



Función Pública

Concepto 147931 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000147931

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000147931

Fecha: 27/10/2014 04:48:46 p.m.

Bogotá D. C.,

Ref.: VARIOS. Observaciones al Proyecto de Ley No. 014 de 2014 Cámara. Rad. 20142060150342 del 17 de septiembre de 2014.

En atención a su oficio de la referencia, por el cual se solicita que se conceptúe sobre la viabilidad del proyecto de ley por medio de la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la población negra afrocolombiana en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13 y 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, se considera lo siguiente:

La Constitución Política señala:

“ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres 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.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

De otra parte, el artículo 40 consagra que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para hacer efectivo este derecho puede 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.

Por su parte, la Decisión No. 545 de la Comunidad Andina de Naciones del 25 de junio de 2003 señaló en su artículo 10 lo siguiente:

“Se reconoce el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores migrantes andinos en el espacio comunitario. En ningún caso se les sujetará a discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual.”

De acuerdo con lo anterior, el principio de igualdad se materializa en el hecho de que todas las personas reciban la misma protección y trato de las autoridades y gocen de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación. Adicionalmente, todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y para hacer efectivo este derecho puede acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Por este motivo se considera que el acceso al empleo público no debe estar condicionado a pertenecer a un género, raza o nacionalidad o credo determinado.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

Los empleados de libre nombramiento y remoción no gozan de las mismas garantías de los del régimen de carrera, y pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública. Es la especial confianza la que caracteriza este tipo de empleos en la Administración Pública.

En ese sentido, consideramos importante que se tenga en cuenta que el hecho de que un empleo de gerencia pública se clasifique como de libre nombramiento y remoción implica la facultad discrecional de su nominador en su designación y su retiro; de lo contrario, se desnaturalizaría el empleo mismo.

Ahora bien, con relación a la aplicación del contenido del Proyecto de Ley No. 014 de 2014 Cámara en el sector público, señalamos lo siguiente:

- Propuesta de epígrafe

Frente al epígrafe de la ley, debe revisarse si se está “reglamentando”, que es la finalidad de un decreto reglamentario, o si se están creando mecanismos que obliguen a las autoridades para promover y garantizar la participación de la población negra afrocolombiana en los máximos niveles decisorios. De igual manera debe hacerse referencia a la Constitución Política.

- Propuesta de artículo 2: Participación efectiva de los afrodescendientes.

Se señala en el contenido del artículo 2 que el Estado garantizará la participación de la población negra afrocolombiana en un porcentaje no menor a la proporción de esta población conforme al censo poblacional legal vigente. Debe indicarse quién es la entidad encargada de certificar, y su periodicidad. Así mismo, debe indagarse si la presencia de esta población está en todos los niveles, estos es, nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal y en qué porcentaje.

Como quiera que el ámbito de aplicación de esta ley cobija a los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal, debe señalarse qué pasa si no hay censo de población negra afrocolombiana en un territorio. También debería indicarse si se requiere la presencia de un mínimo de población para poder aplicar estas reglas, y qué ocurriría en zonas que son mayoritariamente indígenas como es el caso de la Guajira, los Llanos Orientales y la Amazonia.

Por tal razón, y con el fin de resolver estos cuestionamientos, se sugiere que se complete la exposición de motivos con estudios etnográficos y poblacionales recientes que permitan establecer claramente cuál es la población negra afrocolombiana, cuál es el porcentaje en relación con la población total del país, en qué territorios geográficos están ubicados mayoritariamente, y cuál es la participación en altos niveles decisorios en dichos territorios. El proyecto de ley en ese sentido adolece de falta de datos que permitan evidenciar cuáles son las zonas en donde la población negra afrocolombiana es mayoría y tiene poca representación.

También se sugiere consultar los Documentos Conpes 3169 de 2002 “Política para la población afrocolombiana” y 3310 de 2004 “Política de acción afirmativa para la población negra o afrocolombiana”; en éste último documentos se presentan unos indicadores del año 2003, datos que se sugiere actualizar con el fin de contar con información confiable y reciente.

- Propuesta de artículo 4: Reglas aplicables.

Con respecto al numeral 1 del artículo 4, que señala que en los casos de ingreso y ascenso en la carrera administrativa o en cualquiera de los sistemas especiales de carrera de la administración pública, se garantizará la participación de población negra afrodescendiente en los respectivos concursos o cursos, nos permitimos mencionar lo siguiente:

El artículo 125 de la Constitución Política se consagra:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

(...)”. (Subrayado y negrita fuera del texto)

La Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, expresa:

“ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley”. (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con el modelo de administración pública consagrado en la Carta Política de 1991, uno de sus postulados básicos es el ingreso a los empleos de carrera administrativa por medio de concurso de méritos. De esa manera se garantizan los derechos fundamentales a la igualdad y a la participación y acceso al servicio público de los ciudadanos quienes pueden acceder al empleo público de carrera administrativa, si reúnen las condiciones de desempeño exigidas, de manera que se no hay discriminación en las condiciones de acceso al empleo por razón de género o

SEXO.

Es decir, la aplicabilidad del principio de igualdad a la relación legal y reglamentaria debe presentarse en la igualdad de oportunidades para los aspirantes al servicio público, basado en el mérito que garantiza la igualdad e imparcialidad del proceso de selección.

En este orden de ideas, los ciudadanos, incluidos obviamente los que pertenecen a la población negra afrocolombiana, que cumplan con los requisitos de ley, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, o ascender dentro de la misma, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del respectivo período de prueba.

Por esta razón, no es viable la forma en que el Estado pueda “garantizar” la participación de población negra afrodescendiente en los respectivos concursos o cursos, toda vez que la participación en los diferentes procesos de selección para la provisión de empleos es libre y voluntaria.

Con respecto a los numerales 2 y 3 del artículo 4, existe una dificultad al establecer los mecanismos a través de los cuales se debe procurar la adecuada representación de la población afrocolombiana, negra, racial y palenquera en la provisión de cargos en cuya nominación intervengan diferentes personas o entidades.

Frente al numeral 4 del mencionado artículo, no queda clara la forma en que se debe “dar prioridad” a las mujeres pertenecientes a la población negra afrodescendiente. Por tal razón, se sugiere que se considere una fórmula mínima para dar aplicación a esta regla especial, toda vez que debería depender de la representatividad de la población negra afrocolombiana en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal.

Con el fin de contar con otra posición frente de los temas de empleo público, se sugiere enviar el proyecto para revisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que es la entidad encargada de la administración y vigilancia de la carrera administrativa general y los sistemas específicos de carrera.

- Propuesta de artículo 6: Vigilancia y cumplimiento de la ley.

Frente a estas competencias, se sugiere remitir el proyecto de ley para conocimiento de la Procuraduría General de la Nación con el fin de que revisen la procedencia de que ejerzan veeduría en los concursos públicos para “refrendar” que las decisiones tomadas no estén dadas con criterios de discriminación racial y “supervisar” que los mecanismos de evaluación no estén sesgados por razones de raza, teniendo en cuenta que la Procuraduría no tiene dentro de sus competencias ser órgano que “refrenda”, “autoriza” o “supervisa” actuaciones administrativas, ni es superior jerárquico de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En los anteriores términos este Departamento rinde su concepto frente al proyecto de ley propuesto. Quedamos atentos para asesorar en los temas que se consideren pertinentes.

Cordialmente,

LILIANA CABALLERO DURÁN

Directora

Mónica Herrera/Claudia Patricia Hernández León

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:08:16