

LA PARTICIPACION – Su importancia y su condición de fuente de legitimidad / LA PARTICIPACION – Como derecho / DEMOCRACIA – Principios materiales y principios estructurales / DEMOCRACIA – Formas de participación / DEMOCRACIA PARTICIPATIVA – Noción / DERECHO DE PARTICIPACION – Carácter universal y expansivo

Conforme a lo expuesto, la democracia y, de manera particular la democracia participativa, se erige en una categoría central para el sistema constitucional colombiano, cuyo reconocimiento y garantía tiene consecuencias directas en la forma en que actúan, inciden y se expresan los ciudadanos, las organizaciones sociales y las autoridades públicas. En ese sentido, tal y como lo afirman los considerandos de la Carta Democrática de la Organización de los Estados Americanos “el carácter participativo de la democracia en nuestros países en los diferentes ámbitos de la actividad pública contribuye a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en el Hemisferio” [...] De lo expuesto, resulta indubitable para esta Sala que el reconocimiento de la participación como un derecho se traduce entonces en la posibilidad de que el pueblo y los ciudadanos que lo integran, además de concurrir a los diferentes actos electorales, puedan proferir directamente actos decisorios a los que se reconozca fuerza normativa autónoma. Como quedó enunciado, la Constitución Política regula los mecanismos que hacen posible que los ciudadanos tomen decisiones directamente tal y como ocurre en el caso del plebiscito, del referendo y de la consulta popular. Igualmente prevé la Carta formas de participación de los ciudadanos que no conducen a la adopción directa de decisiones pero que implican la posibilidad de incidir en las decisiones de mayor importancia tal y como ocurre, por ejemplo, con la iniciativa popular normativa, con el cabildo abierto o con la acción pública de inconstitucionalidad (arts. 40, 103, 104, 106, 155, 170, 241, 375, 376, 377 y 378) -el derecho a la democracia “como decisión”-.

MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA – Consulta popular / CONSULTA POPULAR – Definición. Obligatoriedad

La consulta popular del orden nacional y del orden territorial tiene una dimensión representativa en la que interviene en el orden nacional y por expresa disposición constitucional el Presidente y el Senado de la República (art. 104) y, en el orden territorial el Gobernador o el Alcalde –también en virtud de la exigencia constitucional precisa fijada en el artículo 105- y las asambleas, concejos o juntas administradoras locales –por disposición legal-. En esta fase representativa, es el Gobierno el titular de la iniciativa y quien determina, en el caso de no tratarse de una consulta obligatoria, la oportunidad para su realización. Una vez agotada esta fase se activa la dimensión participativa permitiendo que los ciudadanos tomen una decisión, con efectos obligatorios, respecto del asunto consultado. [...] El artículo 80 de la ley 134 de 1994, Estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana, prevé una definición de la consulta popular que coincide con la comprensión que de tal figura ha tenido la jurisprudencia constitucional. Dicha disposición establece que es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometido por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto. Prescribe además, que en todos los casos la decisión adoptada por el pueblo resulta obligatoria. Al examinar la constitucionalidad de la aludida Ley Estatutaria en la sentencia C-180 de 1994, la Corte Constitucional, a propósito de la consulta popular, señaló su condición de mecanismo de participación ciudadana consistente “en la posibilidad que tiene el gobernante de acudir ante el pueblo para conocer y percibir sus expectativas, y

luego tomar una decisión.” Esta definición implica que el pueblo no adopta directamente la decisión respecto del asunto consultado sino que, en otra dirección, impone un mandato de actuación al ejecutivo. [...] No obstante que en principio la realización de la consulta popular es una facultad del Presidente, de los Gobernadores y de los Alcaldes, esa Corporación ha considerado que ella resulta obligatoria para la formación de nuevos departamentos (art. 297), para la conformación de un área metropolitana o para la vinculación de un Municipio a una de ellas (art. 319 inc. 2 y 3) y para la vinculación de un municipio a una provincia ya constituida (art. 321. Inc. 4).

CONSULTA POPULAR PARA LA CREACION DE MUNICIPIOS - Marco normativo y jurisprudencial / CREACION DE MUNICIPIOS – Requisitos / LEYES ESTATUTARIAS – Jerarquía prevalente / CREACION DE MUNICIPIOS – De Guachené en el departamento del Cauca

Observa la Sala que en el caso presente, la consulta popular surgió por un grupo de ciudadanos que presentaron un derecho de petición ante el Gobernador del Cauca (folios 89 cuaderno anexos), con el fin de preguntarle al pueblo si quiere o no la creación del municipio de Guachené. El 10 de noviembre de 2005, el Gobernador del Cauca solicitó a la Asamblea Departamental realizar el correspondiente concepto de conveniencia (folio 123 cuaderno anexos) y, a su vez, solicitó al Tribunal Administrativo del Cauca el concepto de constitucionalidad de la pregunta “*Desea usted que Guachené se convierta en municipio? Si _ NO_*” (folio 129 cuaderno anexos) En efecto, la Asamblea Departamental del Cauca mediante oficio ADC-293 de 21 de noviembre de 2005 le informó al Gobernador que “*la Honorable Asamblea Departamental del Cauca en sesión ordinaria realizada el 21 de noviembre del presente año, aprobó el concepto emitido por la comisión de régimen político y municipal, el cual se transcribe de la siguiente manera: (...) Que es pertinente esta solicitud y que la corporación dar su voto afirmativo a esta petición. (...) Además de tenerse en cuenta el anterior concepto emitido por la comisión de régimen político y municipal, me permito informarle que la Honorable Asamblea dio su voto positivo en cuanto a la consulta realizada por usted.*” (folio 126 cuaderno anexos) A su vez, el Tribunal Administrativo del Cauca mediante concepto de 19 de diciembre de 2005 decidió declarar constitucional el texto de la consulta popular convocada por el señor Gobernador del Departamento del Cauca en la que se pregunta “Desea usted que Guachené se convierta en municipio? SI_ NO_, por las razones expuestas” (folio 129 cuaderno de anexos) Pese a que el actor invocó como violadas normas aplicables a las iniciativas legislativas y al referendo, las cuales no corresponden a la consulta popular, la Sala observa que el Gobernador del Cauca cumplió con los requisitos descritos en los artículos 51 y 52 de la Ley 134 de 1994 aplicables al presente caso, es decir, que una vez recibido el derecho de petición presentado por un grupo de ciudadanos solicitando la realización de la consulta popular, el Gobernador procedió a solicitarle a la Asamblea Departamental el concepto de conveniencia respectivo y al Tribunal Contencioso Administrativo, el concepto de constitucionalidad de la pregunta formulada en la consulta.

CREACION DE MUNICIPIOS – Consulta popular / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL – No está dentro de su competencia archivar un proyecto de ordenanza que contiene la decisión del pueblo / GOBERNADOR - Adopción por decreto ante negativa de la Corporación en adoptar el acto de creación

Está probado en el proceso, que la creación del municipio de Guachené surgió por iniciativa popular (consulta popular) y, en cumplimiento del artículo 56 de la Ley

134 de 1994, el Gobernador del Cauca presentó ante la Asamblea el respectivo proyecto de ordenanza y, cuando fue sometido a votación en segunda vuelta, el proyecto fue negado por mayoría y posteriormente archivado. Como la Asamblea Departamental no expidió la ordenanza dentro del término señalado en la ley, el Gobernador profirió el Decreto con fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006 “por medio del cual se crea el municipio de Guachené”. La Sala destaca que no está dentro de las competencias de las asambleas departamentales negar y archivar un proyecto de ordenanza que contiene una decisión tomada por el pueblo mediante una consulta popular y abstenerse de expedir los actos que obligatoriamente le corresponden, pues el artículo 56 de la Ley 134 de 1994 dice claramente que la asamblea “*deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva*”. Por lo tanto, el concepto del Ministerio del Interior y de Justicia no podía servir de excusa para que el Gobernador del Cauca no cumpliera con el mandato del artículo 56 de la Ley 134 de 1994 y, en razón al archivo del proyecto de ordenanza por parte de la Asamblea Departamental del Cauca, profiriera el decreto con fuerza de ordenanza que hoy se demanda.

CREACIÓN DE MUNICIPIOS - Obligatoriedad de la consulta popular: adopción por decreto ante negativa de la Asamblea en adoptar el acto de creación / DECRETO CON FUERZA DE ORDENANZA – No es exigible el requisito de control automático previo de legalidad

En tratándose del municipio de Guachené, cuya creación emana de la voluntad mayoritaria del pueblo expresada a través de la consulta popular, el requisito del control automático previo de legalidad erigido en el artículo 15 numeral 4º de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 8º de la Ley 136 de 1994 resulta contrario a los artículos 40 y 103 de la Constitución Política en este caso concreto, pues conlleva a un vaciamiento de la voluntad popular. Aceptar una conclusión diferente implicaría anular la democracia participativa en tanto la decisión del Pueblo dejaría de tener predominio y la pasaría a tener el Congreso, órgano constituido, que no puede sustituir la voluntad del pueblo. Por ello, por esta razón los requisitos previstos en el artículo 8 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000 para la creación de municipios, deben verificarse antes de la consulta popular. [...] Se reitera, que el requisito de control automático **previo** de legalidad no es exigible respecto del decreto con fuerza de ordenanza, pues las competencias son expresas y en ninguna norma se le asigna a los tribunales de lo contencioso administrativo, la función de ejercer un control previo de legalidad sobre los decretos con fuerza de ordenanza que crean un municipio. Este control está restringido exclusivamente al caso de la creación de un municipio mediante ordenanza y no puede hacerse extensivo al caso de los decretos con fuerza de ordenanza que han sido resultado de una consulta popular como ocurrió en el caso presente, pues se estaría desconociendo el mandato constitucional de los artículos 6 y 121, según los cuales las funciones de los órganos del Estado deben estar señaladas en la ley o el reglamento. Lo anterior por cuanto el decreto con fuerza de ordenanza fue producto de la consulta popular, que hizo explícita la voluntad de crear el municipio y que no podía desconocerse.

CREACION DEL MUNICIPIO DE GUACHENÉ – Falta de consulta popular respecto de unas veredas / REFERENDUM – Debe realizarse cuando no precede consulta popular / DECRETO CON FUERZA DE ORDENANZA – Validación por medio de referéndum

Comparada el Acta Parcial de Escrutinio de votos para la creación del municipio de Guachené con el Decreto con Fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006, se observa que de las veinticuatro (24) veredas que se incluyeron en dicho decreto,

catorce (14) veredas no participaron en la consulta popular, a saber: Mingo, Cabito, Barragan, Cabañita, San Antonio, Pueblo Nuevo, Llano de Taula Alto, Juan Perdido, Campo Llanito, Campo Alegre, San José, La Dominga, Ciénaga Honda y Pilamo Negro. Pese a lo anterior, cabe advertir que de conformidad con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE- (folio 243 cuaderno anexo), se tiene que para el 9 de mayo de 2006 el número de población estimado para el proyecto del municipio de Guachené era de 26.163 y para el municipio de Caloto fue de 20.209, lo que significa que el requisito del número de habitantes del municipio segregado y del cual se segrega estaría conforme al artículo 15 de la Ley 617 de 2000. Si bien es cierto que catorce (14) de las veredas que fueron incluidas en el Decreto con Fuerza de Ordenanza 0653 de 2006 no fueron consultadas según el Acta Parcial de Escrutinio de Votos, esta omisión es subsanable conforme lo prevé el inciso segundo del párrafo primero del artículo 15 de la Ley 617 de 2000, conforme el cual “Cuando no hubiere precedido la consulta popular a la ordenanza que apruebe la creación de un nuevo municipio, una vez ésta se expida será sometida a referéndum en el que participen los ciudadanos del respectivo territorio”. [...] Por lo anterior, la Sala ordenará al Gobernador del Cauca que, en el término de seis (6) meses a partir de la notificación de esta providencia, proceda a adelantar todas las gestiones tendientes a que estas catorce (14) veredas sean convocadas a referéndum y validen el contenido del Decreto con fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006, en virtud del cual se les integra como parte del municipio de Guachené, conforme el artículo 15, inciso segundo del párrafo 1º, de la Ley 617 de 2000.

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencias C-048 de 2001; T-631 de 2001; T-003 de 1992; C-454 de 1993; T-540 de 1992; C-089 de 1994; C-674 de 2008; C-179 de 2002; C-021 de 1996; SU-1122 de 2001; C-748 de 2011; y C-180 de 1994 de la Corte Constitucional. Y del Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, de 23 de agosto de 2005, Radicación 11001-03-15-000-2000-00438-01 (S-00438), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 3 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 23 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 40 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 103 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 104 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 105 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 152 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 297 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 300 NUMERAL 6 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 319 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 321 / CARTA DEMOCRÁTICA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVILES Y POLITICOS – ARTICULO 25 / CONVENCION AMERICNA DE DERECHOS HUMANOS – ARTICUO 23 / LEY 134 DE 1994 – ARTICULO 1 / LEY 134 DE 1994 – ARTICULO 8 / LEY 134 DE 1994 – ARTICULO 10 / LEY 134 DE 1994 – ARTICULO 27 / LEY 134 DE 1994 – ARTICULO 51 / LEY 134 DE 1994 – ARTICULO 53 / LEY 134 DE 1994 – ARTICULO 55 / LEY 134 DE 1994 – ARTICULO 56 / LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 15 / LEY 1551 DE 2012 – ARTICULO 11 / LEY 1551 DE 2012 – ARTICULO 12 / ORDENANZA 015 DE 2006 ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL CAUCA – ARTICULO 5 / ACUERDO 009 DE 2001 CONCEJO DE CALOTO CAUCA

NORMA DEMANDADA: DECRETO CON FUERZA DE ORDENANZA 0653 DE 2006 (19 de diciembre) DEPARTAMENTO DEL CAUCA (No Anulado)

SÍNTESIS DEL CASO: El Municipio de Caloto (Cauca), mediante apoderado, solicitó la nulidad del Decreto con fuerza de Ordenanza N° 0092 del 2006 (enero 27), por el cual el Gobernador del Cauca convocó a una consulta popular en el corregimiento de Guachené del municipio de Caloto; del Decreto con fuerza de Ordenanza N° 653 de 19 de diciembre de 2006, por medio del cual el Gobernador del Cauca creó el municipio de Guachené en el Departamento del Cauca y se dictan otras disposiciones; y del Decreto No. 0654 de 20 de diciembre de 2006, por el cual el Gobernador del Cauca designó al Alcalde encargado y convocó a elecciones locales en el municipio de Guacherné, Departamento del Cauca. El Tribunal Administrativo del Cauca declaró la nulidad del Decreto con fuerza de Ordenanza N° 0653 de 19 de diciembre de 2006 y se inhibió de hacer pronunciamiento de fondo respecto de los Decretos Nos. 0092 y 654 de 2006. La Sala, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Gobernación del Cauca, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda; y le ordenó al Gobernador del Cauca que, en el término de seis (6) meses, adelante todas las gestiones tendientes a que las catorce (14) veredas que no participaron en la consulta popular sean convocadas a referéndum y validen el contenido del Decreto con fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006, en virtud del cual se les integra como parte del municipio de Guachené, conforme el artículo 15, inciso segundo del parágrafo 1º, de la Ley 617 de 2000.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 19001-23-31-000-2007-00024-02

Actor: MUNICIPIO DE CALOTO

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA

Se decide el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por la Gobernación del Cauca contra la sentencia de 8 de marzo de 2012, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cauca declaró la nulidad del Decreto con fuerza de Ordenanza N° 0653 de 19 de diciembre de 2006 *«por medio del cual se creó el Municipio de Guachené en el Departamento del Cauca»* y se inhibió de hacer pronunciamiento de fondo respecto de los Decretos Nos. 0092 (27 de enero) *«Por medio del cual se convocó a Consulta Popular en el Corregimiento de Guachené, Municipio de Caloto»* y 654 (20 de diciembre) de 2006 *«Por medio del cual se encargó Alcalde y se convocó a elecciones locales en el Municipio de Guachené»*.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 30 de enero de 2007, el Municipio de Caloto (Cauca) mediante apoderado, formuló la siguiente demanda:

1.1. Pretensiones

1.1.1 Que se declare nulo el Decreto con fuerza de Ordenanza N° 0092 del 2006 (enero 27), por el cual el Gobernador del Cauca convocó a una consulta popular en el corregimiento de Guachené del municipio de Caloto.

1.1.2 Que se declare la nulo el Decreto con fuerza de Ordenanza N° 653 de 19 de diciembre de 2006, por medio del cual el Gobernador del Cauca creó el municipio de Guachené en el Departamento del Cauca y se dictan otras disposiciones.

1.1.3 Que se declare nulo el Decreto No. 0654 de 20 de diciembre de 2006, por el cual el Gobernador del Cauca designó al Alcalde encargado y convocó a elecciones locales en el municipio de Guacherné, Departamento del Cauca.

1.2. Hechos

- El 27 de octubre de 2005, algunos ciudadanos del municipio de Caloto presentaron ante el Gobernador del Cauca un derecho de petición, mediante el cual solicitaron: (i) convocar a consulta popular a una determinada población del municipio de Caloto para que se pronuncien acerca de la aprobación o no de la creación del municipio de Guachené y, (ii) realizar los respectivos estudios socioeconómicos que deben sustentar el concepto de viabilidad de la creación del nuevo municipio de Guachené.
- El territorio y la población que debía segregarse del municipio de Caloto e integrar el municipio de Guachené estaría conformado por veinticuatro (24) veredas, a saber: San Jacinto, La Dominga, Quintero, Barragán, Cabito, Mingo, Caponera, Pueblo Nuevo, La Sofía, Guabal, Sabanetas, Obando, Pueblo Nuevo (Obando), Cabaña, Cabañita, San Antonio, San José, Juan Perdido, Campo

Alegre, Llano de Taula, Llano de Taula Alto, Campo Llanito, Silencio y Guachené.

- El 10 de noviembre de 2005, el Gobernador del Cauca le solicitó a la Asamblea Departamental del Cauca un concepto sobre la conveniencia de convocar a la población de las veredas que serían segregadas del municipio de Caloto, con el fin de realizar una consultar popular con la pregunta *“Desea usted, que Guachené se convierta en Municipio? Si_No_”*.
- El mismo día, es decir, el 10 de noviembre de 2005, el Gobernador del Cauca mediante Oficio No. 005029 requirió a los Delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil del Departamento del Cauca, con el fin de adelantar las gestiones pertinentes para llevar a cabo la consulta popular a los habitantes del corregimiento de Guachené y de las veredas San Jacinto, La Dominga, Quintero, Barragán, Cabito, Mingo, Caponera, Pueblo Nuevo, La Sofía, Guabal, Sabanetas, Obando, Pueblo Nuevo, Campo Alegre, Llano de Taula, Llano de Taula Alto, Campo Llanito y Silencio.
- El 19 de noviembre de 2005, el Tribunal Administrativo del Cauca expidió un concepto de constitucionalidad sobre el texto de la pregunta que se debía formular en la consulta popular y advirtió al Gobernador del Cauca *“que la legalidad del acto por el cual se adopte la creación del municipio que se pretende erigir, será objeto del control automático por esta corporación, previo a la sanción de la ordenanza de la creación del municipio, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 136 de 1994, artículo 1 y 2 de la Ley 177 de 1994 y la Ley 617 de 2000.”*
- El Secretario General de la Asamblea Departamental del Cauca mediante Oficio N° ADC-293 de 21 de noviembre de 2005, informó al Gobernador del Cauca que esta corporación emitió un concepto favorable para la convocatoria de la consulta popular propuesta por los ciudadanos de las veredas del municipio de Caloto, quienes suscribieron el derecho de petición referido anteriormente.
- El 27 de enero de 2006, el Gobernador del Cauca expidió el Decreto N° 0092 de 2006, *“Por medio del cual se convoca a una consulta popular, en el*

*Corregimiento de Guachené, Municipio de Caloto*¹ y en el artículo primero se dispuso:

“(…)

ARTICULO PRIMERO: Convóquese para el día 26 de febrero de 2006 a consulta popular a los ciudadanos de las veredas de San Jacinto, La Dominga, Barragán, Cabito, Mingo, Caponera, Pueblo Nuevo, La Sofía, Guabal, Sabanetas, Obando, Pueblo Nuevo (Obando), Cabaña, Cabañita, San Antonio, San José, Juan Perdido, Campo Alegre, Llano de Taula, Llano de Taula Alto, Campo Llaninto, Silencio y Guachené, Municipio de Caloto, con el fin de absolver la siguiente pregunta: “¿DESEA USTED QUE GUACHENÉ, SE CONVIERTA EN MUNICIPIO?”.

(…)”²

- El 26 de febrero de 2006 se llevó a cabo la consulta popular en las veredas San Jacinto, La Dominga, Quintero, Barragán, Cabito, Mingo, Caponera, Pueblo Nuevo, La Sofía, Guabal, Obando, Pueblo Nuevo (Obando), Cabaña, Cabañita, San Antonio, Llano de Taula, Llano de Taula Alto³, El Silencio y Sabanetas⁴. Las tarjetas electorales utilizadas en la consulta popular realizadas, contenían el siguiente texto: *“Desea usted que el Corregimiento de Guachené – Caloto (Cauca), se convierta en Municipio? SI_NO _”*.
- Según el Acta General de Escrutinio y el formulario E-26, la Registraduría Nacional del Estado Civil del municipio de Caloto informó que 4017 personas participaron en la consulta popular, con una votación válida de 3948 votos y los resultados de la consulta popular fueron los siguientes: i) 3775 votos a favor del SI, ii) 173 votos a favor del NO, iii) 42 votos nulos y, vi) 27 tarjetas no marcadas.
- El 9 de marzo de 2006, el Comité Pro Creación del Municipio de Guachené, integrado por varios ciudadanos, presentó un derecho de petición ante el Gobernador del Cauca con el fin de que conforme a lo establecido en los artículos 55 y 56 de la Ley 134 de 1994 y 15 de la Ley 617 de 2000, procediera con el trámite del proyecto de ordenanza para la creación del municipio de Guachené.
- Como el derecho de petición no fue contestado por el Gobernador del Cauca de manera oportuna, el 7 de septiembre de 2006 el Comité Pro Creación del

¹ Folio 9.

² Folio 50.

³ Folio 13.

⁴ Folio 13.

Municipio de Guachené presentó una acción de tutela, con la que se pretendía que se le ordenara al Gobernador del Cauca presentar a la Asamblea Departamental del Cauca, el proyecto de ordenanza para la creación del municipio de Guachené.

- El Juez Tercero Civil del Circuito negó el amparo solicitado en la acción de tutela y advirtió que en el proceso de municipalización del municipio de Guachené se han incluido veredas que no hacen parte del corregimiento de Guachené, según la división política y territorial del municipio de Caloto contenido en el Acuerdo No. 09 de 17 de marzo de 2001.
- El 9 de noviembre de 2006, el Gobernador del Departamento del Cauca presentó ante la Asamblea Departamental del Cauca el proyecto de Ordenanza *“Por medio del cual se crea el Municipio de Guachené”*. El artículo 2º de la ordenanza dispuso:

“(…)

ARTÍCULO SEGUNDO: El Municipio de Guachené que se ordena crear mediante la presente ordenanza, además de la población del mismo, lo integrarán el Corregimiento de Guachené, el Corregimiento de Veredas Nororientales, el Corregimiento de Veredas Unidas, excluida Vereda de Quintero, del Corregimiento del Palo, Pilamo Negro

(…)”

- La Asamblea Departamental del Cauca archivó el proyecto de ordenanza, por considerar que lo dispuesto en el proyecto no era congruente con la pregunta de la consulta popular, toda vez que lo que el pueblo votó afirmativamente en la consulta del 26 de febrero de 2006, fue que el corregimiento de Guachené se convirtiera en municipio, no como de manera errada se dispuso en el artículo 2º del proyecto de ordenanza, al referirse a poblaciones que no pertenecen al corregimiento de Guachené.
- El 18 de diciembre de 2006, el Ministro del Interior y de Justicia remitió al señor Gobernador del Cauca un concepto, advirtiéndole algunas irregularidades en el proyecto de ordenanza y, por las cuales, consideraba inviable la creación del municipio de Guachené.
- El Gobernador del Cauca expidió el Decreto con Fuerza de Ordenanza N° 653 de 19 de diciembre de 2006, *“Por medio del cual se crea el Municipio de*

Guachené, en el Departamento del Cauca y se dictan otras disposiciones". En este sentido, el artículo 2º dispuso lo siguiente:

“(…)

Artículo segundo: El Municipio de Guachené que se ordena crear mediante el presente Decreto, además de la población del mismo, lo integrarán: el Corregimiento de Guachené el Corregimiento de Veredas Nororientales, el Corregimiento de Veredas Unidas, excluida la Vereda de Quintero, del Corregimiento del Centro, la Dominga, Ciénaga Honda y San Jacinto, del Corregimiento del Palo, Pilamo Negro.

(…)”⁵

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El municipio de Caloto considera violados los artículos 2, 4, 6, 13, 29, 40, 104, 105, 121, 123, 124, 300, 312, 313 y 316 de la Constitución Política; 5 y 9 del Código Civil; 109 de la Ley 4 de 1913; 43, 84, 132, 136, 137, 138, 139, 141, 142, 143, 144, 152, 175, 176, 177, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, y 267 del Código Contencioso Administrativo; 5 y 9 de la Ley 57 de 1985; 4, 5, 8, 9, 10, 12 y 28 de la Ley 153 de 1887; 10 a 27, 51 a 56 de la Ley 134 de 1994; 8, 15, 16, 18, 21 y 32 de la Ley 136 de 1994; 40, 44, 45, 46, 58 y 59 de la Ley 446 de 1998 ; 15 y 17 de la Ley 617 de 2000; 83 y 330 del Decreto 1222 de 1986; 14, 24, 25, 31, 45, 46, 47, 48, 50 y 51 del Decreto 2304 de 1989; el Decreto Ley 597 de 1998; el Acuerdo Municipal N° 009 del 2001 expedido por el Concejo del Municipio de Caloto (Cauca) y la Ordenanza N° 015 de 3 de marzo de 2006 expedida por la Asamblea Departamental del Cauca.

Respecto a la violación del Decreto con Fuerza de Ordenanza No. 0653 de 19 de diciembre de 2006 *“por medio del cual se crea el municipio de Guachené”*, se presentaron los siguientes cargos:

Primer cargo.- Violación directa por inaplicación de lo preceptuado en el inciso segundo del numeral 4º del artículo 8 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000.

La norma aducida como violada determina que la ordenanza por la cual se crea un nuevo municipio, debe surtir un control automático previo de legalidad por parte

⁵ Folio 50.

del Tribunal Administrativo y si el proyecto de ordenanza no se encuentra ajustado a la ley, ésta no podrá sancionarse.

Indicó que el Decreto con fuerza de Ordenanza No. 0653 de 19 de diciembre de 2006, no surtió el control automático previo de legalidad, de imperativo cumplimiento, según lo establece la norma aducida como violada, el cual era requisito necesario para que el señor Gobernador del Departamento del Cauca pudiera ejecutar o aplicar un decreto con fuerza de ordenanza.

Sostuvo que el Tribunal Administrativo del Cauca en providencia de 19 de diciembre de 2005 y complementada el 12 de enero de 2006, emitió el concepto de constitucionalidad sobre la pregunta que debía ser objeto de la consulta popular y advirtió al Señor Gobernador que la ordenanza que creara al municipio de Guachené, debía enviarse al mismo Tribunal, previamente a la adopción de la misma, para que surtiera el control automático previo de legalidad.

Manifestó que a pesar de dicha advertencia, el Gobernador del Cauca al expedir el Decreto con fuerza Ordenanza No. 0653 y su acto que lo ejecuta contenido en el Decreto No. 0654 de 2006, desacató, desconoció e inaplicó el imperativo legal consistente en el control automático de legalidad que debía surtir, antes de su adopción y de que empezara a regir en el territorio del Departamento del Cauca, previa a sus publicaciones de ley.

Agregó que la prueba de que el Gobernador del Cauca incurrió en la omisión, incumplimiento e inaplicación del control automático de legalidad ordenado en el artículo 8 de la Ley 136 de 1994, aparece evidenciado y demostrado con la constancia expedida el 18 de enero de 2007 por el Secretario del Tribunal Administrativo del Cauca, en la que certifica que para esa fecha, no se encontraba radicado en el Tribunal ningún proceso relacionado con el control del legalidad automático del acto que crea el municipio de Guachené y, pese a dicha omisión, el Gobernador decidió que el Decreto con fuerza Ordenanza No. 0653 empezara a ejecutarse mediante el Decreto 0654 de 20 de diciembre de 2006.

Segundo cargo.- Violación directa por inaplicación del artículo 56 de la Ley 134 de 1994.

Sostuvo que el artículo 56 de la Ley 134 de 1994 establece que cuando el pueblo adopta una decisión obligatoria mediante una consulta popular, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva. Cuando para ello se requiera una ordenanza, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo periodo de sesiones y a más tardar en el periodo siguiente. Si vencido ese plazo, la Asamblea Departamental no expide la ordenanza, el Gobernador la adoptará dentro de los 3 meses siguientes mediante decreto con fuerza de ordenanza.

Señala el actor que el proyecto de ordenanza que ordenaba crear al municipio de Guachené fue presentado por el Gobernador del Cauca ante la Asamblea Departamental de manera extemporánea, pues el proyecto fue radicado en la Secretaría de la corporación el 9 de octubre de 2006, esto es, siete (7) meses después de la consulta popular llevada a cabo el 28 de febrero de 2006, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 134 de 1994.

Agregó que conforme a lo establecido en el artículo 5º de la Ordenanza No. 015 de 3 de marzo de 2006, la Asamblea Departamental del Cauca sesionó ordinariamente entre los días 1º de marzo hasta 30 de abril de 2006, periodo dentro del cual el Gobernador del Cauca debía presentar el proyecto de ordenanza por la cual crearía al municipio de Guachené, actuación que no se realizó dentro de los términos legalmente establecidos y, por ello, a partir del 1º de agosto de 2006, el Gobernador había perdido competencia para expedir el Decreto con fuerza de Ordenanza de creación del municipio.

Tercer cargo.- Violación directa por inaplicación de los artículos 43 del C.C.A.; 83 y 330 del Decreto 1222 de 1986; inciso 2º del numeral 4º del artículo 8º de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000; y 56 de la Ley 134 de 1994.

Estimó que el Decreto con fuerza de Ordenanza No. 0653 de 19 de diciembre de 2006 expedido por el Gobernador del Cauca, debía surtir la formalidad de la publicidad establecida en las normas citadas como violadas, las cuales determinan que las ordenanzas de las asambleas departamentales deben ser publicadas en el boletín o gaceta oficial del Departamento y, una vez efectuada dicha publicación, la ordenanza solo empezaría a regir en todo el territorio del Departamento, treinta (30) días después de esa publicación oficial.

Manifestó que el Decreto con fuerza de Ordenanza No. 0653 de 19 de diciembre de 2006 no podía empezar a ejecutarse o a regir en el Departamento del Cauca sino bajo las siguientes condiciones: (i) Concepto favorable por parte del Tribunal Administrativo del Cauca en ejercicio del control previo automático de legalidad, (ii) Publicación del acto administrativo en el diario oficial, gaceta o boletín oficial del departamento y, (iii) treinta (30) días después de realizada la anterior publicación; requisitos que no fueron cumplidos por las entidades correspondientes.

Cuarto cargo.- Violación directa por inaplicación de los artículos 10 y 27 de la Ley 134 de 1994.

Precisó que el acto administrativo acusado fue proferido con falsa motivación y desviación de poder, al haberse omitido el procedimiento establecido por la ley para llevar a cabo la consulta popular como mecanismo de participación ciudadana, por cuanto no se conformó en debida forma el comité promotor de la consulta, ni se recolectó el número mínimo de las firmas de ciudadanos que formaban parte del censo electoral de los territorios que debían participar en la misma, ni existe certificación por parte del órgano electoral acerca de la veracidad y pertinencia de dichas firmas.

Quinto cargo.- Violación directa del Acuerdo Municipal No. 009 de 17 de marzo de 2001 del Concejo de Caloto, por medio del cual se modifica la división política administrativa del territorio del municipio de Caloto, se crean unos corregimientos y se dictan las normas que regulan su funcionamiento.

Precisó que el Acuerdo Municipal No. 009 de 17 de marzo de 2001 del Concejo de Caloto establecía que este municipio estaba conformado por una cabecera municipal, 7 corregimientos y 3 resguardos indígenas. Advirtió que dentro de las veredas descritas en dicha norma y que hacían parte del corregimiento de Guachené, no se encuentran las veredas Pueblo Nuevo, Pilamo Negro y Ciénaga Honda, las cuales fueron convocadas a votar la consulta popular y hoy integran el municipio de Guachené.

Agregó que el hecho de incluir veredas que no corresponden al corregimiento de Guachené en la consulta popular y en el acto acusado, desconoce la división política administrativa contenida en el Acuerdo Municipal No. 009 de 17 de marzo

de 2001 del Concejo de Caloto, vulnera el proceso de convocatoria y la voluntad popular aparentemente expresado en las urnas, lo cual constituye una falsa motivación del acto acusado.

Sexto cargo.- Violación directa por aplicación indebida del numeral 2º del artículo 8º de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, por cuanto el estudio socioeconómico acogido para realizar la consulta popular no fue realizado por la autoridad competente, sino por un grupo de ciudadanos que ni siquiera se encontraban inscritos en legal forma como comité de promotores de la consulta.

Manifestó que a la Secretaria de Planificación y Coordinación Departamental del Cauca era a quien según el precepto legal, le correspondía realizar el estudio socioeconómico como fundamento de la consulta popular. Como el estudio socioeconómico no fue realizado por la autoridad competente conforme lo señala el numeral 2º del artículo 8 de la Ley 136 de 1994, se origina una clara desviación de poder y una falsa motivación para dar viabilidad a la creación del municipio de Guachené.

Séptimo cargo.- Falsa motivación del acto acusado, por cuanto el Gobernador del Cauca desconoció el concepto negativo emitido por la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de 4 de octubre de 2006, sobre el impacto económico y fiscal de la eventual creación del municipio de Guachené, omisión que conlleva a que el acto administrativo demandado sea declarado nulo.

Octavo cargo.- Falsa motivación del acto acusado, por cuanto el Gobernador del Cauca en la parte considerativa del acto acusado expresó que la Asamblea Departamental del Cauca archivó el proyecto de ordenanza sin mayores consideraciones constitucionales ni legales, desconociendo con estas afirmaciones los conceptos emitidos por el Ministro del Interior y de Justicia de 18 de diciembre de 2006, los cuales expresaron los motivos de improcedencia e inconveniencia constitucional y legal para la creación del municipio de Guachené.

Noveno cargo.- Violación directa por aplicación indebida de los artículos 26 y 55 de la Ley 134 de 1994 y el párrafo primero del artículo 8 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, al haber incluido en la población y el territorio del nuevo municipio de Guachené a 17 veredas que nunca

manifestaron su deseo de formar parte o de pertenecer a la circunscripción de dicho municipio.

Agregó que la pregunta presentada a consideración del pueblo convocado a la consulta popular, no comprendía que los territorios y poblaciones de estas 17 veredas del municipio de Caloto se segregaran del mismo para ser parte del nuevo municipio de Guachené. La participación de esta población además de ser ilegal, configura una participación irregular denominada trashumancia electoral, al tenor del artículo 316 de la Constitución Política.

Precisó que para poder participar en la consulta popular se tenía que pertenecer al censo electoral del corregimiento de Guachené, situación que fue desconocida y omitida por el Ejecutivo Departamental y por la misma Registraduría Nacional del Estado Civil.

Décimo cargo.- Violación directa por aplicación indebida del inciso primero del numeral 4º del artículo 8 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, al no contemplar en la parte motiva del acto acusado la delimitación territorial del nuevo municipio de Guachené.

Estimó que si el pueblo votó favorablemente para que el corregimiento de Guachené fuera municipio, el territorio que debía conformar ese municipio era el que se encuentra delimitado en el Acuerdo No. 009 de 17 de marzo de 2001 expedido por el Concejo Municipal de Caloto y no el descrito en los artículos 3º y 40 del Decreto 0653 de 19 de diciembre de 2006.

Afirmó que contemplar territorios que sobrepasan los límites del corregimiento de Guachené señalados en el Acuerdo No. 009 de 17 de marzo de 2001 expedido por el Concejo Municipal de Caloto, configura una desviación de poder.

Undécimo cargo.- Violación directa por inaplicación de los artículos 312 y 313 de la Constitución Política y de los artículos 18, 21 y 32-10-3 de la Ley 136 de 1994, por no haberse convocado dentro de los tres (3) meses siguientes a su creación, la elección del Concejo Municipal del nuevo municipio de Guachené.

Precisó que al no existir concejo municipal en el nuevo municipio, se permite que se presente una dictadura por parte del Ejecutivo, en la cual no existen límites ni

autorizaciones para contratar, ni existe órgano que pruebe y determine la forma de distribuir los recursos presupuestales del municipio, ni quien ejerza el control político de las actuaciones del ejecutivo municipal.

Duodécimo cargo.- Violación directa por indebida aplicación del artículo 16 de la Ley 136 de 1994.

Adujo que el Gobernador del Departamento del Cauca omitió determinar en el acto acusado, la forma como debía concurrir el nuevo municipio al pago de la deuda pública que quedaba a cargo del municipio o municipios de los cuales se segregaron para conformar el municipio de Guachené. Asimismo planteó que el Gobernador omitió apropiar los recursos presupuestales necesarios para el funcionamiento del nuevo municipio, ni se deslindó, amojonó ni elaboró el mapa oficial del nuevo municipio.

Respecto al Decreto No. 0092 de 27 de enero de 2006 *“por medio del cual se convocó a una consulta popular, en el municipio de Guachené, municipio de Caloto”*, se presentaron los siguientes cargos:

Primer cargo.- Violación directa por inaplicación de los artículos 10 al 27 de la Ley 134 de 1994, falsa motivación y desviación de poder.

Afirmó que el Gobernador del Cauca incurrió en falsa motivación y desviación de poder al emitir el acto administrativo de convocatoria de consulta popular, pues no se conformó en debida forma el comité promotor de la consulta ni se recolectó el número mínimo de firmas de ciudadanos que formaban parte del censo electoral de los territorios que debían participar en la misma. Asimismo, el órgano electoral omitir certificar la veracidad y pertenencia de las firmas recolectadas.

Segundo cargo.- Violación directa de los artículos 8, 26, 51, 52, 53, 55 y 56 de la Ley 134 de 1994; 8 (numeral 2, inciso 1º) y 15 de la Ley 136 de 1994; 15 de la Ley 617 de 2000; 316 de la Constitución Política, pues el Gobernador del Cauca convocó a consulta popular a 17 veredas que no corresponden al censo electoral del corregimiento de Guachené.

Adicional a lo anterior, afirmó que la pregunta formulada a la población convocada a la consulta popular fue diferente a la pregunta sobre la cual emitió el concepto

favorable la Asamblea Departamental del Cauca y sobre la cual emitió concepto de constitucionalidad el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca.

Sostuvo que los actos acusados incluyeron ilegalmente la población y el territorio de las veredas a las que no se les preguntó si querían formar parte del nuevo municipio, ya que según la certificación expedida por el DANE, la vereda de Guachené solo tiene 5522 habitantes, motivo por el cual la consulta popular realizada se encontraba viciada de ilegalidad por no contener el número de habitantes exigidos por la ley.

Tercer cargo.- Violación directa por inaplicación del Acuerdo Municipal No. 009 de 17 de marzo de 2001, por medio del cual se modificó la división política administrativa del municipio de Caloto, pues si la pregunta formulada en el decreto de convocatoria a la consulta popular sólo estaba dirigida originariamente a la población del corregimiento de Guachené, no podía el Gobernador convocar a 23 veredas que no hacían parte de dicho corregimiento.

Cuarto cargo.- Violación directa por aplicación indebida del inciso primero, numeral 4º, del artículo 8 de la Ley 617 de 2000, al incluir en la parte considerativa y resolutive del decreto de convocatoria de la consulta popular, a la población de 17 veredas a las cuales no se les preguntó si deseaban pertenecer al municipio de Guachené y, por ello, no debían conformar el censo electoral que participó en la consulta popular, constituyendo una clara desviación de poder y falsa motivación en la expedición del acto.

Quinto cargo.- Abuso y desviación de poder en la ejecución de la consulta popular y en el resultado de la misma, pues el actor afirmó que como la consulta se realizó sin el concepto de constitucionalidad por parte del Tribunal Contencioso Administrativo, la tarjeta electoral contentiva de la pregunta no guardó relación con la que se aprobó y que contenía el Decreto de convocatoria a la consulta.

Respecto del Decreto No. 0654 de 20 de diciembre de 2006, por medio del cual se encargó Alcalde y se convocó a elecciones en el municipio de Guachené, se expusieron los siguientes cargos:

Primer cargo.- Violación directa por inaplicación e indebida aplicación de los artículos 43 del C.C.A., 83 y 330 del Decreto 1222 de 1986, 8 (inciso 2, numeral 4)

de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, 56 de la Ley 134 de 1994, por haberse ejecutado el Decreto con Fuerza de Ordenanza 0653 de 2006 sin cumplir con el procedimiento de control previo automático de legalidad ante el Tribunal Administrativo del Cauca y omitir su publicación en la gaceta, diario o boletín oficial del Departamento del Cauca, como requisitos previos para que entrara a regir.

Segundo cargo.- Violación directa por inaplicación de los artículos 312 y 313 de la Constitución Política, por no haberse convocado dentro de los tres (3) meses siguientes a su creación, la elección del concejo municipal del nuevo municipio, permitiendo una dictadura del Ejecutivo.

Respecto al tema de deuda pública, manifestó que el Gobernador omitió establecer los montos exactos y la participación del nuevo municipio en la deuda del municipio de Caloto.

2. LA CONTESTACIÓN

Por medio de apoderado, el Gobernador del Departamento del Cauca se opuso a las pretensiones de la demanda, defendió la legalidad de los actos acusados y manifestó que en el caso bajo estudio, la presentación del proyecto provino de los ciudadanos que lo decidieron por consulta popular, por lo que la Asamblea Departamental tenía la obligación de aprobar el proyecto de ordenanza, según lo dispuesto en la Ley 134 de 1994.

Frente al desconocimiento por parte de la Asamblea Departamental de la decisión tomada en consulta popular, el Ejecutivo Departamental adquirió una competencia subsidiaria, según lo previsto en el artículo 56 de la Ley 134 de 1994, norma que facultó al Gobernador para proferir el Decreto con fuerza de Ordenanza N° 653 del 2006, por medio del cual se creó al municipio de Guachené, de manera que por tratarse de un acto administrativo no requería del control de legalidad previo y, como tal, goza de presunción de legalidad.

Sostuvo que el actor confundió la naturaleza de la consulta popular, el referendo y la iniciativa legislativa, pues la consulta popular es de uso privativo del ejecutivo y no exige procedimientos para la elección de las personas que integran los comités promotores o los voceros, ni la recolección, registro o certificación de firmas por

parte de los órganos electorales, de conformidad con los artículos 50 al 57 de la Ley 134 de 1994.

Indicó que los estudios socioeconómicos fueron realizados por la autoridad competente, pues la Secretaría de Planificación y el Comité Promotor para la Creación del Municipio de Guachené, adelantaron los estudios socioeconómicos bajo la coordinación de la Secretaría de Planeación, basados en una metodología participativa.

Precisó que el órgano electoral es el encargado de llevar a cabo la consulta popular y, como tal, debe responder por el cumplimiento de las órdenes del ejecutivo y la transparencia de los resultados obtenidos en la consulta. De ahí que las fallas en la ejecución de la consulta popular, son responsabilidad del órgano electoral y son susceptibles de acciones electorales, cumpliendo los términos que no pueden ser revividos mediante la acción de nulidad.

Señaló que de conformidad con el documento expedido por la Coordinadora de Demografía del DANE, Miriam R. Cifuentes, la población estimada para la creación del municipio de Guachené era de 26.163 personas y la cabecera contó con 5.522 personas, lo cual demuestra que se cumplió con lo establecido en el numeral 2º del artículo 8 de la Ley 136 de 1994.

Advirtió que el concepto del 4 de octubre de 2006 emitido por la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no expresó clara e irrefutablemente, la inviabilidad económica de la creación del municipio de Guachené, pues el concepto sólo contiene recomendaciones tendientes a evitar el retroceso en el proceso de descentralización.

Respecto al fallo de tutela proferido por el Juez Tercero del Circuito de Popayán, puso de presente que Tribunal Superior del Cauca en segunda instancia consideró que el juez de tutela no tiene competencia para determinar requisitos para la creación de municipios y, confirma el fallo de primera instancia, sin tener en cuenta las consideraciones sobre las veredas que participaron en la consulta popular.

Indicó que el Gobernador del Cauca cumplió con el término contemplado en el artículo 56 de la Ley 134 de 1994 para expedir el decreto con fuerza de

ordenanza, toda vez que el 19 de octubre de 2006 la Asamblea Departamental archivó el proyecto de ordenanza y, el 19 de diciembre del mismo año, el Gobernador del Cauca expidió el Decreto con Fuerza de Ordenanza No. 653, de lo cual resulta evidente que transcurrieron dos (2) meses entre un momento y otro.

Afirmó que el Gobernador del Cauca no omitió el procedimiento dispuesto para la publicación de actos de carácter general, pues el Decreto con Fuerza de Ordenanza N° 653 de 19 de diciembre de 2006 fue publicado en la Gaceta Departamental del Cauca el mismo día de su expedición.

Negó haberse presentado falsa motivación o incongruencia en la expedición del Decreto con Fuerza de Ordenanza N° 653 de 2006, toda vez que en la parte considerativa y en la resolutive del mismo, se contemplaron a las mismas veintidós (22) veredas. No obstante, precisó que en algunas partes se hace referencia a esas veredas de acuerdo con los corregimientos que las conformaban.

Señaló que el acto acusado estableció los límites generales del municipio de Guachené en el artículo 3°, aclaró que Pueblo Nuevo es un caserío del municipio de Caloto.

Puso de presente que atendiendo la jerarquía de las normas, el Decreto con fuerza de Ordenanza N° 653 de 19 de diciembre de 2006, no violó el Acuerdo Municipal N° 009 de 17 de marzo de 2001, pues los decretos expedidos por los Gobernadores son jerárquicamente superiores a los acuerdos municipales.

Con relación a la elección de las autoridades locales que supuestamente el Gobernador omitió referirse en el acto acusado, manifestó que en el artículo 8° de la parte resolutive del Decreto con fuerza de Ordenanza 0563 de 2006, se estableció que *“Una vez publicada la ordenanza que crea un nuevo municipio, el Gobernador mediante decreto, nombrará alcalde encargado y en el mismo acto citará con no menos de tres (3) meses de anticipación a elección de concejales y alcalde, siempre que falte más de un año para la elección general de autoridades locales en el país. (...)”*

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cauca declaró la nulidad del Decreto con fuerza de Ordenanza N° 653 de 2006 (diciembre 19) y se inhibió de pronunciarse de fondo respecto a los Decretos Nos. 0092 (27 de enero) y 0654 (20 de diciembre) de 2006, por los cuales se convocó a consulta popular en el corregimiento de Guachené, se encargó Alcalde y convocó a elecciones locales, respectivamente.

Sostuvo que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, de forma previa a la sanción de la ordenanza de creación del municipio, el Tribunal Contencioso Administrativo debía ejercer el control automático previo sobre la legalidad de la misma. De tal manera que si el proyecto de ordenanza no se ajustara a la ley no podría sancionarse.

Manifestó que las pruebas allegadas al proceso demuestran que el Decreto con fuerza de Ordenanza No. 653 de 2006 careció de control previo automático de legalidad por parte del Tribunal Administrativo del Cauca, requisito indispensable para la procedibilidad de la creación del municipio de Guachené.

Puso de presente que independientemente de la manera como surgió la creación del municipio de Guachené, el Decreto con fuerza de Ordenanza debía sujetarse al control de legalidad previsto en el artículo 15 de la Ley 617 de 2000.

Por otra parte, hizo referencia a algunas providencias del Consejo de Estado en las que precisó el alcance de los artículos 8, párrafo, de la Ley 136 de 1994 y 56 de la Ley 134 de 1994, frente al artículo 300 de la Constitución Política y advirtió que la competencia para la creación de municipios no es exclusiva de la asamblea departamental, pues la Constitución Política introdujo otros instrumentos de decisión, propios de la democracia participativa como es el caso de la consulta popular.

Recalcó que la conformación de un nuevo municipio puede surgir de la decisión directa del pueblo, siempre y cuando la ley lo autorice y se cumpla con los requisitos señalados en ella.

El Tribunal resolvió inhibirse de pronunciarse de fondo sobre los Decretos 0092 (27 enero) y 654 (20 diciembre), por considerar que son actos de trámite y de ejecución no susceptibles de estudio en sede judicial.

III. LAS IMPUGNACIONES

3.1. Por medio de apoderado, el Gobernador del Cauca recalcó que los actos acusados fueron proferidos en cumplimiento de las normas constitucionales y legales que permiten la creación de municipios por iniciativa del pueblo, a través de la consulta popular.

Manifestó que en este caso, como la Asamblea Departamental del Cauca omitió la obligación de expedir la ordenanza respectiva frente a la decisión contenida en la consulta popular consistente en la creación del municipio de Guachené, el Gobernador adquirió de manera subsidiaria la competencia de proferir un Decreto con fuerza de Ordenanza conforme lo establece el artículo 56 de la Ley 134 de 1994. Agregó que el control previo de legalidad procede frente a las ordenanzas y no frente a los Decretos con fuerza de Ordenanza.

3.2. El apoderado del municipio de Guachené estimó que el Tribunal Administrativo del Cauca desconoció los artículos 29 de la Constitución Política, 207 (ordinales 3 y 5) del C.C.A. y 58 de la Ley 446 de 1998, al omitir tener en cuenta la contestación de la demanda que hizo el municipio en escrito de 14 de mayo de 2007, radicado en 23 folios; omisión que condujo a que no se oyera a la parte demandada antes de condenarla a su muerte jurídica como municipio y, en consecuencia, no se examinaron sus argumentos de defensa, ni se tuvieron en cuentas las pruebas allegadas ni solicitadas con la contestación.

Manifiestó que en cuanto a normas que sustentan eventuales vicios de forma, no debe olvidarse que el Código Contencioso Administrativo establecía en su artículo 3º, inciso 5, que *“las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado”* y, en el mismo sentido, el artículo 3º, numeral 11, del CPCA prescribe que *“en virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán de acuerdo con este*

código, las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa”.

De acuerdo con las normas citadas, advirtió que como el principio de eficacia es una obligación legal y, por tanto, es una obligación remover los obstáculos formales y sanear las irregularidades procedimentales que se hubiesen podido presentar en el trámite de formación de un acto administrativo, como es el de la creación de un municipio.

Agregó que la omisión en la solicitud del concepto previo de legalidad del acto acusado es una irregularidad procedimental que sería saneable, pues la creación del municipio cumplió los requisitos de ley.

Puso de presente que la creación de municipios en nuestro ordenamiento jurídico tiene dos procedimientos a saber: el primero es el tradicional a través de ordenanzas departamentales por iniciativa de los diputados o del gobernador respectivo y, el segundo, a través de la consulta popular.

Respecto al primer procedimiento, advirtió que la ley es clara en el sentido de que cuando el proyecto de ordenanza que crea un municipio, antes de ser sometido a referendo por no haber existido previamente consulta popular, debe tener control de legalidad que establezca si el proyecto estuvo o no ajustado a la ley antes de la sanción de la ordenanza. Esta norma resulta aplicable a los proyectos de ordenanza aprobados por las Asambleas que no han tenido la intervención popular, por lo cual es una norma de interpretación restrictiva, no aplicable en el caso de consulta popular, en donde el procedimiento es diferente.

En cuanto al segundo procedimiento, afirmó que cuando el proyecto es fruto de consulta popular de los ciudadanos, el Gobernador no tiene la facultad sino la obligación de presentarlo si así lo decide la mayoría de los ciudadanos residentes en los territorios en los que la consulta popular haya tenido lugar. Por esta razón, antes de realizarse la consulta, debe intervenir el Tribunal Administrativo correspondiente para analizar los requisitos de la misma en aplicación del artículo 53 de la Ley 134 de 1994, pues si el proyectado municipio no reúne las condiciones de ley, la consulta no puede tener lugar.

En este caso, cuando el proyecto es presentado por el Gobernador a la Asamblea, ésta debe aprobarlo y si no lo hace, como ocurrió en el caso presente, el gobernador está facultado legalmente para crear el municipio.

Reiteró que en este aspecto de creación de municipios por consulta popular mediante decretos ordenanzaes, el procedimiento de control es diferente porque la ley no contempla en este caso el control previo de legalidad del inciso 2º del numeral 4 del artículo 15 de la Ley 617 de 2000 por el Tribunal Administrativo correspondiente, pues la norma aplicable en este caso es el artículo 53 de la Ley 134 de 1994.

Por lo anterior, afirmó que el Tribunal Administrativo del Cauca se pronunció previamente sobre la constitucionalidad de la consulta que pretendía crear la nueva entidad territorial como consta en el concepto de 19 de diciembre de 2005, donde se tuvo en cuenta la aportación que la Asamblea Departamental del Cauca había dado al concepto remitido por la Comisión de Régimen Político y Municipal de la Corporación en el que se dijo que la creación del municipio de Guachené reunía los requisitos de ley.

3.3. Por su parte, el Procurador 40 Judicial II en Asuntos Administrativos manifestó que su inconformidad radica en la aplicación de la norma que establece el procedimiento a seguir para la creación de un municipio, pues en el presente caso se trata de la creación *sui generis* de un ente territorial, al tenor de los artículos 50 a 57 de la Ley 134 de 1994 que reglamentan los mecanismos de participación ciudadana y, especialmente, el artículo 56 *ibidem*, establece la obligación de expedir el Decreto con fuerza de Ordenanza en caso de que la Asamblea Departamental desconozca la decisión del pueblo tomada en consulta popular.

Agregó que frente a la negativa por parte de la Asamblea y ante la decisión mayoritaria de la comunidad, el señor Gobernador expidió el Decreto Ordenanza No. 0653 de 19 de diciembre de 2006, con fundamento en el preceptuado por el artículo 56 de la Ley 134 de 1994, que permite la creación excepcional del nuevo municipio sin observar las formalidades establecidas por la ley para la creación de un municipio en condiciones normales, pues en caso contrario, el señor Gobernador se vería abocado a sanciones disciplinarias y penales que establece la ley.

IV. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

4.1. El apoderado del municipio de Guachené reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

4.2. El apoderado del Gobernador del Cauca no alegó de conclusión.

4.3. El Ministerio Público omitió rendir concepto.

V. CONSIDERACIONES

- **A propósito de la nulidad propuesta**

Previo a pronunciarse sobre el fondo del asunto, la Sala absolverá la solicitud de nulidad de la sentencia de primera instancia alegada por el apoderado del municipio de Guachené, por cuanto a su juicio *“no fue oído en sede de instancia por considerarse en la sentencia que no contestó la demanda”*.

Al efecto, el recurrente manifiesta que el 17 de mayo de 2007 el apoderado del municipio de Guachené radicó en la Tribunal Administrativo del Cauca *“la respuesta del municipio en 23 folios”*, documento que contenía la contestación de la demanda con los argumentos de defensa, las pruebas allegadas y solicitadas para defender la legalidad de los actos administrativos acusados, el cual no fue tenido en cuenta por el Tribunal Administrativo del Cauca en la sentencia recurrida, violando de manera flagrante los artículos 29 de la Constitución Política y 207 numerales 3 y 5 del C.C.A.

En efecto, el artículo 207 del C.C.A. establece que recibida la demanda y efectuado el reparto, si aquella reúne los requisitos legales, el ponente debe admitirla y además disponer que se notifique al representante legal de la entidad demandada, al Ministerio Público y a la persona o personas que tengan interés directo en el resultado del proceso.

Asimismo, el numeral 5, del artículo 207 ibidem establece que en el auto admisorio de la demanda, debe fijarse en lista, por el término de diez (10) días, para que los demandados puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar pruebas y para que los terceros intervinientes la impugnen o coadyuven.

En efecto, en el expediente se observa lo siguiente:

- El 31 de enero de 2007, el municipio de Caloto mediante apoderado presentó la demanda de nulidad de la referencia. (folio 70 cuaderno principal)
- En providencia de 27 de febrero de 2007, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda y dispuso la notificación personal de la misma al Gobernador del Departamento del Cauca y al Agente del Ministerio Público. (folio 73-77 cuaderno principal)
- El 10 de mayo de 2007, el Magistrado Sustanciador profirió un auto en el que dispuso vincular al municipio de Guachené, por considerar que eventualmente podría resultar afectado con las resultas del proceso. Para llevar a cabo la notificación personal de esta providencia, el Tribunal Administrativo del Cauca comisionó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto. (folio 170 cuaderno principal)
- En escrito radicado el 14 de mayo de 2007, el apoderado del municipio de Guachené manifestó que *“conforme a lo reglado por la ley, es nuestro propósito hacernos parte del proceso como terceros intervinientes para impugnar la acción de nulidad simple interpuesta por el municipio de Caloto, (...) por encontrar que las pretensiones, cargos y hechos de la demanda en su gran mayoría son infundados (...)”*. (folio 173-202 cuaderno principal) (negrilla fuera de texto)
- El 30 de mayo de 2007, el Juez Promiscuo del Circuito de Caloto surtió la notificación personal del auto de la demanda al Alcalde de Guachené, señor Ferney Ángulo Ángulo. (folio 208 cuaderno principal)
- En cumplimiento del artículo 207, numeral 5, del C.C.A., el Tribunal Administrativo del Cauca fijó en lista el proceso de la referencia durante los días 26 de junio a 10 de julio de 2007 (folio 212 y 436 cuaderno principal), término dentro del cual el Departamento del Cauca fue el único que contestó la demanda (folio 214 cuaderno principal).

- Mediante auto de 18 de julio de 2007, el Tribunal Administrativo del Cauca abrió el proceso a pruebas (folio 438 cuaderno principal), actuación que fue notificada por estado del 23 de julio de 2007 (folio 441 cuaderno principal)
- El 5 de diciembre de 2007, el Tribunal Administrativo del Cauca corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión (folio 442 cuaderno principal).

La Sala advierte que el municipio de Guachené no puede pretender que se tenga por contestada la demanda con el escrito allegado extemporáneamente el 14 de mayo de 2007. En el referido escrito el apoderado del municipio manifiesta su intención de hacerse parte dentro del proceso como terceros intervinientes, con el fin de *“impugnar la acción de nulidad simple interpuesta por el municipio de Caloto, (...) por encontrar que las pretensiones, cargos y hechos de la demanda en su gran mayoría son infundados (...)”*.

Adicional a lo anterior y, conforme al trámite establecido en los artículos 144 y 207, numeral 5, del C.C.A., la oportunidad procesal para contestar la demanda es dentro del término de fijación en lista, que en el caso presente, transcurrió entre los días 16 de junio y 10 de julio de 2007, término dentro del cual el municipio de Guachené no contestó la demanda. El escrito que el municipio de Guachené pretende hacer valer como la contestación de la demanda fue presentado el 14 de mayo de 2007, es decir, antes del término de fijación en lista, por lo que el Tribunal Administrativo del Cauca no podía tener por contestada la demanda con el escrito referido.

Para la Sala, el Tribunal Administrativo del Cauca no violó el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa del municipio de Guachené, toda vez que como tercero interesado en las resultados del proceso, fue notificado del auto admisorio de la demanda y tuvo la oportunidad procesal para contestarla, pedir pruebas y alegar de conclusión.

Por lo anterior, la solicitud de nulidad de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca no es procedente.

- **El contexto de los hechos de la demanda**

La Sala estima pertinente hacer unas consideraciones previas al examen de las acusaciones, en relación con el contexto y los antecedentes en que se enmarcan los supuestos fácticos en que se fundamenta la demanda, así:

El 27 de octubre de 2005, los ciudadanos del municipio de Caloto presentaron ante el Gobernador del Cauca un derecho de petición, mediante el cual le solicitaron realizar unos estudios socioeconómicos de viabilidad para la creación del Municipio de Guachené y convocar a la población a una consulta popular para la correspondiente creación.

El 10 de noviembre de 2005, el Gobernador solicitó ante la Asamblea Departamental del Cauca un concepto sobre la conveniencia de convocar a la población de las veredas que conformarían el nuevo municipio a una consulta popular con la pregunta “*Desea usted, que Guachené se convierta en Municipio? Si_No_*”. Asimismo, el Gobernador le solicitó al Tribunal Administrativo del Cauca un concepto sobre la constitucionalidad y legalidad de la pregunta que se efectuaría en la consulta.⁶

La Asamblea Departamental del Cauca mediante Oficio N° ADC-293 de 21 de noviembre de 2005, emitió concepto favorable sobre la pregunta formulada en la consulta popular.

El 19 de noviembre de 2005, el Tribunal Administrativo del Cauca expidió un concepto de constitucionalidad sobre el texto de la pregunta que se debía formular en la consulta popular, en el que advirtió al Gobernador del Cauca “***que la legalidad del acto por el cual se adopte la creación del municipio que se pretende erigir, será objeto del control automático por esta corporación, previo a la sanción de la ordenanza de la creación del municipio, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 136 de 1994, artículo 1 y 2 de la Ley 177 de 1994 y la Ley 617 de 2000.***”⁷ (negrilla fuera de texto).

El 27 de enero de 2006, el Gobernador del Cauca expidió el Decreto N° 0092 de 2006, “*Por medio del cual se convoca a una consulta popular, en el Corregimiento de Guachené, Municipio de Caloto*”⁸, y se dispuso:

⁶ Folio 9.

⁷ Folio 9.

⁸ Folio 9.

“(...)

ARTICULO PRIMERO: Convóquese para el día 26 de febrero de 2006 a consulta popular a los ciudadanos de las veredas de San Jacinto, La Dominga, Barragán, Cabito, Mingo, Caponera, Pueblo Nuevo, La Sofía, Guabal, Sabanetas, Obando, Pueblo Nuevo (Obando), Cabaña, Cabañita, San Antonio, San José, Juan Perdido, Campo Alegre, Llano de Taula, Llano de Taula Alto, Campo Llaninto, Silencio y Guachené, Municipio de Caloto, con el fin de absolver la siguiente pregunta: “¿DESEA USTED QUE GUACHENÉ, SE CONVIERTA EN MUNICIPIO?”.

(...)”⁹

Mediante el Formulario E-26, la Registraduría Nacional del Estado Civil del Municipio de Caloto dio a conocer los resultados de la consulta popular de la siguiente manera: i) 3775 votos a favor del SI. ii) 173 votos a favor del NO iii) 42 votos nulos vi) 27 tarjetas no marcadas. Así las cosas, 4017 personas participaron en la consulta, con una votación válida de 3.948 votos.

Mediante concepto de 19 de octubre de 2006¹⁰, el Ministro del Interior y de Justicia advirtió al Gobernador del Cauca que la creación del municipio de Guachené era inviable, argumentando:

“(...)

Revisado el texto del Proyecto Decreto, se encuentra que al detallar los territorios que han de integrar el Municipio de Guachené, se incluyen Corregimientos distintos al de Guachené, así como Veredas que sin ser parte de este Corregimiento, tampoco fueron convocadas para participar en la Consulta Popular que da origen a este proceso, con lo cual se estaría desbordando el alcance de la decisión allí adoptada. Adicionalmente una de las Veredas (Quintero) habiendo sido consultada, no se incluye en la nueva entidad.

(...)”

El 9 de noviembre de 2006, teniendo en cuenta los resultados de la consulta popular, el Gobernador del Departamento del Cauca presentó ante la Asamblea el proyecto de ordenanza “*Por medio del cual se crea el Municipio de Guachené*”, y en el artículo 2º se dispuso:

“(...)

ARTÍCULO SEGUNDO: El Municipio de Guachené que se ordena crear mediante la presente ordenanza, además de la población del mismo, lo integrarán el Corregimiento de Guachené, el Corregimiento de Veredas

⁹ Folio 50.

¹⁰ Folio 16.

*Nororientales, el Corregimiento de Veredas Unidas, excluida Vereda de Quintero, del Corregimiento del Palo, Pilamo Negro.
(...)*”

El proyecto de ordenanza “*Por medio del cual se crea el Municipio de Guachené*” presentado por el Gobernador del Cauca fue debatido en primer y segundo debate y, al someterlo a votación, el proyecto fue negado por mayoría absoluta y, posteriormente, archivado.

Ante esta negativa, el 19 de diciembre de 2006 el Gobernador del Cauca expidió el Decreto con Fuerza de Ordenanza N° 653 de 2006, “*Por medio del cual se crea el Municipio de Guachené, en el Departamento del Cauca y se dictan otras disposiciones*”. En este sentido, dispuso:

“(...)

Artículo segundo: El Municipio de Guachené que se ordena crear mediante el presente Decreto, además de la población del mismo, lo integrarán: el Corregimiento de Guachené el Corregimiento de Veredas Nororientales, el Corregimiento de Veredas Unidas, excluida la Vereda de Quintero, del Corregimiento del Centro, la Dominga, Ciénaga Honda y San Jacinto, del Corregimiento del Palo, Pilamo Negro

*(...)*¹¹

- **Planteamiento del problema jurídico constitucional**

Vistos los cargos formulados, debe la Sala determinar el alcance y preeminencia que le corresponde conferir a la voluntad popular de crear el municipio de Guachené, atendida la circunstancia de constituir genuina expresión de los principios democrático y participativo que constituyen piedra angular de la axiología que conforme al Constituyente de 1991 inspira nuestra organización geopolítica, conforme a su consagración en los artículos 1º, 2º, 3º, 40 y 103 de la Constitución Política. Materializar un mecanismo de participación de los ciudadanos en una decisión de su directa incumbencia, que en el orden jurídico tiene jerarquía prevalente al de la ley ordinaria, constituye desarrollo de la regulación constitucional que al efecto se consignó en la Ley Estatutaria 134 de 1994, atinente a los mecanismos de participación ciudadana.

A ese fin, la Sala estima necesario hacer unas consideraciones sobre los siguientes temas: (i) Los principios constitucionales supremos; (ii) El carácter

¹¹ Folio 50.

democrático, participativo y pluralista del Estado Social de Derecho que es Colombia; (iii) La participación en el ordenamiento constitucional: su importancia y su condición de fuente de legitimidad; (iv) La Participación democrática como derecho y como deber; (v) Los Fundamentos y el alcance del régimen constitucional de los mecanismos de participación ciudadana, con particular referencia (vi) al marco regulatorio de la consulta popular, puesto que fue mediante este el mecanismo de participación democrática, que el pueblo aprobó, mediante decisión mayoritaria, la creación del municipio de Guachené.

(i) Los principios constitucionales supremos

Conforme a una jurisprudencia ya consolidada de la Corte Constitucional, *“se comparte la idea de que existe una jerarquía entre normas y normas de la misma Constitución Política, que permite identificar (como por lo demás en todo cuerpo de disposiciones ordenadas en sistema) un orden conducente a conferir preeminencia a algunas respecto de otras”*.

En particular, según la Corte Constitucional, en la Carta Magna hay algunos principios llamados *“principios supremos del ordenamiento constitucional”* que tienen un *“valor superior”* respecto a las restantes normas de rango constitucional. En consecuencia, los principios en cuestión no son en modo alguno susceptibles de revisión constitucional **y son desde todo punto de vista, preeminentes**. En esta categoría se enmarcan los principios que enseguida se analizan, los cuales constituyen piedra angular de la axiología constitucional que subyace al problema jurídico constitucional planteado por la presente demanda.

(ii) El carácter democrático, participativo y pluralista del Estado Social de Derecho que es Colombia

La Asamblea Nacional Constituyente, al promulgar la Constitución Política Política, estableció un marco jurídico **“democrático y participativo”**. El acto constituyente de 1991 definió al Estado como *“social de derecho”* reconstituyéndolo bajo la forma de república **“democrática, participativa y pluralista”**.

Su carácter democrático tiene varios efectos, a saber: (i) el Pueblo es poder supremo o soberano y, en consecuencia, es el origen del poder público y por ello de él se deriva la facultad de constituir, legislar, juzgar, administrar y controlar, (ii)

el Pueblo, a través de sus representantes o directamente, crea el derecho al que se subordinan los órganos del Estado y los habitantes, (iii) el Pueblo decide la conformación de los órganos mediante los cuales actúa el poder público, mediante actos electivos y (iv) el Pueblo y las organizaciones a partir de las cuales se articula, intervienen en el ejercicio y control del poder público, a través de sus representantes o directamente.

Así pues, la Constitución Política de 1991 reconoce, promueve y garantiza la democracia. Esta protección se integra en un complejo diseño normativo e institucional que regula las diferentes relaciones, funciones y tensiones que se derivan de la decisión constituyente de profundizar sus dimensiones, entre ellas aquella que permite a los ciudadanos *participar directamente en el ejercicio y control del poder político*. Esta determinación constituyente se expresa en diferentes disposiciones a lo largo de la Carta Política y se hizo explícita en las discusiones de la Asamblea Nacional que la aprobó.¹²

(iii) La participación en el ordenamiento constitucional: su importancia y su condición de fuente de legitimidad

Es sabido que el artículo 3o de la Constitución Política radica en el pueblo la soberanía prescribiendo que de él emana el poder público. Esta fórmula política¹³ implica que el ejercicio de la soberanía, esto es, de la capacidad para tomar libremente *“las principales decisiones políticas que configuran y unifican la comunidad”*¹⁴ es responsabilidad del pueblo que, conforme a dicha disposición, puede ejercerla de manera directa o por medio de los representantes que elige, y en todo caso, en las condiciones que la Carta Política ha establecido.

¹² Así se deriva, por ejemplo, del informe ponencia para primer debate en plenaria denominado “Democracia Participativa, Reforma y pedagogía de la Constitución” presentado por los constituyentes Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Jaime Arias López (Gaceta Constitucional No. 81). Existen otros textos que evidencian la inequívoca decisión de avanzar en la ampliación de la democracia según se constata, por ejemplo, en el Informe Ponencia de los Constituyentes Darío Mejía Agudelo, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Jaime Arias López (Gaceta Constitucional No. 52). Igualmente esta orientación se registra en algunos documentos presentados por los constituyentes en esta materia y entre los cuales se destaca el presentado por Fernando Carrillo Flórez denominado “Instituciones de la democracia participativa – objetivos de la participación” (Gaceta Constitucional No. 107).

¹³ Esta expresión fue usada en la sentencia C-048 de 2001. Dijo esta Corporación: “Los artículos 3º y 103 la conciben como una fórmula política que se predica del individuo como principal titular de la misma y que implica el ejercicio de derechos y obligaciones frente al Estado.”

¹⁴ Sentencia T-006 de 1992.

Definida y concretada así la soberanía, el artículo 40 Superior prevé las formas específicas en las que el pueblo, en tanto titular del poder público, participa en la conformación, ejercicio y control del poder político.

A la luz de lo preceptuado en la citada norma constitucional, los ciudadanos son verdaderos titulares de derechos subjetivos que protegen diferentes modalidades para *conformar, ejercer y controlar* el poder político materializado en el Estado. A su vez, en estrecha conexión con la radicación de la soberanía en el pueblo prevista en el artículo 3o y con el derecho de las personas a participar reconocido en el artículo 40, la Constitución Política enuncia (art. 103) los instrumentos que concretan tal derecho: (i) el voto, (ii) el plebiscito, (iii) el referendo, (iv) la consulta popular, (v) el cabildo abierto, (vi) la iniciativa legislativa y (vii) la revocatoria del mandato. Según lo destacó este Tribunal desde sus primeras sentencias, tales mecanismos promueven “*la participación libre e igualitaria de cada miembro de la comunidad política.*”¹⁵

En síntesis:

El artículo 40 Constitucional reconoce las diferentes relaciones del ciudadano con el poder político y, a partir de ellas, asegura posiciones constitucionales de variada índole.

La primera relación posible con el poder político es la relativa a su *conformación*. En ese vínculo los titulares del derecho a participar tienen la competencia para formar o constituir, en el sentido de definir quienes lo ejercen, el poder político. Por ello son titulares del derecho a elegir y a ser elegidos (num. 1), del derecho a tomar parte en elecciones (num. 2), del derecho a revocar el mandato de los elegidos (num. 4) y del derecho de *acceder* al desempeño de funciones públicas (num. 7). Esta expresión del derecho a participar supone un relativo predominio de las manifestaciones representativas de la democracia –aunque no excluye manifestaciones de democracia directa- en tanto los ciudadanos se ocupan de determinar quienes representarán y ejercerán, históricamente, el poder del Estado.

¹⁵ Sentencia T-006 de 1992.

La segunda relación comprende la relativa al *ejercicio* del poder político. En este caso, el derecho a participar se concreta en la posibilidad de adoptar decisiones que implican una materialización directa del poder político. En esta manifestación se inscriben, con intensidad y consecuencias diferenciadas, el derecho *a tomar parte* en plebiscitos, referendos y consultas populares (num. 2), el derecho *a tener iniciativa* en las corporaciones públicas (num. 5) y el derecho *a constituir* partidos, movimientos y agrupaciones políticas, a formar parte de ellos y *a difundir* sus ideas y programas (num. 3). En esta relación con el poder político se encuentran comprendidas las manifestaciones no intermediadas de la participación en tanto los ciudadanos promueven o adoptan decisiones que, en otros casos, podrían o no serlo por sus representantes. Es por ello que la Corte Constitucional ha advertido que uno de los grandes cambios que supone el tránsito de una democracia exclusivamente representativa a una democracia participativa consiste en que *“los ciudadanos no votan sólo para elegir, sino también para decidir.”*¹⁶

La tercera relación que prevé el artículo 40 con el poder político es la de *control*. En ella las personas asumen una perspectiva diferente en tanto su derecho se concreta en la facultad de vigilar o inspeccionar las actividades desplegadas por las autoridades en ejercicio del poder político. A partir de este tipo de vínculo con el poder se reconoce el derecho a revocar el mandato (núm. 4), a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución Política y la ley (núm. 6), a presentar peticiones respetuosas a las autoridades públicas (art. 23) y a constituir y participar en organizaciones orientadas a vigilar la gestión pública (arts. 103. inc. 3, 270 y 369).

Adicionalmente en esta tercera relación se manifiestan formas representativas del control político, esto es, el despliegue de actividades de control a la gestión por parte de los representantes elegidos.

Esta disposición se complementa con el artículo 103 de la Constitución Política al disponer que el ejercicio de la soberanía del pueblo, lo que equivale a decir -en términos del artículo 40 Superior- el ejercicio del poder político, se manifiesta en el

¹⁶ Sentencia T-631 de 2001.

voto, en el plebiscito, en el referendo, en la consulta popular, en el cabildo abierto, en la iniciativa legislativa y en la revocatoria del mandato. Esa misma disposición contempla, dado el reconocimiento del derecho a controlar el poder político - también referido en el artículo 40-, la obligación del Estado de contribuir a la organización, promoción y capacitación de diferentes asociaciones a efectos de que puedan incidir en las instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública.

De otra parte, resulta pertinente destacar que desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional enfatizó la importancia de la participación en el ordenamiento constitucional y su condición de fuente de legitimidad.

Ciertamente, desde 1992, la Corte Constitucional ha enfatizado que **“el principio de la participación se constituye en elemento esencial dentro de la filosofía política que inspira la Carta y en sustento innegable de las nuevas instituciones.”**¹⁷

(iv) Democracia participativa

También desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional puso de presente que **“[e]l tránsito de una democracia representativa a una participativa (C.P. art. 1º) significa abandonar un sistema político y social restringido a la elección de los representantes del electorado y adoptar un nuevo modelo que incorpora junto a los mecanismos tradicionales, instituciones de democracia directa -plebiscito, referéndum, iniciativa popular, revocatoria del mandato, cabildo abierto, etc-, y de participación en las decisiones que afectan a todos en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (C.P. art. 2º). (Resalta la Sala)**

En esa línea de pensamiento, en la sentencia T-540 de 1992 indicó:

“La democracia participativa como principio, finalidad y forma de gobierno (CP Preámbulo, arts. 1 y 2) exige la intervención de los ciudadanos en todas las actividades confiadas a los gobernantes para garantizar la satisfacción de las necesidades crecientes de la población. Sin la

¹⁷ Sentencia No. T-003 de 1992, 11 de mayo de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz y Sentencia C-454 de 1993, 13 de octubre de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

participación activa de los ciudadanos en el gobierno de los propios asuntos, el Estado se expone a una pérdida irrecuperable de legitimidad como consecuencia de su inactividad frente a las cambiantes y particulares necesidades de los diferentes sectores de la sociedad.”

En análogo sentido, la sentencia C-089 de 1994 expresó con claridad el significado del cambio constitucional y la pretensión constituyente de materializar la democracia y de impregnar con sus categorías las diferentes instancias sociales. Dijo en esa ocasión:

“(…) El fortalecimiento y la profundización de la democracia participativa fue el designio inequívoco de la Asamblea Nacional Constituyente, luego traducido en las disposiciones de la Carta Política que ahora rige el destino de Colombia y de las que se infiere el mandato de afianzar y extender la democracia tanto en el escenario electoral como en los demás procesos públicos y sociales en los que se adopten decisiones y concentren poderes que interesen a la comunidad por la influencia que puedan tener en la vida social y personal.

La democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución Política no es independiente de un progresivo y constante esfuerzo de construcción histórica que compromete a los colombianos - en mayor grado, desde luego, a las instituciones públicas y a los sujetos privados que detentan posiciones de poder social o político - y de cuyo resultado se derivará la mayor o menor legitimidad de las instituciones, no menos que la vigencia material de la Carta y la consecución y consolidación de la paz pública.”

Y en otro de sus pronunciamientos, precisó:

“El tránsito de una democracia representativa a una participativa (CP art. 1) significa abandonar un sistema político y social restringido a la elección de los representantes del electorado y adoptar un nuevo modelo que incorpora junto a los mecanismos tradicionales, instituciones de democracia directa - plebiscito, referéndum, iniciativa popular, revocatoria del mandato, cabildo abierto, etc. -, y de participación en las decisiones que afectan a todos en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación (CP art. 2).”

Cabe igualmente señalar que el carácter cualificado del modelo democrático adoptado en la Constitución Política de 1991 ha conducido a la Corte Constitucional a precisar que su caracterización requiere tomar en consideración

no solo su dimensión procedimental sino también la dimensión sustantiva que contribuye a conferirle legitimidad. Así, en la sentencia C-674 de 2008 diferenciando entre principios materiales y principios estructurales de la democracia explicó:

“Ahora, existe relativo consenso en la doctrina sobre el contenido del concepto jurídico de democracia y sobre las reglas generales que la identifican y estructuran, las cuales, para efectos prácticos, pueden denominarse principios democráticos. De este modo, resulta indudable que, dentro de los elementos de la democracia sustantiva o también denominados principios materiales de la democracia, se encuentran la dignidad humana, libertad, la igualdad y el pluralismo y, dentro de los elementos propios de la democracia procedimental o principios estructurales encontramos, por ejemplo, la participación, la representación, la adopción de decisiones por mayoría, el respeto por las minorías, la prohibición de la arbitrariedad y el principio de imparcialidad.”¹⁸

Cabe advertir que la Corte Constitucional ha reconocido que los conceptos de democracia participativa y representativa no son completamente opuestos y que *“por el contrario, se complementan logrando así que el pueblo, titular originario de la soberanía, pueda escoger -mediante el sufragio universal- a sus gobernantes y, a su vez, cuente con los mecanismos jurídicos propios que garanticen su vinculación con los asuntos que le afectan directamente y en cuya solución se encuentra comprometido”*¹⁹. **En todo caso a pesar de la complementariedad señalada es claro que el cambio de modelo democrático implica un redimensionamiento en la concepción y alcance de los derechos políticos los cuales, bajo la democracia participativa, “excede[n] en mucho el derecho a elegir y a ser elegido, único modus operandi de la democracia meramente representativa”**²⁰.

Conforme a lo expuesto, la democracia y, de manera particular la democracia participativa, se erige en una categoría central para el sistema constitucional colombiano, cuyo reconocimiento y garantía tiene consecuencias directas en la forma en que actúan, inciden y se expresan los ciudadanos, las organizaciones sociales y las autoridades públicas. En ese sentido, tal y como lo afirman los

¹⁸ En la sentencia SU-747 de 1998 la Corte Constitucional había ya tenido oportunidad de advertir la doble dimensión procedimental y sustancial de la democracia.

¹⁹ Sentencia C-089 de 1994.

²⁰ Sentencia C-179 de 2002.

considerandos de la Carta Democrática de la Organización de los Estados Americanos “*el carácter participativo de la democracia en nuestros países en los diferentes ámbitos de la actividad pública contribuye a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en el Hemisferio*”.²¹

La participación como derecho

De otra parte, resulta igualmente pertinente señalar que hacia 1996, la Corte Constitucional empieza a perfilar su línea jurisprudencial según la cual la democracia participativa no sólo es un principio constitucional sino que, además, constituye un derecho para el ciudadano. Para esos efectos, la Corte deja manifiesto el supuesto del que parte la Constitución de 1991 de conformidad con el cual el ciudadano de a pie sí tiene “algo que decir”²² sobre las decisiones que habrán de tomarse y que a él le afecten. Lo plasma en los siguientes términos:

“La democracia participativa procura otorgar al ciudadano la certidumbre de que no será excluido del debate, del análisis ni de la resolución de los factores que inciden en su vida diaria, ni tampoco de los procesos políticos que comprometen el futuro colectivo. Asume la Constitución que cada ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público y que tiene algo que decir en relación con ellas, lo cual genera verdaderos derechos amparados por la Carta Política, cuya normatividad plasma los mecanismos idóneos para su ejercicio”²³.

Incluso en el año 2002, la Corte le otorga al concepto de democracia participativa el grado de derecho fundamental e indica, adicionalmente, que dicho derecho constituye una condición *sine qua non* para cumplir los fines del Estado social y democrático de derecho:

“5. Uno de los principios que conforman el núcleo conceptual de la democracia participativa es, tal y como lo consagró el artículo 2 Superior, **“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.”** Y una de las características esenciales del nuevo modelo político inaugurado por la Constitución de 1991, consiste en reconocer que todo

²¹ En idéntica dirección el artículo 2 del Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas cuya constitucionalidad fue examinada en la sentencia C-633 de 2011, establece que el espacio de integración que allí se crea tiene como objetivo *adoptar medidas que contribuya a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana*.

²² Corte Constitucional, Sentencia No. C-021 de 1996, 23 de enero de 1996, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

²³ *Ibidem*.

ciudadano tiene derecho no sólo a conformar el poder, como sucede en la democracia representativa, **sino también a ejercerlo** y controlarlo, tal y como fue estipulado en el artículo 40 constitucional.

(...)

“10. Como reiteradamente ha considerado esta Corporación, porque es por medio de los derechos políticos como son realizados los mandatos constitucionales y democráticos, éstos tienen carácter fundamental [v] . Si no fuera así, no tendría efectividad el principio contenido en el artículo 2 constitucional, que le impone al Estado el deber de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”.

Además de ello, la participación como derecho se prescribe en diferentes instrumentos internacionales. La Carta Democrática de la Organización de los Estados Americanos dispone en su artículo 6 que *la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad*. A su vez, el artículo 7 de tal instrumento indica, previo reconocimiento del carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos, que la democracia es una condición indispensable para el ejercicio de los mismos.

Por su parte el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé que sin restricciones indebidas, las personas gozarán (a) del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, (b) del derecho a votar y ser elegidas en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y (c) del derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas. En igual dirección se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 23 ampara derechos semejantes a los tutelados por el Pacto Internacional antes referido.

De lo expuesto, resulta indubitable para esta Sala que el reconocimiento de la participación como un derecho se traduce entonces en la posibilidad de que el pueblo y los ciudadanos que lo integran, además de concurrir a los diferentes actos electorales, puedan proferir directamente actos decisorios a los que se reconozca fuerza normativa autónoma.

Como quedó enunciado, la Constitución Política regula los mecanismos que hacen posible que los ciudadanos tomen decisiones directamente tal y como ocurre en el caso del plebiscito, del referendo y de la consulta popular. Igualmente prevé la Carta formas de participación de los ciudadanos que no conducen a la adopción directa de decisiones pero que implican la posibilidad de incidir en las decisiones de mayor importancia tal y como ocurre, por ejemplo, con la iniciativa popular normativa, con el cabildo abierto o con la acción pública de inconstitucionalidad (arts. 40, 103, 104, 106, 155, 170, 241, 375, 376, 377 y 378) - *el derecho a la democracia “como decisión”*-.

El carácter universal y expansivo del derecho de participación

Desde sus primeras decisiones, la Corte Constitucional destacó que el principio democrático participativo tiene carácter universal y expansivo. Sobre ello, la sentencia C-089 de 1994 indicó:

“La breve relación anterior de las normas constitucionales sobre las que se edifica la democracia participativa, es suficiente para comprender que el principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción.”²⁴ (Las subrayas hacen parte del texto original)

En esa misma dirección, la sentencia C-179 de 2002, en la cual se estudió la constitucionalidad del entonces proyecto de Ley Estatutaria sobre el voto programático, estableció que *“la democracia participativa supone una tendencia*

²⁴En esta oportunidad la Corte Constitucional se ocupó de adelantar el control previo de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria “Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”.

expansiva. Esta característica significa que el principio democrático debe ampliarse progresivamente a nuevos ámbitos y hacerse cada vez más vigente, lo cual exige la construcción de una nueva cultura que debe paulatinamente implementarse en la sociedad política. Se trata pues de una maximización progresiva de los mecanismos que permiten el acceso al poder político, y el ejercicio y control del mismo, así como la injerencia en la toma de decisiones. Desde este punto de vista, la tendencia expansiva de la democracia participativa proscribe los obstáculos y trabas que impiden la efectiva realización de la democracia, y el excesivo formalismo de las normas que regulan el ejercicio de los derechos políticos²⁵. (Subrayado fuera del original).

También en la sentencia SU-1122 de 2001 la Corte Constitucional caracterizó así el carácter expansivo de la democracia:

“A partir de lo anterior, el mandato de expansión de la democracia que impone la Carta, ha de entenderse como resultado de varios procesos que involucran garantías para que la participación realmente sea voluntaria (C.P. art. 16), las decisiones efectivamente sean expresión de las opciones personales (C.P. arts. 18 y 20), cada opinión sea igualmente valorada (C.P. arts. 13 y 14) y los procedimientos fijados normativamente sean cumplidos (C.P. Art. 29). Es decir, la expansión de la democracia implica que el Estado tiene la obligación de asegurar que los elementos constitutivos de la democracia (derechos fundamentales) sean respetados y profundizados. En este orden de ideas, no se habrá logrado expansión alguna si resultan insuficientes los mecanismos para evitar que las opiniones (votos o decisiones) sean desconocidas.”

Este punto de partida es cardinal en tanto implica que la proyección del principio de democracia participativa y sus derechos adscritos no se agota en las instancias políticas tradicionales –o en los escenarios exclusivamente representativos- sino que tienen la vocación de actualizarse, ampliarse, ajustarse o corregirse en tanto su optimización se encuentra ordenada.

Debe advertir la Sala que las formas de participación previstas en el artículo 40 Superior no agotan las posibilidades existentes en esta materia. En efecto, en atención al carácter expansivo de la democracia y a la condición de mandato de

²⁵En el mismo sentido se pueden ver sentencias como; C – 1338 de 200, T – 637 de 2001 T – 596 de 2002, entre otras.

optimización del principio de participación, es posible identificar y desarrollar otros instrumentos que hagan realidad el compromiso constitucional de promover, en la mayor medida posible, la incidencia de los ciudadanos en las decisiones que los afectan (art. 2 C.P.)

(v) Fundamentos y alcance del régimen constitucional de los mecanismos de participación ciudadana.

Como quedó expuesto, la Carta adopta también un régimen que regula las *formas de participación directa de los ciudadanos* en desarrollo de los mecanismos que, según el artículo 103 de la Constitución Política, puede desplegar el pueblo en ejercicio de su soberanía (arts. 155, 170, 375, 377, 378, entre otros).

Por resultar de crucial importancia para el examen de los cargos que se formulan en el caso *sub-iudice* la Sala se referirá en particular a la consulta popular, que es el mecanismo de participación democrática, mediante el cual el pueblo aprobó la creación del municipio de Guachené. Al efecto, comenzará por hacer unas breves consideraciones sobre la configuración constitucional de los mecanismos de participación ciudadana.

Al efecto, tiénese lo siguiente:

(vi) La consulta popular

La Constitución Política contiene varias disposiciones relativas a la consulta popular. Además de la mención general en los artículos 40 y 103 (i) el artículo 104 regula la consulta popular facultativa del orden nacional, (ii) el artículo 105 las consultas populares facultativas del nivel territorial, (iii) el artículo 297 prevé las consultas territoriales obligatorias como condición para decretar la creación de nuevos departamentos, (iv) el artículo 319 se ocupa de las consultas territoriales obligatorias para la conformación de un área metropolitana o para la anexión de un municipio a una de ellas y, (v) el artículo 321 contempla las consultas territoriales obligatorias para la participación de un municipio en una provincia.

La consulta popular del orden nacional y del orden territorial tiene una dimensión representativa en la que interviene en el orden nacional y por expresa disposición constitucional el Presidente y el Senado de la República (art. 104) y, en el orden territorial el Gobernador o el Alcalde –también en virtud de la exigencia constitucional precisa fijada en el artículo 105- y las asambleas, concejos o juntas administradoras locales –por disposición legal-. En esta fase representativa, es el Gobierno el titular de la iniciativa²⁶ y quien determina, en el caso de no tratarse de una consulta obligatoria, la oportunidad para su realización. Una vez agotada esta fase se activa la dimensión participativa permitiendo que los ciudadanos tomen una decisión, con efectos obligatorios, respecto del asunto consultado.

El artículo 8o de la ley 134 de 1994, Estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana, prevé una definición de la consulta popular que coincide con la comprensión que de tal figura ha tenido la jurisprudencia constitucional. Dicha disposición establece que *es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometido por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto. Prescribe además, que en todos los casos la decisión adoptada por el pueblo resulta obligatoria.*

Al examinar la constitucionalidad de la aludida Ley Estatutaria en la sentencia C-180 de 1994, la Corte Constitucional, a propósito de la consulta popular, señaló su condición de mecanismo de participación ciudadana consistente *“en la posibilidad que tiene el gobernante de acudir ante el pueblo para conocer y percibir sus expectativas, y luego tomar una decisión.”*²⁷ Esta definición implica que el pueblo no adopta directamente la decisión respecto del asunto consultado sino que, en otra dirección, impone un mandato de actuación al ejecutivo.

Conforme a ello destacó esa Corporación, que la Consulta consiste en *“la opinión que una determinada autoridad solicita a la ciudadanía sobre un aspecto*

²⁶ En el proyecto examinado se prevé la habilitación de la ciudadanía para ese efecto.

²⁷ Reiterada en la sentencia T-1182 de 2001.

específico de interés nacional, regional o local, que posteriormente, la obliga a traducirla en acciones concretas.” Su instrumentación, ha destacado la Corte Constitucional, tiene como finalidad “*definir la realización o buscar el apoyo generalmente de actuaciones administrativas de carácter trascendental en el ámbito nacional, regional o local.*”²⁸

Además de la caracterización referida, ha concluido que en tanto la consulta popular es un mecanismo de participación y la participación es un derecho fundamental, es procedente acudir a la acción de tutela para reclamar el cumplimiento de las reglas que regulan tal mecanismo y, en particular, para exigir el cumplimiento de la decisión adoptada por el pueblo.

No obstante que en principio la realización de la consulta popular es una facultad del Presidente, de los Gobernadores y de los Alcaldes, esa Corporación ha considerado que ella resulta obligatoria para la formación de nuevos departamentos (art. 297), para la conformación de un área metropolitana o para la vinculación de un Municipio a una de ellas (art. 319 inc. 2 y 3) y para la vinculación de un municipio a una provincia ya constituida (art. 321. Inc. 4)²⁹.

- **Marco normativo y jurisprudencial de la creación de municipios mediante la consulta popular a la luz de la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana (Ley 134 de 1994)**

La Constitución Política en su artículo 300, numeral 6º, señala que “*Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: (...) 6. Con sujeción a los requisitos que señale la ley, crear y suprimir municipios, segregar y agregar territorios municipales, y organizar provincias.*” (negrillas fuera de texto)

²⁸Sentencia C-180 de 1994.

²⁹ Sentencia C-180 de 1994. Ello fue reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia C-339 de 1998 en la que indicó: “La Consulta Popular puede ser obligatoria o facultativa. Es obligatoria para el ejercicio de las actividades señaladas en los artículos 297, 319 y 321 del Estatuto Superior, esto es, para la formación de nuevos departamentos, la vinculación de municipios a áreas metropolitanas o su conformación, y el ingreso de un municipio a una provincia ya constituida. En los casos en que se requiera consultar la opinión del pueblo sobre asuntos de trascendencia nacional, departamental o municipal distintos a los mencionados, es potestativo de las autoridades señaladas en la norma precitada, utilizar este instrumento de participación ciudadana.”

Empero, como quedó visto, debe tenerse en cuenta que conforme a los artículos 40-2, 103 y 104 Constitucionales, también es factible que la decisión de crear un municipio surja por la voluntad popular expresada en consulta popular. Así lo precisó la Sala Plena Contenciosa Administrativa (Sala Especial Transitoria de Decisión 1A) en sentencia de 23 de agosto de 2005³⁰:

“La creación de municipios es, por regla general, una decisión a cargo de las asambleas departamentales, que se adopta mediante ordenanzas y se somete al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Pero, como asunto de competencia local, que interesa y afecta a la comunidad, la conformación de un **nuevo municipio puede surgir de la decisión directa del pueblo**, siempre y cuando la ley lo autorice y se cumplan con los requisitos señalados en ella. Dicho de otro modo, la creación de la entidad fundamental de la división política administrativa del Estado debe originarse en ordenanza que proviene de una decisión directa de la respectiva asamblea departamental o de la decisión popular del grupo social afectado, pero para que la decisión sea válida, en los dos casos, debe adoptarse de conformidad con los requisitos y condiciones regulados en la ley. En este orden de ideas, la Sala comparte la tesis expuesta en la sentencia recurrida, según la cual la creación de un municipio mediante acto administrativo para concretar la decisión mayoritaria del pueblo, per se, no sólo no es contrario al artículo 300, numeral 6, de la Constitución, sino que desarrolla los artículos 40, numeral 2, 103, 104 y 105 superiores.” (negrilla fuera de texto)

En cuanto concierne a los requisitos, la Ley 136 de 1994 *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*³¹ determinó en el artículo 8º, que para que una porción del territorio de un departamento pueda ser erigida en municipio, se necesitan que concurren las siguientes condiciones:

“Artículo 8º.- *Requisitos*. Para que una porción del territorio de un departamento pueda ser erigida en municipio se necesita que concurren las siguientes condiciones:

1. Que el área del municipio propuesto tenga identidad, atendidas sus características naturales, sociales, económicas y culturales.
2. Que cuente por lo menos con siete mil (7.000) habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se pretende segregar no disminuya su población por debajo de este límite señalado, según certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

³⁰ Expediente: 03-15-000-00438-01 (S), C.P. Dra. Alier Eduardo Hernández Enríquez

³¹ Los numerales 2, 3 y los párrafos 1º, 2º y 3º del artículo 8 de la Ley 136 de 1994 fueron modificados por la Ley 1551 de 2012.

3. Que el Municipio propuesto garantice, por lo menos, ingresos ordinarios anuales equivalentes a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales, sin incluir la participación en los ingresos corrientes de la Nación.

4. Que el organismo departamental de planeación conceptúe favorablemente, previo a la presentación del proyecto de ordenanza sobre la conveniencia económica y social de la iniciativa y la viabilidad de la nueva entidad, teniendo en cuenta su capacidad física, sus posibilidades económicas, su infraestructura y su identificación como área de desarrollo. El concepto también deberá, pronunciarse favorablemente con relación a la conveniencia de la iniciativa para el municipio o los municipios de los cuales se segrega el nuevo. En todo caso, con la creación de un nuevo municipio no podrá sustraerse más de la tercera parte del territorio del municipio o municipios de los cuales se segrega.

El párrafo 1º del artículo 8 de la Ley 136 de 1994 determina que **el respectivo proyecto de ordenanza de creación de un municipio**, podrá ser presentado por el Gobernador, por la Asamblea Departamental o **por iniciativa popular**. Agrega la norma, que **el gobernador estará obligado a presentar el respectivo proyecto de ordenanza, cuando por medio de consulta popular así lo decida la mayoría de los ciudadanos** residentes en el respectivo territorio. El tenor de la norma es el siguiente:

“Parágrafo 1.- El respectivo proyecto de ordenanza podrá ser presentado a iniciativa del Gobernador, de los miembros de la Asamblea Departamental o por iniciativa popular, de conformidad con la Ley. Sin embargo, el Gobernador estará obligado a presentarlo cuando por medio de consulta popular así lo decida la mayoría de los ciudadanos residentes en el respectivo territorio.

Cuando no hubiere precedido la consulta popular a la ordenanza que apruebe la creación de un nuevo municipio, una vez ésta se expida será sometida a referéndum en el que participen los ciudadanos del respectivo territorio. El referéndum deberá realizarse en un plazo máximo de tres meses, contados a partir de la fecha de sanción de la ordenanza.

Si el proyecto de ordenanza fuere negado, se archivará y una nueva iniciativa en el mismo sentido sólo podrá presentarse tres (3) años después.”

El artículo 8 de la Ley 136 de 1994 fue modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000³² y adicionó como uno de los requisitos o condiciones para la creación

³² “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.”

de un municipio, el **control automático previo de legalidad** que debe hacer el **Tribunal Contencioso Administrativo** respectivo **del proyecto de ordenanza que crea el municipio**. Esta norma dispone:

“Artículo 15.- Modifícase el Artículo 8° de la Ley 136 de 1994, el cual quedará así:

"Artículo 8°- Requisitos. Para que una porción del territorio de un departamento pueda ser erigida en municipio se necesita que concurren las siguientes condiciones:

1. Que el área del municipio propuesto tenga identidad, atendidas las características naturales, sociales, económicas y culturales.
2. Que cuente por lo menos con catorce mil (14.000) habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se pretende segregar no disminuya su población por debajo de este límite señalado, según certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE.
3. Que el municipio propuesto garantice, por lo menos, ingresos corrientes de libre destinación anuales equivalentes a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales vigentes, durante un período no inferior a cuatro (4) años.
4. Previamente a la presentación del proyecto de ordenanza por la cual se cree un municipio el órgano departamental de planeación, de acuerdo con la metodología elaborada por el Departamento Nacional de Planeación debe elaborar el respectivo estudio, sobre la conveniencia económica y social de la iniciativa y la viabilidad de la nueva entidad, teniendo en cuenta sus posibilidades económicas, de infraestructura y su identificación como área de desarrollo. Con base en dicho estudio, el órgano departamental de planeación deberá expedir concepto sobre la viabilidad de crear o no el municipio, debiendo pronunciarse sobre la conveniencia de la medida para el municipio o los municipios de los cuales se segregaría el nuevo.

En ningún caso podrá crearse un municipio que sustraiga más de la tercera parte del territorio del municipio o municipios de los cuales se segrega. **De forma previa a la sanción de la ordenanza de creación del municipio, el tribunal contencioso administrativo ejercerá control automático previo sobre la legalidad de la misma.** Si el proyecto no se encontrare ajustado a la ley no podrá sancionarse. (...)" (negrilla y subrayado fuera de texto)

Cabe advertir que el control automático previo sobre la legalidad de la ordenanza que crea el municipio, desapareció con la modificación que los artículos 11 y 12 de la Ley 1551 de 2012 *“Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”* le hicieron al artículo 8 de la Ley 136 de 1994.

Asimismo, el artículo 15 de la Ley 617 de 2000 modificó el párrafo 1º de la Ley 136 de 1994 y adicionó el párrafo 2º y 3º, cuyo tenor es el siguiente:

“Párrafo 1º- El respectivo proyecto de ordenanza podrá ser presentado a iniciativa del gobernador, de los miembros de la asamblea departamental o por iniciativa popular, de conformidad con la ley. Sin embargo, el gobernador estará obligado a presentarlo cuando por medio de consulta popular así lo decida la mayoría de los ciudadanos residentes en el respectivo territorio.

Cuando no hubiere precedido la consulta popular a la ordenanza que apruebe la creación de un nuevo municipio, una vez ésta se expida será sometida a referéndum en el que participen los ciudadanos del respectivo territorio. El referéndum deberá realizarse en un plazo máximo de (6) seis meses, contados a partir de la fecha de sanción de la ordenanza. Si el proyecto de ordenanza fuere negado, se archivará y una nueva iniciativa en el mismo sentido sólo podrá presentarse tres (3) años después.

Parágrafo 2º- Se podrán crear municipios sin el lleno del requisito poblacional exigido en el numeral segundo del presente Artículo cuando, de conformidad con la certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el municipio que se vaya a crear garantice ingresos corrientes de libre destinación superiores a ocho mil (8.000) salarios mínimos mensuales vigentes.

Parágrafo 3º- El Ministerio del Interior llevará un registro sobre los municipios que se creen. Para tal efecto, el gobernador del respectivo departamento, una vez sea surtido el trámite de creación de un municipio, remitirá copia de la ordenanza y sus anexos a la dirección general unidad administrativa especial para el desarrollo institucional de los entes territoriales del Ministerio del Interior.” (negrilla fuera de texto)

La redacción del párrafo 1º se mantuvo en el sentido de disponer que **el proyecto de ordenanza puede ser presentado por iniciativa popular**, de conformidad con la ley **y, reitera la norma que, el gobernador estará obligado a presentar el respectivo proyecto de ordenanza de creación de un municipio, cuando por medio de consulta popular así lo decida la mayoría de los ciudadanos** residentes en el respectivo territorio.

En efecto, cuando la creación del municipio se origina por iniciativa del pueblo a través de una consulta popular, esta debe cumplir los parámetros establecidos en la Ley 134 de 1994 Estatutaria “*Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana*”. Se destaca que sus disposiciones son de jerarquía superior al de las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 que son de naturaleza ordinaria.

Es sabido que las Leyes Estatutarias constituyen un tipo de leyes de especial jerarquía, que tienen como fin esencial salvaguardar la entidad de las materias que regulan, que conforme lo preceptúa el artículo 152 Constitucional son: los derechos y deberes fundamentales, así como los procedimientos y recursos para su protección; la administración de justicia; la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; los estados de excepción, y la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República.

A propósito de la especial jerarquía que caracteriza a las Leyes Estatutarias que regulan las referidas materias, en la sentencia C-748 de 2011 la Corte Constitucional precisó que ello se explica en tanto *“... éstas que comportan una importancia cardinal para el desarrollo de los artículos 1o y 2o de la Carta, pues su regulación especial garantiza la vigencia de principios básicos constitucionales y propende por la consecución de los fines esenciales del Estado. De modo que imprimirle rigurosidad a la aprobación de la regulación de dichas materias y, además, mayor jerarquía a las leyes que las consagren, son medios idóneos para lograr la efectividad de los derechos constitucionales, la salvaguarda de un orden justo, así como la existencia de un sistema democrático y participativo.”*

En cuanto a la jerarquía prevalente de las Leyes Estatutarias³³ frente a las leyes ordinarias, es sabido que, descontada la supremacía de las normas constitucionales, en el orden de precedencia normativa estas ocupan un lugar preeminente en relación con las leyes ordinarias y los demás actos de jerarquía inferior del ordenamiento jurídico, en tanto sirven de parámetro de constitucionalidad para su expedición y, además, porque se constituyen en su referente normativo.

En ese orden de ideas, y a título ilustrativo, vale la pena señalar que en la sentencia C-141/10, la Corte Constitucional estableció que la ley estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana debía ser considerada como referente normativo para la constitucionalidad de las iniciativas legislativas populares.

³³ Las materias a desarrollarse mediante Ley Estatutaria son las previstas en el artículo 152 C.P. están sometidas a un procedimiento de aprobación que exige la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, así como el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 153 C.P.

De esta Ley Estatutaria 134 de 1994 importa tener en cuenta que como se mencionó en precedencia, su artículo 8° define la consulta popular con el siguiente alcance:

“La consulta popular es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometido por el Presidente de la República, el Gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto”.

Por su parte, el artículo 51 *ibidem* dispone que “*sin perjuicio de los requisitos y formalidades adicionales que señale el Estatuto General de la Organización Territorial y de los casos que éste determine, los gobernadores y alcaldes podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales, municipales, distritales o locales.*” (subrayado fuera de texto)

Para poder llevar a cabo la consulta popular a nivel departamental, el artículo 53 de la Ley 134 de 1994 establece que el gobernador solicitará a la asamblea, un concepto sobre la conveniencia de la consulta y el texto de la consulta se remitirá al Tribunal Contencioso Administrativo competente para que se pronuncie dentro de los 15 días siguientes sobre su constitucionalidad. El tenor de la norma es el siguiente:

“Artículo 53°.- *Concepto previo para la realización de una consulta popular.* En la consulta popular de carácter nacional, el texto que se someterá a la decisión del pueblo, acompañado de una justificación de la consulta y de un informe sobre la fecha de su realización, será enviado por el Presidente de la República al Senado para que, dentro de los veinte días siguientes, emita concepto favorable. Por decisión de mayoría de sus miembros, el Senado podrá prorrogar este plazo en diez días más.

El gobernador o el alcalde solicitará a la asamblea, el concejo o a la junta administradora local, un concepto sobre la conveniencia de la consulta de carácter departamental, municipal o local en los mismos términos y con los mismos requisitos de la consulta nacional. Si este fuere desfavorable el gobernador o el alcalde no podrá convocar la consulta. El texto de la consulta se remitirá al tribunal contencioso-administrativo competente para que se pronuncie dentro de los 15 días siguientes sobre su constitucionalidad.” (subrayado fuera de texto)

La decisión tomada por el pueblo en la consulta es obligatoria cuando la pregunta que le ha sido sometida, ha obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la

tercera parte de los electores que componen el censo electoral. Así lo dispone el artículo 55 de la Ley 134 de 1994:

“Artículo 55°.- Decisión del pueblo. La decisión tomada por el pueblo en la consulta, será obligatoria. Se entenderá que ha habido una decisión obligatoria del pueblo, cuando la pregunta que le ha sido sometida ha obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral.”

Según el artículo 56 *ibídem*, **cuando el pueblo haya tomado una decisión, es perentorio adoptar las medidas para hacerla efectiva. Cuando para ello se requiera de una ordenanza, como en el caso de la creación de un municipio, la asamblea departamental respectiva deberá expedirla** dentro del mismo periodo de sesiones y a más tardar en el período siguiente. **Si vencido este plazo, la asamblea no la expidiere, el gobernador,** dentro de los tres meses siguientes **la adoptará mediante decreto con fuerza de ordenanza.** Esta norma dispone:

“Artículo 56°.- Efectos de la consulta. Cuando el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva. **Cuando para ello se requiera de una ley, una ordenanza,** un acuerdo o una resolución local, **la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo periodo de sesiones y a más tardar en el período siguiente. Si vencido este plazo** el Congreso, **la asamblea,** el Concejo o la junta administradora local, **no la expidieren,** el Presidente de la República, **el gobernador,** el alcalde, o el funcionario respectivo, **dentro de los tres meses siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza,** acuerdo o resolución local, según el caso. En este caso el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de tres meses.”

De las normas transcritas se concluye, que cuando el pueblo adopta una decisión obligatoria, como en este caso, es perentorio que los órganos correspondientes adopten las medidas para hacerla efectiva.

- **Estudio de los cargos planteados**

Advierte la Sala que, pese a que el Tribunal Administrativo del Cauca en primera instancia declaró la nulidad del acto acusado al encontrar probado el hecho de haberse omitido por parte del Gobernador, el control previo de legalidad de la ordenanza establecido en el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, la Sala estudiará como es su deber, los restantes cargos formulados en la demanda, pues en el

caso de la creación del municipio de Guachené se presentaron circunstancias muy especiales que ameritan el análisis y estudio respectivo, los cuales la Sala pasará a resolver.

Antes de entrar a resolver los cargos planteados, la Sala advierte que de conformidad con los artículos 50 y 135 del C.C.A., tanto el Decreto No. 00092 de 27 de enero de 2006 *“por medio de la cual se convocó a consulta popular en el corregimiento de Guachené, municipio de Caloto”* como el Decreto No. 0654 de 19 de diciembre de 2006 *“por medio del cual se encargó alcalde y se convocó a elecciones locales en el municipio de Guachené”*, no son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues el primero de ellos es un acto preparatorio o de trámite y, el segundo es un acto de ejecución que, como tales, se limitan a preparar, impulsar la actuación administrativa, o dar cumplimiento a la decisión.

Primer grupo de cargos

Primero.- Violación directa por inaplicación del artículo 56 de la Ley 134 de 1994.

Señala el actor que el proyecto de ordenanza que ordenaba crear al municipio de Guachené fue presentado por el Gobernador del Cauca ante la Asamblea Departamental de manera extemporánea, pues el proyecto fue radicado en la Secretaria de la corporación el 9 de octubre de 2006, esto es, siete (7) meses después de llevada a cabo la consulta popular del 28 de febrero de 2006, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 134 de 1994 que establece tres (3) meses para hacerlo.

En efecto, el artículo 56 de la Ley 134 de 1994 dispone lo siguiente:

“Artículo 56°.- Efectos de consulta. Cuando el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva. Cuando para ello se requiera de una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo periodo de sesiones y a más tardar en el período siguiente. Si vencido este plazo el Congreso, la asamblea, el Concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde, o el funcionario respectivo, dentro de los tres meses siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el

caso. En este caso el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de tres meses.”

Por su parte, el artículo 5 de la Ordenanza No. 015 de 3 de marzo de 2006 *“por medio de la cual se expide el reglamento interno de la Asamblea Departamental del Cauca”* dispone que la Asamblea Departamental sesionará ordinariamente de conformidad con los siguientes periodos: *“El primer periodo para el primer año de sesiones será desde el 2 de enero posterior a su elección, hasta el último día del mes de febrero. En los restantes años, las sesiones tendrán como primer periodo el comprendido entre el 1º de marzo y el 30 de abril. El segundo periodo será del 1º de junio al 30 de julio. El tercer periodo será del 1º de octubre al 30 de noviembre, con prioridad en decidir respecto de la aprobación o no del proyecto de ordenanza del presupuesto departamental.”* (folio 442 anexo)

De acuerdo con lo descrito en los artículos 56 de la Ley 134 de 1994 y 5 de la Ordenanza No. 015 de 2006 y teniendo en cuenta que la consulta popular en el caso presente se llevó a cabo el 26 de febrero de 2006, a la Asamblea Departamental del Cauca le correspondía expedir la ordenanza adoptando la decisión tomada por el pueblo, dentro del mismo periodo de sesiones, es decir, entre el 1º de marzo y el 30 de abril y, a más tardar en el período siguiente, esto es, del 1º de junio al 30 de julio.

Sin embargo, la Asamblea Departamental del Cauca rechazó y archivó el respectivo proyecto de ordenanza el 19 de octubre de 2006 (folio 616 anexo), por lo que el Gobernador debía adoptar la decisión tomada en la consulta popular dentro de los 3 meses siguientes como en efecto ocurrió, es decir, entre el 19 de octubre de 2006 y el 19 de enero de 2007 y el Decreto con fuerza de Ordenanza No. 653 fue expedido el 19 de diciembre de 2006.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Segundo.- Violación directa por inaplicación de los artículos 43 del C.C.A.; 83 y 330 del Decreto 1222 de 1986; inciso 2º del numeral 4º del artículo 8º de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000; y 56 de la Ley 134 de 1994.

El actor argumentó que el Decreto con fuerza de Ordenanza No. 0653 de 19 de diciembre de 2006 expedido por el Gobernador del Cauca, debía surtir la formalidad de la publicidad establecida en las normas citadas como violadas, las

cuales determinan que las ordenanzas de las asambleas departamentales deben ser publicadas en el boletín o gaceta oficial del Departamento y, una vez efectuada dicha publicación, la ordenanza solo empezaría a regir en todo el territorio del Departamento, treinta (30) días después de esa publicación oficial.

Este cargo no está llamado a prosperar, toda vez que a folio 634 del expediente, obra la Gaceta Departamental No. 5110 en la que consta que el Decreto 0653 de 2006 “*por medio del cual se crea el municipio de Guachené, en el Departamento del Cauca y se dictan otras disposiciones*” fue publicado en dicho documento el 19 de diciembre de 2006.

Tercero.- Violación directa por inaplicación de los artículos 10 y 27 de la Ley 134 de 1994.

El actor afirmó que el acto administrativo acusado violó los artículos 10 y 27 de la Ley 134 de 1994, por haber incumplido varios requisitos para poder llevar a cabo la consulta popular, a saber: (i) conformar el comité promotor de la consulta popular, (ii) recolectar el número mínimo de las firmas de ciudadanos que formaban parte del censo electoral de los territorios que debían participar en la misma y, (iii) certificación expedida por el órgano electoral acerca de la veracidad y pertinencia de dichas firmas.

El tenor de los artículos 10 y 27 de la Ley 134 de 1994 es el siguiente:

LEY 134 DE 1994

TITULO II

Inscripción y trámite de las iniciativas legislativas y normativas y de la solicitud de referendo.

Capítulo I. Inscripción de la iniciativa legislativa y normativa de la solicitud de referendos.

(...)

“Artículo 10º.- *Los promotores y voceros.* Para ser promotor de una iniciativa legislativa y normativa o de una solicitud de referendo, se requiere ser ciudadano en ejercicio y contar con el respaldo del cinco por mil de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral, cumpliendo con este requisito, podrán también ser promotores, una organización cívica, sindical, gremial, indígena o comunal del orden nacional, departamental, municipal o local, según el caso, o un partido o movimiento político, debiendo cumplir con el requisito de la personería jurídica en todos los casos.

Además del cumplimiento de los requisitos exigidos en el inciso 1°, en el caso de las organizaciones, partidos o movimientos políticos, la iniciativa legislativa y normativa y la solicitud de referendo deberá ser aprobada en asamblea, congreso o convención por la mayoría de los asistentes con derecho a voto, y será la misma asamblea la que los elija.

Deberán constituirse en comité e inscribirse como tales ante la Registraduría del Estado Civil de la correspondiente circunscripción electoral. Este comité estará integrado por nueve ciudadanos, y elegirá el vocero, quien lo presidirá y representará. Si el promotor es la misma organización, partido o movimiento, el comité podrá estar integrado por sus directivas o por las personas que éstas designen para tal efecto.

En el caso de que la iniciativa legislativa sea presentada por un grupo de concejales o de diputados, el comité será integrado por cinco de ellos, en uno y otro caso, quienes elegirán a su vocero. Por el sólo hecho de ser concejal o diputado se podrá ser promotor.” (...)

Capítulo II. Trámite de la iniciativa legislativa y las solicitudes de referendo.

“Artículo 27°.- *Certificación.* La organización electoral certificará, para todos los efectos legales, el cumplimiento de los requisitos exigidos para la realización de los mecanismos participación ciudadana.”

De conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la 134 de 1994, el objeto de la ley estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana es regular la iniciativa popular legislativa y normativa; el referendo; la consulta popular del orden nacional, departamental, distrital, municipal y local; la revocatoria del mandato; el plebiscito y el cabildo abierto.

Por su parte, los artículos 10 y 27 de la Ley 134 de 1994 que forman parte del Título II, se refieren a los requisitos de las iniciativas legislativas y del referendo, mecanismos distintos a la consulta popular, cuyo trámite se encuentra regulado o descrito en el Título V de la misma ley, en los artículos 50 a 57.

En efecto, los artículos 51 y 52 *ibidem* establecen como requisitos para llevar a cabo la consulta popular: (i) convocatoria por parte del gobernador cuando se traten de asuntos departamentales, (ii) concepto de la asamblea sobre la conveniencia de la consulta de carácter departamental y, (iii) pronunciamiento de constitucionalidad por parte del tribunal contencioso administrativo del texto de la consulta.

Observa la Sala que en el caso presente, la consulta popular surgió por un grupo de ciudadanos que presentaron un derecho de petición ante el Gobernador del

Cauca (folios 89 cuaderno anexos), con el fin de preguntarle al pueblo si quiere o no la creación del municipio de Guachené.

El 10 de noviembre de 2005, el Gobernador del Cauca solicitó a la Asamblea Departamental realizar el correspondiente concepto de conveniencia (folio 123 cuaderno anexos) y, a su vez, solicitó al Tribunal Administrativo del Cauca el concepto de constitucionalidad de la pregunta “*Desea usted que Guachené se convierta en municipio? Si _ NO_*” (folio 129 cuaderno anexos)

En efecto, la Asamblea Departamental del Cauca mediante oficio ADC-293 de 21 de noviembre de 2005 le informó al Gobernador que “*la Honorable Asamblea Departamental del Cauca en sesión ordinaria realizada el 21 de noviembre del presente año, aprobó el concepto emitido por la comisión de régimen político y municipal, el cual se transcribe de la siguiente manera: (...) Que es pertinente esta solicitud y que la corporación dar su voto afirmativo a esta petición. (...) Además de tenerse en cuenta el anterior concepto emitido por la comisión de régimen político y municipal, me permito informarle que la Honorable Asamblea dio su voto positivo en cuanto a la consulta realizada por usted.*” (folio 126 cuaderno anexos)

A su vez, el Tribunal Administrativo del Cauca mediante concepto de 19 de diciembre de 2005 decidió declarar constitucional el texto de la consulta popular convocada por el señor Gobernador del Departamento del Cauca en la que se pregunta “*Desea usted que Guachené se convierta en municipio? SI_ NO_*, por las razones expuestas” (folio 129 cuaderno de anexos)

Pese a que el actor invocó como violadas normas aplicables a las iniciativas legislativas y al referendo, las cuales no corresponden a la consulta popular, la Sala observa que el Gobernador del Cauca cumplió con los requisitos descritos en los artículos 51 y 52 de la Ley 134 de 1994 aplicables al presente caso, es decir, que una vez recibido el derecho de petición presentado por un grupo de ciudadanos solicitando la realización de la consulta popular, el Gobernador procedió a solicitarle a la Asamblea Departamental el concepto de conveniencia respectivo y al Tribunal Contencioso Administrativo, el concepto de constitucionalidad de la pregunta formulada en la consulta.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Cuarto.- Violación directa por aplicación indebida del numeral 4° del artículo 8° de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, por cuanto el estudio socioeconómico acogido para realizar la consulta popular no fue realizado por la autoridad competente, sino por un grupo de ciudadanos que ni siquiera se encontraban inscritos en legal forma como comité de promotores de la consulta.

El tenor del numeral 4 del artículo 8 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, es el siguiente:

“Artículo 15.- Modificase el Artículo 8° de la Ley 136 de 1994, el cual quedará así:

"Artículo 8°- Requisitos. Para que una porción del territorio de un departamento pueda ser erigida en municipio se necesita que concurren las siguientes condiciones: (...)

4. Previamente a la presentación del proyecto de ordenanza por la cual se cree un municipio el órgano departamental de planeación, de acuerdo con la metodología elaborada por el Departamento Nacional de Planeación debe elaborar el respectivo estudio, sobre la conveniencia económica y social de la iniciativa y la viabilidad de la nueva entidad, teniendo en cuenta sus posibilidades económicas, de infraestructura y su identificación como área de desarrollo. Con base en dicho estudio, el órgano departamental de planeación deberá expedir concepto sobre la viabilidad de crear o no el municipio, debiendo pronunciarse sobre la conveniencia de la medida para el municipio o los municipios de los cuales se segregaría el nuevo. (...).”

La norma transcrita dispone que antes de la presentación del proyecto de ordenanza que crea un municipio, el órgano departamental de planeación debe elaborar un estudio sobre la conveniencia económica y social de la iniciativa y la viabilidad de la nueva entidad, estudio que debe realizarse de acuerdo con la metodología establecida por el Departamento Nacional de Planeación.

El 4 de octubre de 2006, la Secretaría de Planificación y Coordinación del Departamento del Cauca elaboró el respectivo concepto de viabilidad para la creación del municipio de Guachené (folios 15-25 cuaderno pruebas I), en el que se estudia el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos establecidos en la Ley 617 de 2000 y se hace referencia a todos los documentos anexos que soportan el concepto.

En efecto, la Secretaría de Planificación y Coordinación del Departamento del Cauca analizó los siguientes requisitos: (i) requisito legal de población y territorio, (ii) requisito legal de ingresos corrientes de libre destinación, (iii) identidad natural,

social económica y cultural, (iv) análisis de conveniencia, (v) infraestructura básica municipal, educativa, salud, vial, energética y de telecomunicaciones, administrativa, y (vi) análisis de viabilidad fiscal.

Dentro de los documentos anexos que soportan el concepto de viabilidad de la creación del municipio de Guachené, se encuentra el estudio socio económico elaborado por el comité para la creación del municipio de Guachené, el cual fue tenido en cuenta y analizado por la Secretaría de Planificación y Coordinación del Departamento del Cauca en el referido concepto. En efecto, el concepto de viabilidad señala lo siguiente:

“Del estudio socioeconómico del territorio propuesto para el nuevo municipio de Guachené, del estudio y la información financiera aportados por la administración municipal de Caloto y la Contraloría del departamento de las reuniones realizadas con la comunidad, alcaldía y concepto municipal, gremios y actores institucionales, la Secretaría de Planeación y Coordinación del Departamento del Cauca expide el siguiente concepto:

PRIMERO.- El territorio propuesto para el nuevo municipio de Guachené cumple con los requisitos de extensión, población y generación de ingresos corrientes de libre destinación establecidos en el artículo 8 de la Ley 136 de 1994.

SEGUNDO.- Dentro de la política de descentralización y dadas las condiciones de identidad social, ética, cultural, de área económica y de desarrollo, la creación del municipio de Guachené es conveniente para garantizar mayor autonomía en la orientación de su propio desarrollo.

TERCERO.- No obstante lo anterior, la decisión de creación del municipio de Guachené debe tener en cuenta las condiciones de viabilidad y sostenibilidad futura de los dos municipios: Guachené y Caloto dentro de los términos de la Ley 617 de 2000 con relación a la capacidad de financiación de los gastos administrativos y demás gastos de funcionamiento con los recursos corrientes de libre destinación, situación sustentable siempre y cuando se garanticen los ingresos tributarios por industria y comercio generados por la actividad generados por la actividad industrial y empresarial de la región.”

Para la Sala, el Gobernador del Cauca cumplió con lo ordenado en el numeral 4º del artículo 8 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, pues antes de proferir el acto acusado, solicitó la elaboración del respectivo estudio sobre la conveniencia económica y social de la creación del municipio de Guachené y la viabilidad de la nueva entidad, estudio que fue elaborado por la Secretaria de Planificación y Coordinación del Departamento.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Quinto.- Falsa motivación del acto acusado, por cuanto el Gobernador del Cauca desconoció el concepto negativo emitido por la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de 4 de octubre de 2006, sobre el impacto económico y fiscal de la eventual creación del municipio de Guachené, omisión que conlleva a que el acto administrativo demandado sea declarado nulo.

Cabe recordar que dentro de los requisitos para la creación de municipios establecidos en el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, está el previsto en el numeral 3º consistente en *“que el municipio propuesto garantice, por lo menos, ingresos corrientes de libre destinación anuales equivalentes a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales vigentes, durante el periodo no inferior a cuatro (4) años.”*

Asimismo, el parágrafo 2º de la misma norma dispone que *“se podrán crear municipios sin el lleno del requisito poblacional exigido en el numeral 2º del presente artículo cuando, de conformidad con la certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el municipio que se vaya a crear garantice ingresos corrientes de libre destinación superiores a ocho mil (8.000) salarios mínimos mensuales vigentes.”*

El 4 de octubre de 2006, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público entregó al Gobernador del Cauca un análisis sobre la viabilidad fiscal del municipio de Caloto, en el que hace una serie de conclusiones y recomendaciones, las cuales pasan a transcribirse (folios 190-201 cuaderno anexos):

“La administración municipal debe tener presente sus gastos de personal y los generales al momento de la segregación del Municipio, pues al cierre de la vigencia de 2005 fueron de \$2.580 millones y \$1.974 millones respectivamente, cifra que parece bastante elevada, máxime cuando los ingresos corrientes de libre destinación que son fuente de pago de dichos gastos se deben distribuir entre los dos municipios.

De otro lado, al comparar los pasivos corrientes frente a los activos líquidos, se observa que el municipio no cuenta con respaldo suficiente para financiar sus pasivos corrientes pues dicha relación es de tan solo \$0.32.

Además, de la situación fiscal y financiera del municipio de Caloto reflejada en este documento, para la segregación y/o la creación de un municipio se deben tener en cuenta los aspectos de orden legal reflejados en las leyes 136/94 y 617/00 de las cuales podemos extraer la parte financiera reflejada en los siguientes aspectos:

El artículo 15 de la Ley 617/00 por el cual se modifica el artículo 8 de la Ley 136 de 1994 en su numeral 3º manifiesta que para la creación de un municipio propuesto debe garantizar, por lo menos, ingresos de libre destinación anuales equivalentes a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales vigentes, durante un periodo no inferior a cuatro (4) años. (Esto significa \$2.040 millones en pesos de 2005). De otro lado, en su parágrafo 2º dice que se podrán crear municipios sin el lleno del requisito poblacional (14.000 habitantes) exigidos en el numeral segundo del presente artículo cuando, de conformidad con la certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el municipio que se vaya a crear garantice ingresos corrientes de libre destinación superiores a ocho mil (8.000) salarios mínimos mensuales vigentes (esto es \$3.264 millones en pesos de 2005) (...).”

Vale la pena destacar del documento, que el municipio de Caloto se encontraba en una situación económica favorable, pues en lo que tiene que ver con el balance financiero: *“Al mes de abril de 2006 se observa un superávit corriente por \$2.037 millones, que sumado a los ingresos de capital (\$13 millones) fue suficiente para financiar los gastos de capital (\$804 millones) y para generar un superávit total de \$1.247 millones con los cuales se sirvió la deuda financiera obteniendo un superávit presupuestal de \$1.172 millones.”* (folio 196 cuaderno anexos)

En el capítulo V de este documento, denominado “Capacidad de Endeudamiento y Sostenibilidad de la Deuda”, consta que *“Utilizando la metodología definida en la ley 819/03 (ley de responsabilidad fiscal), se observa que el municipio generó superávit primario (\$649 millones) suficiente para cancelar el servicio de la deuda financiera. En la práctica esto indica que la administración al 2005 cumplió con la normatividad vigente, pero implica que se deben fortalecer los ingresos y/o mantener el control de gastos que permitan generar ahorro primario suficiente para asegurar la sostenibilidad de la deuda.”* (folio 197 cuadernos anexos)

El referido escrito elaborado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público también es claro en señalar que *“el análisis sobre la viabilidad fiscal del Municipio de Caloto realizado por esta Dirección no mide el impacto económico e institucional del municipio al segregarse la vereda de Guachené, pues no se cuenta con ningún tipo de información sobre el municipio a crearse.”* (subrayado fuera de texto)

Para la Sala, el documento elaborado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no contiene un concepto negativo sobre el impacto económico y fiscal de

la creación del municipio de Guachené, pues tan solo hace una serie de recomendaciones dirigidas al municipio de Caloto respecto de su situación fiscal y financiera.

Además, se destaca que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el documento referido es enfático al afirmar, que no se tiene información que permita saber a ciencia cierta cuál era el impacto fiscal del municipio de Caloto al segregarse la vereda de Guachené.

El cargo no prospera.

Sexto.- Falsa motivación del acto acusado, por cuanto el Gobernador del Cauca en la parte considerativa del mismo expresó que la Asamblea Departamental del Cauca archivó el proyecto de ordenanza sin mayores consideraciones constitucionales ni legales, desconociendo con estas afirmaciones los conceptos emitidos por el Ministro del Interior y de Justicia de 18 de diciembre de 2006, los cuales expresaron los motivos de improcedencia e inconveniencia constitucional y legal para la creación del municipio de Guachené.

El Ministerio del Interior y de Justicia mediante Oficio No. 106-31147 DVI-0200 de 18 de diciembre de 2006 (folios 635-641 cuadernos anexos) elaboró un concepto respecto de la creación del municipio de Guachené por medio del decreto con fuerza de ordenanza. En esa oportunidad, el Ministerio del Interior y de Justicia consideró lo siguiente:

“(…) Revisado el texto del proyectado Decreto, se encuentra que al detallar los territorios que han de integrar el municipio de Guachené, se incluyen corregimientos distintos al de Guachené, así como veredas que sin ser parte de este Corregimiento, tampoco fueron convocadas para participar en la consulta popular que da origen a este proceso, con lo cual se estaría desbordando el alcance de la decisión allí adoptada. Adicionalmente una de las veredas (Quintero) habiendo sido consultada, no se incluye en la nueva entidad.

(…)

Así las cosas, tenemos que el texto ordenanzal puesto a consideración de la Asamblea Departamental ni el proyecto de decreto que nos remite, no interpretan en cabal forma la decisión adoptada por la consulta popular, lo que puede ocasionar vicios de ilegalidad e inconstitucionalidad posteriores.

(…)

De otro lado, estimamos que no es dable incluir en el marco territorial propuesto para el nuevo municipio, veredas que el estudio técnico posterior consideró prudente incorporar, sin que sus residentes fueren convocados a

dicha consulta, ni excluir a algunas que previamente habían participado en tal convocatoria. (...)"

Está probado en el proceso, que la creación del municipio de Guachené surgió por iniciativa popular (consulta popular) y, en cumplimiento del artículo 56 de la Ley 134 de 1994, el Gobernador del Cauca presentó ante la Asamblea el respectivo proyecto de ordenanza y, cuando fue sometido a votación en segunda vuelta, el proyecto fue negado por mayoría y posteriormente archivado. Como la Asamblea Departamental no expidió la ordenanza dentro del término señalado en la ley, el Gobernador profirió el Decreto con fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006 "por medio del cual se crea el municipio de Guachené".

La Sala destaca que no está dentro de las competencias de las asambleas departamentales negar y archivar un proyecto de ordenanza que contiene una decisión tomada por el pueblo mediante una consulta popular y abstenerse de expedir los actos que obligatoriamente le corresponden, pues el artículo 56 de la Ley 134 de 1994 dice claramente que la asamblea "*deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva*".

Por lo tanto, el concepto del Ministerio del Interior y de Justicia no podía servir de excusa para que el Gobernador del Cauca no cumpliera con el mandato del artículo 56 de la Ley 134 de 1994 y, en razón al archivo del proyecto de ordenanza por parte de la Asamblea Departamental del Cauca, profiriera el decreto con fuerza de ordenanza que hoy se demanda.

El cargo no prospera.

Séptimo.- Violación directa por aplicación indebida del inciso primero del numeral 4º del artículo 8 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, al no contemplar en la parte motiva del acto acusado la delimitación territorial del nuevo municipio de Guachené.

Para la Sala, no es de recibo el cargo formulado toda vez que en los artículos 2, 3 y 4 del Decreto con Fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006, si se señalan los corregimientos y las veredas que conforman el municipio de Guachené, así como los límites generales del municipio y los linderos especiales del mismo.

En efecto, los artículos 2, 3 y 4 del Decreto con Fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006 establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO SEGUNDO.- El Municipio de Guachené que se ordena crear mediante el presente decreto, además de la población del mismo, lo integraran: las veredas nororientales, el corregimiento de las Veredas Unidas, excluida la Vereda de Quintero, del corregimiento del centro, la Dominga, Ciénaga Honda y San Jacinto, del corregimiento de El Palo, Pílamo Negro.

ARTÍCULO TERCERO.- Los límites generales del municipio de Guachené son los siguientes: (...)

ARTÍCULO CARTO.- Los linderos especiales son: Norte: desde el Puente de Guabito límites del municipio de Caloto con Padilla, (...)”

De tal manera que, el acto acusado no está viciado por aplicación indebida del numeral 4º del artículo 8 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000.

Octavo.- Violación directa por inaplicación de los artículos 312 y 313 de la Constitución Política y de los artículos 18, 21 y 32-10-3 de la Ley 136 de 1994, por no haberse convocado dentro de los tres (3) meses siguientes a su creación, la elección del Concejo Municipal del nuevo municipio de Guachené.

El actor precisó que al no existir concejo municipal en el nuevo municipio, se permite que se presente una dictadura por parte del Ejecutivo, en la cual no existen límites ni autorizaciones para contratar, ni existe órgano que pruebe y determine la forma de distribuir los recursos presupuestales del municipio, ni quien ejerza el control político de las actuaciones del ejecutivo municipal.

Tampoco es de recibo este cargo, puesto que en el artículo 8º del Decreto con Fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006 dispuso que, *“una vez publicado el decreto que crea el nuevo municipio, el Gobernador del Departamento del Cauca, mediante decreto nombrará al alcalde encargado, hasta terminar el periodo institucional de todos los alcaldes del país, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2007, y en el mismo acto citará conforme al Acto Legislativo 002 de 2002, a elección popular de concejales y alcalde, para el último domingo del mes de octubre de 2007.”*

Noveno.- Violación directa por indebida aplicación del artículo 16 de la Ley 136 de 1994.

Adujo el actor que el Gobernador del Departamento del Cauca omitió determinar en el acto acusado, la forma como debía concurrir el nuevo municipio al pago de la deuda pública que quedaba a cargo del municipio o municipios de los cuales se segregaron para conformar el municipio de Guachené. Asimismo planteó que el Gobernador omitió apropiarse los recursos presupuestales necesarios para el funcionamiento del nuevo municipio, ni se deslindó, amojonó ni elaboró el mapa oficial del nuevo municipio.

Tampoco es de recibo este cargo, toda vez que en los artículos 6 y 7 del Decreto con Fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006 se dispone expresamente:

“Artículo Sexto.- Las normas sobre organización administrativa y funcionamiento, lo mismo que las fiscales y tributarias serán las contenidas en la Constitución Nacional, el Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), Ley 136 de 1994, Ley 617 de 2000 y las que modifiquen o adicionen las anteriores.”

Asimismo, el artículo 7º prevé: *“El municipio de Guachené que se crea mediante el presente decreto con fuerza de ordenanza, responderá por el cincuenta por ciento (50%) de la deuda pública que haya adquirido el municipio de Caloto.”*

Segundo grupo de cargos

Primero.- Violación directa por inaplicación del numeral 4º del artículo 8 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, norma que determina que la ordenanza que crea el municipio debe someterse a control automático previo de legalidad ante el tribunal contencioso administrativo.

Está probado en el proceso, que la creación del municipio de Guachené surgió por iniciativa popular (consulta popular) y, en cumplimiento del artículo 56 de la Ley 134 de 1994, el Gobernador del Cauca presentó ante la Asamblea el respectivo proyecto de ordenanza, el cual fue ampliamente discutido en segundo debate y al someterse a votación, el proyecto obtuvo un total de 8 votos negativos y 5 votos afirmativos, lo que llevó a negar su aprobación y a disponer el correspondiente

archivo. Así lo certificó el Presidente de la Asamblea en oficio ADC-219 de 20 de octubre de 2006³⁴:

“En sesión ordinaria realizada el día 19 de octubre del año en curso, en desarrollo del trámite del segundo debate concerniente al proyecto de ordenanza “POR MEDIO DE LA CUAL SE CREA EL MUNICIPIO DE GUACHENÉ, EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”, y según votación mayoritaria de 8 votos, a la no creación del Municipio, determinó el rechazo del proyecto y en consecuencia el archivo definitivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106 del Reglamento Interno de la Asamblea.”

Como la Asamblea Departamental no expidió la ordenanza dentro del término señalado en la ley, el Gobernador profirió el Decreto con fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006 *“por medio del cual se crea el municipio de Guachené”*.

En efecto, la Asamblea Departamental del Cauca archivó el proyecto de ordenanza por la cual se crearía oficialmente el municipio de Guachené, decisión que fue votada luego de un amplio debate acerca de los aspectos positivos y negativos que conllevaría la creación de este municipio.

La Sala resalta que no correspondía a la Asamblea Departamental la evaluación de aspectos técnicos y jurídicos para la creación del municipio, en primer lugar, porque ya había precedido una consulta en la cual el pueblo se había manifestado positivamente avalando la creación del municipio de Guachené y, en segundo lugar, porque en ese momento, estaba todavía pendiente el control previo de legalidad de la ordenanza por parte del Tribunal Administrativo del Cauca, control previo de legalidad que perdió su sustento jurídico cuando, al no expedirse la respectiva ordenanza, debió hacerlo en forma perentoria el Gobernador del Departamento mediante Decreto con fuerza de Ordenanza, en cumplimiento del mandato constitucional, decreto que, por lo mismo escapaba a ese control **previo** de legalidad. Esto no significa que no sea susceptible de control de legalidad.

El Gobernador, una vez producido el resultado de la consulta popular, envió a la respectiva Asamblea Departamental, el proyecto de ordenanza para la creación del municipio de Guachené, que debía hacerse por parte de esta corporación sin

³⁴ Folio 616 cuaderno anexos

mayores elucubraciones, puesto que como se ha señalado en este caso, en ese momento si procedía el control previo automático de legalidad por parte del Tribunal Contencioso Administrativo que está previsto sobre las ordenanzas, mas no sobre los decretos con fuerza de ordenanza.

Ante la aprobación popular impartida a la creación del municipio de Guachené, esa decisión política se encontraba respaldada por una garantía especial de supremacía, dados los inequívocos y concluyentes términos de lo preceptuado en los artículos 55 y 56 de la Ley 134 de 1994.

Su tenor literal es el siguiente:

LEY 134 DE 1994

“Artículo 55°.- *Decisión del pueblo.* La decisión tomada por el pueblo en la consulta, será obligatoria. Se entenderá que ha habido una decisión obligatoria del pueblo, cuando la pregunta que le ha sido sometida ha obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral.

Artículo 56°.- *Efectos de consulta.* Cuando el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva. Cuando para ello se requiera de una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo periodo de sesiones y a más tardar en el período siguiente. **Si vencido este plazo** el Congreso, **la asamblea**, el Concejo o la junta administradora local, **no la expidieren**, el Presidente de la República, el gobernador, **el alcalde**, o el funcionario respectivo, **dentro de los tres meses siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza**, acuerdo o resolución local, según el caso. En este caso el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de tres meses.” (negrilla fuera de texto)

En tratándose del municipio de Guachené, cuya creación emana de la voluntad mayoritaria del pueblo expresada a través de la consulta popular, el requisito del control automático previo de legalidad erigido en el artículo 15 numeral 4° de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 8° de la Ley 136 de 1994 resulta contrario a los artículos 40 y 103 de la Constitución Política en este caso concreto, pues conlleva a un vaciamiento de la voluntad popular.

Aceptar una conclusión diferente implicaría anular la democracia participativa en tanto la decisión del Pueblo dejaría de tener predominio y la pasaría a tener el Congreso, órgano constituido, que no puede sustituir la voluntad del pueblo.

Por ello, por esta razón los requisitos previstos en el artículo 8 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000 para la creación de municipios, deben verificarse antes de la consulta popular.

Respecto a la obligatoriedad de la expedición del decreto por parte del Gobernador, el párrafo del artículo 15 de la Ley 617 de 2000 dispone:

LEY 617 DE 2000

“Artículo 15.- (...)

PARAGRAFO 1o. El respectivo proyecto de ordenanza podrá ser presentado a iniciativa del Gobernador, de los miembros de la Asamblea Departamental o por iniciativa popular, de conformidad con la ley. Sin embargo, **el Gobernador estará obligado a presentarlo cuando por medio de consulta popular así lo decida la mayoría de los ciudadanos residentes en el respectivo territorio.** (...)” (negrilla fuera de texto)

Se reitera, que el requisito de control automático **previo** de legalidad no es exigible respecto del decreto con fuerza de ordenanza, pues las competencias son expresas y en ninguna norma se le asigna a los tribunales de lo contencioso administrativo, la función de ejercer un control previo de legalidad sobre los decretos con fuerza de ordenanza que crean un municipio. Este control está restringido exclusivamente al caso de la creación de un municipio mediante ordenanza y no puede hacerse extensivo al caso de los decretos con fuerza de ordenanza que han sido resultado de una consulta popular como ocurrió en el caso presente, pues se estaría desconociendo el mandato constitucional de los artículos 6 y 121, según los cuales las funciones de los órganos del Estado deben estar señaladas en la ley o el reglamento.

Lo anterior por cuanto el decreto con fuerza de ordenanza fue producto de la consulta popular, que hizo explícita la voluntad de crear el municipio y que no podía desconocerse.

Por lo anterior expuesto, el cargo no prospera.

Segundo.- Violación directa del Acuerdo Municipal No. 009 de 17 de marzo de 2001 del Concejo de Caloto, por medio del cual se modifica la división política administrativa del territorio del municipio de Caloto, se crean unos corregimientos y se dictan las normas que regulan su funcionamiento y de los artículos 26 y 55 de la Ley 134 de 1994 y el párrafo primero del artículo 8 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000.

El actor manifestó que el Acuerdo Municipal No. 009 de 17 de marzo de 2001 del Concejo de Caloto establecía que este municipio estaba conformado por una cabecera municipal, 7 corregimientos y 3 resguardos indígenas. Advirtió que dentro de las veredas descritas en dicha norma y que hacían parte del corregimiento de Guachené, no se encuentran las veredas Pueblo Nuevo, Pilamo Negro y Ciénaga Honda, las cuales fueron convocadas a votar la consulta popular y hoy integran el municipio de Guachené.

Agregó el actor que el hecho de incluir veredas que no corresponden al corregimiento de Guachené en la consulta popular y en el acto acusado, desconoce la división político administrativa contenida en el Acuerdo Municipal No. 009 de 17 de marzo de 2001 del Concejo de Caloto, vulnera el proceso de convocatoria y la voluntad popular aparentemente expresada en las urnas, lo cual constituye una falsa motivación del acto acusado.

El Acuerdo No. 009 de 2001 *“por el cual se modifica la división político administrativa del territorio del municipio de Caloto Cauca, se crean unos corregimientos y se dictan las normas marco que regulan su funcionamiento”* en su artículo 1º define a los corregimientos como *“los sectores territoriales en que se divide el municipio para su mejor administración y prestación de los servicios a cargo del municipio y otras entidades. Los corregimientos son divisiones del área municipal y por ello carecen de personería jurídica propia, autonomía administrativa y patrimonio independiente”*.

A su vez el artículo 3 del Acuerdo No. 009 de 2001 (folio 97-119 cuaderno anexos) determinó los límites y las veredas que conforman cada uno de los siete (7) corregimientos del área rural del municipio de Caloto de la siguiente manera:

- “1. Corregimiento de Veredas Unidas: Mingo, Caponera, Cabito, Barragán, Quintero, Guabal, Sofía.
2. Corregimiento de Veredas Nororientales: Obando, Cabaña, Cabañita, San Antonio, Llano de Taula, Pueblo Nuevo, Llano de Taula Alto.
- 3. Corregimiento de Guachené: Guachené, Sabanetas, Juan Perdido, El Silencio, Campo Llanito, Campo Alegre y San José.**
4. Corregimiento de Veredas del Centro: La Arboleda, San Jacinto, Crucero de Guali, La Dominga, Bodega Arriba, Cienaga Honda y La Quebrada.
5. Corregimiento de San Nicolás: San Nicolás, Santa Rosa, Guasimo y Caicedo, El Alba, Marañón.
6. Corregimiento de El Palo: El Palo, Palo Alto, Santa Rita y Pilamo (Comunidad Negra)
7. Corregimiento de Huasano: Huasano, La Cuchilla, El placer, EL Pedregal, El Vergel y Venadillo.” (negrilla fuera de texto)

El 27 de octubre de 2005, un grupo de ciudadanos vecinos de las veredas de San Jacinto, La Dominga, Quintero, Barragan, Cabito, Mingo, Caponera, Pueblo Nuevo, La Sofía, Guabal, Sabanetas, Obando, Pueblo Nuevo (Obando), Cabaña, Cabañita, San Antonio, San José, Juan Perdido, Campo Alegre, Llano de Taula, Llano de Taula Alto, Campo Llanito, El Silencio y Guachené, presentaron ante el Gobernador del Cauca un derecho de petición solicitando convocar a una consulta popular a los habitantes de las veredas anotadas, con el fin de consultarles si quieren o no la creación del municipio de Guachené. (folio 89 cuaderno anexos)

La anterior petición fue presentada por el grupo de ciudadanos referido, con los siguientes argumentos:

- “1. Entendemos la situación difícil que atraviesa el departamento en materia de conflicto territorial, las luchas indígenas por tierra es un factor que altera el orden público que amerita una salida negociada del Gobierno Nacional, pero respaldamos, señor Gobernador, todas las acciones que permitan el control del orden público departamental.
2. La Asamblea Comunitaria Permanente por la municipalidad de Guachené y sus veredas, es un proceso autónomo de ejercicio de ciudadanía que quiere resolver sus conflictos a través de mecanismos democráticos, que están en estricta concordancia con el ordenamiento jurídico nacional, respetando el Estado Social Democrático de Derecho.
3. Que la creación del municipio de Guachené resuelve conflictos sociales, económicos, políticos, culturales, territoriales y ambientales fortaleciendo la zona como polo de desarrollo agroindustrial, como territorio de paz de los afrodescendientes.
4. Que la creación del nuevo municipio cumple con los requisitos de ley (Ley 617 de 2000) en la medida que concurren los siguientes presupuestos:
 - A. Según proyección del DANE, para el 2001, el municipio de Caloto, del cual se segrega Guachené, tiene 43 mil habitantes, de los cuales 21 mil habitantes están ubicados en la región que se pretende crear como municipio, datos

corroborados por el censo del SISBEN que arroja un total de 19 mil sisbenizados en la región que se segrega. La ley exige 14 mil habitantes.

B. Guachené es un polo de desarrollo, en la medida que están asentadas las empresas Ley Páez y un complejo agroindustrial importantísimo, lo que asegura un presupuesto del orden de los 3.500 millones de pesos anuales como recursos propios (la Ley 617/2000) exige cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales que se sostengan durante un periodo de cuatro (4) años.

C. El territorio que se sustrae representa un tercio (1/3) del total del territorio del municipio del cual se segrega, es así que el municipio de Caloto lo conforman 75 veredas aglutinadas en siete (7) corregimientos, tres (3) resguardos indígenas y la cabecera municipal, de los cuales el nuevo municipio sólo tendrá 22 veredas aglutinadas en tres corregimientos.

D. La región que se segrega guarda identidad y continuidad en el territorio a nivel social, político, cultural, ambiental y geográfico. El 99% de la población es afrodescendiente.

E. La región de Guachené es zona estratégica dentro del desarrollo de la política de seguridad democrática del actual gobierno en la medida que es un corredor de narco delincuencia común y el terrorismo de los grupos insurgentes.”

El 27 de enero de 2006, el Gobernador del Cauca profirió el Decreto N° 0092 de 2006 (folio 83-87 cuaderno anexos) “*Por medio del cual se convoca a una consulta popular, en el Corregimiento de Guachené, Municipio de Caloto*” y, en el artículo primero se dispuso:

“(…) ARTICULO PRIMERO: Convóquese para el día 26 de febrero de 2006 a consulta popular a los ciudadanos de las veredas de San Jacinto, La Dominga, Barragán, Cabito, Mingo, Caponera, Pueblo Nuevo, La Sofía, Guabal, Sabanetas, Obando, Pueblo Nuevo (Obando), Cabaña, Cabañita, San Antonio, San José, Juan Perdido, Campo Alegre, Llano de Taula, Llano de Taula Alto, Campo Llanito, Silencio y Guachené, Municipio de Caloto, con el fin de absolver la siguiente pregunta: “¿DESEA USTED QUE GUACHENÉ, SE CONVIERTA EN MUNICIPIO?”. (…)”

La pregunta formulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil en el tarjetón de la consulta popular (folio 147 anexo), fue distinta a la planteada en el Decreto N° 0092 de 2006, pues en el tarjetón se preguntó: “¿DESEA USTED QUE EL CORREGIMIENTO DE GUACHENE-CALOTO (CAUCA) SE CONVIERTA EN MUNICIPIO?”.

El Acta Parcial de Escrutinio de votos para la consulta popular de la creación del municipio de Guachené, que se llevó a cabo el 26 de febrero de 2006 (folios 140-147 cuaderno anexos), evidencia que en el proceso se obtuvo un total de 4.017 mil votos, de los cuales 3.775 votaron “SI” y 173 votos votaron “NO”.

Del Acta Parcial de Escrutinio de votos para la consulta popular de la creación del municipio de Guachené también se desprende, que las únicas veredas que participaron en la consulta fueron: Caponera, Guabal, La Sofía, Obando, Cabaña, Llano de Taula, Guachené, Sabaneta, El Silencio y San Jacinto.

Por su parte, el Decreto con Fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006, por el cual se crea el municipio de Guachené, en su artículo segundo estableció que: *“El Municipio de Guachené que se ordena crear mediante el presente decreto, además de la población del mismo, lo integrarán: las veredas nororientales, el corregimiento de las Veredas Unidas, excluida la Vereda de Quintero, del corregimiento del centro, la Dominga, Ciénaga Honda y San Jacinto, del corregimiento de El Palo, Pilamo Negro.”*

Comparada el Acta Parcial de Escrutinio de votos para la creación del municipio de Guachené con el Decreto con Fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006, se observa que de las veinticuatro (24) veredas que se incluyeron en dicho decreto, catorce (14) veredas no participaron en la consulta popular, a saber: Mingo, Cabito, Barragan, Cabañita, San Antonio, Pueblo Nuevo, Llano de Taula Alto, Juan Perdido, Campo Llanito, Campo Alegre, San José, La Dominga, Cienaga Honda y Pilamo Negro.

Pese a lo anterior, cabe advertir que de conformidad con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE- (folio 243 cuaderno anexo), se tiene que para el 9 de mayo de 2006 el número de población estimado para el proyecto del municipio de Guachené era de 26.163 y para el municipio de Caloto fue de 20.209, lo que significa que el requisito del número de habitantes del municipio segregado y del cual se segregará estaría conforme al artículo 15 de la Ley 617 de 2000.

Si bien es cierto que catorce (14) de las veredas que fueron incluidas en el Decreto con Fuerza de Ordenanza 0653 de 2006 no fueron consultadas según el Acta Parcial de Escrutinio de Votos, esta omisión es subsanable conforme lo prevé el inciso segundo del párrafo primero del artículo 15 de la Ley 617 de 2000, conforme el cual *“Cuando no hubiere precedido la consulta popular a la ordenanza que apruebe la creación de un nuevo municipio, una vez ésta se expida será*

sometida a referéndum en el que participen los ciudadanos del respectivo territorio". El tenor de la norma es el siguiente:

LEY 617 DE 2000

"Artículo 15.- (...)

PARAGRAFO 1o. El respectivo proyecto de ordenanza podrá ser presentado a iniciativa del Gobernador, de los miembros de la Asamblea Departamental o por iniciativa popular, de conformidad con la ley. Sin embargo, el Gobernador estará obligado a presentarlo cuando por medio de consulta popular así lo decida la mayoría de los ciudadanos residentes en el respectivo territorio.

Cuando no hubiere precedido la consulta popular a la ordenanza que apruebe la creación de un nuevo municipio, una vez ésta se expida será sometida a referéndum en el que participen los ciudadanos del respectivo territorio. El referéndum deberá realizarse en un plazo máximo de (6) seis meses, contados a partir de la fecha de sanción de la ordenanza. Si el proyecto de ordenanza fuere negado, se archivará y una nueva iniciativa en el mismo sentido sólo podrá presentarse tres (3) años después."

Por lo anterior, la Sala ordenará al Gobernador del Cauca que, en el término de seis (6) meses a partir de la notificación de esta providencia, proceda a adelantar todas las gestiones tendientes a que estas catorce (14) veredas sean convocadas a referéndum y validen el contenido del Decreto con fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006, en virtud del cual se les integra como parte del municipio de Guachené, conforme el artículo 15, inciso segundo del parágrafo 1º, de la Ley 617 de 2000.

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

F A L L A :

REVÓCASE la sentencia de 8 de marzo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca y, en su lugar:

Primero.- **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

Segundo.- **ORDÉNASE** al Gobernador del Cauca que, en el término de seis (6) meses, adelante todas las gestiones tendientes a que las catorce (14) veredas que no participaron en la consulta popular, a saber: Mingo, Cabito, Barragan,

Cabañita, San Antonio, Pueblo Nuevo, Llano de Taula Alto, Juan Perdido, Campo Llanito, Campo Alegre, San José, La Dominga, Cienaga Honda y Pilamo Negro; sean convocadas a referéndum y validen el contenido del Decreto con fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006, en virtud del cual se les integra como parte del municipio de Guachené, conforme el artículo 15, inciso segundo del parágrafo 1º, de la Ley 617 de 2000.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sección en reunión celebrada en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA