



**LEGIS** móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre



**PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION**

**Procurador General**

**Bogotá, D.C., 24 de junio de 2014**

**Señores**

**MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

**E. S. D.**

**REF: Demanda de inconstitucionalidad contra los literales “d”, “e” y “g” del artículo 6 del Decreto 274 de 2000, “Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”.**

**Demandante: JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ**

**Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS**

**Expediente D-10151**

**Concepto 5787**

Según lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, rindo concepto sobre la demanda que, en ejercicio de la acción pública establecida en los artículos 40, numeral 6°, y 242, numeral 1° de la Carta, instauró el ciudadano JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ contra los literales “d”, “e” y “g” del artículo 6 del Decreto con Fuerza de Ley No. 274 de 2000, “*Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular*”, cuyo texto se transcribe a continuación, subrayando lo demandado:

*DECRETO 274 DE 2000*

*(febrero 22)*

*Diario Oficial No. 43.906, del 22 de febrero de 2000*

*Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular.*

*EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA*

*en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el art. 1o numeral 6o., de la ley 573 de 2000*

*DECRETA:*

*ARTICULO 6o. CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. Son cargos de libre nombramiento y remoción los siguientes:*

- a. Viceministro.
- b. Secretario General.
- c. Directores: Técnico, Operativo y Administrativo y Financiero.
- d. Director de la Academia Diplomática.**
- e. Director del Protocolo.**
- f. Subsecretarios.
- g. Jefes de Oficina Asesora.**
- h. Empleos de cualquier nivel jerárquico adscritos al Despacho del Ministro o de los Viceministros, cuyo ejercicio implique confianza, y que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo.
- i. Agregado Comercial.
- j. Empleos de Apoyo en el exterior adscritos a los despachos de los jefes de misión, de conformidad con la definición contenida en el artículo 7o. de este Decreto.

(...)”

## 1. Planteamiento de la demanda

El actor considera que los literales demandados vulneran los artículos 6, 122 y 125 de la Constitución de la Política de Colombia.

Señala el libelista que la Constitución Política ordena que el empleo público debe ser proveído, por regla general, mediante el sistema de carrera administrativa fundada en el concurso de méritos. En tal sentido los cargos de libre nombramiento y remoción resultan ser la excepción a la regla, y como toda excepción, debe ser interpretada en forma restrictiva.

Advierte que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el Legislador sólo puede crear cargos de libre nombramiento y remoción cuando se encuentra fundamentado en el principio de razón suficiente porque la naturaleza de los mismos implica la adopción de decisiones políticas o su ámbito funcional responde a asuntos de confianza calificada. Sentado lo anterior, el actor propone que los cargos demandados no responden a ninguna de las excepciones previstas, sino que por el contrario se inscriben en la órbita de asuntos técnico-administrativos de la planta

**Concepto 5787**

global. Por ello, concluye que existe la obligación constitucional de proveerlos a través del sistema de carrera administrativa.

Resalta el actor que las funciones de los cargos atacados no son atribuidas por la Ley sino por el manual de funciones, Resolución 4026 de 2009, y que según dicha norma cada uno de los cargos acusados escapan a las funciones que pueden designarse sin concurso de méritos por ser técnicas y estar regladas. Particularizando lo anterior evidencia que el Director de la Academia Diplomática y Consular debe encargarse de los procesos de selección y ascenso de la carrera diplomática consular, asunto plenamente reglado y que debe ejercitar de conformidad con lo establecido en las disposiciones que ordenan el servicio exterior, la carrera diplomática y consular. El Director General de Protocolo debe encargarse de las actividades propias del protocolo relacionadas con el ceremonial diplomático del Estado y, por tanto, desempeña una función igualmente reglada. Finalmente, los Jefes de Oficina Asesora de Planeación y Asesora Jurídica poseen funciones asentadas en un conocimiento específico, lo cual dista de ser un asunto de gobierno o de confianza.

**2. Problema jurídico**

En este caso corresponde al Ministerio Público establecer si resulta violatorio de la Constitución que los cargos de Director de la Academia Diplomática, Director del Protocolo y Jefes de Oficina Asesora sean provistos a través del libre nombramiento y remoción, conforme lo hizo el Decreto Ley 274 de 2000. No obstante, en forma previa debe establecerse si la demanda enervada es hábil para provocar un pronunciamiento de fondo.

### 3. Análisis constitucional

El Ministerio Público estima que la Corte Constitucional debe **INHIBIRSE** de efectuar un pronunciamiento de fondo, por cuanto la demanda enervada carece de *certeza* y de *suficiencia*.

#### 3.1 De la falta de aptitud procesal de la demanda

Si bien es cierto la acción de inconstitucionalidad es de naturaleza pública, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que su ejercicio implica unos requisitos mínimos. En tal sentido, el actor posee unas *cargas argumentativas básicas* consistentes en que su demanda debe estar fundamentada en razones *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*<sup>1</sup>.

La *certeza de los argumentos* consiste en que la demanda debe recaer sobre una proposición jurídica real y existente en la norma demandada, es decir, que el contenido acusado no resulte ser fruto de un ejercicio especulativo del actor ni se encuentre en una disposición diversa a la efectivamente acusada<sup>2</sup>.

De otro lado la *suficiencia* consiste en que el demandante debe proponer todos los elementos de juicio necesarios, argumentativos y probatorios, que logren un alcance persuasivo, al menos *prima facie*, que la norma acusada es contraria a la Constitución<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>2</sup> Cfr. Ibidem.

<sup>3</sup> Cfr. Ibidem.

**Concepto 5787**

En el presente asunto el Ministerio Público estima que la demanda carece de *certeza* por cuanto *no se integró la proposición jurídica completa*, y por cuanto *la demanda no recae sobre la ley sino sobre su desarrollo en actos administrativos*, lo cual implica una carencia de competencia del Tribunal Constitucional. También carece de *suficiencia* por no presentar argumentos que lleven a considerar siquiera la inconstitucionalidad de la misma.

El artículo 125 de la Constitución Política, conforme ha sido interpretado de la Corte Constitucional, establece que la carrera administrativa es la regla general para la provisión de los cargos públicos, en tal sentido, la elección de funcionarios a través del sistema de libre nombramiento y remoción resulta ser excepcional<sup>4</sup>. Según la jurisprudencia constitucional, para utilizar legítimamente la referida excepción existen unos requisitos mínimos como son *la reserva legal* y el respeto del principio de *razón suficiente* en el entendido que los cargos a proveer impliquen el ejercicio de decisiones políticas o estén dotados de una *confianza cualificada*<sup>5</sup>. Por lo anterior aunque el artículo 122 de la Constitución Política equipare la Ley y el Reglamento como fuentes válidas para establecer las funciones de los cargos públicos, en virtud de la referida reserva legal *el legislador posee una carga especial* cuando desea crear empleos de libre nombramiento y remoción, la cual consiste en *determinar las funciones del mismo a través de la fuente de naturaleza legal*<sup>6</sup>. No se quiere decir que en los cargos de libre nombramiento y remoción se vacíe de competencia al reglamentador, sino que el Legislador no puede crear cargos *en blanco*, es decir, sin referir

---

<sup>4</sup> En tal sentido existe una fuerte línea jurisprudencial de la Corte Constitucional. Un resumen de la misma puede hallarse en la Sentencia C-824 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>5</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>6</sup> El Ministerio Público no ha encontrado que la jurisprudencia hubiere señalado la referida carga legislativa, no obstante, ésta puede inferirse en forma válida a partir de una interpretación sistemática de la reserva de Ley para la consagración de los cargos de libre nombramiento y remoción, y del principio de razón suficiente que establece la posibilidad de consagrarlos a partir de sus funciones.

**Concepto 5787**

al menos el marco general de sus funciones (que deben estar enmarcadas en las excepciones previstas), como sí puede hacerlo en los de carrera administrativa en virtud del artículo 122 de la Carta Política.

Bajo tal perspectiva, los cargos de constitucionalidad que pueden enervarse contra la excepción al régimen general de carrera administrativa poseen dos fuentes: *la transgresión de la reserva legal o la extralimitación de la esfera de libertad de configuración legislativa*. El primer escenario se presenta cuando el *legislador omite consagrar las funciones del cargo en la Ley* o cuando las consagra en forma defectuosa o incompleta. Por su parte, la segunda hipótesis se presenta cuando se exceptúa un cargo de la carrera administrativa sin que sus funciones respondan a decisiones políticas o de confianza cualificada, violándose así el principio de razón suficiente. Por lo anterior, una demanda que presente razones ciertas y pertinentes de constitucionalidad debe evidenciar el incumplimiento de alguno de los requisitos señalados, es decir, acusar la *omisión de la reserva legal o el desbordamiento del principio de razón suficiente*.

Sin embargo, cosa distinta ocurre cuando el libelista pretende la inconstitucionalidad de la Ley, que crea puestos de libre nombramiento y remoción, fundado en *los actos administrativos que la desarrollan*. En dicho evento el cargo de constitucionalidad que estructura es *incierto* al demandar un contenido inexistente en la Ley.

Nótese que si el Legislador prevé unas funciones y *el reglamento las desnaturaliza*, el problema jurídico no es de la Ley sino del acto administrativo; y de otro lado, cuando parece *“imprescindible”* acudir al acto administrativo porque la ley no permite inferir la naturaleza del cargo exceptuado de la carrera *el verdadero problema de constitucionalidad se*

**Concepto 5787**

*encuentra en la violación de la reserva de Ley, porque el Legislador omitió precisar la naturaleza de las funciones del referido cargo. En tal sentido, si se alega que un cargo fue exceptuado de la carrera, sin prever sus funciones en la Ley, consagrándolas en forma deficiente, o transgrediendo la esfera de configuración legislativa, existe un verdadero cargo de inconstitucionalidad que surge del cotejo de la Ley con la Constitución. En cambio, si el ataque propuesto implica contrastar las funciones previstas en los actos administrativos no hay un verdadero cargo de constitucionalidad que pretenda contrastar la Ley con la Constitución, sino al contenido del acto administrativo con fuentes superiores, lo cual escapa de la competencia de la Corte Constitucional.*

Si la Corte Constitucional no acepta lo anterior sería tanto como afirmar que *una ley es constitucional* si su reglamentación se efectúa en forma adecuada. En otras palabras, que la exequibilidad de una Ley descansa en una fuente normativa diversa y de menor jerarquía, como lo son los actos administrativos. Además sería tanto como admitir que cada reglamentación distinta que pudiera efectuarse sobre una ley tuviere consecuencias en el resultado del juicio de constitucionalidad.

Aunque la Corte Constitucional en algunas ocasiones<sup>7</sup> ha evaluado la constitucionalidad de las excepciones a la carrera administrativa a la luz de los actos administrativos que prevén las funciones de los cargos exceptuados, el Ministerio Público estima que dicha postura debe reevaluarse por implicar un error en el juicio de constitucionalidad y el desborde de las competencias del artículo 241 de la Carta, utilizándose únicamente el cotejo entre la Ley y la Constitución.

---

<sup>7</sup> Cfr. Sentencia C-514 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-824 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

**Concepto 5787**

Descendiendo al caso concreto en Ministerio Público estima que la demanda de la referencia es insuficiente para provocar un pronunciamiento de fondo por cuanto el demandante no logra satisfacer ninguno de los presupuestos señalados ya que no ataca un contenido legal, no integra la proposición jurídica completa, ni presenta razones que hagan sospechar la inconstitucionalidad de la disposición demandada.

Si bien es cierto que el Decreto Ley 274 de 2000 regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular, consagrando la existencia de los cargos de Director de la Academia Diplomática, Director del Protocolo y Jefes de Oficina Asesora, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no demandado, *complementa* su previsión legal refiriendo las funciones de los mismos. En tal disposición se aduce que dichos cargos poseen funciones de “*dirección, conducción y orientación institucionales*” y de “*adopción de políticas o directrices (...)*”.

En tal sentido no es cierto, como lo propone el demandante, que la Ley haga una omisión en la consagración de las funciones de los cargos atacados de inconstitucionalidad. Como el aparte no ha propuesto razones de inconstitucionalidad contra los apartes pertinentes de la Ley 909 de 2004, que señalan las funciones de los cargos acusados, y en cambio ataca el manual de funciones, norma con rango de acto administrativo, sus cargos son inciertos.

De otro lado, si como lo propone el demandante, el Manual de Funciones u otros actos administrativos *desnaturalizan los cargos* otorgándoles funciones diversas a las de dirección institucional, como está previsto en la Ley, el problema jurídico enervado no es el de inconstitucionalidad de la

**Concepto 5787**

Ley sino el de nulidad del acto administrativo, ya sea por motivos de legalidad o de constitucionalidad.

De otro lado, el actor tampoco enerva ningún cargo para señalar que las funciones previstas en la Ley 909 de 2004 son insuficientes o transgredan el principio de razón suficiente, ya que todos los cargos que evidencian la supuesta “tecnicidad de la función” se refieren a los actos administrativos referidos y no a la Ley misma.

No obstante lo anterior, el Ministerio Público no comparte que la existencia de un marco normativo para desarrollar una función pública sea una razón *suficiente* para estimar que la labor esté desprovista de confianza cualificada, igualmente tampoco comparte que un cargo de dirección tenga prohibido intrínsecamente tener unas funciones que *mixturen los asuntos de confianza cualificada y los que no lo son*, ya que en un Estado de Derecho toda función pública, inclusive las más encumbradas en el organigrama estatal, están dotadas de un marco jurídico de acción. Así las cosas, un verdadero cargo de constitucionalidad debe demostrar la ausencia de confianza cualificada en el cargo público y no la existencia de un marco legal o reglamentario en el cual debe desplegarse la función.

Finalmente, el Ministerio Público tampoco comparte uno de los principales razonamientos del actor, como es que las funciones relacionadas con conocimientos técnicos o científicos *per se* no puedan ser exceptuadas del régimen de carrera, pues aún en tales funciones los cargos directivos son encargados de diseñar las políticas que regirán el despliegue de las mismas, lo cual es un asunto de confianza calificada. Por ejemplo, la Corte Constitucional en Sentencia C-284 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, declaró que los cargos de “Gerente Departamental,” “Director de

**Concepto 5787**

Oficina,” y “Asesor de despacho” de la Contraloría podían ser excluidos legítimamente de la carrera administrativa precisamente por tener funciones de conducción institucional, asunto en lo cual son similares a los aquí demandados.

En suma, la fundamentación constitucional del actor para atacar la constitucionalidad de la norma acusada no logra generar siquiera una duda de constitucionalidad que permita efectuar un pronunciamiento de fondo.

Por todo lo anterior, el Ministerio Público estima que los cargos enervados carecen de *certeza* y *de suficiencia*, motivo por el cual la Corte Constitucional debe abstenerse de efectuar un pronunciamiento de fondo sobre los mismos.

**4. Solicitud**

En razón de lo anterior, el Jefe del Ministerio Público solicita que la Corte Constitucional se **INHIBA** de proferir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de la norma acusada.

De los Señores Magistrados,

**ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO**  
Procurador General de la Nación