



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación interna: 2117

Número Único: 11001-03-06-000-2012-00066-00

Referencia: Creación de departamentos. Consulta popular.
Ley orgánica de ordenamiento territorial

El Ministro del Interior, a petición del Alcalde del municipio de Hatillo de Loba (departamento de Bolívar), solicita el concepto de esta Sala acerca de los requisitos para la creación de un nuevo departamento y, en particular, sobre las condiciones bajo las cuales debería realizarse la consulta popular prevista en el artículo 297 de la Constitución Política para tal fin.

I. ANTECEDENTES

La presente consulta se origina en la propuesta para crear un nuevo departamento, que estaría conformado por municipios de los actuales departamentos de Bolívar y del Magdalena, de acuerdo con lo informado por la Dirección de Gobierno y Gestión Territorial del Ministerio del Interior en memorando enviado a la Oficina Asesora Jurídica de la misma cartera, cuya copia se adjuntó a la consulta.

Como fundamentos jurídicos de su consulta el Ministro del Interior cita, desde el punto de vista constitucional, los artículos 103, 105 y 106 de la Carta, que se refieren a los mecanismos de participación ciudadana.

En relación con el marco legal la consulta alude a los artículos 8, 51, 53, 55 y 56 de la ley 134 de 1994, que regula los mecanismos de participación ciudadana y, en especial, la consulta popular, así como el artículo 23 de la ley 1454 de 2011, orgánica del ordenamiento territorial.

A partir de los hechos y fundamentos jurídicos mencionados, el ministro formula los siguientes interrogantes:

1. *“¿Cuál es el procedimiento para realizar la consulta popular cuando confluyen de manera simultánea varios entes territoriales en su convocatoria y su finalidad es la creación de un nuevo ente territorial del nivel departamental*
2. *“Cuál es el procedimiento para la creación de un nuevo departamento, cuando el territorio del nuevo ente se debe segregar de municipios que pertenecen a distintos departamentos?*
3. *“¿Cuál es la autoridad competente para convocar la consulta popular para la creación de un ente de este nivel?”*

II. CONSIDERACIONES

Para responder a las preguntas planteadas se abordará el análisis de los siguientes temas: (i) los requisitos constitucionales y legales para la creación de un nuevo departamento; (ii) la consulta popular, y (iii) conclusiones y alternativas jurídicas para la creación de un nuevo departamento.

A. Requisitos constitucionales y legales para la creación de un nuevo departamento en Colombia

1. La Constitución Política

La Constitución de 1991 consagró a Colombia como una república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales (artículos 1 y 287). Como bien se sabe, uno de los principales objetivos del nuevo orden constitucional fue otorgar mayor autonomía a las entidades territoriales, pasando de la simple autonomía administrativa, que ya reconocía la Constitución anterior conforme al régimen general de la descentralización desarrollado en las leyes, a una verdadera autonomía, de alcance político y fiscal, que en todo caso debe ser compatible con el carácter unitario del Estado.

Dentro de este marco conceptual el artículo 286 de la Carta dispone que son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, y añade que la ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan conforme a la Constitución y la ley.

En armonía con estos preceptos, el numeral 4 del artículo 150 de la Carta incluye, entre las funciones que le compete ejercer al Congreso de la República mediante leyes, la de *“definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta*

*Constitución, **fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias.***" (se resalta).

Con el objeto de desarrollar legislativamente distintos aspectos que en 1991 se consideraron esenciales para poner en marcha la nueva organización territorial, la Constitución determinó que el Congreso de la República expediría la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, a la cual remitió los asuntos que de manera expresa indica en siete de sus disposiciones.

De esta manera quedó dispuesto que a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial corresponde regular las materias señaladas en los artículos 105 (consultas populares departamentales y municipales), 151 (asignación de competencias normativas a las entidades territoriales), 288 (distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales), 297 (requisitos para crear nuevos departamentos por medio de una ley ordinaria), 307 (condiciones para convertir una región administrativa y de planificación en entidad territorial), 319 (régimen especial para las áreas metropolitanas) y 329 (conformación de las entidades territoriales indígenas).

En cuanto hace relación a los departamentos el artículo 309 de la Constitución Política creó nueve más, al erigir en departamentos las intendencias de Arauca, Casanare, Putumayo y San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así como las comisarias del Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada. De esta manera el número de los departamentos pasó de 23 a 32, que son los actualmente existentes.

Al mismo tiempo que en un solo acto constitucional se creó el mayor número de departamentos en la historia del país, la Asamblea Nacional Constituyente decidió excluir de la Carta Política la regulación de los requisitos para crear departamentos y confió el tratamiento de esta materia a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial

Esas las circunstancias en que se redacta el artículo 297 de la Carta que dice así:

"Artículo 297. El Congreso Nacional puede decretar la formación de nuevos Departamentos, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la Ley Orgánica del Ordenamiento Territorial y una vez verificados los procedimientos, estudios y consulta popular dispuestos por esta Constitución".

A diferencia del tratamiento destacado que la Constitución Nacional de 1886 dio a la cuestión departamental, donde se regulaba detalladamente lo atinente a los

requisitos para crearlos,¹ la Constitución Política de 1991 prefirió que el legislador se ocupara de esta última cuestión mediante la expedición de una ley orgánica, y dispuso que entre los procedimientos para decretar la formación de nuevos Departamentos se incluiría la realización de una consulta popular.

La voluntad del constituyente fue clara y expresa en este punto, como puede observarse al revisar la ponencia para segundo debate del articulado constitucional sobre la organización territorial del Estado, a cargo del doctor Jaime Castro, en la cual se manifestó:

"La reforma elimina el conocido artículo quinto de la Constitución vigente, originario de 1886, aunque reformado con posterioridad, donde aparecían los requisitos para la creación de nuevos departamentos. El tema, sencillamente, se desconstitucionaliza y será un capítulo más de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. La nueva norma constitucional sólo prescribe, como condición especial, que la formación del nuevo departamento será sometida al procedimiento de la consulta popular" (se subraya).²

Más adelante, en la misma ponencia, se puede leer:

"El Congreso de la República deberá expedir una Ley orgánica para el ordenamiento del Territorio, en la cual, como si se tratara de un Código, deberá consignar la regulación pormenorizada de todos los nuevos principios que se consagran en la Nueva Constitución. A esta ley se remite con frecuencia el

¹ El artículo 5º de la Constitución de 1886, tal como fue modificado en varias ocasiones, hasta el acto legislativo N° 1 de 1968, disponía, en lo pertinente:

"Artículo 5º. Son entidades territoriales de la República los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías y los Municipios o Distritos Municipales, en que se dividen aquellos y éstas.

La ley podrá decretar la formación de nuevos Departamentos, desmembrando o no las entidades existentes, siempre que se llenen estas condiciones:

1º. Que haya sido solicitada por las tres cuartas partes de los Concejos de la comarca que ha de formar el nuevo Departamento;

2º. Que el nuevo Departamento tenga por lo menos quinientos mil habitantes y cincuenta millones de pesos de renta anual, sin computar en esta suma las transferencias que reciba de la Nación.

A partir del año siguiente al de la vigencia de este Acto Legislativo, las bases de población y renta se aumentarán anualmente en un cuatro y quince por ciento, respectivamente;

3º. Que aquel o aquellos de que fuere segregado, quede cada uno con población y renta por lo menos iguales a las exigidas para el nuevo Departamento;

4º. Concepto previo favorable del Gobierno Nacional sobre la conveniencia de crear el nuevo Departamento;

5º. Declaración previa del Consejo de Estado de que el proyecto satisface las condiciones exigidas en este artículo;

La ley que cree un Departamento determinará la forma de liquidación y pago de la deuda pública que quede a cargo de las respectivas entidades. (...)"

² Gaceta Constitucional N° 120 del 21 de agosto de 1991, p.p. 29 y 30.

articulado de la reforma, y le confía, entre otros, los siguientes asuntos: ... señalar los requisitos para la creación de nuevos departamentos..." (Se resalta).

La ley 5 de 1992, que contiene el reglamento del Congreso de la República y de cada una de sus cámaras, confirma el mandato anterior, al incluir entre las materias que deben ser tramitadas como proyectos de ley orgánica “*el establecimiento de los requisitos para que el Congreso Nacional pueda decretar la formación de nuevos departamentos*” (artículo 206, numeral 9º), y estatuir, en el artículo 119, que la aprobación de este tipo de leyes, entre otras, requiere mayoría absoluta de votos de los miembros de una y otra Cámara, según está dispuesto en el artículo 151 de la Constitución Política.

Igualmente, la jurisprudencia y la doctrina de esta Sala se han ocupado de definir, con base en las normas constitucionales, cuáles son las materias que deben tramitarse mediante leyes orgánicas y, en particular, cuál debe ser el contenido de la ley orgánica de ordenamiento territorial.

La Corte Constitucional afirmó en la sentencia C-489 de 2012:

“2.8.9. De otro lado, se especificó en la misma Sentencia³ que la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT) ha de regular tres temas: (i) la estructura territorial y la organización de los poderes públicos en función del territorio, de forma que se incluya la definición de las condiciones y requisitos de existencia de las entidades territoriales y de ciertas divisiones administrativas del territorio, así como su régimen jurídico básico; en segundo lugar (ii) los mecanismos de participación relacionados con el ordenamiento territorial a partir de los cuales se decida la incorporación y pertenencia a una división territorial; y por último (iii) la asignación de competencias normativas y no normativas a las entidades territoriales, así como la distribución de competencias entre la Nación y estas entidades, lo cual supone el establecimiento de ciertos mecanismos para dirimir los conflictos de competencia que se puedan presentar”.⁴

La misma Corte manifestó en la sentencia C- 091 de 1993:

“5. La formación de nuevos Departamentos corresponde a una materia expresamente atribuida al Congreso (CP arts. 150-4 y 297), cuyo ejercicio no puede realizarse sin que el órgano despliegue una típica actividad legislativa que, además de surtir todo el procedimiento consagrado en la Constitución para que un determinado proyecto pueda convertirse en ley, habrá de sujetarse a los dictados de la Ley Orgánica sobre Ordenamiento

³ Se refiere a la sentencia C-600 A de 1995, dictada por la Corte Constitucional.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-489 del 27 de junio de 2012. Expediente D – 8693.

Territorial, además de la verificación de los procedimientos, estudios y consulta popular dispuestos por la Carta" (se subraya).⁵

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de septiembre de 2007⁶, sostuvo:

"Las materias sometidas a la reserva de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

"La Constitución no trata de manera sistemática en un solo artículo o capítulo el contenido general de la legislación orgánica territorial, sino en diferentes normas.

"Una primera enumeración de los asuntos reservados por el Constituyente para este tipo de leyes, es la siguiente:

a) La asignación de competencias normativas a las entidades territoriales (C.P., art. 151);

b) La distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales (C.P., art. 288);

c) El establecimiento de los requisitos para la formación de nuevos Departamentos (C.P. art. 297);

d) El señalamiento de las condiciones para la conversión de una región en entidad territorial (C.P. art. 307);

e) La determinación de las atribuciones, órganos de administración y recursos de las regiones, así como la de su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías, y la definición de los principios para la adopción de sus respectivos estatutos especiales (C.P., art. 307);

f) La adopción de un régimen administrativo y fiscal especial para las áreas metropolitanas; el diseño de los mecanismos que garanticen la adecuada participación de las respectivas autoridades municipales en sus órganos de administración; y el señalamiento de la forma en que se habrán de convocar y realizar las consultas populares para decidir la vinculación de los municipios que las constituyen (C.P., art. 319); y

g) La fijación de las condiciones para la conformación de las entidades territoriales indígenas (C.P., art. 329)." (se subraya).

2. La ley orgánica de ordenamiento territorial

Al cabo de veinte (20) años de expedida la Carta Política de 1991, la ley 1454 de 2011, *"por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones"*, intenta por primera vez desarrollar la previsión del artículo 297 constitucional sobre requisitos para decretar la formación de nuevos departamentos.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-061 del 26 de febrero de 1993. Exp. D- 203.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de septiembre de 2007. Exp. 25000-23-24-000-2000-00644-01(8667).

El inciso final del artículo 22 de esta ley, denominado *“Diversificación, fortalecimiento y modernización del régimen departamental”*, señala sobre el punto que se analiza, simplemente, que *“para la creación de departamentos la ley ordinaria no podrá establecer requisitos adicionales a los exigidos por la Constitución y esta ley”*.

El artículo 23 de la misma ley, que específicamente trata de la creación de departamentos, dispone:

“Artículo 23. Creación de departamentos. La creación de departamentos cuyos territorios correspondan parcial o totalmente a una o varias regiones administrativas y de planificación deberá contar con el concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, del Departamento Nacional de Planeación y la aprobación del Congreso de la República, previa convocatoria a consulta popular, de acuerdo con los lineamientos legales establecidos por el legislador y la Constitución”.

Como fácilmente se observa, esta norma no regula íntegramente la materia de que trata el artículo 297 de la Constitución, relacionada con los requisitos para que el Congreso de la República pueda, mediante una ley ordinaria, decretar la formación de nuevos departamentos. Una vez más la ley orgánica de ordenamiento territorial, que se ha expedido por partes y de manera incompleta, queda en deuda con la Constitución.

En esta oportunidad el legislador orgánico solamente reguló la creación de departamentos cuyo territorio corresponda total o parcialmente a una o varias regiones administrativas y de planificación, lo cual supone, como es lógico, que dos o más departamentos de los actualmente existentes hayan constituido previamente una región administrativa y de planificación, de aquellas que prevé el artículo 306 de la Constitución Política, cumpliendo el procedimiento y los requisitos establecidos para ello en los artículos 30 y siguientes de esta misma ley orgánica de ordenamiento territorial, la ley 1454 de 2011.⁷

La redacción de esta norma no permite determinar claramente si lo que buscaba el legislador era regular parcialmente el tema de la creación de los departamentos, es decir, solo para aquellos eventos en los que el nuevo departamento vaya a ocupar, total o parcialmente, el territorio de una o varias regiones administrativas y de planificación, con lo cual estaría dejando de lado los casos en que se pretenda crear un nuevo departamento sin haber constituido antes una región administrativa y de planificación, o si lo que se perseguía con tal disposición era establecer,

⁷ En relación con los requisitos para que dos o más departamentos constituyan una región administrativa y de planificación, y sobre la eventual conversión de ésta en una entidad territorial, puede consultarse el concepto N° 2017 del 2 de noviembre de 2011, emitido por esta Sala.

como regla general, que para conformar un nuevo departamento en Colombia es necesario constituir primero una región administrativa y de planificación.

De todas formas, bajo cualquiera de las dos interpretaciones, el análisis del artículo 23 lleva a concluir que actualmente no le es posible al Congreso de la República crear un departamento nuevo sin que los departamentos cuyo territorio vaya a ocupar, o de los cuales se vaya a extraer su área, se hayan constituido previamente como regiones administrativas y de planificación.

Bajo el entendimiento de que el artículo 23 regula de manera parcial los requisitos para crear nuevos departamentos, la conclusión a la que se llega inexorablemente es que la ley orgánica de ordenamiento territorial no ha previsto aún la posibilidad de que se cree un departamento sin que su territorio corresponda total o parcialmente a una o varias regiones administrativas y de planificación previamente constituidas. Por fuera de esta particular condición un departamento no podría establecerse, pues, como atrás se observó, la Constitución sometió a reserva de ley orgánica la definición de los requisitos para la creación de los departamentos, de los cuales la Constitución se limitó a indicar uno de ellos: la consulta popular.

Bajo la segunda interpretación, conforme a la cual la constitución de una región administrativa y de planificación constituye, en todos los casos, un paso previo y necesario para la creación de un departamento, el resultado sería el mismo, es decir, que actualmente no puede organizarse un nuevo departamento sin que previamente los departamentos de cuyo territorio vaya a extraerse su espacio físico hayan conformado una región administrativa y de planificación.

Ahora bien, un segundo inconveniente que presenta el artículo 23 de la ley 1454 es el referente a la consulta popular, pues tal disposición se limita a decir que en forma previa a la aprobación del nuevo departamento por parte del Congreso, debe convocarse a una consulta popular, *"de acuerdo con los lineamientos legales establecidos por el legislador y la Constitución"*, con lo cual prácticamente repite lo que al respecto prescribe también en forma somera el artículo 297 de la Carta.

En efecto, el artículo 23 de la ley orgánica no señala quién debe convocar la consulta popular, en qué momento preciso del procedimiento para crear el nuevo departamento debe hacerse. Tampoco indica las entidades territoriales o áreas de las mismas que debe cubrir la consulta (¿los departamentos completos, los municipios directamente implicados o ambos?), ni si la consulta debe practicarse simultáneamente en las mismas entidades o territorios, o si puede hacerse en fechas distintas. Además la ley debió precisar las mayorías que se exigen para que la consulta pueda efectuarse y para que su resultado sea obligatorio, así como prever qué ocurre si en una entidad territorial o en un área se aprueba la

creación del nuevo departamento y en otra no, entre muchos otros aspectos de detalle que reclaman una completa reglamentación. Reglamentación que sigue aplazada para un futuro que le sea más propicio a la ley orgánica de ordenamiento territorial

En relación con este asunto se presentan casi las mismas dudas que esta Sala planteó en el concepto N° 1722 de 2006⁸, cuando se le consultó sobre la posibilidad de efectuar una consulta popular para definir los límites entre dos departamentos, aunque en esa oportunidad no se había expedido aún la ley 1554 de 2011, orgánica de ordenamiento territorial. En dicho concepto, la Sala manifestó:

“Como se aprecia, este trámite, en la hipotética situación de que se pudiera aplicar al caso analizado, sería impracticable, por cuanto habría que realizarlo de manera simultánea y coordinada entre las autoridades de cada uno de los dos departamentos, y conllevaría una serie de dificultades como las siguientes: ¿Qué pasaría si un departamento decide hacer la consulta y el otro no?, o en uno participa el mínimo electoral requerido y en el otro no? ¿Se contarían las consultas por separado sin tener en cuenta el número de habitantes, mayor en un departamento que en el otro?, ¿La decisión final sería de las dos Asambleas y no de la plenaria del Senado de la República, teniendo en cuenta que la decisión popular es obligatoria?, etc.”.

Establecida de esta manera la insuficiencia de las reglas constitucionales y de la legislación orgánica sobre la específica materia departamental, se procede a analizar si en otras normas de la Constitución Política o de la legislación se encuentran fórmulas que hicieran viable una consulta popular enderezada a la creación de un departamento.

B. Los mecanismos de participación democrática. La consulta popular

El numeral 2 del artículo 40 de la Carta Política preceptúa que uno de los derechos fundamentales de todo ciudadano es el de *“participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”*, haciendo uso de los mecanismos que dicha norma señala, entre los cuales se encuentra la realización de consultas populares

En armonía con esta disposición, el artículo 103 de la Carta estatuye que son mecanismos de participación del pueblo, en ejercicio de su soberanía, *“el voto, el plebiscito, el referendo, **la consulta popular**, el cabildo abierto, la iniciativa*

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1722 del 16 de marzo de 2006.

legislativa y la revocatoria del mandato" (se resalta), y señala que la ley los reglamentará.

Por su parte, el artículo 105 constitucional dispone lo siguiente, en su parte pertinente:

"Artículo 105. Previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que éste determine, los Gobernadores y Alcaldes según el caso, podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio" (se subraya).

Para la Sala es claro que "el estatuto general de la organización territorial" al cual alude esta norma es la misma ley orgánica de ordenamiento territorial, pues ninguna otra disposición de la Constitución Política se refiere a dicho "estatuto" y, por otra parte, como puede comprobarse al leer los artículos 105, 151, 286, 297, 307, 319 y 329 de la Carta Fundamental, ésta utiliza diferentes denominaciones para referirse a la citada ley orgánica, cuyo contenido en todo caso debe ser el que señalan dichas normas constitucionales.

Sobre este punto la Sala dijo en el concepto N° 1361 de 2001 antes citado:

"Existe otra norma que de acuerdo con una interpretación sistemática de la Constitución, se refiere igualmente a la ley orgánica de ordenamiento territorial, aun cuando textualmente pudiera parecer que alude a una ley diferente. Es el artículo 105 que dispone que los gobernadores y alcaldes pueden realizar consultas populares sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio, previo cumplimiento de los requisitos que señale "el estatuto general de la organización territorial" y en los casos que éste determine. Sin embargo, en su momento, esta norma habrá que confrontarla con el artículo 152 en cuanto dispone que se regularán mediante leyes estatutarias, las "instituciones y mecanismos de participación ciudadana" (literal d), para determinar cuál prevalece".

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 152 literal d) de la Constitución, que ordena al Congreso de la República regular, mediante leyes estatutarias, las "instituciones y mecanismos de participación ciudadana", entre otras materias, el legislador expidió la ley 134 de 1994, cuyo texto fue revisado por la Corte Constitucional y declarado parcialmente exequible en la sentencia C-180 de 1994⁹.

El artículo 51 de la ley estatutaria es del siguiente tenor:

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-180 del 14 de abril de 1994.

"Artículo 51. Consulta popular a nivel departamental, distrital, municipal y local. 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". (se subraya).

Respecto de esta disposición la Corte Constitucional manifestó en la citada sentencia:

"5.2 El artículo 51, por su parte, regula la consulta popular del orden departamental, distrital, municipal y local, que radica en cabeza de los gobernadores y alcaldes, quienes podrán acudir a este mecanismo para consultar al pueblo sobre asuntos de competencia de la respectiva entidad territorial.

"Esta disposición desarrolla el artículo 105 de la Constitución Política, que supedita las consultas de los niveles departamental, distrital, municipal o local al "previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que este determine". (Subrayas agregadas; la negrilla es original).

Los artículos 53, 54 y 55 de la ley 134 de 1994 establecen el procedimiento para realizar las consultas populares, tanto las de carácter nacional como aquellas que se refieren a asuntos de naturaleza territorial (departamental, distrital o municipal).

Sobre estas últimas el citado artículo 53 señala que el gobernador o alcalde respectivo deben solicitar a la asamblea, al concejo o a la junta administradora local, según el caso, un concepto sobre la conveniencia de la consulta departamental, municipal o local, en los mismos términos y con los mismos requisitos de la consulta nacional. Si el concepto fuere negativo, el gobernador o el alcalde no podrán convocar la consulta. Igualmente dispone que el texto de la consulta debe enviarse al tribunal contencioso administrativo competente para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la misma.

El artículo 54, por su parte, señala que en el caso de las consultas populares efectuadas en las entidades territoriales y en las comunas, corregimientos y localidades, la votación de la consulta popular deberá realizarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha del pronunciamiento de la respectiva asamblea, concejo o junta administradora local, según el caso.

En relación con los efectos de la consulta popular el artículo 55 ibídem preceptúa que la decisión tomada por el pueblo será obligatoria, siempre que haya sido aprobada por los ciudadanos con la mayoría establecida en esa norma. Por tal razón el artículo 56 de la misma ley estatuye que, en dicho caso, el órgano correspondiente (es decir, el Congreso de la República, la asamblea

departamental, el concejo municipal o la junta administradora local) deberá adoptar las medidas que se requieran para hacer efectiva la decisión popular, y si no lo hicieren dentro del plazo consagrado en esta disposición, deberá hacerlo el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde o el funcionario respectivo.

Como se observa, siguiendo los lineamientos constitucionales, la ley 134 de 1994 consagra y regula, por un lado, las consultas populares de carácter nacional, entendiendo por tales aquellas que recaen sobre un asunto que interesa a todos los ciudadanos del país y en las que la decisión adoptada debe ser ejecutada por una autoridad del orden nacional. Por otro lado regula las consultas territoriales (departamentales, distritales, municipales y otras), que son aquellas en las que se consulta la opinión del pueblo sobre un tema que interesa exclusivamente a los ciudadanos del respectivo departamento, distrito, municipio, corregimiento, comuna etc., y en las que la decisión que se tome debe hacerse efectiva por parte de la respectiva autoridad territorial (asamblea, concejo etc.)

Sin embargo ley no consagra ni regula las consultas de carácter interdepartamental ni intermunicipal, es decir, aquellas que conciernen a los ciudadanos de más de un departamento o de más de un municipio (o distrito), sin que constituyan, no obstante, temas de interés nacional. No regula tampoco la forma de realizar consultas populares de carácter territorial, en las cuales la decisión adoptada por los ciudadanos no deba ser implementada por las respectivas asambleas o concejos, o en su defecto, por los correspondientes gobernadores o alcaldes, sino por una autoridad del orden nacional, como el Congreso de la República, tal como sucedería con la decisión popular de crear un nuevo departamento, por exigirlo así los artículos 150 numeral 4º, y 297 superiores.

La denominada ley orgánica de ordenamiento territorial, a la cual remiten expresamente los artículos 105 de la Constitución Política y 51 de la ley 134, tampoco establece el procedimiento ni los requisitos para efectuar esta clase de consultas, con miras a la creación de un nuevo departamento.

A este respecto la Sala, al analizar los requisitos para incorporar un municipio a un área metropolitana, incluida la respectiva consulta popular, manifestó en el concepto N° 935 de 1996:

“Como quedó dicho, corresponde a la ley de ordenamiento territorial la regulación de la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios a las áreas metropolitanas, pero en vista de que a la hora actual no ha sido expedida dicha ley, se debe acudir a la que regula los mecanismos de participación ciudadana, en lo referente a la consulta popular,

instrumento al cual remite el párrafo primero del artículo 5º de la ley 128 de 1994 para el evento de anexión de municipios a un área metropolitana ya constituida.”¹⁰

Queda así establecido que, en lo relacionado con la creación de un nuevo departamento, la ley orgánica de ordenamiento territorial no establece procedimiento claro ni completo, así como tampoco los requisitos que serían exigibles. La ley 134 de 1994 tampoco regula la forma de realizar consultas populares de carácter interdepartamental o intermunicipal que pudieran aplicarse a la creación de un departamento, pues tan solo determina las condiciones y el procedimiento para efectuar una consulta popular de carácter municipal de manera singular en un solo municipio.

En cambio, la ley 128 de 1994¹¹ sí regulaba cuidadosamente los requisitos y el procedimiento para la creación de áreas metropolitanas, así como para la anexión de un municipio a un área ya existente.

Se concluye, por lo tanto, que en lo concerniente a creación de departamentos existe un vacío legal, que impide en el actual desarrollo de la legislación efectuar válidamente consultas populares con tal propósito, e imposibilita tener por válida y obligatoria la decisión de la ciudadanía que llegare a resultar del ejercicio de dicho mecanismo de participación.

Piénsese, por ejemplo, que lo primero que tendría que definir el Congreso de la República es si la creación de un nuevo departamento es un asunto de interés puramente regional o territorial o si, por el contrario, es de carácter nacional, teniendo en cuenta los importantes efectos que en el campo político-electoral, administrativo y fiscal traería dicha decisión, y dado que al conformarse una nueva entidad territorial de ese nivel se modificaría la división general del territorio, a la cual alude el artículo 150 numeral 4º de la Carta, y el nuevo departamento tendría que ser creado por el Congreso de la República mediante ley (artículo 297 ibídem), y no por las asambleas o los concejos de los departamentos o municipios directamente involucrados, y su aparición alteraría en forma significativa la asignación de recursos por medio del Sistema General de Participaciones - SGP y el Sistema General de regalías - SGR, entre muchos otros impactos de relevancia nacional.

Por otro lado, aun si el legislador llegare a considerar que, por ser un tema predominantemente regional, la consulta popular debe ser también territorial,

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 935 del 11 de diciembre de 1996. En el mismo sentido puede leerse el concepto N° 1008 del 24 de julio de 1997, referente a la realización de una consulta popular para la solución de un diferendo limítrofe entre dos municipios.

¹¹ “Por la cual se expide la Ley Orgánica de las Áreas Metropolitanas”. Esta ley fue derogada y sustituida por la ley 1625 de 2013.

tendría que definir claramente si en la consulta pueden participar los ciudadanos que habitan en toda el área del departamento o en los departamentos de cuyos territorios se vaya a segregar una porción para crear el nuevo departamento, dado que tal situación indudablemente afectaría a los departamentos involucrados en su conjunto, o si solamente podrían participar los residentes de los municipios (de uno y otro departamento) que van a formar parte del nuevo ente territorial o, incluso, sólo aquellos que habitan en los territorios de los municipios que van a ser escindidos para conformar el nuevo departamento, según fuera el caso.

Dado que es jurídicamente imposible que las autoridades administrativas e, inclusive, el legislador ordinario, puedan llenar dichos vacíos, no es viable que hoy en día se realice una consulta popular con esas características ni, por lo tanto, que se cree un nuevo departamento mediante ley, sin antes modificar y complementar (o sustituir) la actual ley orgánica de ordenamiento territorial. Y no se excluye la posibilidad de que sean necesarias dos leyes especiales: una ley orgánica para establecer los requisitos generales, y una ley estatutaria para regular la consulta popular relativa a la creación de nuevos departamentos.

C. Conclusiones. Alternativas para la creación de un nuevo departamento

1. Compete al Congreso de la República señalar, por medio de ley orgánica, los requisitos específicos y el procedimiento que deben observarse para crear un nuevo departamento, especialmente en cuanto a las condiciones, las exigencias, la oportunidad y el trámite para realizar la consulta popular que ordena en estos casos la Constitución.

A este respecto se recuerda que la jurisprudencia constitucional y la misma doctrina de esta Sala han sido claras en explicar que si bien la Carta Política se refiere a *una* ley orgánica de ordenamiento territorial, dicha referencia no impide que pueda haber varias leyes orgánicas que regulen diferentes aspectos de esta materia, e incluso que puedan existir normas orgánicas incrustadas en leyes ordinarias o de otra clase, siempre que tales leyes hayan sido aprobadas con las mayorías y el procedimiento que constitucionalmente se exige para la adopción de las normas orgánicas.

Una vez modificada la ley orgánica de ordenamiento territorial, o expedida otra de la misma clase, el Congreso, como legislador ordinario, podría crear el nuevo departamento, previo cumplimiento del trámite que se establezca allí, el cual debe incluir necesariamente, por mandato constitucional (artículo 297), una consulta popular a realizar en las condiciones que la misma ley orgánica (o estatutaria en lo concerniente a la consulta popular) determine.

2. La segunda alternativa consiste en que el Congreso de la República, actuando ya no como legislador, sino como constituyente derivado, decidiera crear el nuevo departamento mediante un acto legislativo o constituyente, es decir, reformando directamente la Constitución Política de 1991.

En este sentido se ha señalado que la propia Constitución, en su artículo 309, creó los departamentos de Arauca, Casanare, Putumayo, San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada, transformando en esa clase de entidad territorial lo que antes eran intendencias y comisarías, aunque es conveniente precisar que tal decisión no la tomó el Congreso de la República sino la Asamblea Nacional Constituyente. Sin embargo, en vigencia de la Constitución anterior también se crearon departamentos por medio de Acto Legislativo.

Así mismo se pueden mencionar como ejemplos de la creación de entidades territoriales mediante actos legislativos expedidos por el Congreso, después de la Constitución de 1991, el acto legislativo No. 1 de 1993, mediante el cual se erigió a la ciudad de Barranquilla en Distrito Especial Industrial y Portuario, y el acto legislativo N° 2 de 2007, que convirtió a la ciudad de Buenaventura en Distrito Especial Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico.

En este punto es de interés señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aun cuando la creación de los distritos es una función que compete al legislador, con base en las reglas que debería contener la ley orgánica de ordenamiento territorial, ante la falta de tales disposiciones resulta válido que el Congreso de la República erija distritos por acto legislativo. Así lo expresó en la sentencia C-313 de 2009:¹²

“4.3.4. En suma, el acto de creación, eliminación, modificación o fusión de distritos, que debe consistir en una ley, se encuentra regido por otra norma legal, de naturaleza orgánica bajo cuyos parámetros se expide. Corresponde a tal norma legal establecer las “bases y condiciones” de existencia de los distritos y de otras entidades territoriales. Sólo que actualmente no existe en el ordenamiento jurídico una normatividad orgánica que predetermine tales “bases y condiciones”, vacío normativo que se ha suplido erigiendo municipios en distritos mediante acto constituyente o legislativo, como ocurría al amparo de la Constitución de 1886 con sus reformas¹³”.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-313 del 5 de mayo de 2009. Exp. D- 7424.

¹³ “[22] Es el caso de la creación del distrito especial de Bogotá, por acto legislativo 1 de 1945, y del distrito de Cartagena de Indias por acto legislativo 1 de 1987 y del distrito de Santa Marta mediante acto legislativo 3 de 1989”.

Una situación similar se presentaría actualmente respecto de la creación de nuevos departamentos, pues si bien la ley orgánica de ordenamiento territorial ya existe, e incluye una norma que se refiere a este asunto, tal regulación no resulta clara ni suficiente, como se ha explicado.

Con fundamento en las razones expuestas,

III. La Sala RESPONDE:

1. *“¿Cuál es el procedimiento para realizar la consulta popular cuando confluyen de manera simultánea varios entes territoriales en su convocatoria y su finalidad es la creación de un nuevo ente territorial del nivel departamental*

En el estado actual de desarrollo de la legislación no es jurídicamente viable realizar este tipo especial de consultas populares dado que las condiciones, requisitos y procedimientos para que tengan efectos en Derecho no han sido fijados por el legislador en la ley estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana ni en la ley orgánica de ordenamiento territorial.

2. *“¿Cuál es el procedimiento para la creación de un nuevo departamento, cuando el territorio del nuevo ente se debe segregar de municipios que pertenecen a distintos departamentos?*

No se ha expedido la ley orgánica que de acuerdo con el artículo 297 de la Constitución debe establecer los requisitos para que el Congreso de la República pueda decretar la formación de nuevos departamentos y, por consiguiente, no existe procedimiento legal para la hipótesis que plantea la pregunta. El artículo 23 de la ley 1454 de 2011, “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, según se ha analizado en este concepto, es una norma incompleta, pues se abstuvo de regular, entre otros ineludibles aspectos, la forma de realizar la consulta popular en los departamentos afectados por la iniciativa.

No obstante, el Congreso de la República bien podría crear un nuevo departamento mediante acto legislativo, como ha ocurrido en el pasado.

3. *“¿Cuál es la autoridad competente para convocar la consulta popular para la creación de un ente de este nivel?”*

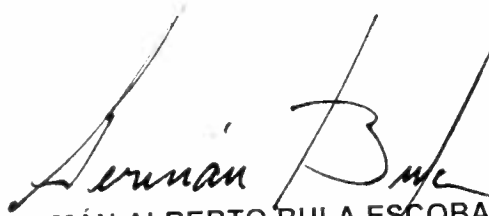
La ley no ha atribuido competencia a ninguna autoridad para convocar la consulta popular cuya finalidad sea la creación de un nuevo departamento, bien sea por

desmembramiento de un departamento o mediante la agrupación de porciones territoriales escindidas de varios departamentos.

Remítase al señor Ministro del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



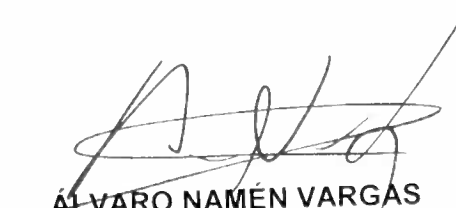
WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

03 JUN. 2014 LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE AUTO DE FECHA 3 DE JUNIO DE 2014