



# Concepto Sala de Consulta C.E. 1739 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONSEJERO PONENTE: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D.C., cuatro de mayo (4) de dos mil seis (2006)

Radicación No. 1739

REFERENCIA: EXTRANJEROS RESIDENTES EN COLOMBIA. Participo en concursos para acceder a empleos de carrera y adquirir los derechos que esta otorga.

El señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctor Fernando Grillo Pubiano, consulta a la Sala "sobre la posibilidad de que las personas extranjeras residentes en Colombia que no han adquirido la nacionalidad colombiana y que actualmente se encuentran vinculados con el Estado en empleos públicos puedan participar en los concursos para acceder a los empleos clasificados como de carrera y adquirir los derechos sobre ésta".

Para responder la Sala CONSIDERA:

Con el fin de sustentar la respuesta a la consulta, la Sala se referirá en primer término a la regulación sobre el ingreso y permanencia de extranjeros en territorio colombiano; en segundo lugar, a los derechos de los extranjeros en Colombia, específicamente el derecho al trabajo; y finalmente, a la posibilidad que tienen los extranjeros residentes en el país para participar en concursos, acceder a cargos públicos de carrera y participar de los derechos que ésta otorga.

## 1. Condiciones de ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio Colombiano

Para el estudio de este primer aspecto, la Sala retoma lo expresado en el Consulta con radicación 1653, cuya publicación fue autorizada el 12 de agosto de 2005, con apoyo en la sentencia C-1259 del 2001 de la Corte Constitucional, en un asunto también relacionado con los extranjeros.

Dijo la Sala:

### "1.2. Las normas sobre control de extranjeros y migración"

En el derecho Internacional Público, el control de los extranjeros y el tema migratorio están reconocidos como inherentes al ejercicio de la soberanía de los Estados.

#### 1.2.1 La regulación interna:

En Sentencia C-1259 del 2001, la Corte Constitucional destaca:

"Ahora bien, dada la trascendencia que la nacionalidad tiene en la dinámica de los Estados modernos, como una emanación del principio de soberanía, disponen de la facultad de regular el ingreso y permanencia de extranjeros. Esto es comprensible pues todo Estado debe tener conocimiento de los nacionales de otros países que ingresan a su territorio, de los propósitos con que lo hacen y de las actividades a que se dedican pues ese conocimiento le permite ejercer un control adecuado que atienda también los intereses de sus nacionales."

En principio hay que firmar que a cada Estado le asiste el derecho soberano de permitir o rechazar el ingreso de los extranjeros a su territorio, y en el primer caso, de determinar las condiciones de dicho ingreso.

Y más adelante expresa el concepto antes mencionado:

"En derecho colombiano, la regulación actualmente vigente sobre este derecho soberano se encuentra en el Decreto 4000 del 30 de noviembre del 2004, "Por el cual se dictan disposiciones sobre la expedición de visas, control de extranjeros y se dictan otras disposiciones en materia de migración".

numeral 2, de la Constitución al Presidente de la República como Jefe de Estado.

Sin perder de vista los compromisos adquiridos a través de instrumentos internacionales, la materia de que trata el Decreto 4000 de 2004 es expresión directa del ejercicio de la soberanía del Estado a nivel interno, y se reafirma en su artículo 1º, inciso primero y final, a cuyo tenor:

"Es competencia discrecional del Gobierno Nacional, fundado en el principio de la soberanía del Estado, autoriza el ingreso y la permanencia de extranjeros al país."

"Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el ingreso, permanencia y/o salida de extranjeros del territorio nacional, se regirá por las disposiciones de este Decreto y por las políticas establecidas por el Gobierno Nacional."

Los incisos segundo, tercero y cuarto del mismo artículo, asignan las competencias en la materia al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Ahora bien, el ingreso y la permanencia de los extranjeros en el territorio colombiano se concretan en autorizaciones o permisos.

El Decreto 4000 de 2004, en el artículo 5º, define la visa como "la autorización concedida a un extranjero para el ingreso y permanencia en el territorio nacional otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores." En el artículo 6º del mismo, se refiere al "permiso de ingresos y permanencia" que compete expedir al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en los casos de extranjeros que no requieran visa de visitante, de acuerdo con lo que al respecto establezca el Ministerio de Relaciones Exteriores. En el artículo 9º se trata la vigencia de las visas y sus causales de expiración, y en el artículo 10 se regula la cancelación de las mismas.

El artículo 13 ibídem se refiere al domicilio en los siguientes términos:

"Para efectos del presente decreto, se considera que tiene domicilio en Colombia el extranjero titular de visa de residente. En consecuencia, el término para poder obtener la nacionalidad colombiana por adopción se contará a partir de la fecha de expedición de la correspondiente visa de residente." (Las negrillas no son del texto).<sup>1</sup>

Para la vista de residente, de acuerdo con esta normativa, a la residencia del extranjero en Colombia ha de sumarse su ánimo de permanencia en el territorio nacional para que pueda ser otorgada en cualquiera de sus categorías.

La Sala resalta el verbo rector establecer y calificación de la acción como definitiva, porque según se verá más adelante, guardan inequívoca correspondencia con los elementos constitutivos del concepto de domicilio en el Código Civil y en las normas constitucionales y legales que regulan la nacionalidad colombiana".

Sobre la relación domicilio residencia, dijo la Sala en el concepto antes mencionado:

"De lo hasta aquí dicho ha de resaltar que el concepto de "domicilio" es, en la Constitución y en la Ley, una condición determinante de la nacionalidad y de los efectos que de ella derivan; que es único y es el mismo, tanto para los nacionales como para los extranjeros, puesto que el Código Civil y la legislación sobre nacionalidad y sobre control de extranjeros y migración, lo definen como el ánimo de permanecer en territorio colombiano. A lo cual se agrega que, siendo deber de los extranjeros sujetarse a la Ley colombiana para ingresar permanecer en el país, sólo pueden reconocerse y ser reconocidos como domiciliados cuando les ha sido otorgado la visa de residentes, habida cuenta de la relación directa que tiene esta clase de Visa con el domicilio en virtud de lo dispuesto por los artículos 13 y 48 del Decreto 4000 del 2004.

Hace notar la Sala que sólo para la visa de residente se exige la declaración de la intención de permanecer en el territorio nacional; para las demás visas, la razón que aduce el extranjero para ingresar al país, permite colegir que carece del ánimo de radicarse en él y, por lo mismo, se le otorga algún otro tipo de visa. Por lo tanto, los extranjeros titulares de cualquier visa diferente de la de residente son transeúntes en los términos del artículo 75 del Código Civil.

De lo expuesto se desprende otra consecuencia fundamental para este concepto: la visa de residente se convierte en la prueba del ánimo de permanecer en el territorio colombiano para efectos del domicilio. Puede suceder que un extranjero que ingresó en un primer momento como transeúnte, decida residir en el país, para lo cual deberá solicitar el correspondiente cambio de visa y la regularización de su situación, pues no puede, sin violar las normas sobre migración, hacer caso omiso de las mismas y oponerle al Estado su situación de hechos, buscando fincar en este un derecho." (Negrilla fuera del texto original)

También el concepto 1653 se refiere al tema de la sujeción de los extranjeros a la Ley Colombiana:

La sujeción de los extranjeros a la Ley colombiana:

La soberanía que ejerce el Estado con referencia a su elemento territorial o espacial, tiene, entre sus varias manifestaciones, la expresada en el principio de la Ley en el espacio, conforme al cual todos los hechos, actos bienes y personas localizadas en un territorio están sometidos a la Ley de ese territorio (sentido positivo); y por ende, los hechos, actos, bienes y personas no localizados en un territorio no están sometidos a la Ley de este territorio (sentido negativo).

La concreción normativa de este principio en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en:

\*El inciso segundo del artículo cuarto de la Constitución Política conforme al cual tanto los nacionales como los extranjeros que se encuentra en Colombia tiene el deber de "acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

\*El Art. 18 del Código Civil a cuyo tenor: "La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia".

\*El Art. 59 de la Ley 149 de 1888 que preceptúa: "Las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos".

Sobre los deberes de los extranjeros en Colombia, la Corte Constitucional en Sentencia T-215-96, señaló:

"Dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que la misma normatividad consagra para todos los residentes en el territorio de la República pues, así lo establece, entre otras disposiciones, el artículo 4º, inciso segundo de la Carta que expresa: "Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades."<sup>12</sup>

## 2. Los derechos de los extranjeros en Colombia.

Como corolario del sometimiento de los extranjeros a la Ley Colombiana, la Constitución Política dispone de éstos gozarán de los mismos derechos civiles y garantías sociales de los nacionales Colombianos, con la posibilidad de que por motivos de orden público, la Ley pueda subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de ciertos derechos civiles; o que por disposición constitucional o legal, se establezcan limitaciones para el ejercicio de las garantías; eso sí reservando en principio los derechos políticos a los nacionales.

Dice el artículo 100 de la C.P.

"Artículo 100: Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los Colombianos. No obstante la Ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinado derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la república, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la Ley.

Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital".

En forma curiosa, en el artículo 100 de la Carta, el constituyente de 1991 utiliza, para referirse a los derechos de los extranjeros, una terminología diferente a la genérica empleada en los capítulos que integran el título "De los derechos, las garantías y los deberes", pues mientras en éste se habla de derechos fundamentales (capítulo 1º), derechos sociales económicos y culturales (capítulo 2º) y derechos colectivos y del ambiente (capítulo 3º), que corresponde a la terminología que en general se utiliza por los organismos internacionales para identificar las distintas generaciones de derechos; en aquel se continúa empleando la terminología proveniente del viejo texto constitucional de 1886 con sus diferentes reformas, en especial la correspondiente a 1936, cuyo Título III, artículos 16 y siguientes, específicamente habla "De los derechos civiles y garantías sociales"

Inicialmente con un criterio eminentemente formal la doctrina pretendió amoldar diferente terminología, estableciendo la correspondencia conceptual entre ambas, así: Se define los derechos fundamentales como aquellos que corresponden al individuo como persona (por ej. los derechos a la vida, a la intimidad, a la libertad de conciencia y similares), son los denominados derechos de la primera generación llamados así porque en su esencia surgieron con la declaración del hombre y el ciudadano en 1789.

Las garantías sociales, identificadas por otros tratadistas como derechos cívicos, son aquellos que se conceden a la persona como miembro del grupo social, (por ej. los derechos al trabajo, de asociación, de sindicalización y similares), fundamentalmente corresponden a los denominados derechos económicos y sociales o de segunda generación, denominados así porque surgen por las exigencias sociales de las posguerras mundiales, de los cuales se puede afirmar que de alguna forma comprendían los denominados derechos políticos.

La Constitución Nacional de 1991, en su artículo 100, quiso de manera expresa separar los derechos políticos de las denominadas garantías sociales, al determinar, que a contrario de éstas, cuyo goce en principio se otorga a nacionales y extranjeros, aquellos por naturaleza están inicialmente reservados a los nacionales. Sin embargo esta claridad conceptual, de carácter formal, que frente a la vieja terminología maneja el texto del artículo 100 constitucional, no se presenta al momento de identificar la real naturaleza de los distintos derechos consagrados por la Constitución en los diferentes capítulos correspondientes al título de los derechos constitucionales.

El criterio eminentemente formal no permitirá explicar por qué derechos conexos o de naturaleza afín, aparecen en capítulos diferentes dentro del texto de la Constitución; así por ejemplo, mientras el derecho al trabajo (art. 25) y el derecho de asociación sindical (art. 39 C.P.) inicialmente hacen parte del capítulo de los derechos fundamentales; el propio contexto constitucional los relacional con derechos a fines que figuran en el capítulo de los derechos sociales, como son el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de pensiones legales (art. 53), el derecho a la formación profesional y técnica (art. 54 C.P.), el derecho a la negociación colectiva (art. 55), el derecho de huelga (art. 56 C.P.), circunstancia que es necesario tener en cuenta al momento de interpretar los alcances, protecciones y limitaciones de cada derecho.

Una calificación y calificación eminentemente formal de los derechos es incompleta e inapropiada, porque no logra explicar por qué, por ejemplo, el artículo 44 de la Carta, que hace parte del capítulo II "De los derechos sociales, económicos y culturales", textualmente se refiere a los derechos fundamentales de los niños, ni por qué el artículo 94 de Constitución que recoge una enmienda a la Constitución de los Estados Unidos inicialmente transcrita por la Constitución de Venezuela, afirma que "La enumeración de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. "Es claro, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2º, 5º y concordantes de la Constitución, que

Lo inherente a la persona debe entenderse como un derecho fundamental, incluso si no figura en la enumeración de derechos, como sucede con la dignidad, que aunque no aparece expresamente enunciada como derecho, si trasciende como principio en el artículo 1º de la Constitución y figura como referencia en otras disposiciones del Texto Superior.

Sobre el carácter meramente auxiliar que tiene la enunciación formal de los derechos, dice el autor Manuel José Cepeda parafraseando algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional:

"El juez está frente a lo que la doctrina denomina un "concepto jurídico indeterminado": Los derechos constitucionales fundamentales, que pueden ser o no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera o de otra, pero siempre su sentido se define bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar".

De la discusión anterior se deducen conclusiones que bien vale la pena enumerar:

1. Los derechos fundamentales no son exclusivamente los del Capítulo I del Título II
2. Los criterios puramente formales para identificar los derechos fundamentales son una guía auxiliar pero no principal, ni determinante, ni suficiente. Por eso, aún derechos incluidos en el Capítulo I del Título II podrían no ser "fundamentales", como sucede con el derecho a la paz, el cual a pesar de su profundo significado, es un derecho colectivo.
3. El concepto de "derechos fundamentales" es diferente del concepto de "derechos de aplicación inmediata", al cual se refiere el artículo 85 de la Constitución.
4. Puede haber derechos fundamentales no expresamente enunciados en la Constitución, puesto que aquellos que son inherentes a la persona humana son por naturaleza fundamentales (art. 94 de la Constitución)
5. No todos los derechos mencionados o definidos en la Constitución son fundamentales, así sea ley fundamental de la República.
6. Corresponde a los jueces señalar cuales son los derechos fundamentales
7. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia son guía auxiliar de esta tarea doctrinaria.
8. El carácter fundamental de un derecho no hace relación a su mayor importancia frente a otros derechos considerados como no fundamentales, sino a su naturaleza jurídica y las circunstancias de tiempo, modo y lugar"<sup>2</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, hay que afirmar que aunque el artículo 100 de la Carta, al referirse a los extranjeros, maneja tres categorías de derechos (civiles, sociales y políticos) para posibilitar tratamientos jurídicos diferentes, la necesaria concordancia de este Texto con los enunciados sobre derechos contenidos en los respectivos títulos del capítulo II de la Constitución, lleva a concluir que no es posible partir de una interpretación meramente formal, para establecer, dentro de su terminología, a qué grupo de derecho pertenece cada una de las categorías señaladas en el artículo antes mencionado, pues son las circunstancias de tiempo, modo y lugar, las que permitirán al intérprete determinar su naturaleza específica, bajo el concepto de una interpretación dinámica de los mismos.

Igual criterio manejó la Corte en la Sentencia T-604 de diciembre 14 de 1992 al analizar los alcances del artículo 40 Superior sobre participación ciudadana, cuyo texto a la letra dice:

"Artículo 40 de la Constitución Política: Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Construir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la Ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas
6. Interpone acciones públicas en defensa de la Constitución y de la Ley
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad, La Ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisarios de la Administración".

Dijo la Corte:

"En materia constitucional, las normas anteriores a la Constitución deben interpretarse en concordancia con los mandatos superiores de la carta. El valor normativo de la Constitución impone al intérprete que aplica disposiciones jurídicas, preconstitucionales, el deber de integrar  
**Concepto Sala de Consulta C.E. 1739 de** **4** **EVA - Gestor Normativo**  
**2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta**  
**y Servicio Civil**

armónicamente los diversos ordenamientos. La participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa, cultural de la Nación en un fin esencial del estado".

En efecto, aunque en principio no podría explicarse de manera satisfactoria, las razones por las cuales el Artículo 40 Superior, no obstante referirse a derechos de naturaleza política, se encuentran formalmente ubicada dentro del título de los derechos fundamentales, ello se debe básicamente a que materialmente hablando la mencionada disposición trasciende el significado de lo estrictamente político, para presentarse como una manifestación superior del derecho fundamental a la participación democrática, lo que lleva incluso a que, por virtud de su interpretación sistemática con otros derechos constitucionales o inherentes a la persona, algunos de sus enunciados se amplíen en su significado, haciendo extensivo los derechos allí consagrados, a personas que no son ciudadanos, como sucede por ejemplo con ciertas formas de participación democrática en las que pueda participar toda persona. Por ejemplo, según el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo "Toda persona podrá solicitar por si, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos" en defensa de la Constitución o la Ley; asimismo de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales" Igual derecho para acciones concede la Constitución a toda persona en las denominadas acciones de cumplimiento, acciones populares y acción de grupo.

El análisis del precitado artículo 40 de la Constitución de 1991, permite identificar entre los derechos Fundamentales que tiene todo ciudadano "a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político", el del acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, con las salvedades que establece la norma.

Dentro de este mismo orden de ideas, es menester observar que mientras el artículo 25 de la Constitución Nacional garantiza a toda persona el derecho a tener un trabajo en condiciones dignas y justas, derecho fundamental interpretado por la Corte Constitucional también como una garantía social; en el mismo texto Superior sólo se concede al ciudadano el derecho político a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, lo que podría significar una contratación entre los enunciados de ambos textos Superiores, si no fuere porque una interpretación del artículo 40 en concordancia con la sistemática constitucional, permite determinar cuales son los verdaderos alcances de este ordinal, y específicamente, dilucidar la aparente contradicción entre el derecho de toda persona a desarrollar un trabajo lícito y el derecho que sólo asiste al ciudadano para desempeñar cargos y funciones públicas.

Para efectos de determinar los verdaderos alcances de lo dispuesto por el ordinal 7º del artículo 40 de la Carta y su significado frente al tema objeto de consulta, la Sala entra a determinar la diferencia entre función pública y cargo público, para posteriormente pronunciarse sobre la posibilidad de que el extranjero residente en Colombia pueda acceder a uno u otro, o a ambos.

## 2.1 Diferenciación conceptual entre funciones públicas y cargos

En el derecho administrativo moderno el concepto de función pública, parece entenderse de dos maneras. O como "el conjunto de regímenes aplicable a la generalidad del personal de la administración"<sup>3</sup>, o como procedimiento para el cumplimiento de los cometidos del Estado.

Desde el primer punto de vista, como dice el profesor Libardo Rodríguez, "el tema se refiere al estudio de la que puede llamarse "relación laboral entre la administración y sus servidores"<sup>4</sup>

En igual sentido se expresa el tratadista Diego Younes Moreno, quien afirma:

"La organización de la función pública tanto en Colombia como en otros países del mundo obedece a la noción de sistema. Este término (sistema) abarca la idea de un conjunto de variables interrelacionadas entre sí, que persiguen una finalidad determinada.

Para nuestros casos tales variables están representadas por los distintos órganos o entidades que de una u otra manera tienen a su cargo algunas de las diversas competencias frente al manejo de los recursos humanos al servicio del estado. Esta tarea (manejo de los recursos humanos al servicio del estado) se suele denominar "función pública" en el vocabulario de unos especialista o "servicio civil" en el de otros"<sup>5</sup>.

Bajo estas consideraciones la diferenciación que parece derivarse del enunciado del ordinal 7º del artículo 40 de la Constitución Nacional, entre funciones públicas y cargo público, parece carecer de trascendencia, puesto que la función no es más que el conjunto de cargos públicos, cualquiera sea la naturaleza, denominación y forma que estos tengan, razón por la cual al decir del autor antes citado "todos ellos integran el denominado Derecho Administrativo Laboral"; en función pública.

Es importante anotar que la Ley 909 de 2005, utiliza este sistema conceptual para referirse a la función pública, cuando en el artículo 1º dispone que "de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la Ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: a). Empleos públicos de carrera; b). Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c). Empleos del período fijo; d). Empleos temporales"; posteriormente en el artículo 2º al señalar los principios de la función pública, en realidad se refieren gran parte a los principios que orientan el ejercicio de cargos públicos.

Esta concepción, que podría denominarse, netamente laboral, de la función pública, también se pone de presente en otras disposiciones de la Ley, como por ejemplo en el artículo 9º según el cual "el empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública"

Desde el segundo punto de vista, es decir, la función pública concebida como parte del procedimiento que debe agotar el Estado para cumplir sus tareas o cometidos, se analiza el tema a partir del concepto dinámico de administración pública, que identifica al Estado como un grupo socio político que realiza una serie de actividades para lograr su fin esencial que es la consecución del bien comunitario.

Mientras el estudio de la naturaleza del Estado como estructura es objeto de la teoría constitucional y en cierto sentido de la ciencia política, y el análisis del concepto de bien común, compete primordialmente a disciplinas como la filosofía política y específicamente es objeto de reflexión para la axiología, el Derecho Administrativo en su concepción dinámica, es la disciplina a la cual corresponde el estudio e identificación de los procedimientos que desarrolla el Estado para el cumplimiento de sus tareas o cometidos.

Para dicho análisis, se parte del fundamento mismo de la ontología, que es la clasificación de los objetos en categorías universales, trasladando este esquema epistemológico a la administración, de manera que se pueden agrupar todas las tareas del Estado en unas pocas que comprendan y abarquen todos los cometidos que cumple todo Estado, cualquiera sea su estructura e ideología.

Con fundamento en esta concepción, es frecuente en la doctrina agrupar las actividades del Estado en seis grandes categorías que integran absolutamente todo aquello de lo cual se ocupa un Estado, así: Darse su propia organización fundamental, regular las relaciones internacionales, regular las conductas de los asociados, tener su propio patrimonio, prestar servicios públicos y fomentar las actividades de los administrados. Con diferentes énfasis, de acuerdo con su estructura ideológica y su organización administrativa, necesariamente todo lo que hace un Estado, cualquier Estado, debe antológicamente ubicarse en alguna de esas seis grandes categorías.

Ahora bien, sostiene también algunos autores que para ejecutar dichas tareas, necesariamente el Estado debe agotar un procedimiento que debe estar integrado por uno o varias etapas, cada una de las cuales constituye una Función Pública.

Así las cosas el ejercicio de las funciones públicas se vinculan con el cumplimiento de procedimientos necesarios para lograr la realización de los cometidos estatales, noción que debe utilizarse, además para diferenciar entre función pública (etapa del procedimiento) y servicio público (tarea del Estado).

Dentro de este mismo orden de ideas el profesor Bergeron en su obra el "Funcionamiento del Estado"<sup>6</sup>, define la función pública como "une serie d'activités liées les unes aux autres en processus d'action, et unifiées par leur commune participation à la vie d'un organisme"

A partir de estos conceptos la doctrina constitucional utiliza varios sistemas epistemológicos para identificar y describir las funciones. Por ejemplo, el autor antes citado simplemente establece el nexo de función con el quehacer del Estado por contraposición a los conceptos de control y de relación<sup>7</sup>, para concluir, como lo hace Carré de Malberg<sup>8</sup> implementando une "doctrine qui différencie les fonctions d'après leur but", de acuerdo con la cual se identifican las funciones en constituyente, administrativa, legislativa, judicial, de control fiscal, de ministerio público, electoral, de planeación y defensa y seguridad.

En igual sentido se pronuncia el profesor Robert Dahl, para quien la función pública es el conjunto actividades políticas que se desarrollan dentro de un sistema, teniendo en cuenta que precisamente el conjunto de funciones al interior del sistema constituye el gobierno de éste<sup>9</sup>.

En Colombia en términos generales la Constitución Política (Art. 113 y siguientes) maneja esta nueva concepción dinámica sobre las funciones del Estado, incluyendo la mayor parte de las consagradas por la doctrina, aunque no todas, por cuanto por ejemplo las funciones de planeación y seguridad continúan estando estructural y funcionalmente vinculadas con la función administrativa.

Asimismo, el artículo 209 Constitucional, al definir los principios que orientan y fundamentan el ejercicio de la función administrativa, recoge los elementos doctrinarios que permiten vincular el concepto de función pública a la realización de los fines del Estado.

Ahora bien bajo la perspectiva organicista, delineada desde la orientación teórica de Jellinek<sup>10</sup> y desarrollada en el campo administrativo a partir de autores como Renato Alessi<sup>11</sup>, el ejercicio dinámico de las funciones públicas, incluyendo, claro es, la función administrativa, se asigna inicialmente a órganos integrados por competencias, bienes y titulares, siendo los titulares de los distintos órganos, es decir, aquellos con poder para querer a nombre de la administración, los servidores que en sentido estricto ejercen "función pública", de manera que los demás servidores se encuentran vinculados a cargos públicos, sin que se pueda afirmar, bajo esta perspectiva teórica, que técnicamente ejerzan función pública.

## 2.2 Los conceptos de cargos públicos y función pública en la Constitución Colombiana

Inicialmente hay que afirmar que en principio la Constitución Colombiana de 1991 parece considerar el concepto de Función Pública en la primera acepción explicada en este análisis, pues el TÍTULO V "DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO" al abordar en el CAPITULO II el tema DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, lo hace fundamentalmente "con criterio laboral", con el fin de determinar la necesidad de que todo empleo tenga funciones detalladas por Ley o reglamento (Art. 122); identificar las distintas clases de servidores públicos (Art. 123), así como su responsabilidad (Art. 124), para posteriormente referirse a las distintas clases de empleos (Art. 125), las inhabilidades, incompatibles y prohibiciones a los servidores públicos (Arts. 126 a 129), para luego hacer referencia a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al régimen laboral de notarios, registradores y sus empleados.

Sin embargo, el intérprete también encuentra disposiciones constitucionales, a partir de las cuales se podría afirmar que efectivamente el texto Superior quiso distinguir aquellos casos en que el ejercicio laboral público, supone el desempeño de una función pública, de aquellos otros en los cuales simplemente se presenta el ejercicio de un cargo público, sin que en sentido estricto suponga una función pública.

El primer asomo de diferenciación parece observarse en el artículo 99 Superior que a la letra dice:

"Constitución Política Art. 99. La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que llevan anexa autoridad o jurisdicción"

La norma Constitucional transcrita es clara al determinar la calidad especial de ciudadano en ejercicio para ejercer cargos que lleven implícita autoridad y jurisdicción, es decir, empleos que en el concepto funcional antes explicado, suponen la titularidad y consecuente ejercicio de función pública; dando a entender que para los demás empleos públicos, que no conlleven en sentido técnico el ejercicio de autoridad y jurisdicción, cualquiera sea su naturaleza y forma de vinculación, sólo se debe cumplir con las exigencias que trata la Ley para el respectivo cargo, de manera que si legalmente no se requiere ser nacional colombiano para su ejercicio, ello significa que pueden ser vinculados al mismo, por las diferentes formas que prevé la Ley, los extranjeros residentes, quienes, por principio de igualdad y de dignidad, son titulares del derecho fundamental al trabajo.

También el texto Constitucional, hace la diferencia entre función pública y cargo público, en el ordinal 7º del artículo 40 ya mencionado en este estudio, que a la letra dispone:

"Constitucional Política Art. 40 Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

7. Acceder al desempeño de función y cargos públicos, salvo los nacionales, por nacimiento o adopción, que tenga doble nacionalidad. La Ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse"

Esta disposición parece dar entender que tanto el ejercicio de funciones públicas como de cargo públicos, quedan reservados por Constitución a los nacionales; sin embargo no puede olvidarse, lo ya dicho en torno a la interpretación de los enunciados constitucionales sobre derechos, en el sentido, que si bien en principio los derechos fundamentales consagrados en el artículo 40 Superior se destinan a los nacionales, una interpretación sistemática, que supera la hermenéutica meramente formal, permite concluir, que aunque inicialmente dichos derechos son de naturaleza política, el interprete según las circunstancias de tiempo, modo y lugar y las propias regulaciones constitucionales y legales complementarias, puede superar el macro estrictamente formal y otorgar otros alcances a la norma en mención, considerándolos, como lo ha hecho la Corte Constitucional, incluso para algunos respecto, como garantías sociales, de las cuales son titulares no sólo los nacionales sino los extranjeros, en especial los residentes.

### 3. El trabajo de los extranjeros en Colombia

Sobre el tema de los trabajadores migratorios, también se refirió este Sala en la radicación antes mencionada, en los siguientes términos:

"1.2.2. La "Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares", hecha en Nueva Cork el 18 de diciembre de 1990.

Este instrumento internacional está incorporado al derecho interno en virtud de su aprobación por la Ley 146 de 1994 y fue ratificado por Colombia el 24 de mayo de 1995.

Los Estados Partes, invocando "en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos (1), el pacto internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales (2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 2/; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (3), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (4) y la Convención sobre los Derechos del Niño (5)", así como varios de los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros tratados y convenios internacionales, adquieren compromiso en torno a "los trabajadores migratorios y a sus familias sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición".

Los artículos 2º y 3º se ocupan de definir el "trabajador migratorio", y de relacionar a quiénes no quedan incluidos dentro de este concepto.

Llama la atención la Sala en el artículo 5º de la Convención en comento, por la identidad que guarda con el Decreto 4000 de 2004 en cuanto al criterio y tratamiento de la situación del trabajador migratorio y sus familiares respecto de su sujeción a la legislación del Estado en el que se encuentre:

"A los efectos de la presente convención, los trabajadores migratorios y sus familiares:

a. Serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte;

b. Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a. de este artículo". (Se subraya)

Por lo demás, el articulado de esta Convención reitera con referencia a los trabajadores migratorios y sus familiares, los derechos y deberes que les asisten en los territorios en los cuales se encuentran".

Es necesario concluir que Colombia al haber aprobado la referida Convención, está en la obligación de dar cumplimiento a todos y cada uno de los preceptos en ella consagrados, ahí la identidad que se presenta con los contenidos del decreto 4000 de 2004 en lo referente al tratamiento de los trabajadores migratorios, a quienes en esencia les asiste el derecho al trabajo y tener un tratamiento igual en condiciones y oportunidades, con las consideraciones o condiciones que pueda establecer la Constitución o las Leyes en defensa del nacional colombiano.

regulaciones para determinar su "especial" igualdad con el trabajador nacional, se pronunció la Corte Constitucional en lo sentencia C-1259 de 2001, en los siguientes términos:

"(...) La Carta Política regula ampliamente los derechos de los extranjeros y lo hace al punto de permitirles adquirir la nacionalidad colombiana, reconocerles con las limitaciones que imponga la Ley, los derechos civiles y las garantías que se concedan a los colombianos y posibilitar que el legislador les reconozca el derecho al voto. Esa amplia regulación guarda correspondencia con la soberanía de que es titular el Estado Colombiano y que debe ejercer sin desconocer los derechos que amparan a los extranjeros como seres humanos e independientemente del Estado del cual sean nacionales, pues esos derechos constituyen un límite a sus poderes y un parámetro para el ejercicio de sus competencias discrecionales".

Y más adelante afirma la Corte:

"Con todo, el mismo constituyente, si bien no establece un tratamiento diferenciado entre los trabajadores nacionales y los extranjeros, si admite la posibilidad de que él sea determinado por el legislador.

Además, cuando se trata de subordinar los derechos civiles a condiciones especiales o de negar su ejercicio, el constituyente sujeta a la instancia legislativa a razones de orden público, esto es, a unos parámetros ineludibles que debe respetar como una manifestación de los límites que la racionalidad del moderno constitucionalismo le impone a la soberanía de los diferentes Estados y de la consecuente discrecionalidad moderna con que cada Estado debe regular el ingreso y permanencia de extranjeros en su territorio. Por otra parte, cuando se trata de reconocerles a los extranjeros las garantías concedidas a los nacionales, el constituyente ha establecido que ellas procederán con las limitaciones establecidas en la Constitución y en la Ley. Finalmente, a pesar de que los derechos políticos se reservan a los nacionales, se ha previsto la posibilidad de que la Ley les reconozca a los extranjeros el derecho al voto en las elecciones y consultas populares municipales o distritales.

Entonces, se advierte que el reconocimiento de los derechos de los extranjeros no implica que en nuestro ordenamiento esté proscrita la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales. Recogiendo esa realidad, la Corte ha expuesto:

"El artículo 13 consagra la obligación del Estado de tratar a todos en igualdad de condiciones. Obviamente, esta norma no significa que no se puedan formular diferenciaciones en el momento de regular los distintos ámbitos en los que se desarrolla la convivencia, sino que opera a la manera de un principio general de acción del Estado, que implica que siempre debe existir una justificación razonable para el establecimiento de tratos diferenciados. No en todos los casos el derecho de igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y extranjeros. Ello implica que cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, habrán de determinar en primera instancia cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de establecer si éste permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y los nacionales.

Por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá de tipo de derecho y de la situación concreta por analizar"<sup>12</sup>.

Y agrega la Corte Constitucional:

"En esa dirección, esta Corporación también ha resaltado cómo los derechos civiles de los extranjeros pueden someterse, por el legislador, a condiciones especiales o cómo algunos de ellos les pueden ser negados pues el constituyente ha previsto esa posibilidad a condición de que no afecten derechos fundamentales."<sup>13</sup>

De acuerdo con lo expuesto, entonces, la sola existencia de un tratamiento legal diferenciado entre los trabajadores nacionales y los trabajadores extranjeros no tienen por qué reputarse inconstitucional pues la Carta Política, recogiendo el contenido que hoy se le imprime a la igualdad como valor superior, como principio y como derecho, ha contemplado la posibilidad de que se configure un tratamiento diferenciado. Lo importante es, entonces, determinar si ese tratamiento diferenciado es legítimo o si está proscrito por el Texto Fundamental. Para ello debe establecerse la diferencia de los supuestos de hecho la presencia de un fin que explique la diferencia de trato, la validez constitucional de ese fin, la eficacia de la relación entre los supuesto de hecho, la norma y el fin y, por último, la proporcionalidad de esa relación de eficacia".(Negrilla fuera del texto).

4. Posibilidad de los trabajadores extranjeros residentes en el país para participar en concursos, acceder a cargos de carrera y participar de los derechos que ésta otorga.

La Constitución Nacional señala que en Colombia los extranjeros gozarán, en el territorio de la república, de las garantías concebidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la Ley (Art. 100 C.P.); dispone como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a la misma se hará previo cumplimiento de requisitos que fije la Ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (Art. 125 C.P.)

En desarrollo, entre otros, de los anteriores mandatos constitucionales, se aprobó la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004 "por la cual se expedían normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones", en la cual se consagran dos previsiones aparentemente contradictorias, pues mientras en una disposición se prevé que solo los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias pueden participar en los concursos; en la otra se afirma que los concursos para el ingreso a los empleos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.

Dicen las normas en mención:

Artículo 28 de la Ley 909 de 2004:

"Artículo 28. Principio que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa.

b. Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acreditan los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación alguna" (negrilla fuera del texto)

Artículo 29 de la Ley 909 de 2004:

"Artículo 29. Concursos: Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño".

Aunque el artículo 28 de la Ley, al anunciar los principios que orientan el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, reserva esa posibilidad para los ciudadanos, creando un trato diferente con respecto a los extranjeros residentes, la norma instrumental contenida en el artículo 29 de la misma ley, al conceder la posibilidad de participar y acceder a todas las personas que reúnan los requisitos para el desempeño del cargo, concuerda en un todo con las normas contenidas en los convenios internacionales y en el decreto 4000 de 2004 que garantizan el trabajo migratorio, en especial de los extranjeros con visa de residente.

De acuerdo con lo establecido en el presente concepto, para determinar los alcances diferenciados de los artículos 28 y 29 de la Ley 909 de 2004, es necesario retomar los conceptos analizados e implementarlos a través de una lectura sistemática y concordada de los artículos 40 y 99 de la Constitución Política, para concluir que de acuerdo con el mensaje constitucional, ha de entenderse que el legislador quiso de alguna manera reflejar la diferencia entre el concepto dinámico de función pública y el concepto netamente laboral de cargo público, con el fin de reservar a los ciudadanos nacionales (por nacimiento o por adopción según las distintas previsiones normativas) el ejercicio de empleos que en sentido técnico administrativo supongan el ejercicio de función pública en cuanto significan el desempeño de jurisdicción o autoridad civil, dando la posibilidad, para que de acuerdo con las calidades que la Ley o reglamento exijan para los demás cargos públicos, éstos pueden ser desempeñados por nacionales o extranjeros, en desarrollo del principio de igualdad constitucional y el respeto al derecho fundamental de toda persona al trabajo.

Sobre la naturaleza de los concursos públicos de mérito y la legitimación de los extranjeros para participar en ellos, se ha pronunciado la Corte Constitucional en diversas oportunidades, así:

Corte Constitucional, sentencia T-256 de 1995:

"Puede definirse el concurso público aludido, como el procedimiento complejo previamente reglado por la administración, mediante el señalamiento de las bases o normas claramente definidas, en virtud del cual se selecciona entre varios participantes que han sido convocados y resultados, a la persona o personas que por razón de sus méritos y calidades adquieren el derecho a ser nombradas en un cargo público.

El procedimiento en su conjunto está encaminado a alcanzar la finalidad anotada, sobre la base del cumplimiento estricto de las reglas o normas del concurso, la publicidad de la convocatoria al concurso, la libre concurrencia, y la igualdad en el tratamiento y de oportunidades para quienes participan en el mismo.

Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas obligatorias tanto para los participantes como para aquella; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrol, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección.

Por consiguiente cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participan en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquella".

En igual sentido se pronunció la misma Corte Constitucional en la Sentencia SU 133 de 1998, de unificación de doctrina sobre el tema cuya parte final dice:

La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado".

Conforme a la doctrina expuesta la Corte Constitucional analizó el caso de un extranjero residente en Colombia, de nacionalidad Búlgara, quien participó en un concurso convocado por la Orquesta Sinfónica de Colombia, para proveer el cargo público de Flauta Piccolo Clase "A", quien obtuvo el mayor puntaje luego de la respectiva evaluación, y a quien sin embargo se le desconoció su derecho al cargo, bajo el argumento de que de todas maneras debía preferirse a un ciudadano colombiano.

Dijo la Corte en sentencia T-380 de 1998:

"Para la Corte es claro entonces que al demandante le fue vulnerado el derecho a la igualdad. En efecto, el artículo 13 de la Carta Política Concepto Sala de Consulta C.E. 1739 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

establece que "todas las personas nacen libre e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades, y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Negrilla fuera del texto de la Carta, pero incluida en texto de la Corte).

Igualmente de desconoció el artículo 100 ibidem, según el cual los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles y garantías que se conceden a los Colombianos, con la advertencia de que la Ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales, o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Es evidente que la norma superior garantiza a los extranjeros el derecho al trato igual, y a la protección jurídica de los derechos y garantías que se otorgan a los Colombianos."<sup>14</sup>

A renglón seguido anota la Corte Constitucional:

"Finalmente, y como resultado de la actuación del demandante, al señor (músico Búlgaro) se le desconoció su derecho fundamental al trabajo, pues no pudo acceder al cargo para el que concursó, a pesar de cumplir a cabalidad con los requisitos exigidos. El artículo 25 de la Constitución dispone que "toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

EL CONCEPTO:

Aunque en principio el ejercicio de funciones y cargos público se reserva a los nacionales colombianos, cuando por Constitución o Ley no se exija la calidad de nacional colombiano para ocupar un determinado cargo público, las personas extranjeras residentes en Colombia que no han adquirido la nacionalidad colombiana pueden participar en los concursos para acceder a los cargos públicos clasificados como de carrera y adquirir los derechos sobre está.

Transcríbase al Señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDO P.

Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ALVAREZ J.

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ A.

LYDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Secretaria de la Sala

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá D.C., mayo 16 de dos mil seis (2006)

Radicación No. 1739

Referencia: Extranjeros Residentes en Colombia. Participación en concurso para acceder a empleos de carrera administrativa y adquirir los derechos de está.

Con el acostumbrado respeto, me permito manifestar que no comarto las respuestas dadas en el concepto identificado en la referencia, pues considero que la conclusión debió ser la contraria, esto es, que como según la Constitución Política, la regla general consiste en que las funciones y cargos públicos están reservados para los nacionales colombianos y por excepciones pueden desempeñarlos los extranjeros, en caso de silencio o vacío normativo debe aplicarse la regla general y no la excepción.

La respuesta dada al Sr. Director del Departamento Administrativo de la Función Pública de la que me aparto, expresa que "cuando por Constitución o ley no se exija la calidad de nacional colombiano para ocupar determinado cargo público, las personas extranjeras pueden participar en los concursos para acceder a los cargos públicos", conclusión que es contraria a la que a mi juicio debió plasmarse.

En la teoría del derecho, las excepciones a una norma de contenido general, son taxativas y de interpretación restrictiva, de manera que cuando la ley guarda silencio sobre un caso concreto que encaja dentro de la regla general, debe aplicarse ésta y no la excepción.

Aplicando el anterior aserto a la situación consultada, cuando la constitución o la ley no exijan la calidad de colombiano en forma expresa, debe entenderse que se requiere de está condición, pues la regla consiste en que los cargos y las funciones se reservan para los nacionales; asumir lo contrario lleva a la premisa contraria, es decir, que la regla general es el no requisito de la nacionalidad.

Además del anterior argumento extraído de la lógica jurídica, es necesario acudir al sentido y a la finalidad políticos de la misma Constitución, pues es obvio que los cargos y las funciones públicas están reservadas para los nacionales, pues como bien lo indica el artículo 40 de la Carta, en su ejercicio se está haciendo uso del derecho a conformar el poder político, lo que implica que sean necesarias, además de las habilidades laborales, el sentido de pertenencia a la comunidad nacional, con las lealtades, finalidades comunes y demás elementos sociológicos y psicológicos que constituyen la nacionalidad Colombiana. No es teleológicamente correcto que la regla general pueda ser que estas funciones sean desempeñadas por personas cuyas lealtades morales y políticas hayan sido adquiridas y conformadas en otros países y para otras sociedades diferentes de la nuestra.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1El Título IV, regula las "Clases y Categorías de visas". De acuerdo con el artículo 21, las visas son: 1. de cortesía; 2. de negocios; 3. de tripulante; 4. temporal, de trabajador, de cónyuge, o compañero (a) permanente de nacional colombiano (a), de padre o madre de nacional colombiano, de religioso, de estudiante especial de refugiado o aislado; 5. de residente, de residente como familiar de nacional colombiano, de residente calificado, de residente inversionista; 6. de visitante, de turismo, de visitante técnico, de visitante temporal. Todas tienen en común su temporalidad, salvo la visa de residente cuya vigencia es indefinida, aunque expira en caso de que el titular se ausente del país por más de dos años continuos."

2Manuel José Cepeda "Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991" ed. Temis pg. 5 Año 1992.

3Libardo Rodríguez R. "Derecho Administrativo General y Colombiano Edt. Temis pág. 175. Año 1995.

4L. Rodríguez. Ob. Cit.

5Diego Younes Moreno "Derecho Administrativo Laboral". Edit. Temis. Pág. 1. Año 1995.

6Gérard Bergeron "Le fonctionnement de l'Etat", Librairie Armand Colin. 1965. Pág. 82 y ss.

7Ob. Cit, Pg. 82

8R. Carre de Malberg "Contribution à la Théorie Générale de l'Etat" Center Nacional de la Recherche Scientifique, 1986. pág. 263.

9Robert A. Dahl "L'analyse politique contemporaine" Ed. Robert Laffont, 1970. pag. 39.

10Georg Jellinek "Teoría General del Estado" Ed. Maipú. 1970. pag. 409 ss.

11Renato Alessi, "Instituciones de derecho Administrativo", ed. Bosch, 1970. pág. 73 y ss.

12Corte Constitucional. Sentencia C-768-95. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

13Corte Constitucional. Sentencia C-179-94 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

14El artículo 15. del Acuerdo 0011 de 1979 del Instituto Colombiano de Cultura "Colcultura" que regula la administración del personal artístico de la Orquesta Sinfónica de Colombia estipula que "el ingreso a cargos vacantes de la Orquesta Sinfónica de Colombia, exceptuando los Directores y Concertinos, se determinará por el sistema de concurso". El artículo 22 del mismo Acuerdo dispone que "en igualdad de condiciones siempre se dará prelación al aspirante de nacionalidad colombiana".

---

Fecha y hora de creación: 2026-01-13 12:00:13