del 2020, circunstancias que impedían e impiden proveer mediante remplazo la curul en aplicación del artículo 134 Superior, y que no se circunscribieron al estado de cosas para el momento en que se declaró vacante el cargo en la Cámara de Representantes. De otra parte, en lo que atañe al Partido Conservador, (...) cuando se declaró por primera vez la silla vacía, recayó respecto a la colectividad política, por la responsabilidad que le asistía frente a los candidatos que respaldó para que llegaran y permanecieran en el Congreso de la República durante el período 2014-2018, circunstancia que le atañe por avalar y apoyar a los candidatos que fueron elegidos como senadores para el período 2018-2022, que de verse incurso en las situaciones previstas en el inciso 2° del artículo 134 constitucional, tiene como consecuencia la configuración de la silla vacía. Por lo tanto, en estricto sentido el juicio de reproche que se le ha hecho al Partido Conservador Colombiano en relación con las conductas delictivas de la señora Aída Merlano Rebolledo, no se limita a la responsabilidad que asumió al incluirla en sus filas para que hiciera parte de la Cámara de Representantes, sino también por el apoyo que posteriormente le otorgó al inscribirla como candidata al Senado, por lo que resulta incorrecto afirmar que de aplicar la silla vacía respecto de la curul a la que fue llamada la demandada se desconoce el *non bis in ídem*, pues lo expuesto da cuenta que esta figura tendría lugar por hechos distintos en cuanto a la actuación de la colectividad se refiere, los cuales en un primer momento justificaron que perdiera la curul en la Cámara de Representantes y luego al respaldar la candidatura de la señora Merlano al Senado, que resulte imperativo aplicar el artículo 134 Superior frente la curul que se le reconoció en éste. (...). Por las razones expuestas, se concluye que el acto de llamamiento que se hizo de la señora Soledad Tamayo Tamayo al Senado de la República para el período 2018-2022, se realizó respecto de una curul que conforme al artículo 134 de la Constitución Política no era ni es susceptible de reemplazo, en atención a que para la misma fue elegida una ciudadana respecto de la cual se ordenó su captura y fue condenada entre otros, por la comisión del delito de corrupción al sufragante, un punible contra los mecanismos de participación democrática, lo que da cuenta que el acto controvertido es contrario a la norma superior invocada, que en su aplicación ni se vio afectada por el fallo de nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo del 16 de mayo de 2019, ni resulta contrario al principio de *non bis in ídem* respecto del Partido Conservador Colombiano.

### **FALSA MOTIVACIÓN – No se configuró la causal de nulidad alegada**

Esta causal de nulidad [falsa motivación] fue invocada por la parte demandante porque el secretario general del Senado justificó el llamamiento controvertido en la





sentencia del 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, aunque tal providencia nada dijo sobre el reemplazo de la anterior exsenadora. (...). Como puede apreciarse, del tenor literal del acto acusado no se advierte que haya hecho referencia expresa al referido fallo de nulidad, aunque no desconoce la Sala, que en virtud de dos peticiones que elevaron los demandantes, relativas a la motivación del llamamiento, el secretario general del Senado de la República mediante los oficios SGE-CS-2072-2019 y SGE-CS-2074-2019 del 20 de junio de 2019, sí hizo alusión a la sentencia del 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, como circunstancia en virtud de la cual era procedente llamar al candidato no elegido en la lista del partido Conservador Colombiano según el orden de inscripción, razón que en el presente trámite la mencionada corporación de elección popular invocó como fundamento principal de la decisión cuya nulidad se pretende. No obstante lo anterior, al revisar el acto objeto estudio, sobre el que recae el juicio de legalidad, no se observa que haya incluido dentro de su motivación la sentencia 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado y mucho menos el alcance que se le dio, sino simplemente la existencia de una vacante que debía proveerse. En ese orden de ideas, en estricto sentido no puede afirmarse que dentro de las razones que arguyó para su expedición está la aludida decisión judicial y sus efectos, por lo que resulta impertinente construir a partir de ésta el cargo de falsa motivación, esto es, que al hacerse el llamamiento se expusieron razones engañosas o simuladas, pues en realidad las motivaciones desarrolladas atinentes a la providencia que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, están contenidas en otros pronunciamientos, como los mentados oficios y el escrito de contestación de la demanda del Senado de la República, que no hacen parte de la decisión enjuiciada. Por lo tanto, no se configura la causal de nulidad alegada.

### **EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO DECLARATORIO DE LA ELECCIÓN – No configurado pues en definitiva no se desconoció el orden de elegibilidad**

Finalmente, resta analizar el motivo de inconformidad según el cual, en el trámite de expedición del acto acusado se desconoció el artículo 278 de la Ley 5 de 1992, según el cual en los eventos que hay lugar a realizar el llamado a ocupar vacantes en el Congreso de la República, previamente debe constatarse por la autoridad electoral competente, cuál es el candidato que le corresponde suplir la vacante, exigencia que se asevera en este caso no se cumplió, en atención a que la señora Soledad Tamayo Tamayo fue llamada a ocupar la curul el 28 de mayo de 2019, aunque el Consejo Nacional Electoral sólo hasta el día siguiente profirió la mentada certificación. Sobre el particular la Sala constata que la certificación que exige la anterior norma para tener certeza de quién es el candidato no elegido que según el orden de inscripción debe llamarse en el evento de vacantes que pueden ser provistas mediante reemplazo en el Congreso de la República, fue proferida el 29 de mayo de 2019, es decir, después de que se dictó el acto acusado, aunque el propósito del artículo 278 *ibidem* es que no se incurra en errores al realizar el llamamiento, como puede ocurrir cuando no se respeta el orden de elegibilidad, circunstancia que por ejemplo, podría acaecer si sólo se tiene en cuenta el acto administrativo que declaró la elección y no las decisiones judiciales posteriores que precisaron el número de votos de los candidatos, las curules que deben reconocerse a las distintas agrupaciones políticas o el orden en que deben asignarse éstas, lo que justifica que antes de hacer el llamamiento se consulte a la autoridad electoral competente sobre el candidato no elegido que debe ser llamado, con fundamento en información actualizada que garantice que la curul será ocupada por la persona que tiene derecho a la misma. Así las cosas, salta a la vista que sí se incurrió en una irregularidad en el trámite de expedición del acto





de llamamiento, que no es excusable por el hecho que el Senado de la República haya consultado el orden de elegibilidad de la resolución que declaró elección, pues el artículo 278 de la Ley 5 de 1992 es claro al identificar que la fuente que debe examinarse para tal determinación es la certificación que expida la autoridad electoral competente, debido a los cambios que puede presentarse (por las situaciones legalmente establecidas) frente al orden de elegibilidad después de la declaratoria inicial de los resultados electorales. No obstante lo anterior, esta omisión desde la perspectiva de la causal de nulidad de expedición irregular carece de la trascendencia necesaria para que a partir de la misma puede sustentarse la ilegalidad del acto de llamamiento, comoquiera que la certificación que expidió el Consejo Nacional Electoral señaló que la candidata no elegida que seguía en orden de elegibilidad del Partido Conservador era la señora Soledad Tamayo Tamayo, esto es, a quien se le realizó el llamamiento controvertido en esta oportunidad, por lo que la pretermisión de la exigencia del artículo 278 de la Ley 5 de 1992 no significó el desconocimiento del orden de elegibilidad.

### **NULIDAD ELECTORAL – Del acto de llamamiento acusado / ACTO DE POSESIÓN - No es susceptible de control judicial a través del medio de control de nulidad electoral**

Como se desprende del análisis que antecede, resulta procedente declarar la nulidad del acto de llamamiento acusado, únicamente por desconocimiento del de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 134 de la Constitución. (...). En cuanto a la pretensión de declarar ilegal la posesión de la señora Soledad Tamayo Tamayo se recuerda, que de conformidad con artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, son susceptibles del medio de control de nulidad electoral (I) los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, (II) los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas y (III) los de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas, razón por cual cuando se hace ejercicio del mentado medio de control, la pretensión de nulidad debe estar dirigida contra tales decisiones, lo que no excluye que en el análisis correspondiente se efectúe un análisis de legalidad de las actuaciones previas al acto que declaró la elección, nombramiento o llamamiento. Se hace la anterior precisión, porque uno de los demandantes solicitó que se declare sin valor jurídico el acto de posesión de la señora Soledad Tamayo Tamayo, aunque el mismo no es susceptible de control judicial a través del medio de control de nulidad electoral, como de manera reiterada lo ha indicado esta Sección, en tanto no se trata del acto de elección, nombramiento o llamamiento. (...). Por lo tanto, por resultar improcedente en el medio de control la formulación de referida petición conforme a la jurisprudencia de la Sección, no hay lugar a acceder a la misma.

### **SOLICITUD DE COMPULSA DE COPIAS – Inecesaria**

En cuanto a la petición de compulsar copias a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación para que adelanten las investigaciones pertinentes por las posibles conductas delictivas que se tipifiquen en relación con el acto acusado, se estima que la misma resulta innecesaria, en consideración a que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que hace parte del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, en el fallo del 27 de mayo de 2020 que condenó a la señora Aída Merlano Rebolledo y consideró que respecto de la curul en que ésta fue designada aplica la figura de la silla vacía, por lo que no había lugar al llamamiento, dispuso expedir copias con destino a la Procuraduría “para que en el ámbito de su competencia evalúe si se incurrió en alguna conducta que se deba investigar disciplinariamente con ocasión de ese proceder”, entidad que también compareció al presente asunto a través de la Procuradora Séptima Delegada ante







el Consejo de Estado, a quien se le notificará la presente decisión. Por lo tanto, sobre los hechos que dieron lugar al llamamiento se ha informado al competente para que adelante las investigaciones respectivas.

### **NULIDAD ELECTORAL - Imposibilidad de suplir la vacante**

Finalmente, frente a la solicitud de declarar que el Partido Conservador Colombiano no puede suplir la vacancia de la curul de la senadora Aída Merlano Rebolledo, debido a que existe una prohibición constitucional de reemplazo, (...), se estima que en realidad corresponde a una petición consistente en “que se acepte el argumento principal sobre el cual se edifica la solicitud de nulidad, esto es, que según el artículo 134 Superior, la vacante de la anterior Senadora, contra la cual se dictó orden de captura por la presunta comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática, no puede suplirse de forma alguna, y por ende, que el llamamiento de la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo es contrario al ordenamiento jurídico”, argumento con fundamento en cual se verificó la ilegalidad de la designación censurada y se confirmó la imposibilidad proveer la referida vacante, por lo que al accederse a la pretensión principal tal solicitud también se satisface.

**NOTA DE RELATORÍA:** La presente providencia cuenta con aclaración de voto presentada por la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sobre la prohibición de reemplazar a los miembros de corporaciones de elección popular, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 30 de agosto de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación 13001-23-33-000-2017-00606-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 16 de mayo de 2019, M.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación 13001-23-33-000-2018-00467-01. En cuanto a la necesidad de establecer con mayor detalle cómo debía escogerse a la persona que supliría la falta absoluta, para lo cual se consagró la figura de los suplentes, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 30 de agosto de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 13001-23-33-000-2017-00606-01. De la responsabilidad de los partidos políticos en cuanto a la sanción de la silla vacía, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 5 de septiembre de 2013, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 54001-23-31-000-2012-00097-01. Sobre los aspectos más relevantes del Acto legislativo 02 de 2015 que reformó el artículo 134 Superior, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 8 de agosto de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, rad. 11001-03-28-000-2019-00024-00. Sobre la figura de la cosa juzgada, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 7 de diciembre de 2017, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, rad. 05001-23-33-000-2015-02253-01; Corte Constitucional, sentencia T-565 de 18 de octubre de 2016; M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; sobre el mismo tema igualmente, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, fallo del 22 de octubre de 2019, M.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación 11001-03-15-000-2018-01294-01. De los elementos constitutivos de la figura de cosa juzgada, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto del 25 de febrero de 2021, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación 25000-23-42-000-2018-02360-01(5803-19). En cuanto al juicio de legalidad de aquellos actos que produjeron efectos, a fin de establecer su validez, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación del 24 de agosto de 2018, M.P. Rocío Araujo Oñate, radicación 47001-23-33-000-2017-00191-02. Sobre el principio de non bis in ídem, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En lo relacionado con el alcance de la falsa motivación como causal de nulidad, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera - Sub Sección





B, sentencia del 6 de abril de 2011, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483); Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de agosto de 2017, M.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 13001-23-33-000-2016-00051-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de marzo de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2018-00049-00. Del principio de eficacia al voto y las irregularidades que puedan afectar el resultado del proceso electoral, consultar, entre otros que se citan: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 16 de marzo de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 54001-23-33-000-2016-00002-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de diciembre de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2019-00036-00. De los actos de elección susceptibles del medio de control de nulidad electoral, lo que no excluye que en el análisis correspondiente se efectúe un análisis de legalidad de las actuaciones previas al acto que declaró la elección, nombramiento o llamamiento, consultar, entre otras que se citan: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 16 de julio de 2018, M.P. Rocío Araujo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2018-00066-00; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 20 de junio de 2019, M.P. Rocío Araujo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2019-00017-00. Sobre el acto de posesión y que el mismo no es susceptible de control judicial a través del medio de control de nulidad electoral, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 23 de noviembre de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 76001-23-33-000-2017-00053-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 13 de febrero de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2020-00030-00. De la prohibición constitucional de reemplazo en cargos de elección popular, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 8 de agosto de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2019-00034-00.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 134 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 237 NUMERAL 7 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 1993 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2009 / ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 139 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 149 NUMERAL 3 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 288 / LEY 5 DE 1992 – ARTÍCULO 278 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 303

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 11001-03-28-000-2019-00024-00 (11001-03-28-000-2019-00034-00)**

**Actor: ÓSCAR RODRÍGUEZ ORTIZ Y OTRO**

**Demandado: SOLEDAD TAMAYO TAMAYO - SENADORA DE LA REPÚBLICA, PERÍODO 2018-2022**





**Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Sanción del artículo 134 de la Constitución por orden de captura o condena por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad**

## **SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA**

---

Procede la Sala a resolver las demandas de nulidad electoral presentadas por los ciudadanos Óscar Rodríguez Ortiz y David Ricardo Racero Mayorca, contra el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo, en su condición de senadora de la República, para el período 2018-2022.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1.1. Demandas**

1. Los ciudadanos Óscar Rodríguez Ortiz y David Ricardo Racero Mayorca, con las demandas de la referencia pretendieron la anulación del acto de llamamiento efectuado por el Senado de la República a la señora Soledad Tamayo Tamayo para que ocupara la curul de la señora Aída Merlano Rebolledo en esa Corporación, para lo que resta del período 2018 - 2022.

2. Adicionalmente, el señor Óscar Rodríguez Ortiz solicitó que como consecuencia de la nulidad del acto de llamamiento, se declare sin valor jurídico la posesión de la demandada como senadora de la República y se compulsen copias a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación por las posibles conductas delictivas que se tipifiquen en relación con el acto acusado.

3. El señor David Ricardo Racero Mayorca también pretendió que se declare que el Partido Conservador Colombiano no puede suplir la vacancia de la curul de la senadora Aída Merlano Rebolledo, debido a que existe una prohibición constitucional de reemplazo.

4. A la demanda presentada por el señor Óscar Rodríguez Ortiz le correspondió el radicado 11001-03-28-000-2019-00024-00 y a la elevada por el señor David Ricardo Racero Mayorca el número 11001-03-28-000-2019-00034-00, procesos que fueron acumulados mediante providencia del 16 de octubre de 2020, de conformidad con el artículo 282 de la Ley 1437 de 2011.

#### **1.2. Hechos**

5. A continuación, se destacan de manera unificada los hechos más relevantes que expusieron los demandantes.







6. Mediante Resolución No. 1596 del 19 de julio de 2018, el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de los senadores de la República para el período 2018-2022. De conformidad con dichos resultados, al Partido Conservador Colombiano se le asignaron 14 curules, entre las que se encontraba la reconocida a la señora Aída Merlano Rebolledo.

7. Destacaron que durante el año 2018 la Corte Suprema de Justicia adelantó una investigación contra la señora Aída Merlano Rebolledo, por la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir, corrupción al sufragante, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego y ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas, relacionados con la existencia de una organización para la presunta compra de votos para las elecciones que se llevaron a cabo el 11 de marzo de 2018. Destacaron que dentro de dicho trámite se profirió orden de captura<sup>1</sup>, medida de aseguramiento intramural y resolución de acusación<sup>2</sup>, circunstancias que impidieron que la elegida se posesionara como congresista, pues para ese momento se encontraba privada de su libertad.

8. De otra parte, resaltó el señor David Ricardo Racero Mayorca, que el 16 de mayo de 2019 el Consejo de Estado en sentencia de única instancia, declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo como senadora de la República para el período 2018-2022. Lo anterior, en palabras del actor, “*porque encontró acreditado la existencia y funcionamiento de una organización destinada a la compra de votos en su favor, liderada por ella*”, concluyendo que “*además de coaccionar a los votantes*”, realizó prácticas “*contrarias a los principios democráticos que deben regir los procesos electorales*”.

9. Relataron que como consecuencia de las anteriores circunstancias, el 28 de mayo de 2019, el presidente y el secretario del Senado de la República llamaron a la señora Soledad Tamayo Tamayo para que ocupara la vacante de la ciudadana Aída Merlano Rebolledo.

10. Destacó el demandante David Ricardo Racero Mayorca que el referido llamamiento se hizo aunque el Consejo Nacional Electoral solo un día después (el 29 de mayo de 2019) certificó el orden de votación de la lista inscrita por el Partido Conservador Colombiano a la referida Cámara.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

#### **1.3.1. Expediente 2019-00024-00**

11. El señor Óscar Rodríguez Ortiz sostuvo que el acto acusado desconoció el artículo 134 de la Carta Política, que prohíbe en las corporaciones públicas de elección popular, el reemplazo por falta temporales de las personas contra las cuales se haya proferido orden de captura, relacionada con la comisión de los delitos de pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o

<sup>1</sup> El demandante David Ricardo Rocero Mayorca refirió que dicha orden fue del 4 de junio de 2018, mientras el actor Óscar Rodríguez Ortiz indicó que tal circunstancia aconteció el 6 de abril de 2018.

<sup>2</sup> El demandante Óscar Rodríguez Ortiz señaló que la medida de aseguramiento fue dictada el 9 de abril de 2018 y la resolución de acusación el 18 de julio de 2018.





actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad.

12. Señaló en consecuencia, que la curul de la señora Merlano Rebolledo no podía ser ocupada por nadie, debido a la privación de su libertad relacionada con los delitos de concierto para delinquir, corrupción al sufragante, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego y ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas, por lo que, con el acto demandado, el presidente y secretario del Senado de la República vulneraron el artículo 134 de la Constitución Política.

13. Agregó que los autores del acto de llamamiento actuaron con desviación de las atribuciones que les corresponde, pues *“el presidente del Senado y secretario se unieron para “interpretar a su acomodo dicha prohibiciones de reemplazo y a modo propio procedieron a desconocer su juramento de cumplir con la Constitución, la ley y los reglamentos”*.

### 1.3.2. Expediente 2019-00034-00

14. El señor David Ricardo Racero Mayorca consideró desconocidos (I) el artículo 134 Superior y (II) el artículo 278 de la Ley 5 de 1992.

15. En cuanto al artículo 134 Superior resaltó, que respecto de las personas que se profiera orden de captura por delitos contra los mecanismos de participación democrática no había lugar a predicar su reemplazo en las corporaciones de elección popular, de manera tal, que no era procedente suplir la vacante de la senadora Aída Merlano Rebolledo, comoquiera que contra la misma se dictó orden de captura por la Corte Suprema de Justicia, por la presunta comisión de los delitos de corrupción al sufragante, concierto para delinquir, tráfico, porte o tenencia de armas y ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas de ciudadanía.

16. Argumentó que el Consejo de Estado ha señalado reiteradamente<sup>3</sup> que el objeto de la norma antes referida es responsabilizar a los partidos políticos cuando sus integrantes han sido condenados por los delitos en ella contemplados, o cuando con relación a éstos se ha proferido medida de aseguramiento. En ese orden de ideas, aseveró que de no declararse la nulidad del acto de llamamiento aquí enjuiciado, se estaría permitiendo que la representación del partido político en el Senado se mantenga y, en consecuencia, que su poder de decisión político se vea beneficiado, a pesar de que esto sea consecuencia de las actuaciones ilegales de una de sus miembros, quien fruto de conductas irregulares obtuvo 82.601 votos para ser elegida como senadora en el periodo 2018-2022.

17. Con fundamento en el artículo 278 de la Ley 5 de 1992 indicó, que en los eventos que hay lugar a realizar el llamado a ocupar vacantes en el Congreso de la República, previamente debe constatarse por parte del Consejo Nacional Electoral cuál es el candidato al que le correspondería suplir la vacancia, exigencia que en este caso no se cumplió, en atención a que la señora Soledad Tamayo

<sup>3</sup> Hizo referencia a una sentencia del 30 de agosto de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, sin precisar el radicado.





Tamayo fue llamada el 28 de mayo de 2019, aunque la autoridad electoral antes señalada sólo hasta el día siguiente profirió la mentada certificación.

18. Agregó que, incurriendo en falsa motivación, el secretario general del Senado para justificar el llamamiento controvertido indicó que la sentencia del 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, “*en ningún momento decretó en su providencia el no llamado a un candidato a suplir dicha vacante*”. Reprochó tal afirmación en atención a que el mencionado fallo de nulidad electoral nada dijo sobre el reemplazo de la anterior senadora, motivo por el cual a partir del mismo no podía justificar la decisión acusada en esta oportunidad, en especial, cuando los servidores públicos sólo pueden hacer lo que les está permitido por la Constitución y la ley.

#### 1.4. Contestación de las demandas

19. La señora Soledad Tamayo Tamayo, a través de apoderado, se opuso a las demandas por las razones que a continuación se sintetizan:

20. En cuanto a la radicada 2019-00034-00, propuso las excepciones de (I) caducidad, (II) inepta demanda y (III) agotamiento de la jurisdicción. La primera, porque a su juicio, para los actos de llamamiento, respecto de los cuales la norma procesal no precisa desde cuándo se deben contabilizar los 30 días para presentar la demanda de nulidad electoral, corren a partir de su comunicación, lo que tuvo lugar el 28 de mayo de 2019, por consiguiente, el medio de control debió ejercerse hasta el 12 de julio de 2019, pero el libelo genitor se radicó el 15 de los mismos mes y año. La segunda, porque de éste no es posible establecer una línea clara y precisa que permita encausar los supuestos de hecho en alguna de las causales de nulidad electoral. Y la tercera, en consideración a que contra el acto de llamamiento se interpuso con anterioridad una demanda que fue admitida primero (2019-00024-00), con los mismos supuestos fácticos y de derecho, por lo que bajo la figura del agotamiento de la jurisdicción, es la única respecto de la cual se debe tramitar la controversia.

21. Frente al fondo del asunto aseveró, que el acto de llamamiento no se encuentra viciado de nulidad por haber operado la *silla vacía*<sup>4</sup> dado que, si bien la curul provista fue la de la senadora Aída Merlano Rebolledo, también es cierto que la falta absoluta generada no fue con ocasión de la medida de aseguramiento dictada en su contra, sino de la declaratoria de nulidad de su elección.

22. Indicó que si bien la señora Merlano Rebolledo fue cobijada con medida de aseguramiento en centro carcelario, ello ocurrió cuando ostentaba la condición de representante a la Cámara por el departamento del Atlántico, período 2014-2018, razón por la cual, ante la falta temporal que ello generó, la célula legislativa no dispuso de su reemplazo en virtud del artículo 134 Superior, prohibición que solo

<sup>4</sup> Expresión que empleó para hacer referencia a la prohibición de proveer un reemplazo en las corporaciones de elección popular, por las circunstancias expuestas en el artículo 134 de la Constitución Política







era predicable para dicho período constitucional, esto es, hasta el 20 de julio de 2018.

23. Señaló que la medida intramural se decretó e hizo efectiva el 6 de abril de 2018 y las elecciones de Congreso de la República fueron declaradas el 19 de julio de 2018, contienda electoral en la que resultó electa la señora Merlano Rebolledo sin que pudiera posesionarse en el cargo por estar privada de la libertad.

24. En el entretanto, sostuvo que la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección de la señora Merlano Rebolledo como Senadora de la República para el período 2018-2022, generándose así la vacancia absoluta, de la cual no se puede predicar la *silla vacía*, por cuanto la sanción había expirado, debido a que ésta solamente cobija el período para el cual fue elegido quien resultare privado de la libertad, el cual feneció el 20 de julio de 2018.

25. Insistió en que el acto de llamamiento que se hizo a la señora Soledad Tamayo Tamayo, no fue producto de la sanción de *la silla vacía* derivada de la detención de la señora Aída Merlano en su condición de representante a la Cámara, sino que se llevó a cabo con ocasión de la declaratoria de nulidad de su acto de elección como senadora, lo cual tiene sustento en el hecho que desde el 20 de julio de 2018 hasta el 28 de mayo de 2019 dicha curul no se había proveído y solo como consecuencia del fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 16 de mayo de 2019, se provisionó la vacante.

26. Concluyó que no es posible extender los efectos de la *silla vacía* a la declaratoria de nulidad de la elección como senadora de la señora Aída Merlano aunque ésta se encuentre privada de la libertad, toda vez que esa decisión tiene como efectos el de retrotraer las situaciones jurídicas hasta antes del momento mismo de la elección, generando una nueva situación consolidada que permite establecer una vacancia absoluta de la curul susceptible de ser proveída en aplicación de la regla establecida en el inciso 1° del artículo 134 de la Constitución Política.

27. Agregó que ampliar la sanción de la silla vacía, que reiteró, se ejecutó respecto de la curul que ocupó la señora Aída Merlano en la Cámara de Representantes, lo que conllevó que una vez fue privada de su libertad ese cargo no fuera provisto, a la vacancia absoluta de la curul al Senado de la referida ciudadana, producto de la declaratoria de nulidad de la anterior elección por la Sección Quinta del Consejo de Estado, *“conllevaría a transgredir el principio del “non bis in ídem” y darle aplicación extensiva a una disposición restrictiva de las libertades políticas, que por virtud de los principios constitucionales y generales de derecho no puede ser limitadas sin mandato superior expreso; mucho menos tratándose de cercenar derecho fundamentales como el de elegir y ser elegido a través de la aplicación del inciso 2 del artículo 134 Superior, normativa que per se es de orden público jurídico y cuya aplicación por vía analógica se encuentra proscrita”*.



28. Finalmente, argumentó que la declaratoria de nulidad de una elección a diferencia de la prohibición de que trata el artículo 134 de la Constitución Política, no constituye una sanción al partido político que avaló la candidatura de un ciudadano que fue capturado o condenado por los delitos previstos en la anterior norma, razón por la cual constituye un error castigar al Partido Conservador con la imposibilidad de suplir la vacante que se generó producto del fallo de nulidad electoral contra la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo.

### 1.5. Intervención del Senado de la República

29. El secretario general del Senado de la República, en su condición de representante judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo los siguientes argumentos:

30. Aseveró que la señora Aída Merlano Rebolledo resultó electa representante a la Cámara por el departamento de Atlántico para el período 2014-2018 y, antes de la terminación de éste, la Corte Suprema de Justicia el 6 de abril de 2018 ordenó su captura.

31. Conforme con el artículo 134 Superior, la representante a la Cámara no fue reemplazada durante el término en que se presentó su falta temporal y por ende se castigó al partido que la avaló restándole la curul obtenida en las elecciones del año 2014<sup>5</sup>.

32. Luego de lo anterior, la señora Aída Merlano resultó electa senadora para el período 2018-2022 sin que se pudiera juramentar como tal por estar privada de la libertad. En el entre tanto, la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró nula su elección y ordenó la cancelación de su credencial, sin que de la sentencia se predicara la imposición de la sanción de la *silla vacía*, lo cual a su juicio era lógico, dado que el partido había purgado la sanción en el período inmediatamente anterior en la Cámara de Representantes.

33. Afirmó que *“no es viable y sería un abuso de autoridad, exigir una nueva sanción al Partido Conservador Colombiano por los mismos hechos, por cuanto conforme al principio general del derecho Non bis in ídem, el cual, consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones, como por ejemplo que se sancione a un partido político dos veces por los mismos hechos durante dos periodos constitucionales diferentes – 2014-2018 y 2018-2022”*.

34. Arguyó que la declaratoria de nulidad del acto de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, implica que éste nunca existió ni nació a la vida jurídica, por

<sup>5</sup> Refirió que una vez se conoció de la captura de la señora Aída Merlano Rebolledo, por hallazgos relacionados con la presunta compra de votos en su campaña electoral para el Senado de la República, la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes dictó los siguientes actos administrativos: 1. Resolución N° 0862 del 9 de abril de 2018 “por el cual se ejecuta una medida preventiva disciplinaria – suspensión provisional de una Honorable Representante a la Cámara”. 2. Resolución N° 1448 del 6 de julio de 2018 “por el cual se levanta la suspensión provisional de una Honorable Representante a la Cámara”. 3. Resolución N° 1449 del 6 de julio de 2018 “por el cual se suspende la condición Congressional a una Honorable Representante a la Cámara”. 4. Resolución N° 1467 del 10 de junio de 2018 “por el cual se declara vacante temporalmente una Curul en la Corporación”.





ende, no le es predicable la sanción contemplada en el artículo 134 Superior, dado que ella fue una mera expectativa que no surtió efectos.

35. Respecto al vicio de nulidad por desconocimiento del artículo 278 de la Ley 5 de 1992, agregó que el acto acusado se dictó conforme lo prescrito en él y en el artículo 275 de la misma ley, llamando a ocupar la vacancia al candidato no elegido que seguía en orden de acuerdo con el formulario E-26 SEN y la Resolución No. 1596 de 2018 del Consejo Nacional Electoral por medio de la cual declaró la elección de los senadores de la República, sin importar que el llamamiento se hubiere hecho antes de haberse expedido la certificación por parte de la entidad antes señalada, que precisara la persona que debía ocupar la curul, pues una vez cumplidos los requisitos previstos en las anteriores normas, *“se debe proceder a tomar juramento al Congresista que corresponda dentro de los 8 días siguientes al llamado, so pena de perder la investidura”*.

#### **1.6. Intervención del Consejo Nacional Electoral**

36. Dentro del trámite 2019-00034, el apoderado de esta entidad propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en consideración a que no intervino en el acto de llamamiento censurado, ni en las actuaciones administrativas preliminares al mismo, asuntos respecto del cuales no tiene competencia.

#### **1.7. Decisión de excepciones previas y mixtas, decreto de pruebas, fijación de litigio y otras actuaciones**

37. En la primera parte de la audiencia inicial, celebrada el 27 de noviembre del 2019, el despacho conductor declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Consejo Nacional Electoral<sup>6</sup>, negó las excepciones previas y mixtas propuestas por la demandada -ineptitud sustantiva de la demanda, agotamiento de jurisdicción y caducidad del medio de control-<sup>7</sup>. Dicha negativa fue confirmada en sede de súplica, mediante providencia adoptada por los demás integrantes de la Sección Quinta el 18 de diciembre de 2019.

38. Ante la firmeza de las medidas adoptadas en lo concerniente a las excepciones propuestas, mediante auto del 31 de enero de 2020, se dispuso citar a las partes para reanudar la celebración de la audiencia inicial, el 12 de febrero de la misma anualidad. Sin embargo, un día antes el apoderado de la demandada

<sup>6</sup> Teniendo en cuenta la naturaleza del vicio endilgado al acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo, se consideró que no tiene relación alguna con las actuaciones desplegadas por el Consejo Nacional Electoral, ni con las competencias establecida para tal entidad, toda vez que según el artículo 265 de la Constitución Política no le corresponde dilucidar lo concerniente a la denominada “silla vacía”, por ende, no se encontró mérito para mantener su vinculación en el presente proceso.

<sup>7</sup> Esto como resultado de considerar que los cargos y el concepto de la violación fueron plasmados de manera clara y precisa en las demandas; que la normativa que actualmente rige el medio de control de nulidad electoral no contempla la procedibilidad del agotamiento de la jurisdicción, por el contrario, expresamente previó la figura de la acumulación en el artículo 282 de la Ley 1437 de 2011, con lo cual se torna imposible al operador judicial acudir a otras instituciones procesales ajenas para resolver el trámite especial del presente proceso y; que según el informe requerido a la Secretaría General del Senado de la República, el acto acusado no fue publicado, aunque debió darse a conocer de dicha forma de conformidad con el artículo 36 de la Ley 5 de 1992, el parágrafo del artículo 95 del Decreto Ley 2150 de 1995 y la sentencia C-646 de 2000, motivo por el cual respecto del mismo no ha corrido el término de caducidad de que trata el artículo 164, numeral 2°, literal a) de la Ley 1437 de 2011, y en consecuencia, no había lugar a predicar la caducidad de la demanda.





solicitó el aplazamiento de la diligencia judicial, para lo cual aportó excusa, circunstancia que fue aceptada por el despacho ponente.

39. Asimismo, estando el expediente en la Secretaría de la Sección Quinta, el 13 de febrero de 2020 el apoderado judicial del Senado de la República presentó escrito de recusación con el fin de que quien funge como instructora del proceso acumulado, fuera separada de su conocimiento, asunto que fue resuelto desfavorablemente por los demás integrantes de la Sala, en providencia del 19 de marzo del año que cursó, notificada el 2 de julio de 2020, teniendo en cuenta la suspensión de términos judiciales que tuvo lugar desde el 16 de marzo de 2020 al 30 de junio del mismo año, como consecuencia de la pandemia por COVID-19<sup>8</sup>

40. El 30 de septiembre de 2020, en aplicación del Decreto 806 de la misma anualidad, el despacho conductor adoptó las siguientes decisiones: (I) incorporar al expediente los documentos aportados por la parte demandante en los escritos introductorios; (II) la sentencia del 27 de mayo del 2020, identificada con el número 56400, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se condenó a la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, por los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y el porte ilegal de armas; (III) negar las demás solicitudes probatorias efectuadas por la parte demandante y demandada<sup>9</sup>; (IV) notificar a éstas la propuesta de dictar sentencia anticipada<sup>10</sup> y otorgar cinco días para que se pronunciaran al respecto.

41. La negativa de las pruebas fue impugnada por la parte demandada, que adicionalmente manifestó no estar de acuerdo con que se dictara sentencia anticipada, circunstancias frente a las cuales la magistrada ponente en auto del 3 de noviembre de 2020 confirmó la negativa de las pruebas y con posterioridad, el 19 de noviembre del mismo año, citó a los sujetos procesales a reanudar la celebración de la audiencia inicial para el 27 de noviembre de 2020<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Ver los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA20-11567 de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

<sup>9</sup> 1) Oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que certifique los períodos constitucionales para los que resultó electa la señora Aída Merlano Rebolledo como representante a la Cámara y Senadora de la República.

2) Oficiar al Secretario General del Senado de la República o a quien haga sus veces para que certifique si la señora Aída Merlano Rebolledo tomó posesión del cargo como senadora para el período 2018-2022 y en caso tal explique las razones por las cuales no tomó posesión y explique en qué momento se generó la vacancia absoluta de su curul y por qué motivos fue suplida.

3) Fijar fecha y hora para adelantar diligencia de inspección judicial sobre el expediente contentivo del proceso penal que se adelanta por la Corte Suprema de Justicia contra la Senadora Aída Merlano, ello con el fin de determinar la fecha exacta en que se dictó el orden de captura.

4) Trasladar desde el expediente 2019-00024 el informe rendido por el secretario general del Senado de la República con oficio de 8 de julio de 2019, visible a folios 37 a 40, para probar que el llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo tuvo su fundamento en la sentencia de nulidad electoral de la elección de la señora Aída Merlano.

5) Declaración del señor Jorge Humberto Mantilla, quien fungió como secretario general de la Cámara de Representantes en la legislatura 2014-2018, para que deponga sobre si a partir de la detención preventiva de Aída Merlano se ejecutó la sanción de la silla vacía, respecto de su curul en dicha célula legislativa.

6) Declaración de los señores Ernesto Macías y Gregorio Eljach, en su condición de presidente y secretario general del Senado de la República, respectivamente, para que depongan que el llamamiento enjuiciado se efectuó por razón y con ocasión de la declaratoria de nulidad de la elección de la señora Aída Merlano.

7) Declaración de la señora Aída Merlano Rebolledo en las instalaciones carcelarias para que conforme las circunstancias de tiempo, modo y lugar indique cómo se llevó a cabo su detención preventiva, el cargo que ocupaba a la fecha, su trayectoria política en el Congreso y las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se declaró la silla vacía en la curul que ocupaba en la Cámara de Representantes.

8) Publicaciones de prensa destacadas por los demandantes, acerca del llamamiento cuestionado.

9) Declaración de la demandada sobre aspectos relativos a la comunicación del acto de llamamiento y su posesión.

<sup>10</sup> Teniendo en cuenta la posibilidad de dictar sentencia de anticipada cuando existe común acuerdo entre las partes, conforme lo establece el artículo 13.2 del Decreto 806 de 2020.

<sup>11</sup> Se exponen las anteriores circunstancias en aras de dar cuenta de lo acontecido entre la primera y la segunda parte de la audiencia inicial.







42. En la diligencia de continuación de la audiencia inicial se fijó el litigio en los siguientes términos:

*“(…) determinar si el acto de llamamiento de la señora **Soledad Tamayo Tamayo** como Senadora de la República, para lo que resta del período constitucional 2018-2022, que consta en el oficio de 28 de mayo de 2019 es nulo por contrariar lo normado en el artículo 134 de la Constitución Política y 278 de la Ley 5 de 1992.*

60. Concretamente, la Sala de decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado deberá determinar al momento de dictar sentencia si el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo como senadora de la República es nulo por haberse expedido con:

**i) Infracción de las normas en que debía fundarse**

61. Dado que con el acto de llamamiento se desconoció el artículo 134 Superior que contempla la prohibición de proveer una vacante en una corporación pública cuando ésta tenga como fundamento una medida de aseguramiento o una condena producto de un delito contra los mecanismos de participación democrática en cabeza de quien deba ocupar la curul.

62. Para el estudio de este problema jurídico se deben resolver los siguientes interrogantes:

63. ¿Se podría predicar que los efectos de la sentencia de nulidad electoral con radicado 11001-03-28-000-2018-00084-00 inciden o no en la materialización de la prohibición consagrada en el artículo 134 Superior en el caso en concreto?

64. ¿Es posible predicar la figura del non bis in ídem en el caso en concreto teniendo en cuenta que al Partido Conservador Colombiano no se le permitió suplir la vacancia temporal que se presentó en la Cámara de Representantes como consecuencia de la captura de la señora Aída Merlano Rebolledo en el período 2014-2018?

**ii) Expedición irregular**

65. Frente a este cargo se deberá verificar, si en el trámite de expedición del acto enjuiciado, se tuvo o no en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 278 de la Ley 5 de 1992 referente a que previo a proferir el acto definitivo de llamamiento debe obrar certificación de la organización electoral en la que conste en orden descendente quien es el candidato no electo que sigue en la lista para ocupar la curul. De ser negativa la respuesta, se deberá determinar su incidencia en el acto de llamamiento

**iii) Falsa motivación**

66. ¿Es falsa la motivación del acto demandado al tener como fundamento la sentencia de nulidad electoral proferida el 16 de mayo de 2019 con radicado 11001-03-28-000-2018-00084-00 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, cuando dicha providencia conforme lo establece el artículo 278 de la Ley 5 de 1992 no precisó la forma de suplir la vacante?”.

## 1.8. Alegatos de conclusión

### 1.8.1. De la parte demandante





43. El señor Óscar Rodríguez Ortiz indicó que durante el trámite se acreditó que el acto de llamamiento cuestionado, se dictó con desconocimiento de la prohibición de que trata el artículo 134 de la Constitución Política y la jurisprudencia que se ha construido alrededor del mismo, acerca de la proscripción de proveer vacantes de corporaciones de elección popular de personas que fueron capturadas o condenadas por los delitos que establece la misma disposición, con lo cual adicionalmente se causó un *“gran detrimento al erario público que debe ser investigado por las autoridades competentes”*.

44. Agregó, que *“es de conocimiento público, debido a que el cargo que ocupaba Merlano era constitucionalmente irreemplazable (,) la Corte Suprema ordenó al Congreso declarar la silla vacía al partido político ya que no se podrían beneficiar de los votos obtenidos de manera ilegal y con corrupción, hecho que se materializó con su retiro en el pasado mes de julio de 2020”*.

45. En ese orden insistió en la declaratoria de nulidad de la decisión censurada y que con el objeto de que *“sea reparada la Nación por estos hechos, se compulse copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación por los disciplinables y punibles que se tipifiquen por esta conducta”*.

46. Agregó que la sentencia que declaró la nulidad del acto de elección de la senadora Aída Merlano Rebolledo, no debe tener incidencia en la aplicación de la figura de la “silla vacía”, de un lado, porque no dio alguna orden o instrucción relativa al reemplazo de la curul sobre la que recayó la decisión, y de otro, porque el artículo 134 de la Constitución es de aplicación inmediata y directa, de manera tal que los delitos que dieron lugar a su configuración, relacionados con las elecciones al Senado de la República para el período 2018-2022, deben tener incidencia en la curul que se obtuvo de forma contraria a los mecanismos de participación democrática en dicha corporación, so pena de que el Partido Conservador se vea beneficiado conservando la curul, a pesar de que avaló a una candidata que obró en contra del ordenamiento jurídico, que es precisamente lo que se pretende con la sanción de que trata la norma constitucional antes señalada.

47. Reiteró que como la sentencia que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo nada indicó sobre la posibilidad o imposibilidad de suplir la vacante, el acto de llamamiento controvertido al invocar como fundamento tal providencia, claramente incurrió en falsa motivación, máxime cuando no debe perderse de vista que los servidores públicos sólo pueden hacer lo que está permitido por la Constitución y las leyes.

48. Finalmente, insistió en la existencia de expedición irregular, en atención a que para dictarse el acto de llamamiento debía contarse con la certificación en la que constara el listado de los candidatos que siguen en turno para ocupar la curul, conforme lo establece el artículo 278 de la Ley 5 de 1992, empero dicho documento sólo fue allegado un día después de proferido el acto acusado.

### 1.8.2. De la parte demandada





49. Reiteró los argumentos expuestos por ella y el Senado de la República, para justificar que la vacante que dejó la señora Aída Merlano Rebolledo en la corporación antes señalada, en cuanto: (I) tuvo lugar con ocasión de la sentencia que declaró la nulidad de la elección y, (II) que la sanción al Partido Conversador por la captura de aquélla por delitos contra los mecanismos de participación democrática, se purgó respecto del cargo de representante a la Cámara en que fue designada para el período 2014-2018, motivo por el cual no es posible extenderla respecto de la vacante en la que fue llamada la señora Soledad Tamayo Tamayo, so pena de vulnerar el principio de *non bis in ídem*.

50. Destacó que existen 2 decisiones que deben tenerse en cuenta frente al caso de autos, en tanto dan cuenta que sobre la sanción a que hace alusión el artículo 134 Superior con ocasión a la conducta de la señora Aída Merlano Rebolledo existe cosa juzgada. La primera, el fallo del 16 de mayo de 2019 dentro del proceso de nulidad electoral 2018-00084-00, en el que la parte demandante además de la nulidad del acto de elección de la ciudadana antes señalada como senadora para el período 2018-2022, pretendió que “se excluya igualmente, para ser llamado a reemplazar a la demandante en la Corporación, los integrantes de la lista inscrita por el PARTIDO CONSERVADOR COLOMBIANO para la circunscripción nacional al Senado de la República”, petición que fue negada, a pesar de declararse la nulidad de la designación acusada. La segunda, la sentencia del 3 de septiembre de 2018 dentro del proceso 2018-01294, que declaró la pérdida de investidura de la señora Aída Merlano Rebolledo, en la que tampoco se decretó la aplicación de la “silla vacía” respecto de la curul a la que fue llamada la señora Soledad Tamayo Tamayo.

51. Sobre los principios de *non bis in ídem* y cosa juzgada, trajo a colación algunas consideraciones de la referida sentencia del 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado y del fallo de tutela del 2 de julio de 2019 de la Sección Primera de la misma Corporación<sup>12</sup>, sobre el párrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018<sup>13</sup>, relativo a los casos en que por los mismos hechos se tramitan procesos de nulidad electoral y pérdida de investidura.

52. En cuanto el cargo de expedición de irregular, porque supuestamente el acto de llamamiento no tuvo en cuenta la certificación de la organización electoral en la que conste el orden descendente de los candidatos que podrían ser llamados afirmó:

*“De lo anterior, simplemente se constata que la doctora SOLEDAD TAMAYO TAMAYO seguía en el orden descendente de candidatos no electos. No obstante, en ningún apartado del artículo 278 de la Ley 5 de 1992, vincula la expedición de*

<sup>12</sup> Rad. 11001-03-15-000-2019-01604-00.

<sup>13</sup> ARTÍCULO 1o. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.

Se observará el principio del debido proceso conforme al artículo 29 de la Constitución Política.

PARÁGRAFO. Se garantizará el non bis in ídem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura.

En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal”.





*dicho certificado con el sistema de remplazos establecido, por cuanto el remplazo se generó por la nulidad electoral de Aída Merlano, la cual fue proferida (el) 16 de mayo de 2019 (...), donde en ningún momento establece sanción alguna (...)*

*Así las cosas, determinar la valoración sobre el impacto de los efectos por parte del juez electoral que debió hacerlo en su momento, resulta inocuo, como quiera que no es atribuible a la doctora SOLEDAD TAMAYO TAMAYO que las autoridades judiciales electorales competentes no le realizaran, y si el propio Senado de la República a través de su presidente y secretario general de la época determinaron realizar el mencionado llamamiento es porque legalmente podían hacerlo, al no existir sustento legal robusto que permitiera dar una aplicación distinta al artículo 278 de la Ley 5 de 1992”.*

### **1.8.3. Alegatos del Senado de la República**

53. Reiteró los argumentos que expuso al contestar la demanda sobre la imposibilidad de predicar que el acto de llamamiento acusado es contrario al artículo 134 Superior, so pena de violar el principio de non bis in ídem y desconocer que la vacante se generó con ocasión del fallo de nulidad electoral contra la designación de la senadora Aída Merlano, situación ante la cual el Senado siguió el procedimiento legalmente establecido en la Ley 5 de 1992, llamando a la persona que según el formulario E-26 SEN respectivo debía ocupar la curul, *“sin importar que el llamado se hubiere hecho antes de haberse expedido la certificación del Consejo Nacional Electoral, pues una vez, cumplido con estos requisitos se debe proceder a tomar juramento al Congresista que corresponda dentro de los 8 días siguientes al llamado, so pena de Perder la Investidura, si fuere por su culpa”.*

### **1.9. Concepto del Ministerio Público**

54. Solicitó que se declare la nulidad del acto de llamamiento por las siguientes razones:

55. Indicó que la Sala de Juzgamiento de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 12 de septiembre de 2019, condenó a la señora Aída Merlano Rebolledo como autora de los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y porte ilegal de armas, decisión que fue confirmada el 27 de mayo de 2020 por la Sala de Casación Penal de la misma Corporación, que además precisó, que respecto de la vacante que dejó aquella como senadora de la República, operó la silla vacía en aplicación del artículo 134 constitucional, en consecuencia, dispuso remitir el fallo a la mesa directiva del Senado para que atendiera la norma superior, pues estimó que el llamado que se hizo a ocupar la mentada curul carece de justificación, máxime cuando la señora Merlano Rebolledo se encontraba capturada por delitos contra los mecanismos de participación democrática, asociados a su elección como senadora.

56. No obstante, aseveró que la sentencia que se profiera en el trámite de la referencia no carece de objeto, pues el acto de llamamiento produjo efectos durante un lapso, y además, que resulta necesario se establezca una clara línea interpretativa sobre el alcance del artículo 134 de la Constitución Política.







57. Seguidamente, hizo un recuento de los hechos que rodearon la medida de aseguramiento y condena de la señora Aída Merlano Rebolledo y los procesos de nulidad electoral y pérdida de investidura adelantados en su contra, destacando que, a juicio de la parte demandada, la vacante que dio lugar al acto de llamamiento no se generó por la orden de captura de aquella, sino por el fallo que declaró la nulidad de su elección, por lo que no resultaba aplicable la norma antes señalada; posición que manifestó no compartir, en consideración a que un debido entendimiento del precepto invocado da cuenta de que la vacante se generó por el hecho que la referida ciudadana para el momento en que fue elegida estaba en la imposibilidad de posesionarse en razón a la medida privativa de su libertad, asociada a la presunta comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática, lo que implicaba que mientras se profiriera una decisión de libertad provisional o una sentencia absolutoria, el cargo no podía ser ocupado, así posteriormente se presentaran otras circunstancias frente a la elegida.

58. En tal sentido recordó, que uno de los propósitos principales del artículo 134 Superior es hacer exigible a las organizaciones políticas el hecho de avalar candidatos respecto de los cuales se dictaron órdenes de captura o condenas por los delitos mencionados en el mismo precepto, y por lo tanto, que mientras la situación penal no fuera aclarada, -absolución o condena- no podría disponerse de la curul frente a la cual se concedió el aval al candidato involucrado.

59. En ese orden de ideas, sostuvo que *“desde el momento en que se declaró la elección de AIDA MERLANO REBOLLEDO como senadora -19 de julio de 2018-, la medida de seguridad de detención en establecimiento carcelario impedía al partido político que la avaló hacer uso de la curul hasta tanto se tomara una decisión que definiera la situación jurídica de aquella. No se trata de una nueva sanción para el partido, como lo intentan advertir en los escritos de contestación, sino la prolongación de las consecuencias de su conducta, en donde la organización que la avaló estaba obligada a responder entre otras, con i) la pérdida de la posibilidad de hacer uso de la curul hasta tanto se profiriera la sentencia penal (...). Añadió “que si bien el partido Conservador no pudo hacer uso de la curul que ocupaba AIDA MERLANO REBOLLEDO como representante a la Cámara 2014-2018, cuando en abril de 2018 se hizo efectiva la medida y, por el tiempo que le restaba del período -3 meses-, lo cierto es que MERLANO REBOLLEDO fue electa senadora y fue frente a esta curul, en la que se proyectaron los efectos de la decisión que la tenía privada de libertad y, que como tal, le impidió tomar posesión del cargo, lo que igualmente imposibilitaba al partido hacer uso de ella, como en efecto no lo hizo hasta tanto se consideró que la sentencia del Consejo de Estado lo habilitaba para ello”.*

60. Destacó que *“no se puede hablar de una doble sanción para el partido que inscribió a MERLANO REBOLLEDO, en tanto este había avalado a la investigada para el cargo que ocupaba al momento en que se dictó la medida de seguridad detención preventiva en establecimiento carcelario y que dio origen a su captura, período 2014-2018, e igualmente la avaló para el cargo para el cual fue electa, Senado de la República, período 2018-2022, en donde, por la conducta objeto de investigación no pudo tomar posesión y, en consecuencia, el partido estaba obligado a esperar que se definiera la situación jurídica de aquella, lo que se configuró con la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 20 de mayo de 2020 que condenó a MERLANO REBOLLEDO por uno de los delitos que enuncia el artículo 134 constitucional,*





*fundamento para advertir la imposibilidad del partido conservador de ocupar la curul para el período constitucional que restaba 2018- 2022”.*

61. De otra parte argumentó, que el fallo de nulidad electoral contra la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo no tiene la virtualidad de afectar o cambiar el correcto entendimiento del artículo 134 de la Constitución Política, porque una vez se configura la situación de silla vacía, el partido que respaldó al candidato involucrado sólo puede disponer de la curul una vez se resuelva el respectivo proceso penal, pues sólo así se cumple el propósito del Constituyente de responsabilizar a las agrupaciones políticas por conceder avales a personas sujeto de investigaciones por los hechos punibles descritos en la norma constitucional.

62. Aseveró que entender que desaparece la configuración de la silla vacía por la declaración de la nulidad de la elección del congresista, su incapacidad permanente, o cualquier otra situación que origine una falta absoluta, implicaría vaciar de contenido la sanción que el Constituyente impuso a los partidos y movimientos políticos por otorgar avales a personas que son llamadas a responder ante la justicia penal por determinados delitos.

63. Así la cosas, concluyó que la *“mesa directiva del Senado de la República no podía llamar a la demandada a ocupar la curul que le correspondía a MERLANO REBOLLEDO, bajo el argumento de la configuración de una falta absoluta en razón de la nulidad electoral declarada por la Sección Quinta, porque esa circunstancia, se insiste, no podía enervar los efectos previstos en el artículo 134 constitucional sobre la imposibilidad del partido o movimiento político de ocupar la curul, hasta tanto se defina la situación jurídica que dio origen a la silla vacía”.*

64. En cuanto al cargo de falsa motivación, luego de exponer de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado los principales eventos en que tiene lugar, simplemente afirmó que es evidente su configuración, *“porque la mesa directiva omitió tener en cuenta hechos diversos a la nulidad electoral que declaró la Sección Quinta, los cuales le hubieran impedido de proferir el acto acusado”.*

#### **1.10. Solicitud de conocimiento del asunto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**

65. En escrito presentado el 14 de diciembre del 2020, el apoderado de la parte demandante solicitó que el fallo del proceso de nulidad electoral de la referencia fuera proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, considerando que *“existen motivos de importancia jurídica, de trascendencia social y criterio de especialidad”, que a su juicio, conllevan a “la necesidad de definir, en sentencia de unificación jurisprudencial, aspectos esencial (sic) del tema objeto de debate, consistente en la definición de la aplicación de silla vacía (sic) para una curul en el Senado de la República cuando quiera que esta ya ha sido decretada en la Cámara de Representantes y analizar sus implicaciones o intromisiones competenciales de la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia en el marco de un proceso penal sobre la materia”.*





66. Esta petición fue negada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante auto del 16 de marzo de 2021, en consideración a que: (I) La argumentación expuesta por el apoderado de la demandante no permite identificar aspectos subjetivos u objetivos que lleven a determinar la trascendencia social que alega tiene el presente asunto. (II) Ante la presunta importancia jurídica, se limitó a citar una sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>14</sup>, en la que se describe el contenido de este concepto, sin dar cuenta de su aplicación al caso concreto. (III) Respecto del “*criterio de especialidad*”, se advirtió que legalmente no constituye un parámetro para que el asunto sea asumido por la Sala Plena de la Corporación.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

67. La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia el presente proceso, en virtud de lo establecido en el numeral 3<sup>o</sup><sup>15</sup> del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 13 del Acuerdo No. 080 de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

### 2.2. Problemas jurídicos

68. Como se estableció en la fijación del litigio, el problema principal consiste en determinar si el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo como Senadora de la República, para lo que resta del período constitucional 2018-2022, que consta en el oficio de 28 de mayo de 2019, es nulo por contrariar lo normado en los artículos 134 de la Constitución Política y 278 de la Ley 5 de 1992, y/o incurrir en falsa motivación por tener presuntamente como fundamento la sentencia de nulidad electoral proferida el 16 de mayo de 2019 por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del radicado 11001-03-28-000-2018-00084-00.

69. En cuanto a la violación del artículo 134 Superior deben resolverse varios interrogantes a saber.

A. Si frente a la posibilidad de predicar o no respecto de la curul al Senado de la República en que fue elegida la señora Aída Merlano Rebolledo, existen pronunciamientos con fuerza de cosa juzgada que condicionen el juicio de legalidad sobre el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo para ocupar el mencionado cargo.

Concretamente, se hace referencia a la sentencia del 16 de mayo de 2019 del proceso de nulidad electoral 2018-00084-00, a través de la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció sobre la legalidad de la elección de

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 26 de marzo. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación 54001-23-31-000-2002-01809-01 (45523).

<sup>15</sup> El numeral 3<sup>o</sup> del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, ha sido invocado por esta Sección en otras oportunidades, cuando se han controvertido actos de llamamiento para ocupar vacantes de Congresistas de la República. En tal sentido ver: (I) Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 17 de mayo de 2018, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-03-28-000-2017-00031-00. (II) Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 17 de julio de 2014, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-28-000-2013-00040-00.





la entonces senadora Aída Merlano Rebolledo; y al fallo del 3 de septiembre de 2018 dentro del proceso 2018-01294, mediante el cual la Sala 23 Especial de Decisión de la Sala Plena de la misma corporación decidió una demanda de pérdida de investidura contra la anterior ciudadana, pronunciamientos a los que hizo alusión la parte demandada al alegar de conclusión.

De otro lado, se incluirá entre las providencias a analizar, la sentencia del 27 de mayo del 2020, identificada con el número 56400, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se confirmó la condena a la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, por los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y porte o tenencia ilegal de armas de fuego de defensa personal.

La revisión de la presunta configuración de cosa juzgada se efectuará en razón a que de conformidad con el artículo 187 del CPACA en concordancia con el artículo 281 del CGP, la sentencia debe pronunciarse sobre las excepciones alegadas y cualquier otra que se encuentre probada, lo que implica el análisis de las circunstancias que se opongan total o parcialmente a la prosperidad de las pretensiones elevadas.

B. En segundo lugar, debe establecerse si respecto de la curul a la que fue llamada la demandada, operó o no la prohibición de que trata el artículo 134 Superior, por la orden de captura o medida de aseguramiento contra la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, que tuvo como sustento la presunta comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática. Para tal efecto, se analizarán especialmente dos circunstancias:

Si se podría predicar que los efectos de la sentencia de nulidad electoral del 16 de mayo de 2019 con radicado 11001-03-28-000-2018-00084-00, inciden o no en la materialización de la prohibición consagrada en el artículo 134 Superior en el caso en concreto.

Si es posible predicar la figura del non bis in ídem, teniendo en cuenta que al Partido Conservador Colombiano no se le permitió suplir la vacancia temporal que se presentó en la Cámara de Representantes, como consecuencia de la captura de la señora Aída Merlano Rebolledo en el período 2014-2018.

70. Esclarecidos los anteriores asuntos, corresponde establecer si el acto demandado al tener presuntamente como cimiento la sentencia de nulidad electoral proferida el 16 de mayo de 2019 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, incurrió en falsa motivación.

71. De otra parte, frente al artículo 278 de la Ley 5 de 1992, fundamento del cargo de expedición irregular, se debe verificar si para la expedición del acto enjuiciado se siguió o no el procedimiento establecido en dicha norma, referente a que previo a efectuar el llamamiento debe obrar certificación de la organización electoral en la que conste quién es el candidato no electo que sigue en la lista para ocupar la







curul. De ser negativa la respuesta, se deberá determinar su incidencia en el acto de llamamiento.

72. Antes de resolver las cuestiones planteadas, en especial las atinentes al artículo 134 de la Constitución Política, se realizarán algunas consideraciones sobre la prohibición de reemplazar a los miembros de corporaciones de elección popular respecto de los cuales se han dictado órdenes de captura o sentencias condenatorias, por los delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

### 2.3 De la prohibición del artículo 134 constitucional

73. La aludida prohibición, contenida en el artículo 134 de la Constitución Política, ha presentado algunas modificaciones, que en anteriores oportunidades ha descrito la Sección<sup>16</sup> a fin de resaltar sus elementos más relevantes.

74. El artículo 134 original de la Constitución<sup>17</sup> se ocupó de regular cómo debían suplirse las vacancias absolutas generadas por los congresistas, indicando simplemente que lo serían *“por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente”*.

75. Posteriormente, con el Acto Legislativo N° 01 de 1993<sup>18</sup>, se amplió el ámbito de aplicación de la norma, al hacer referencia no sólo al Congreso, sino a los miembros de las corporaciones públicas. Además, estimó que *“era necesario establecer con mayor detalle cómo debía escogerse a la persona que supliría la falta absoluta, para lo cual se consagró la figura de los suplentes”*<sup>19</sup>.

76. En el año 2009 a través del Acto Legislativo 01, se estipuló que los miembros de las corporaciones públicas de elección popular no tendrían suplentes; se previó una regulación más específica en cuanto a las faltas temporales y absolutas de los miembros de aquéllas y; se implementó un mecanismo para depurar la composición de las mismas y sancionar a las colectividades políticas que respaldaron a candidatos involucrados en investigaciones de carácter penal relacionadas *“con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad”*.

77. En virtud del Acto Legislativo N° 01 de 2009, el artículo 134 de la Constitución rezaba:

<sup>16</sup> Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 30 de agosto de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33-000-2017-00606-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 16 de mayo de 2019, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33-000-2018-00467-01.

<sup>17</sup> ARTICULO 134. Las vacancias por faltas absolutas de los congresistas serán suplidas por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente.

<sup>18</sup> En virtud del cual el artículo 134 quedó así: “Las faltas absolutas o temporales de los Miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral.”

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 30 de agosto de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33-000-2017-00606-01.





“Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en caso de muerte, incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada, y aceptada por la respectiva Corporación, sanción disciplinaria consistente en destitución, pérdida de investidura, condena penal o medida de aseguramiento **por delitos distintos a los relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad** o cuando el miembro de una Corporación pública decida presentarse por un partido distinto según lo planteado en el Parágrafo Transitorio 1o del artículo 107 de la Constitución Política.

En tales casos, el titular será reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

Como consecuencia de la regla general establecida en el presente artículo, **no podrá ser reemplazado un miembro de una corporación pública de elección popular a partir del momento en que le sea proferida orden de captura, dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad.** La sentencia condenatoria producirá como efecto la pérdida definitiva de la curul, para el partido al que pertenezca el miembro de la Corporación Pública.

No habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo. **La renuncia de un miembro de corporación pública de elección popular, cuando se le haya iniciado vinculación formal por delitos cometidos en Colombia o en el exterior, relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, generará la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal o edil, y no producirá como efecto el ingreso de quien corresponda en la lista.** Las faltas temporales no darán lugar a reemplazos.

Cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que no pueda ser reemplazado un miembro elegido a una Corporación Pública, para todos los efectos de conformación de quórum, se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas.

Si por faltas absolutas, que no den lugar a reemplazo, los miembros de cuerpos colegiados elegidos por una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Gobierno convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falte más de dieciocho (18) meses para la terminación del período.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El régimen de reemplazos establecido en el presente artículo se aplicará para las investigaciones judiciales que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo” (El destacado es nuestro).

78. Sobre la referida reforma, la Sección en providencia del 30 de agosto de 2017 indicó:

“Como puede observarse, a través el Acto Legislativo N° 01 de 2009 no solo se eliminó la figura de los suplentes, sino que se creó un sistema complejo que, según las circunstancias, derivaría bien en la **figura del llamamiento**, o en lo que comúnmente se conoció como la “Silla Vacía”.”





*En efecto, la aludida reforma constitucional buscó diferenciar los eventos en los que era posible que la vacancia dejada por un miembro de una corporación pública permitiera que una nueva persona pudiera ocupar el cargo. Por ello, la Constitución distinguió entre la falta temporal y la falta absoluta.*

*Frente al primero evento -falta temporal- se consagró, simple y llanamente que esa circunstancia no daría lugar al reemplazo; por su parte, respecto al segundo evento -falta absoluta- se determinó que dependiendo de la causa que la originara se podía hacer o no el reemplazo correspondiente.*

*Así las cosas, si la falta absoluta se originaba en circunstancias de fuerza mayor como la muerte o la incapacidad física absoluta para el desempeño del cargo, el miembro de la Corporación Pública podía ser sustituido por el candidato de su partido que le siguiere en votación y no hubiese resultado electo -en el caso de listas abiertas-, o por quien continuara en orden de inscripción -en el evento de lista cerrada-, es decir, en esos casos sería posible hacer un llamamiento.*

*Lo propio sucedería si la falta absoluta se derivaba de la declaratoria de nulidad de la elección, de la renuncia aceptada, la sanción disciplinaria, la pérdida de investidura y/o la condena penal o medida de aseguramiento por delitos distintos a la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.*

*En contraste, el Constituyente prohibió el reemplazo del miembro de la Corporación Pública cuya falta absoluta se originara en la orden de captura emitida “dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad.” En otras palabras, si la incapacidad para desempeñar el cargo de elección popular se fundamentaba en las causas antes descritas, no existía la posibilidad de que la curul pudiera ser ejercida por otro candidato del partido de la persona que había sido despojada de su dignidad.*

*Lo anterior, por cuanto como se explicó en precedencia lo que se buscaba era depurar a las colectividades políticas e imponerles, si se quiere, una sanción por permitir que personas con nexos con grupos al margen de la ley militaran en sus filas. En efecto, la consecuencia directa de esta prohibición era la imposibilidad de reconformar la bancada, y por ende, limitar la toma de decisiones de la colectividad (...)<sup>20</sup> (subrayado fuera de texto).*

79. A las anteriores consideraciones resulta necesario agregar como se indicó en providencia del 5 de septiembre de 2013<sup>21</sup>, que el inciso 4° del artículo 134 Superior (en virtud de la aludida reforma) precisó que “*las renunciadas no justificadas con ocasión a la vinculación formal por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, la cual trae como consecuencia la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal y edil y la imposibilidad de ser reemplazado. **Con este aparte de la norma el constituyente quiso evitar que los partidos eludieran su responsabilidad para ser objeto de la sanción de la silla vacía, esto es, con o sin dimisión en razón a las acciones graves anteriormente señaladas no hay lugar al reemplazo, por lo tanto, los efectos son***

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 30 de agosto de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33-000-2017-00606-01.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, contra la sentencia del 5 de septiembre de 2013, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 54001-23-31-000-2012-00097-01.





para el acusado y para la colectividad a la que pertenece” (subrayado y destacado propio).

80. Finalmente, en el año 2015 se llevó a cabo la más reciente reforma al artículo 134 Superior, en la que se establecieron algunas reglas para la provisión de faltas absolutas y temporales de los miembros de las corporaciones públicas, mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, y además, en lo referente a la silla vacía, por un lado, se incluyeron los delitos dolosos contra la administración pública, y de otro, se subrayó que **en ningún caso** la curules que se encuentren en la situación de que trata la misma norma podrán ser provistas con otros candidatos, esto en aras de destacar el carácter autónomo y estricto de la referida prohibición. Con la reforma introducida por el Acto Legislativo N° 02 de 2015, la norma actualmente es del siguiente tenor:

*“Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.*

***En ningún caso*** podrán ser reemplazados quienes **sean condenados** por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. **Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente** en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes **se profiera orden de captura** dentro de los respectivos procesos.

*Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.*

*Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del periodo.*

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; ii) Constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad y **la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo.**

*La prohibición de reemplazos se aplicará para las investigaciones judiciales que se iniciaron a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, con excepción del relacionado con la comisión de delitos contra la administración pública que se aplicará para las investigaciones que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo.”*





81. Los elementos más relevantes de esta norma fueron descritos en el auto del 8 de agosto de 2019 proferido dentro del presente proceso<sup>22</sup>, al resolver la solicitud de suspensión provisional del acto de llamamiento cuestionado, así:

*“Conforme con lo anterior, es claro que los congresistas no pueden tener suplentes, como ocurría en el pasado; sin embargo, la norma establece que cuando se generen algunas vacancias absolutas o temporales, la curul puede ser ocupada por candidatos no elegidos según el orden de inscripción –en el caso de lista cerrada- o de votación –en el evento de lista abierta con voto preferente-.*

*De manera concreta, la norma constitucional consagra como vacancias absolutas que dan lugar a reemplazo:*

- *La muerte.*
- *La incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo.*
- *La declaratoria de nulidad de la elección.*
- *La renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación.*
- *La sanción disciplinaria de destitución.*
- *La pérdida de investidura.*

*De igual forma, establece como faltas temporales que dan lugar a reemplazo:*

- *La licencia de maternidad.*
- *Y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos **diferentes** a los relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad.*

*Ahora bien, la norma también consagra casos específicos en que los congresistas no pueden ser reemplazados:*

- *Aquellos que han sido condenados por los delitos antes relacionados. (Falta definitiva)*
- *Quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente a procesos penales por dichos delitos. (Falta definitiva)*
- *Quienes han sido objeto de orden de captura dentro de los referidos procesos penales. (Falta temporal)*

*Esta prohibición de reemplazo es la que se conoce doctrinariamente con el nombre de “silla vacía”; con ella se busca que la agrupación política que avaló o respaldó al congresista que posteriormente resultó investigado y/o condenado por los delitos anteriormente relacionados, pierda la curul en el Congreso, a manera de sanción por la conducta cometida por el avalado.*

*Frente al punto, esta Corporación ha dicho: “(...) la introducción de esta norma en el ordenamiento jurídico se convierte en una medida que acentúa la depuración de las Corporaciones Públicas, lo que trae como consecuencia que aquellas tengan un reajuste institucional en su interior que a su turno también implicará un mejor ejercicio del Poder Público y un equilibrio en su ejecución.*

*Adicional a lo anterior, la sanción a los partidos políticos por la ampliación de la silla vacía a delitos contra la Administración Pública hace que aquellos adopten filtros en la escogencia de los candidatos. Así, en ese control previo, se garantizará que el ejercicio del poder público se realice por personas decorosas lo que permite que el poder no se desborde en favor de intereses personales*

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 8 de agosto de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-03-28-000-2019-00024-00.



sino que se ejecute en beneficio del interés general, manteniendo de esta forma un equilibrio del Poder Público”.<sup>23</sup>

Asimismo, la norma persigue disciplinar a los partidos políticos, según se desprende de los debates que se presentaron durante la discusión en el Congreso del proyecto que dio lugar a la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015:

“Para complementar los esfuerzos de democratización e institucionalización de los partidos, se propone avanzar también en la lucha contra la corrupción, para lo cual la reforma también establece la implementación de la Silla Vacía para los delitos dolosos contra la administración pública, como mecanismo no solo sancionatorio para los partidos, que no hagan el análisis y seguimiento de las calidades y antecedentes del candidato necesarios para dar su aval y presentarlo dentro de su lista, sino que constituye en sí mismo un estímulo para la disciplina de partidos, en la medida en que obliga a establecer dinámicas internas para la selección de los candidatos”.

**El mecanismo de la silla vacía constituye entonces una sanción tanto para los partidos políticos, como para los titulares de las curules.** Así, en la ponencia para primer debate en segunda vuelta se estableció:

“Desde la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, el Constituyente derivado estableció que aquellos miembros de Corporaciones Públicas que incurrieran en delitos de pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad en ningún caso podrían ser reemplazados en su cargo. Esta prohibición fue denominada la silla vacía, constituida como **una sanción para los titulares de los escaños y, en suma, para los partidos políticos, puesto que las curules que habían obtenido a través de los sufragios electorales, a partir de la vigencia de esa norma, quedan sin titular lo que a su turno significa que la representación del partido político se disminuye y, en consecuencia, su poder de decisión político también se afecta**”. (...).”<sup>24</sup>

Ahora bien, en lo que respecta al alcance del efecto de la silla vacía, es decir la prohibición de reemplazar al servidor público, encuentra la Sala que evidentemente dicha medida impacta la integración y el funcionamiento del Congreso de la República y sus comisiones.<sup>25</sup>

Conforme con lo expuesto, **la denominada “silla vacía” es una sanción para los partidos y movimientos políticos que han avalado congresistas** que han participado en actividades delictivas relacionadas con grupos armados ilegales al margen de la ley, narcotráfico, contra la administración pública, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad; **que impide la agrupación política en cuestión ocupe con otro integrante, la curul del congresista investigado o condenado, lo cual afecta además el quorum de la respectiva Cámara**” (subrayado y destacado fuera de texto).

## 2.4 Caso concreto

### 2.4.1. De la presunta existencia de cosa juzgada

<sup>23</sup> Ponencia para primer debate en segunda vuelta al proyecto de Acto Legislativo 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado. Gaceta del Congreso del 13 de mayo de 2015.

<sup>24</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 5 de septiembre de 2013. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00097-01.

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente 11001-03-06-000-2017-00202-00 (2364). Concepto del 6 de diciembre de 2017. M.P. Dr. Germán Bula Escobar.





82. Como lo ha precisado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, la cosa juzgada “se trata de una institución de naturaleza procesal, en virtud de la cual “[...] los asuntos respecto de los que exista una decisión ejecutoriada no pueden volver a ser ventilados ante la jurisdicción [...]”<sup>26</sup>. Asimismo, se explicó que dicha institución ha sido asimilada al principio del non bis in ídem y que este tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltos a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. [...] En igual sentido, la Corte Constitucional ha considerado que la cosa juzgada es una institución orientada a garantizar la seguridad jurídica y la definió como la “[...] cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto [...]”<sup>27</sup><sup>28</sup>.

83. Añádase a lo anterior, que el artículo 303 del Código General del Proceso<sup>29</sup> aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, señala que se configura la cosa juzgada cuando el nuevo proceso presenta identidad de partes, objeto y causa petendi, elementos respecto de los cuales esta corporación ha precisado:

“(...) se configura la cosa juzgada cuando el nuevo litigio presenta identidad en los siguientes tres elementos, a saber:<sup>30</sup>

- i) **Partes.** Quienes concurren al nuevo proceso deben ser idénticas personas, naturales o jurídicas, que figuraban como sujetos procesales en el anterior.
- ii) **Objeto.** Las pretensiones elevadas en el nuevo proceso son iguales a las reclamadas en el primero ya decidido.
- iii) **Causa petendi.** El motivo o razón que fundamentó la primera demanda se corresponde con el invocado en la segunda<sup>31</sup>.

84. Se recuerda en qué consiste la cosa juzgada, en consideración a que la parte demandada la invocó para argumentar que se han proferido 2 pronunciamientos que definieron que respecto de la curul a la que fue llamada no aplica la sanción de la silla vacía, es decir, la prohibición de proveerla porque la persona que fue elegida para la misma con anterioridad, fue capturada por delitos contra los mecanismos de participación democrática.

85. La primera providencia a la que se hace alusión, es la sentencia del 16 de mayo de 2019, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad electoral 2018-00084-00, que anuló la elección como senadora

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia proferida el 7 de diciembre de 2017; proceso identificado con el número único de radicación 050012333000201502253-01 Consejero Ponente, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, sentencia T-565 de 18 de octubre de 2016; magistrada ponente, doctora Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallo del 22 de octubre de 2019, M.P. Hernando Sánchez Sánchez. Rad. 11001-03-15-000-2018-01294-01.

<sup>29</sup> «Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.(...)».

<sup>30</sup> Al respecto, se puede consultar la sentencia del 26 de octubre de 2017, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, expediente 76001-23-33-000-2013-00041-01 (0692-16), M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto del 25 de febrero de 2021, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, Rad. 25000-23-42-000-2018-02360-01(5803-19).





de la señora Aída Merlano Rebolledo para el período 2018-2022. Al revisar con detenimiento esta providencia, en la que se dio cuenta de cuál fue la fijación de litigio y de los problemas jurídicos a resolver, se advierte que las consideraciones efectuadas giraron en torno a:

- Si se debe declarar la nulidad del acto de elección de la señora Aída Merlano Rebolledo como senadora de la República para el período 2018 – 2022.
- Con tal propósito, se valoraron las pruebas invocadas por la parte accionante para acreditar las prácticas contrarias a la libertad del elector adelantadas por la señora Merlano Rebolledo.
- Luego de encontrar acreditado lo anterior, se estableció que tales conductas, de tipo subjetivo, atentaron contra los principios democráticos que deben regir los procesos electorales y por tanto, que el acto demandado fue proferido con violación de las normas en que debía fundarse, concretamente, los artículos 40 numeral 1 y 258 de la Constitución Política.
- Se precisó que la causal invocada es de naturaleza subjetiva, que busca reprochar conductas corruptas, contrarias a la democracia, y por tanto, que bastaba con demostrar que la demandada incurrió en prácticas corruptas tendientes a afectar la libertad de los votantes, para declarar la nulidad de su elección, independientemente de las conclusiones a las que en otros procesos, como por ejemplo de tipo penal o de pérdida de investidura, se arribe.
- Además, que por ser una causal de nulidad subjetiva, no había lugar a excluir la votación obtenida por la demandada.
- Finalmente, en lo que tiene que ver con la pretensión de declarar la nulidad de la Resolución 1539 del 16 de julio de 2018, a través de la cual el Consejo Nacional Electoral negó la solicitud elevada por la Procuraduría General de la Nación de no declarar la elección de la demandada, se precisó que es un acto no susceptible de estudio en el medio de control de nulidad electoral, por lo que no había lugar a acceder a tal solicitud.

86. Por lo tanto, en modo alguno se evidencia que se haya planteado como problema a resolver, si respecto de la curul para la que fue elegida la señora Aída Merlano como senadora para el período 2018-2022, había lugar o no a predicar la silla vacía, en consecuencia, tampoco se efectuaron consideraciones o adoptaron decisiones sobre tal asunto, pues las únicas determinaciones giraron alrededor de (I) la legalidad de la elección de la anterior ciudadana y (II) la imposibilidad de revisar en sede de nulidad electoral, la validez de la resolución del CNE que negó la solicitud elevada por la Procuraduría General de la Nación de no declarar la designación cuestionada en dicho proceso.

87. Además, como se desprende de los aspectos antes señalados, salta la vista que en el proceso que dio lugar al fallo del 16 de mayo de 2019, la parte demandada fue la señora Aída Merlano y tenía por objeto la anulación de su elección como senadora de la República, porque su designación se produjo con desconocimiento de principios democráticos que deben regir los procesos







electorales y por tanto, de las normas que consagran éstos, como los artículos 40 y 258 de la Constitución Política, es decir, se trató de un trámite judicial con partes, objeto y causa petendi distintos al asunto de la referencia, por lo que es incorrecto considerar que existe cosa juzgada.

88. Es más, revisada con detenimiento la referida providencia, que guarda relación con la presente controversia, en la medida que analizó la legalidad de la elección de la persona que reemplazó la señora Soledad Tamayo Tamayo, se observa que no realizó ni adoptó decisión alguna respecto a si la curul para la que fue elegida la señora Aída Merlano Rebolledo le era o no aplicable la prohibición de que trata el artículo 134 de la Constitución Política, pues tal asunto no fue incluido en la fijación de litigio<sup>32</sup>.

89. A la misma conclusión se llega respecto de la segunda providencia invocada por la parte demandada, el fallo del 3 de septiembre de 2018 dictado dentro del proceso 2018-01294<sup>33</sup>, mediante el cual la Sala 23 Especial de Decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado declaró la pérdida de investidura a la señora Aída Merlano Rebolledo, que valga decir, fue confirmado por la Sala Plena de la misma Corporación mediante sentencia del 22 de octubre de 2019<sup>34</sup>.

90. Lo anterior en la medida que según estos fallos, la controversia se circunscribió a establecer si había o no lugar a declarar la pérdida de investidura de la señora Aída Merlano Rebolledo, como senadora elegida para el período constitucional 2018-2022, cuestión que a la que se respondió afirmativamente, al comprobarse con ocasión de la investigación y el proceso penal adelantado en su contra, relacionado con hechos de corrupción para ser elegida en la anterior dignidad, que se violaron los topes máximos de financiación de las campañas electorales y que la mencionada ciudadana “*obró con la intención, el querer o la voluntad de quebrantar la ley o que fue negligente o descuidada y no tomó las medidas necesarias para evitar que ello ocurriera, es decir, que su actuación estuvo prevalida de dolo o culpa, según los precisos términos del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018*”<sup>35</sup>, por lo que se configuró la causal de pérdida de investidura prevista en los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 de 2011.

91. Por lo tanto, en el proceso que dio lugar a la pérdida de investidura de la señora Aída Merlano Rebolledo, tampoco se realizó consideración alguna sobre la aplicación de la silla vacía y mucho menos se tomó alguna decisión sobre el particular, en razón a que tales asuntos ni siquiera fueron puestos de presente en la discusión correspondiente, por lo que no puede considerarse que constituyan pronunciamientos que condicionen el análisis de los aspectos determinantes de la controversia de la referencia, y mucho menos, que existe cosa juzgada frente a la misma, pues entre las partes, el objeto y la causa petendi de los procesos en cuestión no hay coincidencia.

<sup>32</sup> Según la transcripción de éste que hizo la sentencia del 16 de mayo de 2019.

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala 23 Especial de Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallo del 3 de septiembre de 2018, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad. 11001-03-15-000-2018-01294-00.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallo del 22 de octubre de 2019, M.P. Hernando Sánchez Sánchez. Rad. 11001-03-15-000-2018-01294-01.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala 23 Especial de Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallo del 3 de septiembre de 2018, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad. 11001-03-15-000-2018-01294-00.





92. Ahora bien, en ese acápite se ha estimado pertinente incluir la sentencia del 27 de mayo del 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la condena a la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, por los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y porte o tenencia ilegal de armas de fuego de defensa personal, cometidos con ocasión de su campaña electoral al Senado de la República para el período 2018-2022, en razón a que en dicha sentencia luego de establecerse la responsabilidad de la anterior ciudadana, se realizaron las siguientes consideraciones sobre la imposibilidad de llamar a otro candidato para que ocupara la curul, la cuales tuvieron lugar porque el Ministerio Público solicitó que se revocara la decisión de primera instancia<sup>36</sup> en cuanto se abstuvo de remitir copia del fallo condenatorio al Congreso para que se aplicara la figura de la silla vacía:

*“Cuarto. El Ministerio Público solicita que se revoque el numeral 11 de la decisión de primera instancia, en el que la Sala de primera instancia se abstuvo de remitir copia de la sentencia para que el Congreso de aplicación a la figura de la “silla vacía”.*

*En principio parecería que el aparte de la sentencia de primera instancia objeto de impugnación no contiene una decisión en sí misma. Sin embargo, la motivación, que se integra con la parte resolutive de la providencia, permite apreciar que se trata de un acto sustancial relacionado con la aplicación directa de la Constitución y no de un mero acto de trámite en el cual la Sala de Juzgamiento se abstiene de enviar copia del fallo a la Mesa Directiva del Senado de la República, por lo cual la Corte debe decidir el objeto de la controversia.*

*Se adujo en la sentencia impugnada que si bien la figura de la “silla vacía” es una sanción para los partidos políticos, no avizoraba relación entre el delito de corrupción al sufragante atribuido a la electa senadora **Aída Merlano Rebolledo** y la posesión de Soledad Tamayo Tamayo, llamada a ocupar la curul de Senadora de la República en lugar de la procesada.*

*Consideró igualmente que la autoridad competente para pronunciarse sobre esa materia es la Mesa Directiva de la respectiva Cámara, y que el Consejo de Estado tramita el proceso de nulidad de la curul de la condenada. Eso significa, expresó la Sala de Juzgamiento, que el problema se “halla pendiente de decisión por el órgano judicial constitucionalmente establecido para el efecto.”*

*Al respecto se debe indicar que de conformidad con el artículo 134 de la Constitución Política, reformado por el Acto Legislativo número 02 de 2015: (...)*

*De otra parte, el numeral 3 del artículo 181 de la Constitución, dispone que los congresistas perderán su investidura, “Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.”*

*Como **Aída Merlano Rebolledo** adquirió su condición de congresista desde el momento en que fue elegida Senadora de la República y desde el instante en que fue reconocida como tal por el Consejo Nacional Electoral,<sup>37</sup> al habersele proferido medida de aseguramiento de detención preventiva como probable autora, entre otros delitos, del de corrupción al sufragante, solicitó permiso para posesionarse*

<sup>36</sup> Del 12 de septiembre de 2018, proferida por la Sala de Juzgamiento de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>37</sup> Así lo decidió también la Corte Suprema de Justicia en el caso Santrich, en el que precisó que no es desde la posesión, sino desde el acto de reconocimiento por parte del Consejo Nacional Electoral que se adquiere la investidura y por tanto el fuero. Cfr. AP del 29 de mayo de 2019, Radicado 55395.



como senadora, autorización que no le fue concedida por la Sala Tres de Instrucción de la Sala de Casación Penal de la Corte.

*Eso no significa que la situación que aquí se analiza se deba resolver bajo los términos del régimen de la pérdida de investidura y concretamente por no haberse posesionado la procesada como senadora dentro del término establecido en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política. El asunto es de mayor trascendencia: se trata de una situación en la que es imperioso aplicar directamente la sanción prevista en el artículo 134 de la Constitución Política, que con un fuerte acento ético dispone que quien sea condenado por delitos contra los mecanismos de participación democrática no puede ser reemplazado en ningún caso en la dignidad para la cual fue elegido.*

*En efecto, los congresistas –como **Aida Merlano Rebolledo**, elegida y reconocida como tal por el Consejo Nacional Electoral—, en los términos del artículo 134 de la Constitución Política, “solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley”, y “en ningún caso”, cuando son condenados por delitos contra los mecanismos de participación democrática, como es el caso de la procesada. Es, pues, una sanción de orden constitucional que no requiere de un desarrollo legal para su aplicación y que en ningún caso se puede someter al régimen de faltas absolutas o temporales, pues de ser así la imperiosa sanción que contempla la Constitución Política sería inaplicable.*

*En ese escenario, ante la condena por delitos contra los mecanismos de participación democrática, la Corte no puede evitar pronunciarse sobre la sanción que la Constitución prevé como consecuencia de la presente sentencia, aduciendo que es un asunto que no le incumbe, pues con ella se trata de impedir que por razón de la condena a uno de sus miembros, el partido al cual pertenece se beneficie reemplazando a quien es constitucionalmente irremplazable, como si no fuera poco ya el beneficio que obtiene el partido político al sumar al total de votos los que provienen del delito, afectando la cifra repartidora que permite ingresar al Congreso de la República a personas que de otra manera no accederían a esa dignidad, en perjuicio de quienes actuaron en el marco de la ley.*

*En ese contexto no se puede ignorar que la conducta contra los mecanismos de participación democrática, si bien fue realizada cuando Aida Merlano Rebolledo se desempeñaba como Representante a la Cámara, se diseñó con el fin de acceder al Senado de la República, y de allí la relación de imputación que surge entre el cargo de senadora para el cual fue elegida, la conducta con la que logró acceder a esa dignidad y la sanción constitucional que debe ser aplicada por esa razón. No corresponde entonces a esa relación de imputación entre la conducta juzgada y los efectos de la misma, que la “silla vacía”, diseñada para evitar beneficios para el partido político al cual pertenece el condenado, se utilice para no reemplazar a **Aida Merlano Rebolledo** en la Cámara de Representantes en las postrimerías del periodo constitucional, haciéndole esguinces a una institución destinada a impedir los graves efectos de la conducta juzgada en la conformación del Senado de la República, cargo al cual la procesada aspiró y fue elegida y que tiene una relación directa con la conducta por la cual fue juzgada y condenada.*

*De manera que por las razones anteriores, la Corte dispondrá remitir copia de la sentencia a la Mesa Directiva del Senado para que aplique la Constitución en los términos indicados.*

*Además, como la Sala observa que se reemplazó a la electa senadora Aida Merlano Rebolledo en el Senado de la República sin ninguna justificación, pese a la expresa prohibición constitucional de hacerlo, pues se encontraba capturada por delitos contra los mecanismos de participación democrática asociados a su elección como senadora, se expedirán copias contra la Mesa Directiva del Senado de ese entonces, con destino a la Procuraduría General de la Nación, para que en el ámbito*



*de su competencia evalúe si se incurrió en alguna conducta que se deba investigar disciplinariamente con ocasión de ese proceder”.*

93. Con fundamento en las anteriores consideraciones, en el numeral 2° de la parte resolutive del fallo se dispuso “(r)emitir a la Mesa Directiva del Senado copia de esta decisión, con el fin de que de aplicación al artículo 134 de la Constitución Política”. También en el numeral 3° se ordenó “(e)xpedir las copias a que se hizo mención en las motivaciones de esta decisión, con destino a la Procuraduría General de la Nación”.

94. Como puede apreciarse, el fallo de la Corte Suprema de Justicia a diferencia de las providencias invocadas por la parte demandante para justificar la supuesta existencia de cosa juzgada, sí realizó un pronunciamiento claro y expreso sobre la aplicación del artículo 134 de la Constitución y la discusión atinente a la provisión o no de la vacante para la que fue elegida Aída Merlano Rebolledo para el Senado de la República, período 2018-2022. Empero, sin perjuicio de la autonomía a partir de la cual el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria realizó las anteriores consideraciones, que fueron en su motivación indispensables para garantizar la aplicación directa de la Constitución, e incluso, de los efectos que tuvo frente a la permanencia de la demandada en el Congreso de la República, estima la Sala necesario aclarar que dicha providencia no constituye cosa juzgada respecto de la controversia del proceso de la referencia, atinente al acto de llamamiento que se le hizo a la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, y tampoco implica que el fallo que le ponga fin aquél carezca de objeto.

95. En cuanto a la inexistencia de cosa juzgada, debe resaltarse que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se profirió dentro de un proceso penal en el que las partes fueron el Estado Colombiano de un lado, que formuló la correspondiente acusación a través de la Sala Tres de Instrucción de la Sala de Casación Penal de aquélla, y de otra, la señora Aída Merlano Rebolledo; mientras en el presente proceso los demandantes son los señores Óscar Rodríguez Ortiz y David Ricardo Racero Mayorca y la parte demandada la conforman la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo y el Senado de la República que dictó el acto censurado. En cuanto al objeto de los procesos, en el de naturaleza penal se persiguió la condena de la señora Merlano Rebolledo por la comisión en su condición de autora, de los delitos de concierto para delinquir agravado, retención de cédulas de ciudadanía, corrupción al sufragante y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; entretanto en el de nulidad electoral se busca la exclusión del ordenamiento jurídico del llamamiento de Soledad Tamayo Tamayo como senadora de la República. En cuanto a la causa petendi, en el trámite penal se arguyó la comisión de tales delitos por la acusada durante su aspiración a ser elegida como congresista de la República; mientras que en el procedimiento electoral se alega la violación de los artículos 134 de la Constitución Política y 278 de la Ley 5 de 1992 y la existencia de falsa motivación de la designación controvertida.

96. Todo esto para ilustrar, que no existe identidad de partes, objeto, ni causa petendi, por lo que no hay lugar a predicar la existencia de cosa juzgada, y también que las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia alrededor de la silla vacía se realizaron en el marco de un proceso penal, en el







que no se estaba controvirtiendo la legalidad del acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo, y por ende, en el que no eran objeto de estudio las razones que expuso ésta y el Senado de la República para defender la legalidad de la designación cuestionada, asuntos de los cuales sí debe ocuparse el Consejo de Estado en virtud del ejercicio que se hizo del medio de control de nulidad electoral, por lo que le corresponde a éste de manera autónoma y exclusiva en virtud de los artículos 237.7 de la Constitución y 149.3 de la Ley 1437 de 2011, definir la legalidad del señalado llamamiento.

97. Asimismo, debe precisarse que las consecuencias que haya tenido la decisión de la Corte Suprema de Justicia de enviar copia del fallo al Senado de la República, con el fin de que se diera aplicación al artículo 134 de la Constitución Política, tampoco implican que la sentencia que se dicte en el presente trámite carezca de objeto, comoquiera en virtud del llamamiento que se le hizo a la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, la misma tomó posesión como senadora de la República<sup>38</sup> y por consiguiente, ostentó tal condición, lo que significa que el acto censurado produjo efectos, de manera tal que resulta necesario y pertinente el juicio de legalidad con el fin de establecer su validez, como lo ha precisado esta Sección<sup>39</sup>.

#### **2.4.2. De la aplicación del artículo 134 de la Constitución**

98. Aclarados los anteriores aspectos, corresponde establecer si respecto de la curul a la que fue llamada la demandada, operó o no la prohibición de que trata el artículo 134 Superior, por la orden privativa de libertad contra la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, por la presunta comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática.

##### **2.4.2.1. De la configuración de la prohibición**

99. Sobre el particular, a partir de las pruebas aportadas al proceso se tiene que:

- El demandante Óscar Rodríguez Ortiz y el Senado de la República, en la demanda y su contestación, coinciden en afirmar que contra la entonces integrante de la Cámara de Representantes Aída Merlano Rebolledo, el 6 de abril de 2018 la Corte Suprema de Justicia profirió orden de captura relacionada con la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir; corrupción al sufragante; fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego y; ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas<sup>40</sup>.
- A través de la Resolución N° 1449 del 6 de julio de 2018 de la Mesa

<sup>38</sup> Como puede apreciarse en el acta de posesión correspondiente, del 29 de mayo de 2019 aportada con la demanda presentada por el señor Óscar Rodríguez Ortiz.

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación del 24 de agosto de 2018, M.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 47001-23-33-000-2017-00191-02.

<sup>40</sup> Hecho que también fue destacado en las sentencias del 3 de septiembre de 2018 y 22 de octubre de 2019 del Consejo de Estado, que declararon la pérdida de investidura de la señora Aída Merlano Rebolledo, dentro del proceso 11001-03-15-000-2018-01294-00(01).

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallo del 22 de octubre de 2019, M.P. Hernando Sánchez Sánchez. Rad. 11001-03-15-000-2018-01294-01.





Directiva de la Cámara de Representantes<sup>41</sup>, se suspendió la “*Condición Congregacional*” de la señora Aída Merlano Rebolledo, en aplicación del artículo 277 de la Ley 5 de 1992<sup>42</sup>, teniendo en cuenta que la Sala de Instrucción N° 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 18 de abril de 2018 le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, como posible coautora de los delitos antes señalados, decisión que quedó ejecutoriada el 6 de junio de 2018 luego de que se resolvieran negativamente los recursos interpuestos.

- Mediante la Resolución N° 1467 del 10 de julio de 2018, la misma Mesa Directiva declaró vacante temporalmente la curul de la representante a la Cámara Aída Merlano, “*hasta tanto lo determine la autoridad judicial competente o la terminación del período congresual 2014-2018*”. Para tal efecto se argumentó que la medida de aseguramiento dictada en contra de aquélla, está relacionada con delitos contra los mecanismos de participación democrática, por lo que resulta aplicable el artículo 134 de la Constitución Política.
- Las elecciones al Congreso de la República se llevaron a cabo el 11 marzo de 2018, certamen en el que participó la señora Aída Merlano Rebolledo.
- El Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución N° 1596 del 19 de julio de 2018<sup>43</sup>, declaró la elección de los senadores de la República para el período 2018-2022, entre los cuales se encuentra la ciudadana Aída Merlano Rebolledo del Partido Conservador.
- Contra la designación de la señora Aída Merlano se presentó una demanda de nulidad electoral que fue conocida y decidida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que mediante sentencia del 16 de mayo de 2019<sup>44</sup> anuló el acto acusado por desconocimiento de los artículos 40 numeral 1 y 258 de la Constitución Política, al encontrarse acreditado que durante la campaña electoral incurrió en prácticas corruptas tendientes a afectar la libertad de los votantes, al liderar una organización destinada a la compra de votos a su favor.
- El 28 de mayo de 2019, el Senado de la República llamó a la señora Soledad Tamayo Tamayo para que ocupara la vacante de la ciudadana Aída Merlano Rebolledo.
- Respecto del proceso penal en el cual se dictó la orden de captura y la

<sup>41</sup> Aportada al contestar la demanda por el Senado de la República.

<sup>42</sup> “ARTÍCULO 277. SUSPENSIÓN DE LA CONDICIÓN CONGRESIONAL. El ejercicio de la función de Congresista puede ser suspendido en virtud de una decisión judicial en firme. En este evento, la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista conocerá de tal decisión que contendrá la solicitud de suspensión a la Cámara a la cual se pertenezca.

La Comisión dispondrá de cinco (5) días para expedir su dictamen y lo comunicará a la Corporación legislativa, para que ésta, en el mismo término, adopte la decisión pertinente.

Si transcurridos estos términos no hubiere pronunciamiento legal, la respectiva Mesa Directiva ordenará la suspensión en el ejercicio de la investidura congresal, la cual se extenderá hasta el momento en que lo determine la autoridad judicial competente”.

<sup>43</sup> Aportada por el demandante David Ricardo Racero Mayorca.

<sup>44</sup> Aportada por la demandada.





medida de aseguramiento arriba señaladas, la Sala de Juzgamiento de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 12 de septiembre de 2019, condenó a pena privativa de la libertad a la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, como autora de los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y porte ilegal de armas, al encontrar que desde al menos el año 2014, cuando fue elegida representante a la Cámara, hizo parte de una organización criminal, en virtud de la cual se cometieron varios ilícitos para lograr ocupar cargos de elección popular, entre los que se encontraba el de senadora de la República para el período 2018-2022 en el que fue designada, y respecto del cual se acreditó la configuración de los punibles por los que fue condenada<sup>45</sup>.

- La anterior decisión fue confirmada mediante la sentencia SP954-2020 del 27 de mayo del 2020, dictada dentro del proceso 56400 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que precisó que “*no existe certeza que el delito de concierto para delinquir se hubiese estructurado*” desde las elecciones del 2014, pues respecto del mismo y los demás punibles por lo que fue condenada la excongresista, las pruebas dan cuenta de su comisión entre los años 2017 y en especial 2018, cuando se descubrió la organización para la obtención ilegal de votos a fin de garantizar su elección al Senado de la República.

100. A partir de las anteriores circunstancias, es claro que la orden de captura y la medida de aseguramiento dictadas contra la señora Aída Merlano Rebolledo, estuvieron relacionadas con la posible comisión de entre otros punibles, el de corrupción al sufragante, previsto en el artículo 390 de la Ley 599 de 2000, que se encuentra en el título XIV del Libro II, correspondiente a los delitos contra los mecanismos de participación democrática, que a su vez, hace parte de las conductas delictivas en virtud de las cuales se aplica la prohibición de proveer el remplazo de la vacante para la que fue elegido el miembro de la corporación de elección popular involucrado en el proceso penal, de conformidad con el artículo 134 constitucional.

101. Añádase a lo expuesto, que en el proceso penal al que fue vinculada y finalmente condenada la señora Aída Merlano Rebolledo, como se expuso con anterioridad, se juzgó su conducta principalmente, por hechos de corrupción para ser elegida senadora de la República para el período 2018-2022, y que la orden de captura y medida de aseguramiento se profirieron en el mes de abril de 2018, momento para el cual la señora Aída Merlano Rebolledo era integrante de la Cámara de Representantes.

102. Para la Sala es claro que en aplicación del inciso 2° del artículo 134 constitucional, al proferirse la orden de captura relacionada con un delito contra los mecanismos de participación democrática, contra la entonces representante a la Cámara Aída Merlano Rebolledo, la curul en la que fue elegida no podía ser

<sup>45</sup> Según el resumen y análisis que se hizo de dicha providencia en el fallo que la confirmó, del 27 de mayo del 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, incorporado de oficio al presente trámite.



prevista mediante la figura del reemplazo, porque así lo prohíbe la norma antes señalada, con el fin de depurar la conformación del Congreso de la República excluyendo a los ciudadanos contra los que existe medida privativa de la libertad o condena por los punibles establecidos en la misma, y sancionar a la agrupación política que respaldó a dicho candidato, impidiéndole proveer la curul con otro militante, como se expuso en detalle en el capítulo 2.3 de la parte motiva de esta providencia, al explicar los elementos y propósitos de la señalada prohibición.

103. Sobre la aplicación del inciso 2° del artículo 134 constitucional a la curul que ocupó la señora Merlano Rebolledo a la Cámara de Representantes no existe discusión en el presente trámite, como lo corrobora incluso la Resolución N° 1467 del 10 de julio de 2018 de la Mesa Directiva de aquella, que declaró vacante la curul para la que fue elegida hasta que se resolviera su situación penal, que por estar relacionada con uno de los delitos de que trata la norma antes señalada, no podía ser provista mediante reemplazo.

104. Ahora bien, la discusión gira en torno a si dicha prohibición se extiende o no a la curul al Senado de la República para la cual fue elegida la señora Aída Merlano Rebolledo, para el período constitucional 2018-2022, misma fue llamada a ocupar la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, para lo cual deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

- Las elecciones al Congreso de la República se llevaron a cabo el 11 marzo de 2018, certamen en el que participó la señora Aída Merlano Rebolledo.
- Contra la anterior ciudadana el 6 de abril de 2018 se dictó orden de captura y el 18 del mismo mes se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, entre otros delitos, por la presunta comisión de corrupción al elector.
- El 19 de julio de 2018, a través de la Resolución N° 1596 del Consejo Nacional Electoral, se declaró la elección de los senadores de la República para el período 2018-2022, entre los cuales se encuentra la señora Aída Merlano Rebolledo del Partido Conservador.
- La situación penal de ésta se resolvió hasta el 27 de mayo de 2020, cuando se confirmó la sentencia condenatoria del 12 de septiembre de 2019, que la halló responsable entre otros delitos, de corrupción al sufragante que tuvo lugar en la campaña electoral para las elecciones al Senado de la República.

105. De las anteriores circunstancias se evidencia que las medidas privativas de la libertad se produjeron después de las elecciones al Congreso de la República, pero antes de que la señora Aída Merlano Rebolledo fuera declarada electa, y también, que la situación penal de ésta se definió hasta el 27 de mayo de 2020, ante lo cual surge la inquietud si durante el tiempo en que permanecieron las decisiones relacionadas con la privación de su libertad y en discusión la comisión del delito de corrupción al sufragante, podía llamarse en reemplazo para la curul







del Senado a otro candidato del Partido Conservador, interrogante que a juicio de la Sala, a la luz del inciso 2° del artículo 134 de la Constitución Política debe responderse de manera negativa, en atención a que el mismo, luego de su reforma por el Acto Legislativo 02 de 2015, prescribe de manera categórica, sin contemplar excepciones, que **“en ningún caso”** pueden ser reemplazados los miembros de corporaciones públicas contra los cuales se profiera orden de captura (con más razón los condenados) entre otros, por delitos contra los mecanismos de participación democrática, lo que quiere decir, que hasta que no se definiera la situación penal del elegido, la curul de manera alguna podía ser provista, inclusive, como lo indica la misma norma desde el Acto Legislativo 01 de 2009, aunque el miembro de la corporación de elección popular investigado o juzgado renuncie, pues se recuerda, la norma superior no sólo busca excluir como miembros de aquella a las personas que estén involucradas por tales punibles, sino también exigir de las agrupaciones políticas que los respaldan, una revisión rigurosa de los requisitos y calidades de sus principales integrantes, so pena de ver disminuida su representación en el órgano de representación popular, sin que sirva de excusa o justificación para conservar la curul, que el integrante contra el cual se inició el proceso judicial de naturaleza penal renunció al cargo.

106. La exigencia que realiza el artículo 134 de la Constitución Política, que busca salvaguardar la legitimidad de las corporaciones de elección popular y **exigir de las agrupaciones políticas que asuman la cuota de responsabilidad que les asiste respecto de las curules que obtuvieron**, por permitir la militancia de personas con nexos con grupos al margen de ley o actividades del narcotráfico, que de manera dolosa afectaron a la administración pública, cometieron delitos de lesa humanidad y/o desconocieron las reglas constitucional o legalmente prevista de la contienda electoral, cobra especial relevancia en el caso de la exsenadora Aída Robledo Rebolledo, comoquiera que se comprobó tanto en el proceso penal adelantado en su contra, como en el juicio de la legalidad de su elección, e inclusive se destacó en sede de pérdida de investidura, que llegó al Senado de la República gracias a una organización criminal que lideraba para la compra de votos, es decir, por hechos de suma gravedad **respecto de los cuales el partido político que inscribió su candidatura debía estar atento, en virtud de la exigencia que realiza la Constitución a las agrupaciones políticas respecto sus militantes, en especial, los que se presentan al electorado como personas idóneas para desempeñar las dignidades más importantes en el país**, como se expuso en el numeral 2.3 de esta providencia al destacar los aspectos más significativos de la prohibición del artículo 134 constitucional.

107. En ese orden de ideas, sería contrario a la lógica del artículo 134 Superior, a las decisiones judiciales en virtud de las cuales se privó de la libertad a la señora Aída Robledo Rebolledo y se le halló responsable penalmente por conductas **directamente relacionadas con la curul que obtuvo en el Senado de la República, que el partido que la apoyó en su candidatura no asuma ningún tipo de responsabilidad frente a su participación en la anterior cámara**, y por ende, que pueda proveer con otro integrante la curul, aunque se insiste, el Constituyente fue enfático al indicar que ante tales eventos, en **ningún caso** había lugar acudir a la figura del reemplazo, en tanto la consecuencia





constitucionalmente prevista es lo que se ha denominado la silla vacía, que impacta la capacidad de decisión de la agrupación política correspondiente, e inclusive, como expresamente lo reconoce el inciso 3° del artículo 134 *ibidem*<sup>46</sup>, afecta el quorum de la corporación. En este punto no puede olvidarse en cuanto a la responsabilidad que le asiste al Partido Conservador Colombiano, que primero avaló y mantuvo en sus filas a la señora Robledo Rebolledo cuando aspiró y fue elegida representante a la Cámara, y posteriormente apoyó a dicha ciudadana en su aspiración al Senado, por lo que es respecto de los dos respaldos que brindó frente a las curules obtenidas en una y otra cámara, que la figura de la silla vacía tuvo y debe tener lugar.

108. Dicho de otro modo, aunque la privación de la libertad de la señora Aída Robledo Rebolledo por la comisión de un delito contra los mecanismos de participación democrática, tuvo lugar cuando pertenecía a la Cámara de Representantes período 2014-2018, y por tal razón acertadamente respecto de la curul que ocupaba se aplicó la silla vacía, el hecho de que su situación penal continuara abierta y sólo fuera decidida confirmando la comisión del delito de corrupción al sufragante, hasta el 27 de mayo del 2020, implicó que la prohibición de proveer la curul se materializara respecto de la que obtuvo en el Senado de la República para el período 2018-2022, transitoriamente, mientras permanecían vigentes las providencia que ordenaron la privación de su libertad y luego de manera definitiva al ser condenada, con la consecuencia de que el partido político que la avaló tanto en su aspiración a la Cámara de Representante como al Senado y que se vio beneficiado por los votos obtenidos por dicha candidata, no tuviera la posibilidad de reemplazarla.

109. Bajo ese entendido, le asiste razón a la parte demandante al considerar que el llamamiento que se le hizo a la señora Soledad Tamayo Tamayo el 28 de mayo de 2019, para ocupar el cargo para el que fue elegida la señora Aída Merlano Bedolla es contrario a la prohibición de que trata el inciso 2° del artículo 134 de la Constitución, pues para esa fecha continuaba vigente la restricción de su libertad en virtud de un proceso en el que se le atribuían entre otros, la comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática en su aspiración al Senado período 2018-2022, por lo que el partido que la apoyó mientras no se dictara una decisión que levantara la medida de aseguramiento o se confirmara la inocencia de dicha ciudadana, no podía hacer uso de la curul mediante otro candidato en reemplazo.

#### **2.4.2.2. De los supuestos efectos del fallo de nulidad electoral en la configuración de la silla vacía**

110. Ahora bien, frente a esta situación tanto la demandada como el Senado argumentan que no se desconoció el artículo 134 Superior, porque el llamamiento se dio con ocasión a la vacante que se generó con la sentencia del 16 de mayo de **2019** que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, lo

<sup>46</sup> Que reza: "Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas".





que implica considerar que la prohibición de suplir aquella debido a la privación de la libertad que venía desde año el anterior, se vio interrumpida por el fallo que excluyó del ordenamiento jurídico el acto elección, circunstancia que a la luz del párrafo del señalado artículo 134 es una falta absoluta que da lugar al reemplazo.

111. El anterior razonamiento no es de recibo, porque a través del mismo lo que se está indicando es que la prohibición de disponer de la curul por las situaciones de trata el artículo 134 Superior, no sólo cesa cuando se revoca la orden de captura contra el miembro de la corporación de elección popular procesado por los delitos señalados en la misma disposición o cuando es absuelto de toda responsabilidad frente a los mismos, sino también, cuando existen otras circunstancias que pueden acontecer durante el juicio penal, de las cuales puede predicarse una situación de vacancia, como el fallo que declara la nulidad de la elección.

112. Esta tesis claramente desconoce que el Constituyente de manera categórica prescribió que **“en ningún caso”** mientras el miembro de la corporación pública elegido tenga orden de captura o sea condenado por los referidos punibles, puede proveerse la curul correspondiente, inclusive, que debe restarse para la conformación del quorum de la corporación, de lo cual se evidencia la clara intención de no establecer excepciones en la materia, para lo cual de forma también diáfana el texto constitucional indicó, que ni siquiera la manifestación libre y voluntaria de del servidor público involucrado de cesar cualquier vínculo con la corporación, habilita a que de la colectividad a la cual pertenece se nombre un reemplazo, lo cual como se ha destacado a lo largo de esta providencia, obedece a que la norma **en mayor medida persigue responsabilizar a las agrupaciones políticas que apoyaron a un candidato que por su proceder puede afectar la legitimidad de la corporación y que con su respaldo se presentó a la contienda electoral como una persona idónea para representar a la ciudadanía**, pero que posteriormente se vio envuelta en conductas graves como delitos de lesa humanidad, nexos con grupos armados ilegales o narcotraficantes, actuaciones contra la administración pública y/o los mecanismos de participación democrática.

113. Por lo tanto, si el Constituyente indicó que mientras permanezca la orden de captura o condena por los referidos delitos, la curul correspondiente no es susceptible de reemplazo **“en ningún caso”**, incluso descartando que de la corporación se aparte voluntariamente el servidor involucrado, no es dable por vía de interpretación establecer excepciones, como la propuesta por la parte demandada a partir del fallo de nulidad electoral, que en este caso tiene la particularidad, de haber concluido que la entonces candidata del Partido Conservador Colombiano para llegar al Senado de la República incurrió en práctica corruptas, por lo que sería un contrasentido que a partir de la misma sentencia se predique que éste conserva el derecho a que otro de sus integrantes sea llamado a una curul que en parte fue obtenida por los votos que la señora Aída Merlano Rebolledo logró atentando contra los mecanismos de participación democrática, hecho que le mereció ser privada de su libertad antes de ser elegida





senadora y condenada con posterioridad, y aún más importante para el caso de auto, que dio lugar a la silla vacía de conformidad con el artículo 134 de la Constitución Política.

114. Añádase a lo expuesto, (I) que los términos en que fue establecida la prohibición, de la cual el presupuesto de su aplicación es la orden de captura o condena por los referidos delitos; (II) la aclaración de que la renuncia del servidor involucrado no la enerva y; (III) el énfasis que hace al indicar que en **ningún caso** habrá lugar al reemplazo, dan cuenta del carácter autónomo de la silla vacía, y por consiguiente, que sólo un cambio de sentido de las decisiones de naturaleza penal que le dan origen haría cesar sus efectos, independientemente de las circunstancias que entretanto pudieren generar una vacante con posibilidad de llamamiento. Conclusión que se extrae del hecho que el artículo 134 constitucional separa las situaciones de vacancia susceptibles de reemplazo, de los únicos eventos en que éste no tiene lugar, esto es, la existencia de orden de captura o la condena contra los elegidos por los delitos señalados en dicho precepto, asunto respecto del cual además de que el servidor público sea apartado del cargo, se pretende que la colectividad a la que pertenece asuma la responsabilidad que le corresponde en cuanto a la selección y respaldo de sus integrantes en las corporaciones de elección popular, responsabilidad que no finaliza porque éstos fallezcan, padezcan una incapacidad física absoluta, se les declare de nulidad de la elección, renuncien, se les sancionen disciplinariamente con destitución, pierdan la investidura, etc.

115. Sostener lo contrario implicaría considerar que el único propósito de la silla vacía es separar de la corporación al miembro que es procesado, y que respecto de éste la agrupación política que lo apoyó sólo responde mientras permanezca en aquélla, lo que haría inane el llamado que les hizo el Constituyente de verificar con rigor el cumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para ser y desempeñarse como servidores públicos de elección popular, so pena de ver afectada su participación en los respectivos órganos colegiados, esto es, se desvirtuaría el propósito fundamental que inspiró la reforma constitucional en lo atinente a la responsabilidad de las colectividades con sus militantes.

116. Por lo tanto, no es posible predicar que la sentencia de nulidad electoral del 16 de mayo de 2019 con radicado 11001-03-28-000-2018-00084-00, evitó o interrumpió que respecto de la curul en el Senado de la República 2018-2002 en la que fue elegida la señora Aída Merlano Rebolledo y llamada la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, se materializara la prohibición consagrada en el artículo 134 Superior, pues ésta se generó desde el momento en que se ordenó la captura de la primera, permaneció durante todo el tiempo en que estuvo vigente el fundamento de la privación de la libertad y se confirmó con la condena entre otros, por delitos contra los mecanismos de participación democrática, lo que implicaba que el referido cargo en ningún momento ha sido ni será (esto último mientras permanezca el fallo condenatorio) susceptible de ser provisto mediante la figura del llamamiento.







117. Ahora bien, se hace énfasis en que cuando el artículo 134 de la Constitución establece como uno de los eventos de la silla vacía la orden de captura, implica que la prohibición de proveer la vacante respectiva se aplica mientras siga vigente la decisión judicial que justifica la privación de la libertad, lo que quiere decir que si en virtud de una orden judicial se recobra el goce de este derecho, lo que puede ocurrir antes del fallo o como consecuencia de una sentencia absolutoria, el partido político recupera la curul, sin que la alternativa de contar nuevamente con ésta devenga por ejemplo, de un fallo de nulidad electoral, esto es, de una providencia dictada en un medio de control ajeno e independiente al proceso penal, pues sólo en éste por disposición de la Constitución, se producen las decisiones que permiten la materialización de la silla vacía o que cesen sus efectos.

118. Bajo este entendimiento, en ningún momento debe olvidarse que son decisiones de naturaleza penal las que dan lugar a la silla vacía y por ende, que sólo las providencias que modifiquen el sentido de éstas tienen la virtualidad de hacer cesar la prohibición de proveer la respectiva curul, atribución que no se predica de las decisiones que se profieran en sede de nulidad electoral, ni siquiera del fallo que anula la elección<sup>47</sup>.

119. Una conclusión en contrario, desconocería el carácter autónomo de la acción penal y del medio de control de nulidad electoral, y por consiguiente las significativas diferencias entre estos medios de acceso a la administración de justicia y el alcance de las decisiones que adoptan en virtud de los mismos.

120. Por lo tanto, aunque la declaratoria de nulidad de una elección genera una vacante susceptible de proveerse como lo indica el artículo 134 de la Constitución (inciso 1° y párrafo transitorio), cuando sobre la curul en cuestión operó la figura de la silla vacía, la prohibición de proveerla se mantiene mientras permanezca la orden de captura o la sentencia condenatoria (inciso 2°), en especial teniendo en cuenta, que la vigencia de las decisiones de carácter penal permiten el juicio de reproche que se le hace a la agrupación política por haber respaldado al servidor público involucrado y dan lugar a que se le sancione con la pérdida del escaño, sanción que como se ha indicado a lo largo de esta providencia, es independiente de que aquél rompa cualquier vínculo con la corporación popular, pues ante todo se pretende castigar a la colectividad.

#### **2.4.2.3. De la supuesta violación del principio de *non bis in idem***

121. De otra parte, en contra de la materialización de la prohibición consagrada en el artículo 134 de la Constitución, se alegó que de predicarse la misma para la curul del Senado a la que fue llamada la demandada, implicaría sancionar por segunda vez al Partido Conservador Colombiano por los mismos hechos, esto es, los relacionados con el proceso penal que se adelantó contra la señora Aída Merlano Rebolledo, con fundamento en los cuales se le impidió a la colectividad finalizando el período institucional, contar con la curul en la que fue elegida aquella

<sup>47</sup> Cuyas consecuencias están previstas en el artículo 288 de la Ley 1437 de 2011.



en la Cámara de Representantes.

122. Cuando se invoca el *non bis in ídem*, se hace alusión a “un derecho fundamental de aplicación inmediata, que protege a cualquier sujeto activo de una infracción y prohíbe dos o más juicios y sanciones por un mismo hecho”<sup>48</sup>, derecho que está fundamentado en “la seguridad jurídica y la justicia material”<sup>49</sup>.

123. A primera vista pareciera cierto que de aplicarse la figura de la silla vacía a la curul a la que fue llamada la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, se estaría privando por segunda vez al Partido Conservador de la posibilidad de contar con una curul con fundamento en los mismos hechos, la captura de la señora Aída Merlano Rebolledo por delitos contra los mecanismos de participación democrática. Empero, tal razonamiento pasa por desapercibidas dos circunstancias que a juicio de la Sala impiden considerar que el derecho al non bis in ídem se está vulnerado. La primera, que la prohibición de proveer la vacante se materializó durante el tramo final del periodo en la Cámara de Representantes (hasta el 19 de julio de 2018) y durante la totalidad del correspondiente al Senado de la República (del 20 de julio de 2018 al 19 de julio de 2022). Y la segunda y más importante, que el juicio de reproche que le cabe al Partido Conservador, no sólo se predica por el apoyo y la permanencia que le otorgó en sus filas a la ciudadana Merlano Rebolledo cuando fue representante a la Cámara, sino también por el brindado cuando se postuló y resultó electa senadora, lo que justifica que frente a las dos curules obtenidas asuma la responsabilidad que como colectividad le corresponde de conformidad con el artículo 134 Superior<sup>50</sup>.

124. En cuanto a la primera situación, no debe olvidarse como líneas atrás se explicó, que la prohibición de proveer las vacantes para las que fue elegida a señora Merlano, no sólo comprendió el momento en que se ordenó la privación de su libertad y la culminación del periodo para el cual fue designada representante a la Cámara, esto es, hasta el 19 de julio de 2018, sino que continuó durante todo el tiempo en que estuvo vigente el fundamento de la privación de la libertad y se consolidó con la condena en su contra, última decisión en virtud de la cual no hay posibilidad de que el cargo sea provisto a través de reemplazo hasta que culmine el periodo institucional.

125. Esta circunstancias es relevante, porque de considerarse que la referida prohibición sólo podía mantenerse durante el tiempo en que fue representante a la Cámara, significaría a su vez afirmar, que respecto de su elección al Senado de la República no hay silla vacía, es decir, que lo que hubo fue una simple vacante por

<sup>48</sup> Corte Constitucional, sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>49</sup> Sobre el particular la Corte Constitucional en la anterior sentencia aseveró: “En varias ocasiones, esta Corporación ha establecido que los fundamentos de existencia del principio non bis in ídem son la seguridad jurídica y la justicia material. En la sentencia T-537 de 2002, la Corte sostuvo que: “Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión. En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio non bis in ídem es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material.”

<sup>50</sup> Sobre la responsabilidad que le asiste a las colectividades y la figura de la silla vacía, se reiteran las consideraciones expuestas en el numeral 2.3. de la parte motiva de esta providencia.





el hecho de su captura, que se podía proveer sin inconveniente alguno mediante un acto de llamamiento, aunque es innegable que para el momento en que inicio el período de los senadores elegidos el 11 de marzo de 2018, se estaba adelantado el proceso penal contra la señora Aída Merlano por la comisión entre otros, de delitos contra los mecanismos de participación democrática, es más, que por tales conductas se restringió su libertad, es decir, estaban acreditados todos los elementos de juicio para aplicar el artículo 134 constitucional. Confirma esta situación, que del 20 de julio de 2018 (fecha en la que inició el primer periodo de sesiones en el Congreso<sup>51</sup>) al 29 de mayo de 2019, esto es, durante casi un año, no se nombró reemplazo en la mencionada curul, debido a la prohibición que se encontraba vigente, que de manera incorrecta como se explicó con anterioridad, se entendió interrumpida por el fallo de nulidad electoral del 16 de mayo de 2019.

126. Adicionalmente, se subraya que la aplicación de la referida prohibición impide considerar que todo lo acontecido con la situación judicial de la señora Merlano Rebolledo **única y exclusivamente** tuvo lugar antes de que finalizara el período para el que fue elegida representante a la Cámara, es decir, hasta el 19 de julio de 2018, así como tampoco afirmar que resultaba contrario al principio de non bis in ídem que por tales hechos, se le volviera a impedir al Partido Conservador Colombiano hacer uso de una curul en el Senado, en tanto se reitera, el referido proceso judicial continuó su curso más allá de la anterior fecha, durante pleno funcionamiento del Congreso conformado para los años 2018 – 2022, lapso durante el cual la elegida siguió privada de su libertad y finalmente fue condenada mediante sentencias del 12 de septiembre de 2019 y 27 de mayo del 2020, circunstancias que impedían e impiden proveer mediante remplazo la curul en aplicación del artículo 134 Superior, y que no se circunscribieron al estado de cosas para el momento en que se declaró vacante el cargo en la Cámara de Representantes.

127. De otra parte, en lo que atañe al Partido Conservador, como acertadamente lo destacó el Ministerio Público, no debe olvidarse que le otorgó su respaldo a la señora la Aída Merlano Rebolledo **en 2 oportunidades, respecto de 2 cargos distintos de elección popular, primero cuando fue elegida para la Cámara de Representantes y luego en su candidatura al Senado de la República. Esto quiere decir, que cuando se declaró por primera vez la silla vacía, recayó respecto a la colectividad política, por la responsabilidad que le asistía frente a los candidatos que respaldó para que llegaran y permanecieran en el Congreso de la República durante el período 2014-2018, circunstancia que le atañe por avalar y apoyar a los candidatos que fueron elegidos como senadores para el período 2018-2022, que de verse incursos en las situaciones previstas en el inciso 2° del artículo 134 constitucional, tiene como consecuencia la configuración de la silla vacía.**

128. Por lo tanto, en estricto sentido el juicio de reproche que se le ha hecho al Partido Conservador Colombiano en relación con las conductas delictivas de la señora Aída Merlano Rebolledo, **no se limita a la responsabilidad que asumió**

<sup>51</sup> Según el artículo 138 de la Constitución Política.





al incluirla en sus filas para que hiciera parte de la Cámara de Representantes, sino también por el apoyo que posteriormente le otorgó al inscribirla como candidata al Senado, por lo que resulta incorrecto afirmar que de aplicar la silla vacía respecto de la curul a la que fue llamada la demandada se desconoce el *non bis in ídem*, pues lo expuesto da cuenta que esta figura tendría lugar por hechos distintos en cuanto a la actuación de la colectividad se refiere, los cuales en un primer momento justificaron que perdiera la curul en la Cámara de Representantes y luego al respaldar la candidatura de la señora Merlano al Senado, que resulte imperativo aplicar el artículo 134 Superior frente la curul que se le reconoció en éste

#### 2.4.2.4. Conclusión sobre la vulneración del artículo 134 Superior

129. Por las razones expuestas, se concluye que el acto de llamamiento que se hizo de la señora Soledad Tamayo Tamayo al Senado de la República para el período 2018-2022, se realizó respecto de una curul que conforme al artículo 134 de la Constitución Política no era ni es susceptible de reemplazo, en atención a que para la misma fue elegida una ciudadana respecto de la cual se ordenó su captura y fue condenada entre otros, por la comisión del delito de corrupción al sufragante, un punible contra los mecanismos de participación democrática, lo que da cuenta que el acto controvertido es contrario a la norma superior invocada, que en su aplicación ni se vio afectada por el fallo de nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo del 16 de mayo de 2019, ni resulta contrario al principio de non bis in ídem respecto del Partido Conservador Colombiano.

#### 2.4.3. Del cargo de falsa motivación

130. Respecto a la falsa motivación, vale la pena recordar que esta Corporación ha definido el alcance de la misma como causal de nulidad, así<sup>52</sup>:

*“(...) es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad”<sup>53</sup>.*

*En sentencia de 19 de mayo de 1998 la Sección Segunda puntualizó lo siguiente en relación con la falsa motivación de los actos administrativos:*

*“(..) La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable (...)”<sup>54</sup>.*

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera - Sub Sección B, sentencia del 6 de abril de 2011, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483). En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de agosto de 2017, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 13001-23-33-000-2016-00051-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de marzo de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2018-00049-00.

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 4 de marzo de 2000, Exp.1998-0503-01-9772, M.P. Daniel Manrique Guzmán.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de mayo de 1998, expediente 10051, M.P. Clara Forero de Castro.







*En conclusión, la falsa motivación se presenta cuando los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas o porque el autor del acto le ha dado a los hechos un alcance que no tienen<sup>55</sup>.”*

131. Esta causal de nulidad fue invocada por la parte demandante porque el secretario general del Senado justificó el llamamiento controvertido en la sentencia del 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, aunque tal providencia nada dijo sobre el reemplazo de la anterior exsenadora.

132. Al revisar el acto de llamamiento, en cuanto su motivación simplemente indicó:

*“Lo anterior, teniendo en cuenta que, se presentó vacancia definitiva en una de las curules que ostenta el Partido Conservador Colombiano, -artículo 275 ley 5ª 1992 – y que, según consta en certificación expedida por el Consejo Nacional Electoral, usted es quien tiene ese derecho”.*

133. Como puede apreciarse, del tenor literal del acto acusado no se advierte que haya hecho referencia expresa al referido fallo de nulidad, aunque no desconoce la Sala, que en virtud de dos peticiones que elevaron los demandantes, relativas a la motivación del llamamiento, el secretario general del Senado de la República mediante los oficios SGE-CS-2072-2019 y SGE-CS-2074-2019 del 20 de junio de 2019<sup>56</sup>, sí hizo alusión a la sentencia del 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, como circunstancia en virtud de la cual era procedente llamar al candidato no elegido en la lista del partido Conservador Colombiano según el orden de inscripción, razón que en el presente trámite la mencionada corporación de elección popular invocó como fundamento principal de la decisión cuya nulidad se pretende.

134. No obstante lo anterior, al revisar el acto objeto estudio, sobre el que recae el juicio de legalidad, no se observa que haya incluido dentro de su motivación la sentencia 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado y mucho menos el alcance que se le dio, sino simplemente la existencia de una vacante que debía proveerse. En ese orden de ideas, en estricto sentido no puede afirmarse que dentro de las razones que arguyó para su expedición está la aludida decisión judicial y sus efectos, por lo que resulta impertinente construir a partir de ésta el cargo de falsa motivación, esto es, que al hacerse el llamamiento se expusieron razones engañosas o simuladas, pues en realidad las motivaciones desarrolladas atinentes a la providencia que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, están contenidas en otros pronunciamientos, como los mentados oficios y el escrito de contestación de la demanda del Senado de la República, que **no** hacen parte de la decisión enjuiciada. Por lo tanto, no se configura la causal de nulidad alegada.

#### **2.4.4. Del cargo de expedición irregular**

<sup>55</sup> Sobre la falsa motivación puede consultarse la sentencia de 25 de febrero de 2009, M.P. Miriam Guerrero de Escobar, expediente 15797.

<sup>56</sup> Aportados con los libelos introductorios.





135. Finalmente, resta analizar el motivo de inconformidad según el cual, en el trámite de expedición del acto acusado se desconoció el artículo 278 de la Ley 5 de 1992<sup>57</sup>, según el cual en los eventos que hay lugar a realizar el llamado a ocupar vacantes en el Congreso de la República, previamente debe constatarse por la autoridad electoral competente, cuál es el candidato que le corresponde suplir la vacante, exigencia que se asevera en este caso no se cumplió, en atención a que la señora Soledad Tamayo Tamayo fue llamada a ocupar la curul el 28 de mayo de 2019, aunque el Consejo Nacional Electoral sólo hasta el día siguiente profirió la mentada certificación.

136. Sobre el particular la Sala constata que la certificación que exige la anterior norma para tener certeza de quién es el candidato no elegido que según el orden de inscripción debe llamarse en el evento de vacantes que pueden ser provistas mediante reemplazo en el Congreso de la República, fue proferida el 29 de mayo de 2019<sup>58</sup>, es decir, después de que se dictó el acto acusado, aunque el propósito del artículo 278 ibidem es que no se incurra en errores al realizar el llamamiento, como puede ocurrir cuando no se respeta el orden de elegibilidad, circunstancia que por ejemplo, podría acaecer si sólo se tiene en cuenta el acto administrativo que declaró la elección y no las decisiones judiciales posteriores que precisaron el número de votos de los candidatos, las curules que deben reconocerse a las distintas agrupaciones políticas o el orden en que deben asignarse éstas, lo que justifica que antes de hacer el llamamiento se consulte a la autoridad electoral competente sobre el candidato no elegido que debe ser llamado, con fundamento en información actualizada que garantice que la curul será ocupada por la persona que tiene derecho a la misma.

137. Así las cosas, salta a la vista que sí se incurrió en una irregularidad en el trámite de expedición del acto de llamamiento, que no es excusable por el hecho que el Senado de la República haya consultado el orden de elegibilidad de la resolución que declaró elección, pues el artículo 278 de la Ley 5 de 1992 es claro al identificar que la fuente que debe examinarse para tal determinación es la certificación que expida la autoridad electoral competente, debido a los cambios que puede presentarse (por las situaciones legalmente establecidas) frente al orden de elegibilidad después de la declaratoria inicial de los resultados electorales.

138. No obstante lo anterior, esta omisión desde la perspectiva de la causal de nulidad de expedición irregular carece de la trascendencia necesaria para que a partir de la misma puede sustentarse la ilegalidad del acto de llamamiento<sup>59</sup>,

<sup>57</sup> "ARTÍCULO 278. REEMPLAZO. La falta absoluta de un Congresista con excepción de la declaración de nulidad de la elección, a lo cual se atenderá la decisión judicial, autoriza al Presidente de la respectiva Cámara para llamar al siguiente candidato no elegido en la misma lista del ausente, según el orden de inscripción, y ocupar su lugar. En este evento el reemplazo deberá acreditar ante la Comisión de Acreditación Documental su condición de nuevo Congresista, **según certificación que al efecto expida la competente autoridad de la organización nacional electoral.** Ninguna falta temporal del Congresista dará lugar a ser reemplazado". (Destacado fuera de texto).

<sup>58</sup> Según la copia de la misma aportada al presente proceso por la parte demandante.

<sup>59</sup> Se recuerda que en materia de nulidad electoral en virtud del artículo 278 de la Ley 1437 de 2011 y el principio de eficacia al voto, sólo las irregularidades que puedan afectar el resultado del proceso de designación justifican la anulación de los actos controvertidos. Sobre el particular ver entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 13001-23-33-000-2016-00106-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 16 de marzo de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 54001-23-33-000-2016-00002-





comoquiera que la certificación que expidió el Consejo Nacional Electoral señaló que la candidata no elegida que seguía en orden de elegibilidad del Partido Conservador era la señora Soledad Tamayo Tamayo, esto es, a quien se le realizó el llamamiento controvertido en esta oportunidad, por lo que la pretermisión de la exigencia del artículo 278 de la Ley 5 de 1992 no significó el desconocimiento del orden de elegibilidad.

## **2.5. Resolución de las pretensiones**

### **2.5.1 De la nulidad del acto electoral controvertido**

139. Como se desprende del análisis que antecede, resulta procedente declarar la nulidad del acto de llamamiento acusado, únicamente por desconocimiento del de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 134 de la Constitución.

### **2.5.2 De las demás pretensiones**

140. Se tiene que alrededor de la pretensión de declarar ilegal el llamamiento a la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo se hicieron otras peticiones. El señor Óscar Rodríguez Ortiz solicitó que se declare sin valor jurídico la posesión de la demandada como senadora de la República y que se compulsen copias a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación por las posibles conductas delictivas que se tipifiquen en relación con el acto acusado. Por su parte, el demandante David Ricardo Racero Mayorca también pretendió que se declare que el Partido Conservador Colombiano no puede suplir la vacancia de la curul de la senadora Aída Merlano Rebolledo, debido a que existe una prohibición constitucional de reemplazo.

#### **2.5.2.1. De la pretensión de nulidad de la posesión**

141. En cuanto a la pretensión de declarar ilegal la posesión de la señora Soledad Tamayo Tamayo se recuerda, que de conformidad con artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, son susceptibles del medio de control de nulidad electoral (I) los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, (II) los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas y (III) los de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas, razón por cual cuando se hace ejercicio del mentado medio de control, la pretensión de nulidad debe estar dirigida contra tales decisiones, lo que no excluye que en el análisis correspondiente se efectúe un análisis de legalidad de las actuaciones previas al acto que declaró la elección, nombramiento o llamamiento<sup>60</sup>.

---

01. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de diciembre de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2019-00036-00.

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 4 de mayo de 2001, M.P. Roberto Medina López, radicado No. 11001-03-28-000-2001-0026-01(2509). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 4 de octubre de 2012, M.P. Susana Buitrago Valencia, radicado No. 08001-23-31-000-2011-00175-01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 16 de julio de 2018, M.P. Rocío Araujo Oñate, radicado No. 11001-03-28-000-2018-00066-00. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del 20 de junio de 2019, M.P. Rocío Araujo Oñate, radicado No. 11001-03-28-000-2019-00017-00.





142. Se hace la anterior precisión, porque uno de los demandantes solicitó que se declare sin valor jurídico el acto de posesión de la señora Soledad Tamayo Tamayo, aunque el mismo no es susceptible de control judicial a través del medio de control de nulidad electoral, como de manera reiterada lo ha indicado esta Sección, en tanto no se trata del acto de elección, nombramiento o llamamiento. Ello se evidencia en las siguientes consideraciones contenidas en el fallo del 23 de noviembre de 2017<sup>61</sup>:

*“Al respecto debe comenzar la Sala por señalar que la posesión o el acta que la contiene, no es un acto sometido a control judicial por los medios señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La posesión es una diligencia a través de la cual se cumple la solemnidad prevista a los servidores públicos en los términos del artículo 122<sup>62</sup> Superior, como requisito sine quanon para el ejercicio del cargo en el cual han sido designados, bien por elección, nombramiento o llamamiento.*

*De manera que su nulidad no puede ser demandada ni declarada a través del medio de control de nulidad electoral, pues no contiene una decisión de contenido electoral. Es una actuación posterior al acto controlable, en la que el funcionario presta solemne juramento de cumplir y defender la Constitución en el ejercicio de sus funciones.*

*Sobre este particular, la Sección reiteró recientemente esta posición en un auto<sup>63</sup> en el que aludió a otros pronunciamientos que explican esta postura:*

*“En efecto, ha sido postura de esta Sección que el acto de posesión no es demandable, así se concluyó en fallo de 4 de septiembre de 2008<sup>64</sup>:*

*“La demanda se dirige también contra el acto de posesión del Rector designado, que tuvo lugar el 7 de diciembre de 2006.*

*La Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno respecto a esta segunda pretensión, por cuanto, como lo ha establecido en reiteradas oportunidades, **los actos de posesión no son actos administrativos porque no contienen decisiones** de la administración y **por lo mismo no son objeto de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.***

*En efecto, la **posesión en un cargo es una diligencia a través de la cual el elegido o nombrado presta juramento ante la autoridad competente “de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”**, en cumplimiento de la obligación señalada en el inciso segundo del artículo 122 de la Constitución Política, que la instituye en requisito previo e indispensable para ejercer como servidor público, y como tal no puede ser objeto de una acción de nulidad como si se tratara de un acto administrativo.*

*Tesis que se reiteró en providencia de 5 de septiembre de 2013<sup>65</sup>, según la cual:*

*“Frente a tales pretensiones, en primer lugar observa la Sala que el demandante incluyó entre las pretensiones la de declarar la nulidad del acta de posesión del señor Rodolfo Torres Castellanos como concejal, **como si se tratara de un acto***

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 23 de noviembre de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado N° 76001-23-33-000-2017-00053-01.

<sup>62</sup> “[...] Ningún servidor público **entrará a ejercer su cargo** sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. [...]”

<sup>63</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Auto del 1° de Junio de 2017. Radicación número: 76001-23-33-000-2017-00372-01. Actor: Gustavo Alonso Rodríguez Rodríguez. Demandado: Concejo Municipal de Guadalajara de Buga. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>64</sup> Rad. N° 2006-00193-00, actor: Germán Vergara Ochoa. C.P. Filemón Jiménez Ochoa

<sup>65</sup> Rad. No. 2012-00097-01, actor: Julio César Vélez González, C.P. Lucy Jeannette Bermudez Bermúdez







**administrativo definitivo susceptible de ser demandado en ejercicio del medio de control de nulidad electoral lo cual resulta manifiestamente impropio e improcedente para el medio de control invocado**, pues tal como lo ha considerado esta Corporación, ello no constituye ‘manifestación unilateral de voluntad y de conciencia de la administración capaz de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, no constituye acto administrativo’. (...)

Entonces, **al no constituir el acto de posesión un acto administrativo, sino una solemnidad para que los servidores públicos ejerzan el cargo para el que han sido nombrados, designados o elegidos, su nulidad no puede ser demandada ni declarada en este proceso, en ese sentido esta providencia se limitará a examinar la legalidad de la Resolución No. 233 de 9 de agosto de 2012 ‘por medio del cual se declara una vacancia de una curul en el Concejo Municipal de Cúcuta y se provee su reemplazo’**.”

*El haberse demandado la posesión como diligencia que protocoliza la designación (elección o nombramiento) implica que esta Sala, deba confirmar la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda pero por lo aquí razonado, pues éste no es un acto frente al cual pueda recaer el control judicial”<sup>66</sup>.*

143. Por lo tanto, por resultar improcedente en el medio de control la formulación de referida petición conforme a la jurisprudencia de la Sección, no hay lugar a acceder a la misma.

#### **2.5.2.2. De la pretensión de expedición de copias**

144. En cuanto a la petición de compulsar copias a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación para que adelanten las investigaciones pertinentes por las posibles conductas delictivas que se tipifiquen en relación con el acto acusado, se estima que la misma resulta innecesaria, en consideración a que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que hace parte del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, en el fallo del 27 de mayo de 2020 que condenó a la señora Aída Merlano Rebolledo y consideró que respecto de la curul en que ésta fue designada aplica la figura de la silla vacía, por lo que no había lugar al llamamiento, dispuso expedir copias con destino a la Procuraduría “*para que en el ámbito de su competencia evalúe si se incurrió en alguna conducta que se deba investigar disciplinariamente con ocasión de ese proceder*”, entidad que también compareció al presente asunto a través de la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, a quien se le notificará la presente decisión. Por lo tanto, sobre los hechos que dieron lugar al llamamiento se ha informado al competente para que adelante las investigaciones respectivas.

#### **2.5.2.3. De la pretensión de declarar la existencia de la silla vacía**

145. Finalmente, frente a la solicitud de declarar que el Partido Conservador Colombiano no puede suplir la vacancia de la curul de la senadora Aída Merlano Rebolledo, debido a que existe una prohibición constitucional de reemplazo, como se precisó al admitir la demanda del señor David Ricardo Racero Mayorca<sup>67</sup>, se

<sup>66</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 23 de noviembre de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado N° 76001-23-33-000-2017-00053-01. Posición reiterada en Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 13 de febrero de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2020-00030-00

<sup>67</sup> Mediante la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 8 de agosto de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2019-00034-00.





estima que en realidad corresponde a una petición consistente en *“que se acepte el argumento principal sobre el cual se edifica la solicitud de nulidad, esto es, que según el artículo 134 Superior, la vacante de la anterior Senadora, contra la cual se dictó orden de captura por la presunta comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática, no puede suplirse de forma alguna, y por ende, que el llamamiento de la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo es contrario al ordenamiento jurídico”*, argumento con fundamento en cual se verificó la ilegalidad de la designación censurada y se confirmó la imposibilidad proveer la referida vacante, por lo que al accederse a la pretensión principal tal solicitud también se satisface.

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,

### III. RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo, en su condición de senadora de la República, para el período 2018-2022, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NEGAR** las demás pretensiones de las demandas, por las razones expuestas en el presente proveído.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Presidente

**LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA**  
Magistrado

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Magistrada  
(Aclara voto)

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Magistrado





“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”.

**NULIDAD ELECTORAL – Cronología de los acontecimientos y el alcance en la situación que se juzga / VACANCIA TEMPORAL DEL CONGRESISTA / VACANCIA DEFINITIVA DEL CONGRESISTA – Implica para la autoridad nominadora desplegar la actividad de llamamiento / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD – La prohibición del llamamiento exige una sentencia condenatoria y la orden de captura no lo es**

Si bien el fallo contiene las fechas de la orden de captura, de cuándo se profirió la sentencia de nulidad electoral y cuándo la Corte Suprema dictó fallo condenatorio contra la señora Aída Merlano, [se considera] que más allá de la mención que se hace, la decisión no dimensionó el alcance de cada decisión en la particularidad de las circunstancias que rodearon el caso. En este asunto se parte de una orden de captura que siempre se ha considerado un hecho constitutivo de vacancia temporal, en tanto no es la decisión definitiva y, en últimas, puede ser revocada por la autoridad penal y si bien conforme al mandato del artículo 134 superior no puede ser objeto de reemplazo cuando se trata de delitos contra los mecanismos de participación democrática, la medida sigue siendo para efectos electorales de vacancia temporal, pero y qué sucede cuando aparece en este interregno una decisión judicial que implica la vacancia definitiva del cargo, como lo es la decisión de nulidad de la elección de la señora Aída Merlano y es con base en ésta, que el Congreso inicia la labor de llamamiento, que había cumplido absteniéndose de suplir mientras estaba sometido a la vacancia temporal por la orden de captura. Lo cierto es que la sentencia de nulidad del Consejo de Estado implica un quiebre en la continuidad de la clase de vacancia que se imposibilitaba cubrir, por mérito del artículo 134 constitucional con la mera orden de captura, pero que se finiquitó, electoralmente hablando –no en lenguaje penal- con la mutación de vacancia temporal por la orden de captura a vacancia definitiva con la decisión de nulidad electoral de la Sección Quinta. (...). [L]a vacancia definitiva implica para la autoridad nominadora o electora en los cargos por voto popular el desplegar la actividad de llamamiento, pues es claro que a diferencia de los particulares, el sector público tiene un margen muy reducido para justificar su quietud u omisión en lo que debe proceder a ejecutar. Y es que la no suplencia del vacío desde la orden de captura, en el caso concreto, fue cumplida por el Congreso como autoridad llamante, pero cuando la vacancia temporal pasó a ser definitiva procedió al llamamiento respectivo. No se advierte por parte del Constituyente que se pretenda que con la orden de captura la medida se vuelva permanente a la espera de un fallo penal definitivo, no solo porque la norma superior no lo contempla de esa forma, sino porque conforme al entendimiento de la convencionalidad, los derechos políticos, en este punto de lo penal, solo pueden restringirse en esta materia con decisión penal condenatoria (“condena, por juez competente, en proceso penal” artículo 23 de la CADH) y la orden de captura no lo es. Y es que no se puede desconocer que el medio de control de nulidad electoral es de naturaleza pública y universal, lo que significa que puede ser incoado por cualquier persona, y tiene por objeto preservar el orden jurídico en abstracto, mediante un juicio desprovisto de todo tipo de componentes sancionatorios. Asimismo, se tiene que esta disposición de orden interno, es un desarrollo de esa posibilidad de restricción a ciertos derechos y libertades –los del elegido– en defensa de otros –los del elector, los no elegidos y los del sistema democrático en general– atendiendo a razones de interés público, que entran en perfecta





sincronía con ella en tanto existe la posibilidad de consagrar medidas judiciales – penales y no penales– siempre que en estas se respeten las garantías propias del ejercicio del debido proceso, bajo el tamiz de la infracción al ordenamiento jurídico. De otro lado, en el marco internacional existe un compendio normativo que, por tratarse de una incorporación al bloque de constitucionalidad, resulta imperante de ser observado en el ejercicio de la función pública. Al respecto quiero referirme a dos de ellos específicamente: (i) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrito por el Estado colombiano y aprobado a través de la Ley 16 de 1972, propiamente los artículos 23 y 30, atinentes a los derechos políticos y a las restricciones de a los derechos y libertades allí reconocidas; y (ii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 970 de 2005, en concreto el artículo 30, numerales 7 y 8, relacionados con la facultad estatal de establecer procedimientos para inhabilitar a personas condenadas, sin que ello implique un desconocimiento del proceso disciplinario al que hubiere lugar. Estas disposiciones resultan un claro complemento al contexto del medio electoral, pues, precisamente dentro del control de convencionalidad que existe para la administración de justicia y con ello el reconocimiento, entre otros, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las señaladas normas no pretenden desplazar el régimen interno, sino ser un complemento a este a partir de la interpretación sistemática que debe tener el juez como garante de derechos de la ciudadanía. Así, este conjunto de prerrogativas internacionales tiene una finalidad específica y es que, aun cuando existan estas, medie un respeto por la libertad normativa de los ordenamientos internos, fungen como elementos guía para que, tratándose de la administración de justicia, se adopten decisiones con plenas garantías al debido proceso y con ello, a los diferentes derechos de las partes, con apego a los principios de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad. Con este panorama resulta imperante traer a colación lo acontecido con el ex alcalde mayor de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego (elegido popularmente), que si bien tuvo que ver con la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría General de la Nación, en el desarrollo argumentativo la Corte Interamericana de Derechos Humanos termina exigiendo que la restricción del derecho político de una persona elegida por voto popular tenga origen únicamente en una sentencia condenatoria. (...). [Se estima] que este análisis hubiera nutrido la providencia de la cual presento esta divergencia, con respecto a la mera orden de captura como parámetro indicativo de imposibilidad del llamamiento congresual, pues no puede olvidarse que la convencionalidad exige la sentencia condenatoria, cualificación que no se predica de la medida de captura. Aunado a que si la vacancia temporal devenida de la orden de captura fuera el parámetro permanente que imposibilita el llamamiento, así se hubiera previsto en la norma indicando alguna expresión similar de “independientemente de que resulte condenado o no” y, en esa línea de interpretación amplia, entonces tampoco el juez de la nulidad electoral podría dictar sentencia de nulidad electoral, al quedar sometido a la prejudicialidad penal, debiendo esperar a que la jurisdicción penal resolviera en forma definitiva la situación del sujeto con orden de captura. En más de las veces, cuando las normas se redactan, se tiene en mente principios loables y de gran envergadura axiológica -cómo no reconocerlo frente a la sanción a la colectividad que abrazó y apoyó a un delincuente, como acontece en este caso- pero que en la realidad al momento de darle aplicación práctica son varios los escollos que se encuentran y que se deben analizar con cuidado para no terminar transgrediendo otras normas. A partir de lo anterior, más allá de las generalidades y fundamento teórico que se pueda exponer, la pregunta que se debe resolver es qué se debe hacer, cuando luego de la vacancia temporal la situación varía a vacancia definitiva y, por ende, insisto en que el análisis debe enfocarse en parámetros de dónde inicia y dónde termina cada situación que está comprobada, teniendo cuidado en no ir a







transgredir otras normas e incluso la convencionalidad; en no desconocer la importancia del juez de la nulidad electoral pues eso es y a eso se debe la Sección Quinta; en no generar jurisprudencialmente entendimientos de prejudicialidad que por años se ha decantado la jurisprudencia contencioso administrativo de superar a otros derechos que así lo han pretendido y de no otorgar mayor alcance que el Constituyente ni siquiera pareció tener en mente, como al parecer se pretende con la figura de la orden de captura. Determinar si a partir de la vacancia definitiva generada, el Congreso podía y debía legal y constitucionalmente dejar de ejecutar la medida de llamamiento, porque desandando lo dicho, se le atribuye al Congreso que su actuación inconstitucional deviene de haber llamado a un cargo que no podía proveer porque estaba bajo orden de captura, con lo cual incurrió en violación del artículo 134 Superior, no resultaba tan evidente y menos cuando en la cronología de los hechos el fallo de nulidad electoral generó una vacancia definitiva. Es más era viable y de mayor garantía para los derechos políticos en tratándose de un cargo de elección por voto popular considerarse que solo a partir de la ejecutoria de la sentencia penal condenatoria, se sancionara al partido político postulante de la condenada con la imposibilidad de que continuara ocupando la curul, pues ese es el punto o parámetro de inflexión en el que con certeza podría aplicarse la figura llamada coloquialmente “silla vacía”.

### **NULIDAD ELECTORAL – Se debió analizar el alcance de la sentencia penal condenatoria**

Pero (...) la situación no se detiene ahí, pues luego se profiere la sentencia penal. Qué alcances o qué efectos tiene esa sentencia penal sobre la situación que ya había quedado definida atrás por el Consejo de Estado. Considero que ese es uno de los puntos que hay que definir realmente. (...). Si se decanta la tesis de la primacía de la decisión de la Corte Suprema de Justicia esto lleva a colegir que, a futuro, el juez de la nulidad electoral, en los eventos en que existe orden de captura, debe esperar a qué resuelve el juez penal para definir la situación jurídica. Entonces, hasta qué punto es vinculante la decisión de la Corte Suprema de Justicia. Si la opción es que la decisión de la nulidad electoral, se continúe predicando autónoma e independiente, qué acontece con la curul de cara a la figura de la silla vacía si habiéndose negado la pretensión tendiente nulitar la elección, se decide por fallo que el capturado es culpable penalmente. De ahí [la] insistencia en la discusión y debate en Sala del entonces proyecto, para que se estudiaran todas las variables que se generaban con la decisión a adoptar y que estaban quedando sin solución pasible de entendimiento.

### **NULIDAD ELECTORAL - Es un caso práctico más que dogmático**

[V]arios aspectos surgían como matices en el asunto que ocupaba la atención de la Sala, que debieron ser tenidos en cuenta y analizados, pues desde todo punto de vista debió resaltarse la importancia de la decisión adoptada por esta Sala Electoral, aunado a que no es tan claro que en la *praxis* sea viable indicar que desde la orden de captura “en ningún caso” contenida en el artículo 134 Superior, implique tan solo con orden de captura que no se pueda reemplazar el cargo vacante, porque itero nos encontraríamos con el muro de la convencionalidad, cuyo padecimiento más cercano y que remeció a toda la administración de justicia fue el caso Petro en la CIDH, que incluso contenido en el artículo 134 constitucional en la previsión que se contenía en el parágrafo del derecho interno constitucional “la sanción disciplinaria consistente en destitución” y con las explicaciones de la Corte Constitucional de tener norma en el derecho interno, tuvo eco a oídos de la CIDH y que entrelíneas y más allá de que el asunto se haya ventilado por el lado de una decisión administrativa disciplinaria, termina exigiendo





al Estado Colombiano que la restricción de derechos políticos, frente al elegido por voto popular, devenga de sentencia o fallo condenatorio. (...) [Por eso la iteración] manifestada a la Sala, en lo que [se considera] era más una controversia devenida de la aplicación en el tiempo de todo lo que aconteció: orden de captura de la autoridad penal, nulidad electoral por parte de la Sección Quinta y decisión condenatoria definitiva por parte de la Corte Suprema de Justicia, en qué tiempo sucedió y realmente cuál es el efecto de ese *íter* cronológico y de cada una de ellas dentro del asunto particular en controversia, que un asunto que permitiera estructurar aspectos teóricos de aplicación general. En efecto, [se estima] que este análisis hubiera nutrido la providencia, atendiendo a la situación particular que rodeó el asunto, al rol de juez de convencionalidad difusa que le asiste al Consejo de Estado – lo que lo habilita para emplear el bloque de constitucionalidad en sus decisiones –, a los señalamientos de la CIDH respecto al reproche de que un derecho político frente a una elección por voto popular solo puede devenir de una sentencia penal condenatoria –lo que excluye a la orden de captura-, habrían fortalecido los planteamientos allí consignados, de ahí que durante el debate previo hubiera insistido en que el hoy fallo se hubiera detenido en consideraciones alusivas a los temas planteados en precedencia.

**FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 134**

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN QUINTA**

#### **ACLARACIÓN DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 11001-03-28-000-2019-00024-00 (11001-03-28-000-2019-00034-00)**

**Actor: ÓSCAR RODRÍGUEZ ORTIZ Y OTRO**

**Demandado: SOLEDAD TAMAYO TAMAYO - SENADORA DE LA REPÚBLICA, PERÍODO 2018-2022**

**Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Llamamiento a ocupar la curul senatorial. Limitación al derecho político para cargo de elección popular ante orden de captura. Vacancia temporal y definitiva. (Caso subyacente: Aída Merlano). Silla vacía**

#### **SENTENCIA - ACLARACIÓN DE VOTO**

---

Con el debido respeto, manifiesto la razón por la cual aclaro mi voto en relación con la decisión adoptada en Sala de 13 de mayo de 2021 por medio de la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad del acto de llamamiento





de la senadora Soledad Tamayo Tamayo y negó las demás pretensiones de las demandas.

Mi aclaración de voto tiene como ejes temáticos aspectos que considero debieron ser dilucidados por el fallo, a saber: 1) La cronología de los acontecimientos y el alcance en la situación que se juzga; 2) La Corte Suprema y la sentencia penal condenatoria contra Aída Merlano y 3) Se trató de un caso práctico más que dogmático y cuyas razones se explican a continuación:

### **1) La cronología de los acontecimientos y el alcance en la situación que se juzga.**

Si bien el fallo contiene las fechas de la orden de captura, de cuándo se profirió la sentencia de nulidad electoral y cuándo la Corte Suprema dictó fallo condenatorio contra la señora Aída Merlano, me parece que más allá de la mención que se hace, la decisión no dimensionó el alcance de cada decisión en la particularidad de las circunstancias que rodearon el caso.

En este asunto se parte de una orden de captura que siempre se ha considerado un hecho constitutivo de vacancia temporal, en tanto no es la decisión definitiva y, en últimas, puede ser revocada por la autoridad penal y si bien conforme al mandato del artículo 134 superior no puede ser objeto de reemplazo cuando se trata de delitos contra los mecanismos de participación democrática, la medida sigue siendo para efectos electorales de vacancia temporal, pero y qué sucede cuando aparece en este interregno una decisión judicial que implica la vacancia definitiva del cargo, como lo es la decisión de nulidad de la elección de la señora Aída Merlano y es con base en ésta, que el Congreso inicia la labor de llamamiento, que había cumplido absteniéndose se suplir mientras estaba sometido a la vacancia temporal por la orden de captura.

Lo cierto es que la sentencia de nulidad del Consejo de Estado implica un quiebre en la continuidad de la clase de vacancia que se imposibilitaba cubrir, por mérito del artículo 134 constitucional con la mera orden de captura, pero que se finiquitó, electoralmente hablando –no en lenguaje penal- con la mutación de vacancia temporal por la orden de captura a vacancia definitiva con la decisión de nulidad electoral de la Sección Quinta.

En suma, la vacancia definitiva implica para la autoridad nominadora o electora en los cargos por voto popular el desplegar la actividad de llamamiento, pues es claro que a diferencia de los particulares, el sector público tiene un margen muy reducido para justificar su quietud u omisión en lo que debe proceder a ejecutar.

Y es que la no suplencia del vacío desde la orden de captura, en el caso concreto, fue cumplida por el Congreso como autoridad llamante, pero cuando la vacancia temporal pasó a ser definitiva procedió al llamamiento respectivo.

No se advierte por parte del Constituyente que se pretenda que con la orden de captura la medida se vuelva permanente a la espera de un fallo penal definitivo, no





solo porque la norma superior no lo contempla de esa forma, sino porque conforme al entendimiento de la convencionalidad, los derechos políticos, en este punto de lo penal, solo pueden restringirse en esta materia con decisión penal condenatoria (“*condena, por juez competente, en proceso penal*” artículo 23 de la CADH) y la orden de captura no lo es.

Y es que no se puede desconocer que el medio de control de nulidad electoral es de naturaleza pública y universal, lo que significa que puede ser incoado por cualquier persona, y tiene por objeto preservar el orden jurídico en abstracto, mediante un juicio desprovisto de todo tipo de componentes sancionatorios. Asimismo, se tiene que esta disposición de orden interno, es un desarrollo de esa posibilidad de restricción a ciertos derechos y libertades –los del elegido– en defensa de otros –los del elector, los no elegidos y los del sistema democrático en general– atendiendo a razones de interés público, que entran en perfecta sincronía con ella en tanto **existe la posibilidad de consagrar medidas judiciales –penales y no penales– siempre que en estas se respeten las garantías propias del ejercicio del debido proceso, bajo el tamiz de la infracción al ordenamiento jurídico.**

De otro lado, en el marco internacional existe un compendio normativo que, por tratarse de una incorporación al bloque de constitucionalidad, resulta imperante de ser observado en el ejercicio de la función pública. Al respecto quiero referirme a dos de ellos específicamente: **(i)** la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrito por el Estado colombiano y aprobado a través de la Ley 16 de 1972, propiamente los artículos 23<sup>68</sup> y 30<sup>69</sup>, atinentes a los derechos políticos y a las restricciones de a los derechos y libertades allí reconocidas; y **(ii)** la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 970 de 2005, en concreto el artículo 30, numerales 7 y 8, relacionados con la facultad estatal de establecer procedimientos para inhabilitar a personas condenadas, sin que ello implique un desconocimiento del proceso disciplinario al que hubiere lugar<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> **Artículo 23. Derechos Políticos:** 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

<sup>69</sup> **Artículo 30. Alcance de las restricciones:** “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

<sup>70</sup> Artículo 30 (...) 7. Cuando la gravedad de la **falta** lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará **la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado** y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para: a) Ejercer cargos públicos; y b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado.

8. El párrafo 1 del presente artículo **no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos.**







Estas disposiciones resultan un claro complemento al contexto del medio electoral, pues, precisamente dentro del control de convencionalidad que existe para la administración de justicia y con ello el reconocimiento, entre otros, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las señaladas normas no pretenden desplazar el régimen interno, sino ser un complemento a este a partir de la interpretación sistemática que debe tener el juez como garante de derechos de la ciudadanía.

Así, este conjunto de prerrogativas internacionales tiene una finalidad específica y es que, aun cuando existan estas, medie un respeto por la libertad normativa de los ordenamientos internos, fungen como elementos guía para que, tratándose de la administración de justicia, se adopten decisiones con plenas garantías al debido proceso y con ello, a los diferentes derechos de las partes, con apego a los principios de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad.

Con este panorama resulta imperante traer a colación lo acontecido con el ex alcalde mayor de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego (elegido popularmente), que si bien tuvo que ver con la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría General de la Nación, en el desarrollo argumentativo la Corte Interamericana de Derechos Humanos termina exigiendo que la restricción del derecho político de una persona elegida por voto popular tenga origen únicamente en una sentencia condenatoria. En efecto, en la aludida providencia supranacional indicó:

“(…) si la destitución e inhabilitación ordenadas por la Procuraduría en el primer proceso disciplinario, el procedimiento y el marco normativo que las sustentan, así como los recursos intentados para combatirlas, constituyeron una violación a los derechos políticos, las garantías judiciales, y la protección judicial del señor Petro en relación la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, así como un incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno por parte del Estado. También corresponde determinar si los efectos de la sanción impuesta contra el señor Petro habrían constituido una violación a su derecho a la integridad personal. El análisis también tomará en cuenta aquellas cuestiones de fondo planteadas por la Comisión y los representantes relacionadas con el proceso ante la SIC, el proceso ante la Contraloría por la reducción de las tarifas del servicio de transporte público Transmilenio, y ante la Procuraduría por los cambios al Plan de Ordenamiento Territorial. En razón de ello, la Corte analizará el fondo del presente caso en dos capítulos. En el primer capítulo, evaluará lo siguiente en relación con la presunta víctima: a) la presunta violación a los derechos políticos, y b) la presunta violación a las garantías judiciales y la protección judicial. En un segundo capítulo, se analizará: c) la presunta violación al derecho a la integridad personal”.

En relación con la interpretación y alcance del precedente internacional decantado en la sentencia del caso López Mendoza vs Venezuela, acuñó:

“96. La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: **sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal.** El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a





esta conclusión, pues tanto la destitución como **la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores**” (Negrillas propias).

En armonía con lo anterior, se destaca que, en la consabida sentencia de 8 de julio de 2020, la Corte Interamericana manifestó:

“Lo anterior busca que la limitación de los derechos políticos no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de **proteger que la oposición política** pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas. De esta forma, el Tribunal considera que **las sanciones de destitución e inhabilitación de funcionarios públicos democráticamente electos** por parte de una autoridad administrativa disciplinaria, **en tanto restricciones a los derechos políticos no contempladas dentro de aquellas permitidas por la Convención Americana, son incompatibles no solo con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención, sino también con el objeto y fin del mismo instrumento**

(...)

100. Tal como fue señalado con anterioridad, del artículo 23.2 de la Convención se desprenden los requisitos **para que proceda la restricción de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23.1 como consecuencia de una sanción de destitución e inhabilitación de un funcionario público democráticamente electo**. En el caso de la sanción impuesta al señor Petro, ninguno de esos requisitos se cumplió, pues **el órgano que impuso dicha sanción no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana**. Además, la sanción de destitución –aun cuando esta haya ocurrido por un período de un mes– constituyó una restricción a los derechos políticos tanto del funcionario democráticamente electo, que no pudo continuar ejerciendo su cargo, como una afectación a los derechos de aquellas personas que lo eligieron, y en general afecta la dinámica del juego democrático al constituir una alteración de la voluntad de los electores” (Negrillas propias).

Cabe decir que, en la mentada sentencia el Estado colombiano fue declarado responsable *“por la violación al artículo 23 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, y por la violación a los artículos 8.1 y 8.2.d) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Gustavo Francisco Petro Urrego”*.

Por tanto, estimo que este análisis hubiera nutrido la providencia de la cual presento esta divergencia, con respecto a la mera orden de captura como parámetro indicativo de imposibilidad del llamamiento congresual, pues no puede olvidarse que la convencionalidad exige la sentencia condenatoria, cualificación que no se predica de la medida de captura.

Aunado a que si la vacancia temporal devenida de la orden de captura fuera el parámetro permanente que imposibilita el llamamiento, así se hubiera previsto en la norma indicando alguna expresión similar de *“independientemente de que resulte condenado o no”* y, en esa línea de interpretación amplia, entonces tampoco el juez de la nulidad electoral podría dictar sentencia de nulidad electoral, al quedar sometido a la prejudicialidad penal, debiendo esperar a que la



jurisdicción penal resolviera en forma definitiva la situación del sujeto con orden de captura.

En más de las veces, cuando las normas se redactan, se tiene en mente principios loables y de gran envergadura axiológica -cómo no reconocerlo frente a la sanción a la colectividad que abrazó y apoyó a un delincuente, como acontece en este caso- pero que en la realidad al momento de darle aplicación práctica son varios los escollos que se encuentran y que se deben analizar con cuidado para no terminar transgrediendo otras normas.

A partir de lo anterior, más allá de las generalidades y fundamento teórico que se pueda exponer, la pregunta que se debe resolver es qué se debe hacer, cuando luego de la vacancia temporal la situación varía a vacancia definitiva y, por ende, insisto en que el análisis debe enfocarse en parámetros de dónde inicia y dónde termina cada situación que está comprobada, teniendo cuidado en no ir a transgredir otras normas e incluso la convencionalidad; en no desconocer la importancia del juez de la nulidad electoral pues eso es y a eso se debe la Sección Quinta; en no generar jurisprudencialmente entendimientos de prejudicialidad que por años se ha decantado la jurisprudencia contencioso administrativo de superar a otros derechos que así lo han pretendido y de no otorgar mayor alcance que el Constituyente ni siquiera pareció tener en mente, como al parecer se pretende con la figura de la orden de captura.

Determinar si a partir de la vacancia definitiva generada, el Congreso podía y debía legal y constitucionalmente dejar de ejecutar la medida de llamamiento, porque desandando lo dicho, se le atribuye al Congreso que su actuación inconstitucional deviene de haber llamado a un cargo que no podía proveer porque estaba bajo orden de captura, con lo cual incurrió en violación del artículo 134 Superior, no resultaba tan evidente y menos cuando en la cronología de los hechos el fallo de nulidad electoral generó una vacancia definitiva.

Es más era viable y de mayor garantía para los derechos políticos en tratándose de un cargo de elección por voto popular considerarse que solo a partir de la ejecutoria de la sentencia penal condenatoria, se sancionara al partido político postulante de la condenada con la imposibilidad de que continuara ocupando la curul, pues ese es el punto o parámetro de inflexión en el que con certeza podría aplicarse la figura llamada coloquialmente “silla vacía”.

## **2) La Corte Suprema y la sentencia penal condenatoria contra Aída Merlano**

Pero a mi juicio, la situación no se detiene ahí, pues luego se profiere la sentencia penal. Qué alcances o qué efectos tiene esa sentencia penal sobre la situación que ya había quedado definida atrás por el Consejo de Estado. Considero que ese es uno de los puntos que hay que definir realmente, por cuanto conforme lo menciona el proyecto la Sala Penal en el fallo condenatorio contra Aída Merlano indicó que por artículo 134 constitucional ese cargo no podía ser reemplazado.



Para este análisis varias vías debían ser despejadas para determinar las variables e hipótesis posibles, a saber: Si se decanta la tesis de la primacía de la decisión de la Corte Suprema de Justicia esto lleva a colegir que, a futuro, el juez de la nulidad electoral, en los eventos en que existe orden de captura, debe esperar a qué resuelve el juez penal para definir la situación jurídica. Entonces, hasta qué punto es vinculante la decisión de la Corte Suprema de Justicia. Si la opción es que la decisión de la nulidad electoral, se continúe predicando autónoma e independiente, qué acontece con la curul de cara a la figura de la silla vacía si habiéndose negado la pretensión tendiente nulificar la elección, se decide por fallo que el capturado es culpable penalmente.

De ahí mi insistencia en la discusión y debate en Sala del entonces proyecto, para que se estudiaran todas las variables que se generaban con la decisión a adoptar y que estaban quedando sin solución pasible de entendimiento.

### 3) Es un caso práctico más que dogmático

Comedidamente consideré que el enfoque del asunto tendría que ser un poco menos dogmático, pues en la pretensión de estructurar generalidades, se presenta el escollo de que al no haber sido valoradas todas las hipótesis posibles, se genere confusión o incluso aplicaciones sesgadas.

Lo afirmo de ese modo, en tanto varios aspectos surgían como matices en el asunto que ocupaba la atención de la Sala, que debieron ser tenidos en cuenta y analizados, pues desde todo punto de vista debió resaltarse la importancia de la decisión adoptada por esta Sala Electoral, aunado a que no es tan claro que en la *praxis* sea viable indicar que desde la orden de captura “*en ningún caso*” contenida en el artículo 134 Superior, implique tan solo con orden de captura que no se pueda reemplazar el cargo vacante, porque itero nos encontraríamos con el muro de la convencionalidad, cuyo padecimiento más cercano y que remeció a toda la administración de justicia fue el caso Petro en la CIDH, que incluso contenido en el artículo 134 constitucional en la previsión que se contenía en el párrafo del derecho interno constitucional “*la sanción disciplinaria consistente en destitución*” y con las explicaciones de la Corte Constitucional de tener norma en el derecho interno, tuvo eco a oídos de la CIDH y que entrelíneas y más allá de que el asunto se haya ventilado por el lado de una decisión administrativa disciplinaria, termina exigiendo al Estado Colombiano que la restricción de derechos políticos, frente al elegido por voto popular, devenga de **sentencia o fallo condenatorio**.

A mi juicio, por eso mi iteración manifestada a la Sala, en lo que considero era más una controversia devenida de la aplicación en el tiempo de todo lo que aconteció: orden de captura de la autoridad penal, nulidad electoral por parte de la Sección Quinta y decisión condenatoria definitiva por parte de la Corte Suprema de Justicia, en qué tiempo sucedió y realmente cuál es el efecto de ese íter cronológico y de cada una de ellas dentro del asunto particular en controversia, que un asunto que permitiera estructurar aspectos teóricos de aplicación general.







En efecto, estimo que este análisis hubiera nutrido la providencia, atendiendo a la situación particular que rodeó el asunto, al rol de juez de convencionalidad difusa que le asiste al Consejo de Estado – lo que lo habilita para emplear el bloque de constitucionalidad en sus decisiones –, a los señalamientos de la CIDH respecto al reproche de que un derecho político frente a una elección por voto popular solo puede devenir de una sentencia penal condenatoria –lo que excluye a la orden de captura-, habrían fortalecido los planteamientos allí consignados, de ahí que durante el debate previo hubiera insistido en que el hoy fallo se hubiera detenido en consideraciones alusivas a los temas planteados en precedencia.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que me llevaron a aclarar mi voto.

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ.**  
**Magistrada**

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”

