COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/172/21

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/172/21
Expediente	—
Fecha	2020-08-31
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	DIANA FAJARDO RIVERA
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Sistema Especifico De Carrera De La Direccion De Impuestos Y Aduanas Nacionales Dian
- Administracion Y Gestion Publica
- /Gestion Publica
- Juicio De Proporcionalidad Estricto
- Comision Nacional Del Servicio Civil
- Competencia De La Comision Nacional Del Servicio Civil Para Adelantar Concursos O Procesos De Seleccion Para Ingresar A La Carrera Administrativa

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La Sala Plena se ocupó de la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Luis Ramiro Torres Luquerna, Rafael Acevedo Suárez y Jaime Araújo Rentería contra los artículos 29.1, 29.2, 30, 97 y 123 (parciales) y 144 del Decreto ley 71 de 2020, “ [p] or el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión de talento humano.” 275.

Texto completo

C-172-21 Sentencia C-172/21 CARRERA ADMINISTRATIVA- Fundada en el mérito como principio constitucional y como regla general para la provisión de cargos públicos PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO- Criterio rector del acceso a la función pública (…) es válido afirmar que el Constituyente de 1991 consideró como elemento fundamental del ejercicio de la función pública el principio del mérito y que previó a la carrera, sistema técnico de administración del componente humano, como un mecanismo general de vinculación;

en el marco del cual el concurso público se constituye en un instrumento adecuado para que, bajo parámetros objetivos, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor cualificadas integralmente.

REGIMENES DE CARRERA ADMINISTRATIVA- Potestad de configuración del legislador Entre aquellos aspectos reservados a la configuración legislativa se destacan dos, con relevancia para el análisis de este asunto. De un lado, la estipulación de los requisitos y condiciones para determinar el mérito y las calidades de los aspirantes al acceso a cargos públicos de carrera, asunto que será abordado más adelante. Y, del otro, la posibilidad de que se establezcan regímenes diferenciales de carrera administrativa, premisa que se ha deducido de lo dispuesto en el mencionado artículo 125 de la Constitución, concordante con lo estipulado en los artículos 130 y 150.23 de la Carta.

CARRERA ADMINISTRATIVA- Regímenes generales, especiales y específicos SISTEMA ESPECIFICO DE CARRERA DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN- Jurisprudencia constitucional El diseño previsto en los referidos decretos con fuerza de ley ha sido sometido a consideración de este Tribunal en varias oportunidades, en las que se ha destacado la razón que subyace al régimen específico de carrera de la DIAN.

CARRERA ADMINISTRATIVA- Propósitos constitucionales CARRERA ADMINISTRATIVA- Finalidad (…) la pretensión de que al Estado se vinculen, a partir de la prevalencia del mérito, aquellos miembros de la sociedad poseedores de altas competencias, relacionadas con aspectos objetivos -como el conocimiento y la experiencia- y subjetivos -como la calidad personal y la idoneidad ética-, se vincula necesariamente a la idea de que el Estado tiene una misión constitucional superior, referida al compromiso por la garantía de la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la prosperidad general y la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. En este sentido, la carrera contribuye a que el Estado sea eficaz, eficiente y ejerza sus quehaceres en atención a pautas de moralidad, imparcialidad y transparencia.

CARRERA ADMINISTRATIVA- Garantía de derechos y principios (…) se ha destacado que la carrera incide de manera definitiva en derechos fundamentales tales como la participación en el ejercicio del poder político, a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicas, artículo 40.7 de la CP; la protección de las posiciones fundamentales de las que son titulares los trabajadores, como la estabilidad, la capacitación profesional, entre otras. Finalmente, y de manera especial, también se ha llamado la atención sobre la vinculación de la carrera con el derecho a la igualdad, en el trato y en las oportunidades.

ADMINISTRACION Y GESTION PUBLICA- Principios constitucionales orientadores /GESTION PUBLICA -Eficacia de la actividad y eficiencia de quienes la tienen a cargo CONCURSO DE MERITOS- Factores de evaluación (…) el concurso de méritos y, en general, cualquier mecanismo utilizado para el acceso y ascenso dentro de la carrera, debe permitir "comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos", requisitos y condiciones que, de conformidad con lo previsto en el artículo 125 de la Constitución, deben ser establecidas por el Legislador. Aunado a lo anterior, se ha afirmado por la jurisprudencia de este Tribunal que, acorde con las funciones del cargo y las necesidades del servicio, para la acreditación del mérito no sólo es válido valorar la capacidad profesional o técnica de la persona que aspira, a través de factores objetivos como, por ejemplo, los exámenes de conocimientos, el cumplimiento de requisitos académicos, la acreditación de años de experiencia o la ausencia de antecedentes penales, fiscales y disciplinarios; también cabe verificar las calidades personales y la idoneidad moral del candidato, esto es, de factores subjetivos, tales como su comportamiento social y su capacidad para relacionarse.

CONCURSO DE MERITOS- Valoración de la entrevista (…) una prueba como la entrevista, que tiende a valorar aspectos subjetivos de los concursantes, debe entenderse como un factor accesorio y secundario, lo que implicaría que por sí misma, esto es, sin atención a otros puntajes que se den en una fase por ejemplo, no pueda tener un carácter definitivo o eliminatorio dentro del concurso.

POLIGRAFO- Aspectos generales/ POLIGRAFO- Uso POLIGRAFO- Acceso al empleo público Sobre esa base, la prueba del polígrafo será constitucional siempre que en su diseño y aplicación i) se le permita al aspirante consentir o no de manera previa, libre e informada la realización de la prueba; ii) se le explique al concursante, previa y detalladamente, la forma y metodología de la realización de la prueba; iii) la negativa de someterse a la prueba no signifique la exclusión automática del proceso de selección; y iv) se practique por profesionales altamente capacitados conforme a protocolos estrictos que garanticen el respecto y la efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD ESTRICTO- Aplicación COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- Administración y vigilancia del sistema de carrera de los servidores públicos COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- Órgano constitucional único, autónomo e independiente COMPETENCIA DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL PARA ADELANTAR CONCURSOS O PROCESOS DE SELECCION PARA INGRESAR A LA CARRERA ADMINISTRATIVA- Jurisprudencia constitucional SISTEMA ESPECIFICO DE CARRERA DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN- Administración y vigilancia le corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil A juicio de la Sala, de conformidad con la línea jurisprudencial pacífica y uniforme existente desde la Sentencia C-1230 de 2005, no existe duda alguna respecto a que la carrera administrativa específica de la DIAN está sometida a las competencias de administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Constitución. Ahora bien, en el marco de las facultades de administración, la Comisión ostenta amplias y variadas atribuciones relacionadas con el diseño de los procesos de selección, entre las que está la determinación de las instituciones que practican y ejecutan las pruebas dentro del proceso de selección.

DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL- Reiteración de jurisprudencia DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL- Alcance y contenido A lo largo de la construcción de su línea jurisprudencial, la Corte Constitucional ha realizado distinciones y precisiones que evidencian (i) que la asociación sindical se enmarca en la categoría más amplia de libertad sindical y, a su vez, se potencializa con esta, en un contexto en el que una y otra son esenciales para el Estado social de derecho, el pluralismo y la democracia; (ii) que del derecho de asociación sindical pueden predicarse dos dimensiones, en atención a su titularidad, una individual y otra colectiva, en la medida en que constituye un derecho subjetivo de cada trabajador y un bien fundamental del sindicato como persona jurídica, respectivamente. Además, (iii) el derecho de asociación sindical presenta tres caracteres relevantes, es voluntario, relacional e instrumental. Es voluntario porque la pertenencia, permanencia y retiro de una organización sindical depende de la libre autodeterminación de la persona trabajadora; es relacional dado que su eficacia está sujeta a la existencia de una comunidad de participantes que acuerdan la defensa colectiva de sus intereses; y, es instrumental en tanto constituye un canal de realización de los fines propuestos por el sindicato, además de lograr a través de su concreción la eficacia de un conjunto de derechos fundamentales como la dignidad, el trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, la libertad de expresión, entre otros.

DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL- Fundamental La Corte Constitucional también ha sostenido reiterada y pacíficamente que (vi) el derecho de asociación sindical es un derecho fundamental, de aplicación inmediata y universal, autónomo e independiente, cuya fuente de reconocimiento no se encuentra solamente en el ordenamiento supremo interno, en el artículo 39 de la Constitución principalmente, sino en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre estos últimos, también integrantes del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, se encuentran los artículos 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 8 del Protocolo de San Salvador y 2 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

CONVENIO 87 DE LA OIT SOBRE LIBERTAD SINDICAL Y LA PROTECCION DEL DERECHO DE SINDICALIZACION- Hace parte del bloque de constitucionalidad DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL- Garantías DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL DEL SERVIDOR

PUBLICO- Garantías para su efectiva protección y limitaciones razonables En cuanto a la primera de las mencionadas adscripciones que se predican del derecho de asociación sindical, es imprescindible advertir que la Corte Constitucional indicó muy temprano, en la Sentencia C-593 de 1993, que la titularidad del derecho de asociación sindical corresponde no solo a los trabajadores del sector privado sino a los trabajadores del sector público, sean estos últimos trabajadores oficiales o empleados públicos, pues el artículo 39 de la Constitución solamente excluyó de esta protección a los miembros de la Fuerza Pública. Posteriormente, esta posición fue reiterada en la Sentencia C-377 de 1998, que realizó el control de constitucionalidad del Convenio 151 de la OIT y su Ley aprobatoria, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública. Este instrumento consagra expresamente el derecho de asociación sindical para todas las personas empleadas por la administración pública, por lo cual, al referirse a un derecho fundamental de las condiciones anotadas, es indudable que en tanto se ocupa de dicho aspecto, también hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

AUTONOMIA SINDICAL- Alcance/ DERECHOS DE ASOCIACION Y LIBERTAD SINDICAL- No son absolutos /DERECHOS DE ASOCIACION Y LIBERTAD SINDICAL- Restricciones por el legislador DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL- Representación/ SINDICATO- Elección de representantes DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL- Garantías y derechos que hacen viable su gestión /PERMISO SINDICAL- Alcance El permiso sindical concreta el mandato constitucional de conceder a las asociaciones sindicales “las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”, por lo cual, su protección es necesaria como instrumento para la garantía plena del derecho de asociación sindical. El permiso sindical, además, materializa el mandato de autonomía conferido a las organizaciones para decidir sobre quiénes son sus representantes o delegados para atender la variedad de situaciones que comprometen la actividad y gestión de los intereses de la colectividad.

PERMISO SINDICAL- Uso razonable PERMISO SINDICAL -El empleador puede limitarlo o abstenerse de concederlo pero debe justificar o motivar su decisión PERMISO SINDICAL- Su uso debe estar apoyado en los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad PERMISO SINDICAL Y COMISION SINDICAL- Distinción INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA- Configuración PERMISO SINDICAL- Restricción Bajo esta línea argumentativa, una restricción en el número de permisos posibles, de plano y sin valorar las circunstancias tanto de la asociación sindical como de la entidad, pone en alto riesgo la garantía de representación y, por tanto de autonomía de las organizaciones para llevar a cabo su gestión y adelantar otras actividades indispensables para el cumplimiento de su misión, por lo cual es inconstitucional.

TEST INTERMEDIO DE PROPORCIONALIDAD- Elementos a tener en cuenta COMISION SINDICAL- Objeto La configuración de la comisión sindical tiene por objeto prever aquellas situaciones que exigen, para la debida protección de “las garantías necesarias para el cumplimiento de [la] gestión [sindical]”, el reconocimiento de vacancias temporales y, a través de esta vía, la posibilidad legal de nombrar personas en encargo o en provisionalidad en aquellos empleos desempeñados por quienes asumen de manera más intensa la gestión de los intereses de la organización sindical. La regulación de la comisión sindical actúa, si se quiere, como refuerzo del permiso sindical y en casos que plantean una irresoluble tensión entre el derecho fundamental y el deber de garantizar la adecuada prestación del servicio público, en tanto prevé la necesidad de reconocer, en ciertos casos, una situación administrativa de separación temporal del servicio que, al tiempo que permite la gestión de los intereses de la organización de los trabajadores con respeto de los derechos laborales, precave la necesidad de salvaguardar la buena marcha de la entidad.

Adicionalmente, tras el diseño normativo de la comisión está un cálculo presupuestal institucional que repercute en el manejo responsable de las finanzas públicas, finalidades todas estas que son, sin duda, importantes constitucionalmente.

COMISION SINDICAL- Alcance (…) la comisión sindical es efectivamente conducente como una medida que refuerza o es instrumental a la protección del permiso sindical, permitiéndole a la Administración suplir las afectaciones fuertes al servicio a través de la aplicación de una figura que la autoriza a proveer el cargo transitoriamente sin generar, al mismo tiempo, la afectación de los derechos salariales y prestacionales del empleado sindicalizado. Aunque, en su regulación esta situación administrativa está limitada en número y en relación con sus destinatarios, se evidencia que en este caso tal diseño no se opone a la Constitución dado que obedece, de un lado, a una consideración a priori sobre las provisiones presupuestales que la entidad debe hacer para atender este tipo de situaciones y, del otro lado, porque, en principio, son las directivas de los sindicatos quienes de manera prevalente y prioritaria asumen recurrentemente la ejecución y desarrollo de los fines de la organización.

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN REGULACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES- Reiteración de jurisprudencia RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES- Interpretación restrictiva RESERVA DE LEY ESTATUTARIA- Criterios para su determinación respecto de derechos fundamentales COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL- Inexistencia FUERO SINDICAL- Garantía para la asociación y libertad sindical RESERVA DE LEY ESTATUTARIA- No desconocimiento La disposición demandada no constituye una regulación directa del núcleo esencial del derecho fundamental, ni tiene por objeto su afectación mediante el establecimiento de límites a su protección. Si se examina detenidamente el artículo 144 acusado puede constatarse (i) que no establece cuándo un empleado público de la DIAN es o no titular del fuero y (ii) que los supuestos en los cuales no es exigible la autorización judicial previa, corresponden a eventos que, por su naturaleza prima facie objetiva, no son indicativos de alguna forma de persecución de las organizaciones de los empleados de la DIAN. De esta manera no se encuentra en juego la vigencia del derecho de asociación sindical ni de la garantía foral como expresión de este.

Referencia: expediente D-13855 (AC) [1] Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 29 (parcial), 30 (parcial), 97 (parcial), 123 (parcial) y 144 del Decreto ley 71 de 2020, “[p] or el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión de talento humano de la DIAN” .

Demandantes: Luis Ramiro Torres Luquerna y otros Magistrados ponentes: DIANA FAJARDO RIVERA JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR [2] Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA I. Antecedentes 1.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241, numeral 5 de la Constitución Política, los ciudadanos Luis Ramiro Torres Luquerna, [3] Rafael Acevedo Suárez y Jaime Araújo Rentería presentaron, vía electrónica, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11.1, 11.2., 12.1, 22 parágrafo transitorio, 27 parágrafo transitorio, 28, 29, 30, 44, 46 inciso 2, 49, 53 inciso 1, 54 inciso 1, 62 inciso 2, 62.4, 83 parágrafo transitorio, 97, 123, 144 y 149 del Decreto ley 71 de 2020, "[p] or el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión de talento humano." 2. Mediante Auto del 31 de agosto de 2020 [4] se admitió la demanda contra los artículos 29.1 y 30 (parciales), y se inadmitió respecto de las demás disposiciones.

[5] Dentro del término de ejecutoria de la anterior decisión, los accionantes allegaron escrito de corrección. Una vez efectuado el estudio exigido por el ordenamiento, mediante Auto del 21 de septiembre de 2020, [6] se admitieron los cargos formulados contra los artículos 29.2 (parcial), 97 (parcial), 123 (parcial) y 144 del Decreto ley 71 de 2020, en lo demás la demanda se rechazó.

[7] 3. Contra la anterior decisión los ciudadanos Luis Ramiro Torres Luquerna y otros interpusieron recurso de súplica, el cual fue resuelto por la Sala Plena a través del Auto No. 378 del 15 de octubre de 2020 en el sentido de confirmar el rechazo parcial de su demanda.

[8] En estos términos, el objeto de control en esta oportunidad quedó reservado a aquellos cargos que fueron admitidos por decisión de la ponente que sustanció el trámite, pues la Sala Plena de la Corte confirmó sus determinaciones sobre el rechazo de los demás reparos presentados.

4. Mediante los autos del 31 de agosto y 21 de septiembre de 2020, la Magistrada sustanciadora dispuso (i) correr traslado al Procurador General de la Nación, [9] (ii) fijar en lista las disposiciones acusadas y (iii) comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República [10] y a la Nación - ministerios del Interior, de Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo, y al Departamento Administrativo de la Función Pública.

5. De igual forma, con el objeto de emitir concepto sobre la demanda de la referencia, [11] (iv) se invitó al proceso a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a Dejusticia, a las facultades de derecho de las universidades de Antioquia, Externado, ICESI, Javeriana, Libre, Rosario, Sabana y Sergio Arboleda; a las facultades de psicología de las universidades de los Andes, Nacional y del Valle, a la Oficina de Coordinación de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- en Colombia, a la Unidad Nacional de Trabajadores y Empleados de la DIAN - UTRADIAN, al Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Hacienda Pública - SINTRADIAN y al Colegio de Abogados del Trabajo.

6. Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia, destacando nuevamente que solo se hará mención a los cargos admitidos dentro de la demanda con radicado D-13855.

II. Normas demandadas 7. A continuación, se transcriben las disposiciones demandadas, destacando aquellos apartados cuestionados: "DECRETO 71 DE 2020 (enero 24) por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN.

La Ministra del Interior de la República de Colombia Delegataria de Funciones Presidenciales mediante el Decreto número 053 de 2020, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 122 de la Ley 2010 de 2019, y CONSIDERANDO:

Que el artículo 122 de la Ley 2010 del 27 de diciembre de 2019, revistió al Presidente de la República, por el término de un (1) mes de facultades extraordinarias, para regular (i) el Sistema Específico de Carrera Administrativa de los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (UAE DIAN) denominado Carrera Administrativa, de Administración y Control Tributario, Aduanero y Cambiario, (ii) la gestión y administración del talento humano de esa entidad, y (iii) todo lo concerniente al ingreso, permanencia, situaciones administrativas, movilidad y causales de retiro de los servidores de la DIAN;

Que las facultades extraordinarias tienen como propósito garantizar la profesionalización y la excelencia de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (UAE DIAN) para cumplir su misión y objetivos, ofreciendo igualdad de oportunidades, posibilidad de movilidad en la carrera sobre la base del mérito, con observancia de los principios que orientan el ejercicio de la función pública, de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política;

Que en el presente decreto-ley se ejercen las citadas facultades extraordinarias, DECRETA: (…) Artículo 29 . Pruebas para la provisión de los empleos del nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN bajo las modalidades de ingreso o ascenso . Para la provisión de los empleos bajo las modalidades de ingreso o ascenso, el proceso de selección comprenderá dos (2) fases independientes, a saber:

29.1. Fase I. La Fase I corresponde a la aplicación de competencias básicas para la DIAN y puede comprender pruebas de integridad, polígrafo y de competencias comportamentales, según el perfil y el nivel del cargo al que se aspira.

Esta fase es de carácter eliminatorio y su mínimo aprobatorio se definirá en la convocatoria. 29.2. Fase II. A esta fase serán llamados, en estricto orden de puntaje, y en el número que defina la convocatoria pública, los concursantes que alcancen o superen el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I.

Esta fase se cumplirá con la realización de un curso de formación que, a discreción del Director de la DIAN , se podrá adelantar a través de:

a) La Escuela de Impuestos y Aduanas con programas específicos definidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y con la participación de la DIAN, o b) Contratos o convenios interadministrativos, celebrados entre la DIAN y las universidades o instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación, cuyo objeto será desarrollar el curso con base en programas específicos definidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y con la participación de la DIAN. En este evento, dichas universidades o instituciones de educación superior deben certificar que cuentan con programas en materia tributaria, aduanera y/o cambiaria, según corresponda, y demostrar que tienen infraestructura y la capacidad logística para el desarrollo del curso.

(…) Artículo 30 . Pruebas para la provisión de los empleos diferentes a los del nivel profesional de los procesos misionales tributarios, aduaneros o cambiarios de la DIAN . Para la provisión de estos empleos se aplicarán las reglas dispuestas en el artículo 28 y en el numeral 29.1 del artículo 29 del presente Decreto-ley.

En la convocatoria del concurso se podrá prever la aplicación de pruebas con carácter eliminatorio como el polígrafo y otras de confiabilidad y/o transparencia.

(…) Artículo 97 . Comisión sindical . A juicio del Director General de la DIAN o quien este delegue, se podrá conferir comisión hasta por el tiempo que dure el mandato, a los miembros de la junta directiva y subdirectivas de los sindicatos de empleados públicos de la DIAN.

Esta comisión no puede exceder de cinco (5) miembros principales. Previa solicitud de la organización sindical se podrá conferir al suplente el permiso sindical, por el término en que deba asumir el cargo por la ausencia del principal.

Esta comisión no genera reconocimiento de viáticos, ni gastos de viaje, y es incompatible con los permisos sindicales. Artículo 123 . Permiso sindical .

Única y exclusivamente, los cinco (5) miembros principales y los cinco (5) suplentes de la junta directiva y de las subdirectivas de los sindicatos de empleados públicos de la DIAN, tendrán derecho a que se les conceda permiso remunerado para ejercer la actividad sindical, siempre que se garantice el servicio público .

Artículo 144. Retiro de servidores amparados con fuero sindical. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los servidores con fuero sindical en los siguientes casos:

144.1 Cuando no supere el período de prueba. 144.2 Cuando los empleos deban ser provistos con las listas de elegibles y el servidor que los desempeñe no ocupe un lugar en la lista que le permita el nombramiento en estricto orden de mérito.

144.3 Cuando no supere el proceso de evaluación, en los términos establecidos en el presente decreto-ley. 144.4 Cuando exista destitución por sanción disciplinaria ejecutoriada.

144.5 Por inhabilidad sobreviniente. 144.6 Por edad de retiro forzoso. 144.7 Por haber obtenido la pensión de jubilación, vejez o invalidez.” III.

La demanda 8. Los accionantes plantearon los siguientes cargos contra las disposiciones parcial o totalmente cuestionadas. Cargo contra los artículos 29.1 y 30 (parciales) 9.

Demanda contra los artículos 29.1 y 30 del Decreto ley 71 de 2020 . Los demandantes consideran que la regulación de la prueba del polígrafo en el marco del concurso de acceso y ascenso en la carrera administrativa específica de la DIAN lesiona los artículos 1, 13, 25, 29, 40.7, 83, 125 y 209 de la Constitución, no solo porque la incluyó como una prueba eliminatoria sino porque es un instrumento lesivo de la dignidad e inadecuado para acreditar el mérito.

Cargo contra el artículo 29.2 (parcial) 10. Demanda contra el artículo 29.2 del Decreto ley 71 de 2020 . Los promotores de la acción sostienen que la atribución conferida al director de la DIAN para que defina a discreción a través de qué institución se realiza el curso de formación , la Escuela de Impuestos y Aduanas, de un lado, o una universidad o institución educativa superior acreditada por el Ministerio de Educación, del otro, desconoce la competencia de administración que el artículo 130 de la Constitución le confiere a la Comisión Nacional del Servicio Civil -en adelante CNSC- respecto de las carreras administrativas con régimen específico legal.

Cargo contra los artículos 97 y 123 (parciales) 11. Los demandantes estiman que los artículos 97 y 123 del Decreto ley 71 de 2020 desconocen las garantías asociadas al derecho de libertad sindical, en concreto de aquellas previstas en los artículos 39 de la Constitución; 1, 2, 3 y 4 del Convenio 87 de la OIT, y 8 del Protocolo de San Salvador, dado que el Legislador, de un lado, regula expresamente el número y categoría de miembros del sindicato que pueden ser destinatarios de estos beneficios y, del otro, fija requisitos de libre valoración por parte del Director de la DIAN, o quien haga sus veces, para su otorgamiento.

Cargo contra el artículo 144 12. En consideración de los promotores de la acción la regulación contenida en esta disposición quebranta la reserva de ley estatutaria, artículo 152 de la Constitución, dado que regula aspectos esenciales del derecho de sindicación previsto en el artículo 39 de la Constitución y, en particular, de la garantía del fuero sindical.

IV. Síntesis de las intervenciones 13. En el término de fijación en lista se recibieron las siguientes intervenciones: (i) de entidades estatales, en concreto de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN , [12] que se opone expresamente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda frente a los artículos 29.1 y 30, 97, 123 y 144;

[13] de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC , [14] que solicitó declarar la exequibilidad condicionada del artículo 29, numerales 1 y 2. En cuanto al numeral 1, en el entendido de que la prueba del polígrafo no puede tener carácter eliminatorio, y respecto del numeral 2, dado que el curso de formación hace parte del proceso de selección, en el entendido de que " en todos sus aspectos debe ser discutido y acordado con la CNSC en la fase de planeación de la convocatoria ". Por último, esta entidad indica que no realiza un pronunciamiento sobre los artículos 97, 123 y 144 del Decreto ley 71 de 2020, en razón a que su contenido normativo escapa a sus competencias constitucionales y legales; y, del Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP , [15] que pidió declarar la exequibilidad de todos los artículos cuestionados.

[16] 14. También se allegó la intervención (ii) de una institución educativa, por parte del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia , [17] que manifiesta que la competencia conferida al Director de la DIAN en el artículo 29.2 del Decreto ley 71 de 2020 es inconstitucional, por desconocer el artículo 130 de la Constitución, y que las demás disposiciones acusadas se ajustan al ordenamiento superior.

[18] 15. Además, se recibieron memoriales (iii) de ciudadanas y ciudadanos, por Olga Lucía Pulido Rayo, [19] Mario Germán Rojas, [20] Yesid Falla Cardoso, [21] Myriam Stella Díaz Corredor, [22] Clara Inés Araújo Millán, [23] María Lucía Fandiño Cubillos, [24] Mario Germán Rojas, [25] Josefina Escobar Briceño, [26] Pedro Nel Sánchez Acosta, [27] David Felipe Sánchez Villota, [28] y Luisa Fernanda Castañeda Cañas, [29] quienes apoyan la demanda y solicitan la integración normativa para que se efectúe una verdadera defensa de la Constitución dado que varias disposiciones del Decreto ley parcialmente demandado quebrantan los principios que regulan la carrera administrativa. Finalmente, participó (iv) el Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Hacienda Pública - SINTRADIAN , [30] que apoya las pretensiones de la demanda, sin pronunciarse explícitamente sobre los artículos 29.2 y 97 del Decreto ley 71 de 2020.

V. Concepto de la Procuradora General de la Nación 16. En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, la Procuradora General de la Nación [31] solicitó declarar (i) la exequibilidad de los artículos 29.2, 97 y 123 (parciales) y 144 del Decreto ley 71 de 2020 y (ii) la exequibilidad de las expresiones "polígrafo" y "Esta fase es de carácter eliminatorio" contenidas en el artículo 29.1, y de las expresiones "artículo 28 y en el numeral 29.1 del presente Decreto-ley" y "polígrafo" contenidas en el artículo 30, bajo el entendido de que: " (1) [l] a prueba de polígrafo no puede llegar a tener un valor que excluya por si sola a una persona del concurso de méritos; y (2) [l] a DIAN debe justificar las razones para la utilización de la prueba de polígrafo, así como señalar las condiciones para su aplicación en el acto de convocatoria del proceso de selección respectivo ." VI.

Consideraciones de la Corte Constitucional 1. Competencia de la Corte 17. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las disposiciones parcial o totalmente acusadas hacen parte de un decreto con fuerza de ley, en este caso, el Decreto ley 71 de 2020.

2. Presentación del caso y esquema de decisión 18. En atención a que la demanda presenta cuatro cargos de inconstitucionalidad, que afectan a una o a varias disposiciones cada uno (fundamentos jurídicos Nos. 9 a 12, supra), y que su estudio exige consideraciones particulares por la temática planteada, el examen de constitucionalidad de la Sala Plena se dividirá en cinco apartados. En el primero se efectuarán algunas consideraciones generales sobre el régimen de carrera administrativa y, con mayor precisión, el régimen de carrera específico de la DIAN, con el ánimo de presentar un panorama sobre el marco en el que se inscriben los reparos de inconstitucionalidad presentados por los demandantes. A continuación, los cuatro apartados restantes tendrán por objeto la decisión individual sobre igual número de cargos, así, cada apartado corresponderá a un cargo y se referirá a los siguientes aspectos: (i) una síntesis del reparo realizado en la demanda por los accionantes y los argumentos expuestos al respecto por los intervinientes, (ii) la formulación del problema jurídico, (iii) las precisiones normativas y jurisprudenciales necesarias para abordar el asunto, y finalmente (iv) la respuesta al problema jurídico planteado.

19. Antes de iniciar el plan propuesto, es necesario precisar dos asuntos. El primero tiene que ver con el hecho de que un grupo de ciudadanos y ciudadanas presentan, [32] aunque de manera separada, un escrito idéntico de intervención en el que respaldan la demanda, pero genéricamente y sin referencia concreta a los cargos expresamente formulados por los accionantes, y solicitan la protección de toda la Constitución, [33] para lo cual piden a la Corte realizar la integración de la unidad normativa de varias disposiciones que no fueron objeto de estudio a partir de la delimitación de competencia efectuada en la admisión de la demanda. La Corte encuentra que esta última solicitud es improcedente por dos razones. Primera, porque no explican de manera detallada la ocurrencia de los supuestos que hacen posible la aplicación de dicha figura, ciertamente excepcional a partir de lo dispuesto en el artículo 6, inciso 3, del Decreto 2067 de 1991.

[34] Segunda, porque confrontado el contenido de las disposiciones cuya integración se solicita, puede constatarse que ellas -si bien se refieren al régimen de la carrera administrativa de la DIAN- no se ocupan de materias relacionadas directa e inescindiblemente con las que en esta oportunidad ocupan la atención de la Corte, [35] por lo cual, sus pretensiones son independientes de las que marcaron el debate participativo de esta acción de inconstitucionalidad.

20. El segundo asunto tiene que ver con la aptitud de la demanda. Al respecto ninguno de los intervinientes puso en tela de juicio la satisfacción de los requisitos argumentativos a los que ha hecho referencia esta Corte como condiciones de aptitud de los cargos formulados, por lo cual, la Sala Plena no

considera necesario realizar un análisis diferente al que se dio en la etapa de admisión.

3. Primera parte: contextualización del contenido del Decreto ley 71 de 2020, parcialmente demandado 3.1. Del régimen de carrera administrativa [36] 21. En el marco de la regulación de la función pública , como parte del componente institucional diseñado por el Constituyente de 1991, el artículo 125 de la Constitución contiene algunos de los mandatos aplicables a la relación entre el Estado y los servidores públicos, con el objetivo de procurar la satisfacción de los fines establecidos en el Preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución, entre otros.

[37] En concreto, el artículo 125 establece (i) el régimen de carrera como regla general de vinculación con el Estado, [38] (ii) el concurso público como instrumento de clausura o cierre para acreditar el mérito cuando la Constitución o la ley no establezcan otro sistema de nombramiento, [39] (iii) la obligación de satisfacer las condiciones y requisitos previstos en la ley como indicativos del mérito y las calidades personales, para el ingreso y ascenso en el régimen de carrera, y la garantía de que el retiro del servicio se produce por calificación insatisfactoria, violación al régimen disciplinario y las demás causales constitucionales y legales, y (iv) la prohibición de que la filiación política influya en el nombramiento, ascenso o remoción de un empleado de carrera.

22. A partir de tales contenidos, es válido afirmar que el Constituyente de 1991 consideró como elemento fundamental del ejercicio de la función pública el principio del mérito y que previó a la carrera , sistema técnico de administración del componente humano, [40] como un mecanismo general de vinculación; en el marco del cual el concurso público se constituye en un instrumento adecuado para que, bajo parámetros objetivos, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor cualificadas integralmente. Además, fijó aspectos normativos precisos sobre las excepciones al régimen de carrera y los criterios relevantes para el ingreso, ascenso y desvinculación del servicio, y reservó otros al margen de configuración del Legislador, habilitación que debe leerse en concordancia con lo establecido en el artículo 150.23 de la Constitución [41] y, en todo caso, con aquellos límites sustantivos que derivan de la Carta Política.

23. Entre aquellos aspectos reservados a la configuración legislativa se destacan dos, con relevancia para el análisis de este asunto. De un lado, la estipulación de los requisitos y condiciones para determinar el mérito y las calidades de los aspirantes al acceso a cargos públicos de carrera, asunto que será abordado más adelante. Y, del otro, la posibilidad de que se establezcan regímenes diferenciales de carrera administrativa, premisa que se ha deducido de lo dispuesto en el mencionado artículo 125 de la Constitución, concordante con lo estipulado en los artículos 130 y 150.23 de la Carta.

24. En cuanto a este último aspecto, la Corte Constitucional ha considerado la existencia de varios tipos de regímenes de carrera. Uno de ellos, de carácter especial , que tiene su fundamento directamente en la Constitución y cobija varios supuestos, entre los que están las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, la Rama Judicial y los entes universitarios autónomos.

[42] Otro que tiene fuente legal, en ejercicio precisamente de las competencias normativas conferidas en los artículos constitucionales citados en el anterior fundamento, y que ha cobijado a entidades del Estado que, por sus especificidades, exigen consideraciones particulares de regulación, entre las que está la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. Por último, el régimen de carrera administrativa general que, derivado del artículo 125 de la Constitución, ha sido objeto de desarrollo normativo en varios estatutos, el último de ellos y actualmente vigente la Ley 909 de 2004.

[43] 25. En relación con los regímenes de carrera específicos que el Legislador puede prever, [44] se ha sostenido que (i) su justificación recae en la necesidad de permitir el adecuado ejercicio de la función pública, de naturaleza compleja, atendiendo a las tareas propias de cada entidad; (ii) su comprensión no es la de un sistema autónomo, sino derivado, que está integrado por disposiciones complementarias cuyo objeto es regular aquellos aspectos que, teniendo en cuenta el sistema general, no son compatibles con la especialidad y particularidad de las funciones de la entidad, por lo que entre el general y el sistema específico existe una relación de conexidad y dependencia; y (iii) su configuración flexible está atada a límites;

[45] los generales de la actuación legislativa, como “ los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia ”, [46] y los específicos relacionados con la justificación de los sistemas diferenciales de carrera, por lo cual a su configuración debe acompañarse de un principio de razón suficiente.

26. En conclusión, la Corte Constitucional ha destacado que al Legislador le está vedado, con ocasión de su margen de configuración, subvertir el orden delineado por el Constituyente sobre la aplicación del principio del mérito en el acceso a los cargos del Estado y la adopción de la carrera y el recurso al concurso público, por regla general, como sistema de administración de personal y medio para la provisión de cargos en el Estado, respectivamente.

3.2. Del régimen específico de carrera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y aspectos generales del Decreto ley 71 de 2020 [47] 27. Entre los regímenes específicos de carrera administrativa configurados por el Legislador está el de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, [48] según la determinación inicialmente prevista en el artículo 2 del Decreto 2117 de 1992.

[49] Dicha regulación fue sustituida por el Decreto ley 1072 de 1999, [50] el Decreto ley 765 de 2005 [51] y, finalmente, por el Decreto ley 71 de 2020, [52] vigente en la actualidad.

[53] Este último está compuesto por 150 artículos, agrupados en 11 capítulos, en los que se regula la carrera administrativa específica de los empleados públicos de la DIAN y asuntos relacionados con la administración y la gestión del talento humano.

[54] 28. El diseño previsto en los referidos decretos con fuerza de ley ha sido sometido a consideración de este Tribunal en varias oportunidades, en las que se ha destacado la razón que subyace al régimen específico de carrera de la DIAN. En la Sentencia C-725 de 2000 [55] se sostuvo que la creación

de este régimen tiene soporte en el artículo 150 de la Constitución y se justifica en la satisfacción de los principios previstos en el artículo 209 de la Carta.

[56] A su turno, estimó que eran inexequibles (i) la valoración del Comité del Servicio Fiscal como requisito para acceder a la carrera, después de superar el concurso público, con el objeto de " garantizar que el servicio público en la DIAN se preste en forma tal que no se ponga en peligro la seguridad fiscal del estado colombiano, ni el orden público económico social ", por lesionar los artículos 29 y 125 de la Constitución, [57] y (ii) el concepto previo del mismo Comité para el retiro del funcionario sobre el cual exista un informe reservado de inteligencia, que lo vincule con actos " que amenacen o vulneran la seguridad fiscal del Estado y el orden público económico nacional"

, [58] por desconocer las garantías del debido proceso y quebrantar el principio del mérito, en tanto la desvinculación surge como consecuencia de la aplicación de una causal que no permite el ejercicio del derecho de defensa.

[59] 29. En la misma sentencia, por su parte, se declararon conforme a la Constitución algunas reglas de prohibición para los funcionarios de la DIAN, como (i) dedicarse a actividades que puedan afectar la confianza del público o comprometer el buen nombre de la administración tributaria, aduanera y cambiaria , bajo la comprensión de que el nominador no está facultado para invadir " la esfera privada del servidor público ", pues la prohibición " sólo puede referirse a la actividad externa, pública y no a la propia intimidad personal del servidor" ; (ii) no usar en lugares públicos sustancias alucinógenas o prohibidas, que generen dependencia; (iii) ser acreedor o deudor de quien tenga interés en asuntos a su cargo; y (iv) incurrir en reiterado e injustificado incumplimiento de sus obligaciones civiles, laborales comerciales y de familia.

[60] La justificación de estas limitaciones se fundaron principalmente en los principios que guían la función pública, previstos en el artículo 209 de la Constitución.

30. Por último, se declararon ajustadas a la Carta las reglas que establecieron la estructura básica de la carrera específica de la DIAN, que crean líneas de carrera según las actividades propias de la entidad como recaudación, fiscalización, jurídica, comercio exterior, desarrollo corporativo y recursos físicos y financieros, [61] en razón a que, aunque de manera diferencial, materializaban los mandatos constitucionales con el objetivo de hacerlos efectivos a través de un ajuste a " las circunstancias particulares y concretas propias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales." 31. Posteriormente, mediante la Sentencia C-1262 de 2005 , [62] esta Corporación se pronunció sobre la constitucionalidad de varias disposiciones incluidas en el Decreto ley 765 de 2005.

[63] La Sala Plena asumió el conocimiento de dos problemas jurídicos, el primero relacionado con la configuración de concursos de ascenso en la entidad [64] y el segundo sobre la reserva de ley de asuntos sustanciales de la carrera administrativa. En concreto, sobre este último, [65] la Corte indicó que existe reserva de ley explícita sobre la determinación de las condiciones y requisitos que se deben cumplir para el ingreso y ascenso en carrera administrativa, según lo previsto en el artículo 125 de la Constitución, por lo cual es inconstitucional que se remita a un decreto reglamentario la regulación sobre el sistema de acreditación de competencias laborales para acceder a comisiones, traslados y encargos.

[66] Y, además, desconoce las competencias de administración de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC establecer que los concursos públicos, en este caso de ascenso, se realizarán de acuerdo al reglamento que profiera el Presidente de la República.

[67] 32. En la Sentencia C-285 de 2015 [68] la Corte declaró inexequibles total o parcialmente varias disposiciones del Decreto ley 765 de 2005 ya mencionado, en tanto creaban la Comisión del Sistema Específico de Carrera de la DIAN y le atribuían funciones de administración y vigilancia, que son propias de la Comisión Nacional del Servicio Civil de manera exclusiva y excluyente por disposición directa de la Constitución. En el mismo sentido se pronunció esta Corporación en relación con otras normas que asignaban funciones de administración al Director General de la entidad , por las mismas razones antes expuestas.

[69] 33. Finalmente, este Tribunal se ha pronunciado en una oportunidad sobre la sujeción del Decreto ley 71 de 2020 al ordenamiento superior, en la Sentencia C-033 de 2021 , [70] al resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 144 parcial [71] por la presunta lesión de la garantía del fuero sindical regulada en el artículo 39 de la Constitución.

[72] La Corporación condicionó la constitucionalidad de algunos de los supuestos en los cuales un empleado aforado puede ser retirado sin promover el pronunciamiento judicial de levantamiento del fuero, precisando que en aquellos casos en los que no está de por medio la sospecha de una desvinculación motivada por la pertenencia y actividad en una organización sindical, como sería la destitución proferida por un fallo disciplinario emitido por la Procuraduría General de la Nación, es razonable no activar dicha garantía constitucional. En su análisis la especificidad de la carrera de la DIAN no determinó el sentido de la decisión, incluso en uno de los supuestos demandados la Corte estimó que se configuraba la institución de la cosa juzgada constitucional frente a una decisión que había estudiado la misma causal aquí prevista, pero en el régimen de carrera administrativa general.

[73] 34. De los anteriores pronunciamientos se pueden extraer algunas conclusiones. (i) La existencia de una carrera específica en la DIAN por decisión del Legislador se ha justificado en las particularidades de la labor técnica y especializada que está a su cargo. Esta situación, por supuesto, no ha sido óbice para que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones que la configuran presuponga el imperativo de satisfacer los principios de la carrera en el marco de esas particularidades. Por lo cual, (ii) aunque algunas prohibiciones especiales a sus empleados son válidas, como se afirmó en la Sentencia C-725 de 2000, los mecanismos de valoración de actos que presuntamente cuestionan la idoneidad ética de sus funcionarios no pueden

desconocer el debido proceso y el principio del mérito, como se sostuvo en la misma sentencia respecto de la actuación del Comité del Servicio Fiscal. Aunado a lo anterior, la existencia de un régimen específico en la DIAN (iii) no puede desconocer que la Comisión Nacional del Servicio Civil ostenta, por virtud del artículo 130 de la Constitución, la competencia de administración sobre la carrera; y (iv) no ha sido determinante en el estudio de situaciones que no merecen un trato diferencial respecto de otros empleados públicos, como la regulación atinente al fuero sindical.

35. Con los presupuestos mencionados, a continuación se analizarán los cargos planteados por los accionantes. En general, ellos se dirigen a cuestionar (i) la configuración del concurso de méritos para el acceso y ascenso en la carrera, en concreto (i.1) por la inclusión de la prueba del polígrafo y, además, su carácter eliminatorio en el marco de la primera fase (Arts.

29 y 30 parciales), y (i.2) las atribuciones conferidas al Director de la DIAN para determinar a través de quién se adelanta el curso de formación que se lleva a cabo en la segunda fase (Art. 29 parcial). Adicionalmente, los demandantes cuestionan (ii) la configuración de las comisiones y permisos sindicales de los que son destinatarias las organizaciones de empleados de la DIAN (Arts. 97 y 123) y la validez de incluir en esta regulación asuntos relacionados con el fuero sindical (Art. 144).

4. Segunda parte: análisis de constitucionalidad de los artículos 29.1 y 30 (parciales) - Fase I del concurso de méritos 4.1. Antecedentes 4.1.1. La demanda [74] 36. Los accionantes destacan que el polígrafo se reguló como una prueba de carácter eliminatorio, lo que la hace inconstitucional por desconocer los artículos 1, 13, 25, 29, 40.7, 83, 125 y 209 de la Constitución;

[75] dado que, afirman, la Corte Constitucional ha considerado que no hay etapas del concurso de méritos que no cuenten y deban ser avaluadas en el resultado final. Los accionantes citan, entre otras, [76] la Sentencia C-372 de 1999, [77] según la cual las entrevistas no pueden tener carácter eliminatorio. Al respecto destacan lo siguiente:

“Podemos concluir del recorrido jurisprudencial y de las normas constitucionales invocadas por la Corte Constitucional que para la Corte una prueba, por ejemplo el curso como el previsto en la carrera de la Dian o la entrevista o el polígrafo no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, es decir, que los resultados de su realización, nunca puede significar la exclusión de un concursante. Que no existen pruebas o etapas eliminatorias y que las demás pruebas o instrumentos de selección no pueden ser desconocidos de modo que se distorsione o desconozca la relevancia de las demás pruebas.” 37. En opinión de los demandantes, la división en dos fases -eliminatoria y clasificatoria- lesiona el artículo 125 de la Constitución que exige que el proceso sea unitario, así como la igualdad y el acceso a cargos públicos, pues frustra la posibilidad de terminar el proceso y, en una suma de todas las capacidades, pueda seleccionarse el mejor.

38. Además de lo anterior, precisaron que la prueba del polígrafo no es apta para la acreditación del mérito, “ lo único que prueba, si es que algo prueba, es el estado de ánimo de la persona sometida al polígrafo en el momento en que se está ejecutando la prueba; pero nunca prueba los hechos sobre los cuales se interroga” , motivo por el cual, aducen, ha sido rechazada tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Suprema de Justicia.

[78] 39. Precisaron que la prueba del polígrafo desconoce el derecho a la dignidad humana (Art. 1 de la CP) y el principio de buena fe (Art. 83 de la CP), dado que los aspirantes y los trabajadores de la DIAN son instrumentalizados en aras de una presunta verdad. Afirman que en materia judicial esta prueba se ha descalificado, y que conserva validez cuando es consentida, por lo cual, no pueden deducirse consecuencias como las previstas en esta regulación en la que se incluyó en la etapa eliminatoria, “el uso del polígrafo representa una amenaza enorme para la libertad y dignidad de las personas, pues, las cosifica y convierte en instrumento subjetivo y desconoce el derecho fundamental del artículo 29 de la constitución al debido proceso y publicidad, porque no permite técnicamente su contradicción o tacha.

Este criterio jurisprudencial ha sido el que han adoptado tribunales extranjeros, como por ejemplo el Tribunal Constitucional Alemán, cuya jurisprudencia señala, que el polígrafo conculca el derecho de personalidad del afectado (…) así como el de la libertad. Igual ocurre en España, Brasil, Francia e Italia.” Posición similar, advirtieron, ha sido expuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En conclusión, afirmaron que:

“En relación con el derecho a la dignidad humana es claro (…) que la prueba del polígrafo viola de manera flagrante la dignidad humana en sus tres dimensiones como principio constitucional, como valor constitucional y como derecho fundamental; cosifica a los trabajadores (…) los convierte en objeto para lograr “la verdad”; anula su calidad de seres humanos ya que los utiliza como medios para lograr un fin;

destruye lo más preciado que tiene el ser humano que es su libertad y autonomía. Destroza también su igualdad moral, y los humilla. Viola también de manera flagrante el principio de buena fe (…) y en vez de presumirla hace todo lo contrario (…).” 4.1.2. Intervenciones a favor de la exequibilidad 40. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sostiene, a partir de los mandatos derivados del artículo 125 de la Constitución, que la provisión del empleo público por el concurso de méritos garantiza no solo que las personas con mayores capacidades y competencias accedan al servicio público, sino la vigencia de las garantías previstas en el artículo 53 de la Constitución. En este marco, destaca que los concursos se tramitan a través de fases, [79] tal como lo prevé el artículo 29 del Decreto ley 71 de 2020. En atención a lo anterior, en la fase de pruebas la norma acusada contempla dos etapas, la primera, objeto de análisis, dirigida a evaluar las competencias básicas a través de instrumentos como la integralidad, el polígrafo y la determinación de competencias comportamentales, y es de carácter eliminatorio. En su concepto, a diferencia de lo sostenido en la demanda, la prueba del polígrafo no es de carácter eliminatorio, sino que hace parte de una fase que sí lo es.

[80] 41. Advierte que no existe ningún precepto normativo que prohíba la aplicación de esta prueba a los candidatos a ocupar cargos públicos, siempre que:

“(i) se aplique de conformidad con la reglamentación interna que en cada entidad expida. (ii) [E]n respeto a la dignidad personal del trabajador, y (iii) cumpliendo los requisitos técnicos de la misma.” Afirma para respaldar su posición, que el Consejo de Estado [81] ha admitido la prueba del polígrafo en los procesos de selección de la carrera administrativa, siempre que se establezcan protocolos estrictos y respetuosos de la dignidad humana.

42. El Departamento Administrativo de la Función Pública considera que el polígrafo es una prueba psicofisiológica que se realiza a través de un instrumento tecnológico, “ que permite determinar rasgos de confiabilidad -y una medición objetiva y estandarizada de una muestra de comportamientos- que se utiliza para evaluar el conocimiento, las capacidades, habilidades y otras características de un individuo en relación con otros.” A partir de lo anterior y de la cita extensa de las consideraciones de la sentencia del 25 de abril de 2019 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, [82] concluye que el polígrafo es válido como prueba, previa implementación de protocolos estrictos y condicionamientos, así como del libre consentimiento del interesado para su práctica. Por último, advierte que el artículo 29.1 no le concede al polígrafo el carácter de prueba eliminatoria, sino a la fase I, por lo cual, la regulación de la prueba mencionada es constitucional.

43. El Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia afirma que los procedimientos de selección tienen por objeto constitucional la vinculación de los ciudadanos con las mayores competencias, en condiciones de igualdad y con plena garantía de la aplicación de criterios no arbitrarios, “ que garanticen la eficacia de la administración y permitan la participación equitativa de los administrados en la función pública.

” En el marco de las fases que deben adelantarse en cualquier concurso, [83] destaca que la jurisprudencia del Consejo de Estado [84] ha indicado la relevancia de analizar integralmente las calidades del evaluado, lo cual incluye pruebas relacionadas con los conocimientos, la aptitud física, preparación, competencia, idoneidad moral, entre otras.

[85] 44. Advierte también que la prueba del polígrafo, dada la instrumentalización del sujeto sometido a su práctica y, por lo tanto, la afectación a su dignidad humana, ha sido excluida de actuaciones sancionatorias de orden penal y disciplinario, [86] pero que en otros escenarios, lejanos de esas implicaciones como los procedimientos administrativos, el Consejo de Estado ha aceptado su procedencia, siempre y cuando no se incurra en actuaciones arbitrarias, tal como se afirmó en el caso de “procedimientos de selección de personal regulados legislativamente .” Señala que, en esta última dirección, se encuentra también la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en la Sentencia T-227 de 2019 [87] no vio inconveniente a la existencia de esta prueba con carácter eliminatorio, dado que su práctica no es por sí misma contraria al ordenamiento superior, lo relevante es la forma en la que se aplica y la motivación de su valoración. Al respecto concluyó:

“En consecuencia, se considera que resulta aplicable el precedente constitucional, según el cual es válido a la luz de la carta política el utilizar distintos métodos de evaluación de las aptitudes y capacidades del aspirante como la entrevista, “siempre que se les dé una importancia razonable dentro del conjunto de factores a tener a consideración dentro del proceso de selección.” 4.1.3. Intervenciones a favor de la exequibilidad condicionada 45.

Para el Ministerio Público , de conformidad con lo establecido en el artículo 125 y siguientes de la Constitución, los concursos de méritos tienen por objeto evitar la arbitrariedad en el acceso al empleo público, por lo cual, las pruebas deben permitir la satisfacción de dicho propósito. Aunque la Corte Constitucional, continúa, ha permitido la realización de pruebas de carácter subjetivo, como entrevistas, ha indicado que no pueden tener un mayor valor que aquellas objetivas, sino que “ tendrán el carácter de factor secundario y accesorio ”. En este escenario, pese a que el polígrafo se ha venido utilizando cada vez con mayor frecuencia como prueba de confianza, su práctica puede resultar problemática porque interviene en la esfera individual del aspirante y porque sus resultados son de orden subjetivo, por lo que el mérito no se optimiza.

46. La Procuraduría General de la Nación destaca que el Consejo de Estado ha establecido una serie de condiciones para la práctica de la prueba del polígrafo [88] y que la regulación ahora analizada la avala cuando se considere pertinente en razón del perfil y el nivel del cargo, como parte de la valoración de competencias básicas en la fase inicial que es de orden eliminatorio. A partir de lo anterior, afirma que la generalidad y ausencia de criterios de aplicación en los artículos demandados “ puede derivar en: (i) otorgarle a una prueba de carácter subjetivo, como el polígrafo, un valor preponderante que tenga la entidad de eliminar a un concursante del proceso de selección; o, incluso, (ii) una indebida intervención en la esfera privada del aspirante.

” 47. Por lo anterior, solicita que las expresiones “ polígrafo ” y “ Esta fase es de carácter eliminatorio ” contenidas en el artículo 29.1, y las expresiones “ artículo 28 y en el numeral 29.1 del presente Decreto-ley ” y “ polígrafo ” contenidas en el artículo 30, se condicionen bajo el entendido de que:

“(1) [l]a prueba de polígrafo no puede llegar a tener un valor que excluya por si sola a una persona del concurso de méritos; y (2) [l]a DIAN debe justificar las razones para la utilización de la prueba de polígrafo, así como señalar las condiciones para su aplicación en el acto de convocatoria del proceso de selección respectivo .” 48. La Comisión Nacional del Servicio Civil solicitó declarar la exequibilidad condicionada del artículo 29, numeral 1, en el entendido de que la prueba del polígrafo no puede tener carácter eliminatorio.

Sostiene que las pruebas que tienen por objeto evaluar el componente psicológico del aspirante arrojan algunos datos sobre las características comportamentales “ necesarias ” para el ejercicio del cargo, “ las cuales incorporan elementos subjetivos (…) que no son un producto acabado ”, por lo cual “ excepcionalmente debe [n] conducir a la exclusión de un aspirante.” Además de lo anterior, precisa que los atributos de la personalidad son expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo cual “ cualquier medición de los mismos que conlleve a determinar que éstos no son

los que mejor sirven al logro del objeto misional de una entidad, deben ser razonablemente sustentados para no incurrir en una discriminación o vulneración del derecho de toda persona a desarrollar libremente su personalidad.

” 49. Agrega que el resultado de estas pruebas puede falsearse por los aspirantes, atendiendo a lo que es deseable socialmente, con miras a obtener un provecho, lo que no sucede “ con pruebas escritas de competencias funcionales que requieren demostrar la capacidad de aplicación de conocimientos, competencias en un determinado contexto laboral y aptitudes y habilidades .” A continuación, la Comisión indica que el artículo 47 de la Ley 1090 de 2006, que reglamenta el ejercicio de la profesión de psicología, advierte el cuidado que debe tenerse con el diagnóstico, citando un concepto del Colegio de Psicólogos COLPSIC según el cual los resultados que arroja el polígrafo no son confiables por sí mismos, por lo cual era necesario “ no perder de vista que su uso sólo reporta un tipo de información que no es determinante para la toma decisiones: por tanto, no debe reemplazar las pruebas psicológicas .” [89] (Destacado de la Comisión Nacional del Servicio Civil.) 50. A partir de lo anterior, la Comisión indica que desde el punto de vista técnico el polígrafo es abiertamente cuestionado y que desde el punto de vista jurídico la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado [90] concluyó que el empleo del mismo, como prueba autónoma o como instrumento auxiliar de una prueba no debe tener carácter eliminatorio. Por lo anterior, solicita que se declare la exequibilidad de la disposición analizada condicionándola en este último sentido.

[91] 4.1.4. Intervención a favor de la inexequibilidad 51. Para el Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Hacienda Pública – SINTRADIAN Hacienda Pública la inclusión de la prueba del polígrafo en procesos de selección de cargos de carrera administrativa del orden misional viola el principio de confianza legítima, en razón a que aquello que se había permitido en la DIAN, a través de la Resolución 00143 de 2014, era su consideración para adelantar la vinculación en cargos de libre nombramiento y remoción, con impacto eliminatorio. Al respecto precisó:

“La vulneración al principio se deriva del cambio intempestivo que constituye la extensión de la práctica de la prueba de polígrafo a la carrera administrativa, que con anterioridad no había sido considerada como necesaria en virtud de las condiciones del cargo.

Siguiendo un ideal ético que es jurídicamente exigible, la extensión del uso de la prueba altera la estabilidad que los administrados esperan de los entes estatales. Por lo tanto, el juez constitucional está llamado a exigir el respeto y protección del orden jurídico y la seguridad al impedir tal extensión.” 4.2.

Problema jurídico 52. A partir de los argumentos expuestos por los demandantes y con el objeto de delimitar el alcance del problema jurídico a ser abordado por la Sala Plena, es necesario efectuar dos precisiones preliminares. (i) En los escritos de demanda y corrección presentados por el ciudadano Luis Ramiro Torres Luquerna y otros, se cuestionó de manera amplia y general la configuración del concurso de méritos prevista en el Decreto ley 71 de 2020 porque, en su consideración, ninguna prueba ni etapa puede tener un carácter eliminatorio. El cargo admitido, sin embargo, recayó exclusivamente sobre el polígrafo y su consideración como prueba eliminatoria, por lo cual, el análisis que corresponde en esta oportunidad está restringido a esta materia.

[92] 53. Aunado a lo anterior, (ii) se advierte que en el escrito de demanda los promotores de la acción invocaron respecto a este cargo específico, dirigido contra los artículos 29.1 y 30 del Decreto 71 de 2020, la lesión de una serie de disposiciones constitucionales, [93] construyendo su reparo a partir de dos pilares fundamentales, de un lado, que el polígrafo interviene intensamente en la esfera más íntima y privada de la persona humana, por lo que quebranta la dignidad y el principio de buena fe, dado que se requeriría una presunta “técnica” para comprobar que lo que afirma es verdad; y del otro, que el polígrafo, como prueba y dadas sus características técnicas, no tiene la potencialidad de acreditar el mérito y, además de ser inconstitucional por tal motivo, tampoco puede tener un estatus eliminatorio por desconocer este mismo principio.

54. En el marco de este segundo pilar, entre las disposiciones constitucionales que hacen parte del parámetro de control está el artículo 13 de la Constitución; sin embargo, a este cuestionamiento no subyació el característico juicio de igualdad frente a grupos comparables, al cual se vincula la necesidad de satisfacer cargas especiales para considerar la aptitud del reparo, [94] sino que presupuso, en un escenario particular, la aseveración de que la prueba del polígrafo desconoce el principio del mérito (Art. 125 de la CP) y, en esta medida, aquellas garantías sustanciales que a dicho mandato se adscriben, como la igualdad (Art. 13 de la CP) , el trabajo y acceso a cargos públicos (Arts. 25 y 40.7 de la CP) y la prevalencia de los principios que guían la función pública (Art. 209 de la CP). Al amparo del principio del mérito y del principio de publicidad previsto en el artículo 209 de la Constitución, finalmente, los demandantes advierten los inconvenientes de la contradicción del polígrafo en el marco del concurso, por lo cual, también incluyen la presunta violación del artículo 29 superior.

55. Bajo esta lectura de las líneas principales del cargo, el parámetro de control involucrado en la resolución del problema jurídico incluirá la integridad de disposiciones invocadas, pues todas ellas, en efecto, están estrechamente vinculadas con en el cuestionamiento que se realiza sobre la prueba del polígrafo en el marco del concurso de méritos regulado para la carrera específica de la DIAN.

56. En atención a la línea argumentativa expuesta, en consecuencia, corresponde a la Corte Constitucional determinar si ¿la inclusión de la prueba del polígrafo en la Fase I de los procesos de selección de ingreso y ascenso para el nivel profesional y otros niveles de los empleos del orden misional de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, es contraria al Constitución por haberse considerado de carácter eliminatorio, no ser adecuada para acreditar el mérito y lesionar los mandatos constitucionales que a él se vinculan (Arts. 13, 25, 29, 40.7, 125 y 209 de la CP) y, además, constituir un instrumento lesivo de la dignidad y el principio de buena fe (Arts. 1 y 86 de la CP)? 4.3. Marco normativo y jurisprudencial pertinente para el estudio del cargo 57. En este acápite la Sala Plena se referirá a (i) la jurisprudencia de la Corporación sobre el objeto de las pruebas que se practican en los

concursos públicos de méritos, en particular de la entrevista. La referencia precisa a esta última obedece a que la prueba poligráfica involucra un interrogatorio que se realiza al concursante y, por lo tanto, una y otra guardan similitudes relevantes; (ii) el uso del polígrafo para el acceso al empleo público; y, finalmente, procederá a (iii) la resolución concreta del problema jurídico.

4.3.1. De la acreditación del mérito para el acceso al empleo público - aspectos relevantes 58. Esta Corporación ha considerado de manera reiterada y consistente el carácter instrumental que ostenta la carrera administrativa como expresión del mérito, regla general del acceso a cargos públicos y sistema técnico de administración del talento humano, para (i) la consecución de finalidades institucionales y, además, para (ii) la garantía de derechos fundamentales.

59. En cuanto a lo primero, la pretensión de que al Estado se vinculen, a partir de la prevalencia del mérito, aquellos miembros de la sociedad poseedores de altas competencias, relacionadas con aspectos objetivos -como el conocimiento y la experiencia- y subjetivos [95] -como la calidad personal y la idoneidad ética-, se vincula necesariamente a la idea de que el Estado tiene una misión constitucional superior, referida al compromiso por la garantía de la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la prosperidad general y la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. En este sentido, la carrera contribuye a que el Estado sea eficaz, eficiente y ejerza sus quehaceres en atención a pautas de moralidad, imparcialidad y transparencia.

[96] 60. La eficacia ha sido entendida como expresión de una cualidad de la acción administrativa en beneficio de la satisfacción de los cometidos, de diversa índole, que justifican la existencia misma del Estado; y, la eficiencia , comprendida como la maximización del cumplimiento de los objetivos estatales a través de las medidas adecuadas.

[97] En cuanto a la moralidad, imparcialidad y transparencia también es evidente su vínculo con la carrera administrativa, en razón a que el mérito como sustento de la vinculación de personas al Estado constituye un criterio que, además de tener la potencialidad de ser valorado con objetividad, determina que quienes están mejor cualificados accedan al empleo público, alejando de la selección factores discriminatorios u odiosos que por supuesto no repercuten en la satisfacción adecuada de los cometidos estatales.

61. Además de lo anterior, se ha destacado que la carrera incide de manera definitiva en derechos fundamentales tales como la participación en el ejercicio del poder político, a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicas, artículo 40.7 de la CP;

[98] la protección de las posiciones fundamentales de las que son titulares los trabajadores, como la estabilidad, la capacitación profesional, entre otras. Finalmente, y de manera especial, también se ha llamado la atención sobre la vinculación de la carrera con el derecho a la igualdad, en el trato y en las oportunidades.

62. Como elemento inescindible a dichas pretensiones, el concurso de méritos y, en general, cualquier mecanismo utilizado para el acceso y ascenso dentro de la carrera, debe permitir “ comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos ”, [99] requisitos y condiciones que, de conformidad con lo previsto en el artículo 125 de la Constitución, deben ser establecidas por el Legislador.

[100] Aunado a lo anterior, se ha afirmado por la jurisprudencia de este Tribunal que, acorde con las funciones del cargo y las necesidades del servicio, para la acreditación del mérito no sólo es válido valorar la capacidad profesional o técnica de la persona que aspira, a través de factores objetivos como, por ejemplo, los exámenes de conocimientos, el cumplimiento de requisitos académicos, la acreditación de años de experiencia o la ausencia de antecedentes penales, fiscales y disciplinarios; también cabe verificar las calidades personales y la idoneidad moral del candidato, esto es, de factores subjetivos, tales como su comportamiento social y su capacidad para relacionarse.

63. En este contexto, tanto las normas generales de carrera administrativa [101] como aquellas especiales, diseñadas incluso por el Legislador extraordinario en el caso de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN, prevén las siguientes etapas del proceso de selección para el ingreso y ascenso: (i) la convocatoria, (ii) el reclutamiento, (iii) la aplicación y evaluación de las pruebas de selección, (iv) la conformación de la lista de elegibles y (v) la vinculación a la carrera. En concreto, frente a la etapa de pruebas el artículo 28.3 del Decreto ley 71 de 2020 estableció:

“28.3 Aplicación y evaluación de las pruebas de selección. Los aspirantes al ingreso o ascenso a los empleos públicos de la DIAN, que fueren admitidos por reunir los requisitos exigidos en la convocatoria, deberán presentar las pruebas o instrumentos de selección correspondientes, las cuales tienen como finalidad apreciar las competencias, aptitudes, habilidades y potencialidades del aspirante. A los aspirantes inscritos se les podrá aplicar primero la prueba o pruebas eliminatorias y luego hacer la verificación de requisitos a quienes la(s) superen. Las pruebas o instrumentos de selección, así como la evaluación y calificación de las mismas, se regirán por las siguientes reglas:

a) Se diseñarán para identificar y validar las competencias de los aspirantes, de acuerdo con lo requerido en los niveles jerárquicos de los empleos y las calidades laborales requeridas para desempeñar con eficiencia el empleo a cuyo ingreso o ascenso se aspira.

b) Tendrá el derecho a integrar la lista de elegibles y a ser nombrado en la vacante convocada quien obtenga un puntaje total aprobatorio que, en ningún caso, sea inferior al setenta por ciento (70%) del máximo posible en el concurso, y quien haya aprobado los exámenes médicos y de aptitudes psicofísicas. Sin perjuicio de lo anterior, la convocatoria podrá establecer un puntaje total aprobatorio superior.

c) La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, que correspondan a criterios de objetividad e imparcialidad y con observancia del principio constitucional de transparencia en el ejercicio de la función administrativa.” 64. De la anterior configuración se extrae que

para el acceso y ascenso de personas en la carrera administrativa en la DIAN, las pruebas tienen el objeto de apreciar las competencias, aptitudes, habilidades y potencialidades que los y las aspirantes. Para ello, se tendrán en cuenta los diferentes niveles de empleos con el ánimo de establecer criterios que permitan particularizar los requerimientos en cada uno de ellos. Y, por último, con relevancia para este asunto, se establece que la valoración de los factores de evaluación, para garantizar la objetividad e imparcialidad , se realizará a través de medios técnicos.

65. En el marco de los procesos de selección de personal en general, una de las herramientas que ha permitido la jurisprudencia de esta Corporación como válida, pero con algunas restricciones, es la prueba de la entrevista. En este sentido, en la Sentencia C-372 de 1999 , [102] se analizó una demanda contra varios artículos de la Ley 443 de 1998, entre ellos el 21, que precisamente se refería a las pruebas y concedía a la entrevista un valor máximo del 15% dentro de la calificación definitiva, exigiendo además un calificador plural.

[103] 66. La Corte consideró que el inciso demandado era exequible de manera condicionada en el entendido de que los entrevistadores no pueden tener una competencia arbitraria y subjetiva para calificar a las personas. Señaló que, si bien la entrevista es un instrumento valioso para conocer directamente a los aspirantes sobre sus calidades personales, profesionales, de preparación y aptitud , ésta no puede convertirse en una atribución subjetiva y arbitraria carente de control, " pues su cometido no implica la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según la simpatía o animadversión personal que merezcan a la vista de quien los examina ".

67. Por lo anterior, precisó que la Comisión Nacional del Servicio Civil debía establecer previamente a la práctica de los procesos de selección de personal instrumentos idóneos de verificación y control sobre: (i) el papel de los entrevistadores; (ii) guías o directrices sobre la forma y el tipo de preguntas admisibles para evitar que puedan vulnerar el derecho a la intimidad; (iii) reglas claras y precisas con criterios objetivos que rijan la práctica de estas pruebas; (iv) mecanismos de impugnación de las entrevistas arbitrarias o subjetivas; (v) informe escrito y motivado de entrevistadores sobre calificación del entrevistado; y (vi) posibilidad de recusación de los entrevistadores por razones válidas y objetivas que cuestionen su imparcialidad.

68. En sede de constitucionalidad, posteriormente en la Sentencia C-478 de 2005 , [104] se conoció una demanda contra l os artículos 203 (parcial) y 204 [105] del Decreto 262 de 2000, [106] por considerar que la regulación de la entrevista prevista en estas normas no respeta los criterios de transparencia, imparcialidad y objetividad que deben caracterizar los concursos, vulnerando con ello los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al acceso a desempeñar cargos públicos.

69. Para la Corte, luego de reiterar los principios planeados en la Sentencia C-372 de 1999, la garantía de la transparencia e imparcialidad, así como la protección de los derechos involucrados, exigen que la práctica de esta prueba garantice los siguientes criterios: (i) la asignación de un valor que respete la relevancia de los demás factores de evaluación, "[l] a entrevista no puede tener un valor tal que distorsione la relevancia de los demás factores de evaluación, pues de lo contrario la transparencia del proceso mismo quedaría en entredicho. Si bien en algunas ocasiones constituye un indicativo útil frente a las necesidades del servicio, también existen otros criterios no menos importantes que son determinantes al momento de la selección" ; (ii) la existencia de criterios técnicos preestablecidos sobre las directrices y tipos de preguntas que se permiten formular; (iii) la publicidad previa de los parámetros de evaluación;

(iv) una relación de conexidad entre criterios técnicos y las necesidades del servicio y el perfil del cargo; (v) la prohibición de preguntas personales que puedan afectar derechos fundamentales, como la intimidad o de preguntas irrelevantes ajenas al cargo; (vi) la existencia de mecanismos de control previos o posteriores como recusación o impugnación para cuestionar razonadamente posibles arbitrariedades en la calificación, y (vii) la motivación de resultados de la evaluación y por escrito. Bajo las anteriores precisiones, este Tribunal afirmó que las normas impugnadas eran constitucionales pues se regulaba el puntaje de la entrevista de manera razonable y su carácter no era eliminatorio. Sobre este último aspecto, se afirmó:

"… la norma prevé la posibilidad de que dentro del concurso de méritos para acceder a un cargo en la Procuraduría General de la Nación, se tenga la posibilidad de conocer si las condiciones de quien pretende acceder a dicha entidad, corresponden con la naturaleza del empleo que se va a proveer, sin que esto signifique que la decisión será subjetiva, pues precisamente en aras de garantizar la objetividad de la misma, ésta corresponde tan solo a una de las etapas del concurso, que no tiene carácter eliminatorio y se realiza, después de la prueba escrita pues su finalidad es conocer bajo criterios preestablecidos la personalidad del aspirante." 70. Más recientemente, en la Sentencia C-105 de 2013, [107] esta Corporación analizó la constitucionalidad del artículo 35 (parcial) de la Ley 1551 de 2012, que reconocía la competencia a la Procuraduría General de la Nación para adelantar concursos públicos de méritos previa a la elección por los concejos municipales de los personeros. En esta decisión la Corte sintetizó las reglas previstas para estos procedimientos, destacando sobre el alcance de la entrevista su carácter accesorio y secundario en la selección:

"De igual modo, tanto los exámenes de oposición como la valoración del mérito deben tener por objeto directo la identificación de los candidatos que se ajustan al perfil específico del personero. Esto significa, por un lado, que los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional deben tener una relación directa y estrecha con las actividades y funciones a ser desplegadas por los servidores públicos y, por otro, que la fase de oposición debe responder a criterios objetivos que permitan determinar con un alto nivel de certeza las habilidades y destrezas de los participantes.

Por lo demás, la oposición y el mérito deben tener el mayor peso relativo dentro del concurso, de modo que la valoración subjetiva a través de mecanismos como las entrevistas, constituya tan solo un factor accesorio y secundario de la selección ." (Negrilla fuera de texto).

71. En sede de tutela, la Sentencia T-384 de 2005 [108] se refirió a un proceso de selección adelantado por la Rama Judicial, en el que se discutía qué tipo de pruebas podían tener carácter eliminatorio. Según la Corte, la discusión del accionante se evidenciaba en el marco legal regulatorio en este caso

específico, destacando que nada se oponía a que no solo el examen de conocimientos, sino la sumatoria de la experiencia adicional, la docencia, la capacitación adicional, las publicaciones y la misma entrevista pudieran tener un alcance eliminatorio. Precisó la Corporación que: “ Cuando la ley señala que el curso-concurso se realizará con efecto eliminatorio, quiere decir que quienes no aprueban los contenidos del curso serán eliminados del concurso, pero no implica que el único efecto eliminatorio es el del curso-concurso y que, por consiguiente, los aspirantes admitidos al concurso no puedan ser eliminados con anterioridad, con base en la consideración de factores distintos al del curso-concurso.

” Posteriormente, en la Sentencia T-425 de 2019 , [109] la Corte analizó un caso en el que un trabajador fue eliminado de un concurso de méritos porque no pasó la prueba de entrevista con uso del polígrafo, en dicha oportunidad no cuestionó su carácter eliminatorio, sino que se enfocó en determinar si la eliminación había estado precedida de garantías del debido proceso.

72. Ahora bien, respecto al carácter eliminatorio de las pruebas en el marco de los concursos de méritos, esta Corporación en la Sentencia C-1122 de 2005 , [110] que analizó la constitucionalidad del artículo 23.2 del Decreto 775 de 2005, [111] concluyó que, con independencia de la existencia de pruebas eliminatorias a lo largo del proceso de selección -como ocurre con la prueba de conocimientos-, su carácter no puede ser exclusivamente el mencionado, dado que la posición final en la lista de elegibles debe corresponder a la sumatoria de todas las pruebas desarrolladas en el mismo, en razón a que en su integridad tienen por objeto la acreditación del mérito y la garantía del principio de igualdad. En este sentido, precisó:

“Así las cosas, la Corte estima que no todas las pruebas que conforma el proceso de selección para ingresar a la carrera administrativa pueden tener un carácter exclusivamente eliminatorio. De manera particular, la prueba de conocimientos generales o específicos, en la cual el concursante demuestra lo que sabe y que puede ser útil para el desempeño del cargo, arroja unos resultados que no sólo deben ser tenidos en cuenta para eliminar a los que no alcanzan a obtener un puntaje mínimo, sino que per se conduce a una clasificación de los concursantes según las calificaciones obtenidas, las cuales revelan el mayor o menor grado de conocimientos que cada uno de ellos posee respecto de los otros.

Esta gradación según la calificación obtenida en la prueba es un indicador de mayor o menor mérito, que no puede ser desechada por la entidad que llama a concurso. Ciertamente, el no tener en cuenta tal clasificación o gradación de resultados a la hora de conformar la lista de elegibles contradice claramente el propósito constitucional perseguido con la implantación de la carrera administrativa, cual es el de vincular como servidores públicos a los más capaces.” 73. A partir de lo anterior se puede colegir que (i) la selección de las pruebas dentro de los concursos de méritos exige una relación de adecuación entre los medios probatorios seleccionados para la acreditación del mérito y los fines pretendidos, atendiendo a las particularidades de los cargos a proveer; y, (ii) en su práctica se exige la garantía plena de los principios de objetividad y transparencia, incluso en aquellos casos en los que la pretensión del medio seleccionado sea la valoración de aspectos subjetivos, como podría serlo una entrevista. Aunado a lo anterior, (iii) es válida la existencia de pruebas eliminatorias siempre que ellas -como sucede con el examen de conocimientos- no tengan exclusivamente ese carácter, esto es, que por virtud de los principios del mérito y de igualdad, su puntaje se refleje en el resultado final, que determina la posición de cada persona en la lista de elegibles. En el anterior contexto, (iv) una prueba como la entrevista, que tiende a valorar aspectos subjetivos de los concursantes, debe entenderse como un factor accesorio y secundario, lo que implicaría que por sí misma , esto es, sin atención a otros puntajes que se den en una fase por ejemplo, no pueda tener un carácter definitivo o eliminatorio dentro del concurso.

4.3.2. El uso del polígrafo para el acceso al empleo público A. El polígrafo: aspectos generales y técnicos [112] 74. El polígrafo está asociado a la idea de ser un instrumento de detección del engaño a partir de diferentes respuestas fisiológicas que se registran del sujeto evaluado. Según la Real Academia Española, el polígrafo es un “[a]parato que registra gráficamente la medición simultánea de varias constantes psicosomáticas, como el pulso, el ritmo cardiaco, etc., y que se utiliza para contrastar la veracidad de un testimonio.” [113] De acuerdo con la Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, el examen poligráfico es:

“un test psicofisiológico de decepción o reconocimiento, a veces referido como detección de mentiras. El examen poligráfico es un test estandarizado y basado en la evidencia, acerca del margen de incertidumbre o el nivel de confianza alrededor de una conclusión categórica de decepción o de la posesión de conocimiento o información acerca de un tema objetivo de evaluación.” [114] 75.

Las pruebas médicas que se iniciaron decididamente sobre la detección del pulso y el funcionamiento del corazón durante el siglo XVIII impulsaron la creación del polígrafo, que encuentra en William Marston, John Larson y Leonard Keeler sus padres modernos. En este trabajo de invención, el primero jugó un rol fundamental al relacionar la presión sistólica con el engaño en 1915 (presión sanguínea discontinua), el segundo construyó en sentido estricto un primer aparato que se incorporó en prácticas forenses (cardiógrafo y neumógrafo) y, finalmente, Keeler introdujo rollos que registraban los datos producidos dentro del interrogado en el tiempo en que se generaban, implantó un sistema para medir la resistencia de la piel y logró su comercialización. (tambores metálicos).

[115] 76. La actual versión del polígrafo comprende la medición de tres funciones fisiológicas: i) la presión y volumen sanguíneo, ii) la respiración y iii) el sudor, [116] mientras que las investigaciones tratan de introducir otros componentes adicionales como el reconocimiento termofacial.

77. De esta manera, el polígrafo está compuesto por: i) el neumógrafo que, ubicado en el nivel del tórax superior y el abdomen, registra movimientos de inspiración y expiración;

ii) el cardiógrafo que, ubicado en la parte superior del brazo del examinado, tiene por objeto medir las pulsaciones cardiacas y la presión sanguínea. Este elemento se complementa con un monitor cardiaco que mide la sangre que fluye entre los dedos de la mano;

iii) el galvanógrafo que, a través de unos electrodos que se ubican en las extremidades de los dedos índice y anular, dan cuenta de la reacción de la piel a través de la actividad eléctrica de las glándulas que producen sudoración;

y, finalmente, iv) el pletismógrafo que tiene por objeto medir el volumen de la sangre en el dedo pulgar o medio. 78. Sobre el uso de este instrumento, debe tenerse en cuenta que existen diferentes modalidades de exámenes, [117] tales como:

i) la técnica relevante/irrelevante (RIT, relevant/irrelevant test), que tiene por objeto que el examinador haga dos tipos de preguntas, unas relacionadas con el objeto investigado y otras que no están relacionadas con el evento investigado y en las que, se supone, el examinador sabe que las respuestas serán verdaderas. Las respuestas fisiológicas más fuertes a las preguntan relevantes que a las irrelevantes se toman como indicativas de engaño. Por lo general, esta técnica se utiliza en investigaciones criminales y en algunos programas de control de seguridad de empleados de agencias estatales, por ejemplo, en la Agencia de Seguridad Nacional de los EE. UU.

[118] ii) El test de preguntas de control o preguntas de comparació n (CQT, control question test), cuyo objetivo consiste en evidenciar las reacciones del sujeto frente a respuestas relacionadas con el objeto de la investigación y otras referidas a un hecho similar. Este tipo de examen se desarrolla en varias fases:

i) una entrevista previa, con el fin de escuchar una versión sobre lo sucedido por parte del sujeto y obtener una percepción sobre la persona a analizar, ii) la conexión al polígrafo y la realización de preguntas relevantes y neutrales;

iii) la fase de evaluación y, en algunas oportunidades, iv) una fase en la que se comunica al sujeto el resultado, generalmente si ha mentido. El test de preguntas de comparación se utiliza con frecuencia tanto para la investigación de eventos específicos como para la evaluación de personal. Una versión de la técnica de preguntas comparativas en las pruebas de espionaje y sabotaje (TES) son elemento básico del programa de polígrafo de control de seguridad de empleados como de las FFMM, las fuerzas de policía, las agencias de seguridad estratégicas, las agencias de liquidación y recaudación tributaria o las agencias de seguridad energética.

79. También suele emplearse el (iii) test de mentira dirigida (DLT, the directed lie test), que, con base en el tipo de preguntas antes referido, estandariza y pone en un contexto más general las preguntas de control, destacándose que tanto esta como la anterior parten de la presunción de que “los culpables estarán mucho más preocupados por las preguntas relevantes y mostrarán una mayor reacción fisiológica ante ellas, mientras que los inocentes estarán más preocupados con las preguntas de control” o el (iv) test del conocimiento culpable (GKT, guilty knowedge test o CIT, concealed information test), que involucra preguntas sobre los detalles de un evento bajo investigación que son conocidos solo por los investigadores y aquellos con conocimiento directo del evento.

[119] Debido a que este formato de prueba requiere que el examinador tenga conocimiento de los detalles de un evento específico, que es el tema del interrogatorio, no se utiliza en contextos de control de seguridad.

80. Por lo demás, si bien el polígrafo no tiene un ciento por ciento de confiabilidad, ningún instrumento posee ese nivel de confiabilidad, ni puede superar por completo los errores humanos. Empero, con la existencia del polígrafo computarizado, se ha podido lograr, según Kircher y Raskin (1988), un mayor nivel de confiabilidad, pues la computadora obtiene resultados con mayor consistencia y minuciosidad, lo que resulta ser como un segundo examinador que observa las gráficas y las interpreta. Inclusive, algunos expertos en la materia afirman que solo las pruebas de ADN superan en confiabilidad a los resultados del polígrafo.

81. El siguiente cuadro se describen cada uno de los test mencionados: Tabla 1. Modalidades de examen Test RIT CQT CIT Generalidades Compara las respuestas del sujeto a dos conjuntos diferentes de preguntas, uno de los cuales es relevante para la investigación y el otro no lo es.

Similar al RIT, pero reemplaza el conjunto neutral irrelevante con un conjunto de preguntas de comparación sobre actos poco éticos sobre los que la mayoría de los sujetos mentirían para preservar su ego o reputación.

Conjunto único de preguntas de opción múltiple, cada una con cinco o más respuestas posibles, de las cuales solo una refleja el estado de cosas "verdadero".

Supuestos Los sujetos engañosos reaccionarán con más fuerza a las preguntas relevantes que a las irrelevantes, mientras que los sujetos no engañosos no mostrarán diferencias.

Los sujetos engañosos reaccionarán con más fuerza a las preguntas relevantes que a las preguntas de comparación, mientras que los sujetos no engañosos no mostrarán ninguna diferencia.

Los sujetos que ocultan información sobre el elemento "verdadero" reaccionarán con más fuerza a ese elemento en comparación con los ficticios que lo acompañan.

Ejemplo Comparación de respuestas a una pregunta irrelevante (“¿Tiene la misma edad que x?) a una pregunta relevante ("¿Ingresó a la vivienda a través de la ventana de escape en caso de incendio?") Comparación de las respuestas a una pregunta relevante ("¿Ingresó a la vivienda a través de la ventana de escape en caso de incendio?") Con una pregunta de comparación ("¿Alguna vez quitó papel de impresora de su lugar de trabajo y se lo llevó a casa?") El agresor fue golpeado con (i) martillo, (ii) taco de billar, (iii) bate de béisbol, (iv) piedra, (v) llanta de hierro.

Fortalezas Aplicable a una variedad de investigaciones que requieren un examen de polígrafo. Aplicable a una variedad de investigaciones que requieren un examen de polígrafo.

Fuerte apoyo científico (tanto teórico como empírico) para el enfoque con una variedad de sensores Debilidades Soporte científico débil (tanto teórico como empírico) para el enfoque con una variedad de sensores.

Soporte científico débil (tanto teórico como empírico) para el enfoque con una variedad de sensores. Aplicable solo a un subconjunto reducido de investigaciones.

Fuente: https://www.jhuapl.edu/Content/techdigest/pdf/V33-N04/33-04-Happel.pdf B. Algunas definiciones estándar [120] 82. Polígrafo: instrumento que:

i) registra cambios continuos, visuales, permanentes y simultáneos en los patrones cardiovasculares, respiratorios y electrodérmicos como estándares mínimos de instrumentación; y, ii) su resultado se usa con el propósito de emitir una opinión diagnóstica con respecto a la honestidad o deshonestidad de un individuo.

83. Examen de polígrafo : proceso que abarca todas las actividades que tienen lugar entre un examinador de polígrafo y un individuo durante una serie específica de interacciones, incluida la entrevista previa a la prueba; el uso del instrumento del polígrafo para recopilar datos fisiológicos del individuo mientras el examinador presenta una serie de pruebas; la fase de análisis de datos de prueba; y, la fase posterior a la prueba.

84. Prueba de polígrafo : parte del examen de polígrafo durante el cual el instrumento recopila datos fisiológicos basados en las respuestas del individuo a las preguntas de la prueba del examinador.

C. Propósitos de la prueba del polígrafo (aplicación práctica) 85. La prueba del polígrafo se utiliza ampliamente en Estados Unidos, Israel, Japón, Canadá, Reino Unido, Bélgica, Guatemala, Panamá y Perú para tres (3) propósitos principales:

85.1. Investigación de eventos específicos. Aunque existen muchas restricciones sobre el uso de los resultados del polígrafo como prueba en causas penales, a menudo se utiliza para ayudar a dirigir y enfocar las investigaciones en este ámbito. Los resultados del examen son presentados con la finalidad de que sean admitidos como evidencia en un proceso judicial en curso.

Entre los Estados que admiten el uso del polígrafo y reconocen su licitud como medio de prueba en la investigación criminal se encuentran Estados Unidos, México, Panamá, República Dominicana, Guatemala y Perú. En todo caso, en estos países, la práctica de los tribunales exige leer al imputado sus derechos y obtener su consentimiento para la práctica del examen. Además de la aceptación libre, voluntaria e informada, se exige la presencia de un abogado, el derecho a que la prueba sea suspendida por solicitud del examinado y a que conste la firma del profesional que la practica y del sujeto evaluado.

[121] En contraste, los tribunales de Estados como España, Alemania, Italia, Francia y Brasil no admiten como prueba válida en materia criminal el resultado del examen del polígrafo. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, por ejemplo, considera que el polígrafo conculca el derecho a la personalidad del afectado, protegido por el artículo 1, párrafo 2 de la Ley Fundamental, que fija los límites a la investigación de la verdad en el proceso penal.

[122] En línea con lo anterior, en materia judicial, en Colombia se considera ilícita la prueba obtenida mediante la utilización del polígrafo por ser contraria a la dignidad de la persona humana, al derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, y al debido proceso probatorio.

[123] 85.2. Evaluación de empleados. Se usa para evaluar a los empleados actuales que pueden haber incurrido en la comisión de actos prohibidos por su empleador o por la ley, pero generalmente no hay un acto conocido específico que sea el foco del examen.

En Canadá, por ejemplo, los empleados no pueden ser sometidos a la prueba del polígrafo por ninguna razón, mientras que, en Australia, los empleadores pueden administrar la prueba si el empleado ha dado su consentimiento expreso, y solo se recomienda cuando ha habido un acto específico de engaño y existen elementos razonables que permiten inferir que aquel podría ser responsable.

[124] El caso estadounidense resulta particularmente relevante porque en dicho país existe la “Employee Polygraph Protection Act-EPPA” o Ley de Protección de Empleados ante el Polígrafo. Esta ley prohíbe a la mayoría de los empleadores privados usar pruebas de detector de mentiras, ya sea para la evaluación previa al empleo o durante el curso de este. Tampoco pueden exigir o solicitar a ningún trabajador o aspirante al empleo que se someta a una prueba de polígrafo ni despedirlo, disciplinarlo o discriminarlo por negarse a la práctica del examen. Sin embargo, la ley admite excepciones y permite la prueba del polígrafo a ciertos empleados de los que se sospecha razonablemente que están involucrados en un incidente en el lugar de trabajo que resultó en una pérdida económica específica o una lesión para el empleador. Cuando se permiten exámenes de polígrafo, su práctica está sujeta a estándares estrictos para la realización de la prueba, incluidas las fases de prueba previa, prueba y prueba posterior.

[125] En Colombia se admite como método de investigación al interior de las organizaciones empresariales, pero sin que la negativa a someterse a este procedimiento, o el resultado adverso tras su práctica, pueda ser utilizado como justa causa para el despido del trabajador.

[126] 85.3. Selección de personal. Debido a la importancia, especialidad y delicadeza de las funciones de la entidad o del empleo a proveer, el polígrafo es utilizado actualmente para la selección de personal y en agencias de seguridad en 68 países, 16 en América Latina.

Además, existen otros espacios puntuales en los que se ha documentado el uso autorizado del polígrafo. En el siguiente cuadro se resaltan algunos de estos escenarios:

Fuente: https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/img/ruta/Revista%20Rostros%20y%20Rastros%20%23%2021_.pdf D. El uso del polígrafo en el marco de la implementación de una política gubernamental para hacer frente a la corrupción denominada “Pacto por la Transparencia” 86.

En el marco de la implementación de una política gubernamental para hacer frente a la corrupción denominada “Pacto por la Transparencia” , se autorizó la utilización del polígrafo para blindar los procesos de contratación en el sector Infraestructura, vivienda y Agua (Ministerio de Transporte, Invías, ANI y Aerocivil). Así, entonces, se tiene documentado que, en el año 2015, el Director General del INVÍAS se sometió durante dos horas a la prueba del polígrafo antes del inicio de las adjudicaciones de 57 proyectos de las Vías para la Equidad, como una forma de luchar contra la corrupción y promover las buenas prácticas en la administración pública.

[127] E. El uso del polígrafo para el acceso al empleo público y su compatibilidad con el principio de dignidad humana 87. En la práctica interna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, [128] del Consejo de Estado [129] y de la Corte Suprema de Justicia [130] rechazan la validez del uso del polígrafo como medio de prueba en procesos judiciales y administrativos sancionatorios, para justificar el despido de trabajadores o el retiro del servicio del personal civil o militar, entre otras razones, por considerarlo una amenaza para la dignidad humana y la intimidad personal.

88. En la Sentencia C-075 de 2017 , la Corte Constitucional recordó que “dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.” 89.

En ese sentido, la dignidad humana puede catalogarse “ como como expresión de la autonomía individual, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o como expresión de la intangibilidad de la integridad física y moral.” [131] 90.

Sobre esa base, la previsión constitucional conforme a la cual el Estado se encuentra fundado en el respeto a la dignidad humana (Art. 1 de la CP), impone a las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, y entre los cuales se cuentan, la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia (Art. 2 de la CP).

91. Sin embargo, en la medida en que ningún derecho fundamental es absoluto, sino que puede ser sometido a restricciones y limitaciones, a condición de que estas sean, en definitiva, razonables y proporcionadas, y dado que no existe prohibición legal expresa, cabe admitir la necesidad del uso del polígrafo para el acceso al empleo público en ciertas áreas en las cuales el talento humano o el capital intelectual que se seleccione tiene relación directa con la seguridad nacional, la seguridad del Estado y la seguridad ciudadana, como sucede, por ejemplo, con las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la guardia penitenciaria o carcelaria y la Dirección de Inteligencia; con las áreas de investigación criminal y de apoyo a las mismas, o las que guardan relación con la confianza en el sistema monetario y en el sistema financiero, que son de interés público, o las que tienen a su cargo la responsabilidad del sistema tributario, especialmente, en lo que concierne al recaudo y administración del ingreso público, como es el caso de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

92. En todo caso, en estos ámbitos, la dignidad humana debe quedar indemne en la medida en que la práctica del polígrafo como requisito ineludible de licitud, debe ser, necesariamente, consecuencia de una decisión libre, voluntaria e informada de quien decida someterse al examen.

93. Así, entonces, para garantizar que en ámbitos como los que se acaban de mencionar, la práctica del examen del polígrafo resulte conforme con el principio de dignidad humana, acogiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, [132] es necesario atender los siguientes criterios:

93.1. Se le debe permitir al aspirante consentir o no de manera previa, libre, voluntaria e informada la realización de la prueba del polígrafo.

93.2. El consentimiento para la realización de la prueba debe ser solicitado de manera anticipada e informada, es decir, explicándole a la persona de manera previa y detallada la forma y metodología de la realización de la prueba de confianza.

93.3. La negativa de someterse a la práctica de la prueba del polígrafo no puede significar la exclusión del proceso de selección. 93.4. Para el que consienta en la realización de la prueba, los resultados de esta no pueden implicar su exclusión del proceso de selección.

93.5. La prueba deberá practicarse por profesionales altamente capacitados conforme a los protocolos que garanticen el respecto y la efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos.

F. El uso del polígrafo para la selección de personal de inteligencia y contrainteligencia 94. El propósito principal de la prueba del polígrafo en este ámbito es identificar a personas que puedan llegar a representar serias amenazas a la seguridad nacional y a la seguridad del Estado. Se busca reducir al mínimo los riegos de seguridad grave. Son elementos comunes a las labores de inteligencia y contrainteligencia, las siguientes:

i) se trata de actividades de acopio, recopilación, clasificación y circulación de información relevante para el logro de objetivos relacionados con la seguridad nacional y la seguridad del Estado y, de contera, con la seguridad de sus ciudadanos;

ii) el propósito de esas actividades y el de la información es prevenir, controlar y neutralizar situaciones que pongan en peligro tales intereses legítimos, así como hacer posible la toma de decisiones estratégicas que permitan la defensa y/o avance de los mismos; y, iii) toma importancia el

elemento de la reserva de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos.

95. Téngase presente que en Colombia, las actividades de inteligencia y contrainteligencia se encuentran reguladas en la Ley 1621 de 2013, Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia, las cuales, según lo previsto en el artículo 2º de la misma, se definen como aquellas que desarrollan los organismos especializados del Estado, del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos, para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los Derechos Humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional.

96. De acuerdo con lo previsto en el artículo 3º de esa misma ley, tales actividades de inteligencia y contrainteligencia solo pueden ser ejercidas por i) las dependencias de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional organizadas para tal fin;

ii) por la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF); y, iii) por los demás organismos que sean facultados por la ley para estos efectos. De conformidad con el artículo 4º, particularmente, la función de inteligencia está circunscrita al principio de reserva legal, que garantiza la protección de los derechos a la honra, al buen nombre, a la intimidad personal y familiar, y al debido proceso.

97. El compromiso de reserva legal implica que i) los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, ii) los funcionarios que adelanten actividades de control, supervisión y revisión de documentos o bases de datos de inteligencia y contrainteligencia y, iii) los receptores de productos de inteligencia se encuentran obligados a suscribir acta de compromiso de reserva en relación con la información de que tengan conocimiento.

98. Con el fin de garantizar la reserva, la ley autoriza a los organismos de inteligencia y contrainteligencia para aplicar todas las pruebas técnicas, con la periodicidad que consideren conveniente, para la verificación de las calidades y el cumplimiento de los más altos estándares en materia de seguridad por parte de los servidores públicos que llevan a cabo tales actividades de inteligencia y contrainteligencia.

99. Para tal efecto, prevé que cada una de las entidades que realicen actividades de inteligencia y contrainteligencia desarrolle protocolos internos para el proceso de selección, contratación, incorporación y capacitación del personal de inteligencia y contrainteligencia, teniendo en cuenta la doctrina, funciones y especialidades de cada una de las entidades.

100. De ese modo, establece que la no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad será causal de no ingreso o retiro del organismo de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno.

101. Al realizar el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia, la Corte Constitucional declaró exequible la norma que autoriza la aplicación de todas las pruebas técnicas para garantizar la reserva en los organismos de inteligencia y contrainteligencia (Sentencia C-540 de 2012). A su turno, el Decreto 857 de 2014, por el cual se reglamenta la Ley 1621 de 2013, al regular lo relacionado con los estudios de credibilidad y confiabilidad, establece que dichos estudios comprenden, entre otros exámenes técnicos, el examen psicofisiológico de polígrafo.

102. En ese orden de ideas, es claro que los organismos de inteligencia y contrainteligencia tienen necesidades operativas de medios precisos y fiables de detectar el engaño para garantizar la seguridad nacional, la seguridad del Estado y la seguridad ciudadana o humana a través del ingreso de servidores públicos con los más altos estándares de probidad y confiabilidad.

103. Por esta razón, la Ley 1621 de 2013 y sus reglamentos establecen y autorizan el uso del polígrafo como uno de los mecanismos que puede ser aplicado al realizar las pruebas de confiabilidad y credibilidad para el acceso a la prestación de servicios en los organismos de inteligencia del Estado.

104. Adicionalmente, estas normas prevén que la no superación de dichas pruebas, incluido el polígrafo, permitirá negar el acceso al servicio e inclusive el retiro del mismo, con lo que los resultados del detector de mentiras reciben la categoría o rango de prueba de una justa causa de despido.

G. El uso del polígrafo para la selección de personal en otros ámbitos 105. Solo en los casos de la DIAN y de la Superintendencia de Vigilancia se autoriza y reglamenta de manera expresa el uso del polígrafo en los procesos de selección de personal, pero siempre y cuando el aspirante emita su consentimiento de manera informada, lo cual implica que previamente se le debe indicar la metodología de la prueba y la manera en que se generarán sus resultados.

106. Además, el uso de la prueba del polígrafo y sus similares, dentro de un proceso de selección de personal, ha sido regulado vía reglamento administrativo en dos casos específicos:

106.1. En las empresas vigiladas por la Superintendencia de Vigilancia Privada, según lo señalado en las resoluciones 2593 de 2003, 2852 de 2006 y 2417 de 2008, proferidas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

[133] 106.2. En la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, conforme a la Resolución 000143 de 2014, expedida por el Director de dicha entidad.

4.4. Resolución del problema jurídico propuesto 107. Para efectos de este análisis se acogerá como herramienta metodológica el juicio integrado de proporcionalidad, compuesto por el principio de proporcionalidad clásico y un test que, basado en tres intensidades o escrutinios, permite abordar diferencialmente grupos de casos que merecen tal tratamiento por involucrar -en mayor o menor medida- el ámbito de configuración del Legislador.

108. En este contexto, el paso inicial que debe adelantarse es determinar la intensidad del juicio. Para ello, la Sala Plena valora que la práctica de la prueba del polígrafo, como de ello dan cuenta los antecedentes que se han mencionado, plantea serios reparos por su interferencia intensa a la dignidad humana y la autonomía del sujeto. En este asunto, además, la regulación tiene por objeto establecer una condición de acceso a cargos públicos, al prever su realización dentro del proceso de selección de cargos misionales en el régimen de carrera administrativa específico de la DIAN, por lo cual, también impacta dicho derecho y los principios del mérito e igualdad que a él se vinculan. En estas condiciones el escrutinio de análisis será estricto .

109. Al amparo de esta intensidad, debe evaluarse i) si el fin perseguido por la norma es imperioso; ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma; y, por último, iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.

110. Antes de abordar cada uno de dichos pasos, es menester advertir que la prueba del polígrafo está regulada en los artículos 29.1 y 30 del Decreto Ley 71 de 2020 y se aplica en procesos de ingreso y ascenso en la carrera de la DIAN respecto de cargos profesionales y niveles inferiores que tengan que ver con el objeto misional de la entidad.

Aunado a lo dicho, específicamente el artículo 30 establece que, además del polígrafo, pueden realizarse otras pruebas de confianza. Estas últimas, como podría ser la prueba de estrés de voz, no fueron objeto específico de discusión a lo largo de este trámite, por lo cual mal haría la Sala en pretender juzgar todos los métodos o instrumentos científicos que pueden dirigirse a la detección de signos corporales que lleven presuntamente a acreditar la veracidad o no de una aseveración o afirmación, por lo cual, este análisis se sujetará al polígrafo, sin perjuicio, por supuesto, de que las consideraciones expuestas puedan aplicarse por las autoridades con competencia de cara a determinar la pertinencia y validez de instrumentos similares. También debe precisarse que este análisis no pretende desconocer los beneficios que los desarrollos científicos tienen para el servicio de la administración de justicia y la buena marcha de la administración pública, sin embargo, el examen se realiza en el marco científico disponible y partiendo del escenario en el que se pretende aplicar, el acceso a cargos públicos a través del concurso de méritos.

Análisis de constitucionalidad de las expresiones demandadas 111. Dicho lo anterior, encuentra la Sala que a la regulación del acceso al empleo público subyace la finalidad de que el Estado cumpla adecuadamente con los fines a su cargo, tales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y garantizar la prevalencia del interés general (Arts. 1 y 2 de la CP). Con idéntica inspiración, el artículo 209 de la Carta establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y su desarrollo implica la sujeción a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

112. Desde esa perspectiva, la selección del talento humano asume un papel fundamental, pues desde la Constitución de 1991 la vinculación de personas con las máximas calidades personales y profesionales ha sido un objetivo claro y decidido, encontrando en los procesos de selección un instrumento de apoyo a partir de las variadas pruebas que allí se pueden adelantar. En este conjunto, las condiciones éticas de quienes integran el servicio público son relevantes, y lo son, no solamente al amparo de la Constitución, sino de instrumentos internacionales que vinculan al Estado y que tienen por objeto prevenir y combatir eficazmente fenómenos tales como el fraude y la corrupción.

113. Al respecto, es menester apuntar que el fraude es “una actividad deshonesta que causa una pérdida financiera real o potencial para cualquier persona o entidad asociado al abuso de la oportunidad que tienen actores públicos y/o privados en ejecución de actividades que afectan los intereses de la administración pública.” [134] Por su parte, la corrupción se define como “el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado, donde las prácticas corruptas son realizadas por actores públicos y/o privados con poder e incidencia en la toma de decisiones y la administración de los bienes públicos.” [135] 114. En el caso de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), cuya carrera específica se ha justificado en la naturaleza de la misión y actividad técnica que desempeña, es claro que la vinculación de las personas con las mejores condiciones profesionales y personales constituye un fin constitucionalmente imperioso, porque de por medio se encuentra la satisfacción del servicio público y este, además, se predica de una entidad que tiene por objeto contribuir a la seguridad fiscal del Estado y a la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras, cambiarias, de los derechos de exportación y de los gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del nivel nacional y la facilitación de las operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad. En esta pretensión, finalmente, están inmersos todos los funcionarios de la entidad, incluidos los profesionales, técnicos y asistenciales del orden misional, dado que sin exclusión alguna participan en la prestación de los servicios a cargo de la DIAN.

115. Por otro lado, es un hecho indiscutible que prácticas corruptas han permeado por años la labor que desarrollan algunos de los servidores públicos de la DIAN, especialmente, en materia de recaudo tributario y de gestión aduanera, funciones que son de notable importancia para la seguridad fiscal del Estado y la protección del orden público económico.

116. En el año 2019, la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, entidad pública del orden nacional adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuya misión es la de proteger el patrimonio público frente a acciones de fraude y corrupción por parte de funcionarios de la DIAN, de la UGPP y de Coljuegos, informó sobre 153 servidores públicos sancionados por actos de corrupción, en su mayoría pertenecientes a la DIAN, algunos de los cuales dejaron prescribir procesos de cobro coactivo con la obtención de beneficios económicos, manipularon

las obligaciones tributarias de contribuyentes, así como los procedimientos aduaneros para beneficiar el contrabando, y simularon la destrucción de elementos decomisados que, en realidad, fueron vendidos a terceros.

[136] 117. Para la Corte, la corrupción y, en general, la falta de integridad en la toma de decisiones públicas dentro de la DIAN, menoscaban los valores de la democracia, impiden la prestación eficaz del servicio público, afectan el patrimonio del Estado y defraudan la confianza de los ciudadanos.

118. Si bien es cierto que Colombia cuenta con varias instituciones encargadas de investigar y sancionar las conductas o prácticas de corrupción cometidas por servidores públicos de la DIAN, la prevención es una medida necesaria para hacer frente a las debilidades sistémicas e institucionales que propician la corrupción dentro de la entidad.

119. Una forma de prevenir el riesgo de corrupción, es decir, la posibilidad de que, por acción u omisión, se use el poder para desviar la gestión de lo público hacia un beneficio privado, es asegurar altos estándares de probidad en quienes están llamados a ocupar los empleos de carrera del nivel profesional y otros niveles inferiores de los procesos misionales de la DIAN, de ahí la importancia de la medición de aspectos relacionados con la honestidad, integridad, confiabilidad y seguridad del aspirante.

120. En la búsqueda de este objetivo, el polígrafo juega un papel importante, pues, como ya se ha mencionado, es un instrumento de gran sensibilidad y precisión capaz de registrar de forma continua las variaciones fisiológicas que se producen en el organismo de una persona que se somete a una evaluación poligráfica y cuyo resultado permite emitir una opinión diagnóstica con respecto a su honestidad o deshonestidad.

121. Si bien es cierto que el grado de precisión del examen poligráfico ha sido objeto de controversia, pues depende del tipo de polígrafo que se use, de la técnica empleada (RIT, CQT, CIT, entre otras) y, además, de la preparación del sujeto que interroga o poligrafista, también lo es que su práctica extendida en varios países del mundo de cara a los procesos de selección de personal para ocupar determinados empleos;

la existencia de estándares definidos y avalados por organizaciones profesionales de reconocido prestigio como la American Polygraph Association (APA), la American Society for Testing and Materials (ASTM), la American Association of Police Polygraphists (AAPP) y la Asociación Latinoamericana de Polgraistas (ALP); y distintas investigaciones desarrolladas en el campo científico, [137] demuestran el grado de confiabilidad de este instrumento y su papel fundamental en la búsqueda del objetivo de fortalecer los márgenes de seguridad, confiabilidad y honestidad del personal que ingresa al servicio público, así como para detectar vulnerabilidades y disminuir los riesgos de corrupción que puedan afectar el patrimonio público de la Nación y los objetivos institucionales.

122. En esa medida, encuentra la Corte que no existe otro instrumento de la misma naturaleza y con el mismo grado de confiabilidad al que se pueda recurrir para lograr dichos objetivos y, por contera, garantizar la moralidad administrativa. Aunque herramientas como la verificación de antecedentes y el análisis de la hoja de vida permiten conocer hechos relacionados con la conducta pasada del aspirante, su historial académico y su experiencia profesional, el resultado de esta evaluación determina la aptitud legal del concursante, pero no revela su grado de idoneidad moral para el desempeño de funciones de especial interés público en razón del perfil y nivel del cargo.

123. De igual forma, otro tipo de herramientas, como aquellas que sirven para medir el desempeño del servidor público o de capacitación, tampoco resultan lo suficientemente idóneas para evitar que un empleado desvíe la gestión de lo público para su beneficio propio o de terceros, pues es factible que, como resultado de la evaluación, se determine que el servidor tiene un buen rendimiento, pero nada garantiza que los logros obtenidos no hayan sido producto de conductas inapropiadas.

124. No obstante, debe la Corte reconocer que la prueba del polígrafo en los procesos de selección para el acceso al empleo público, cuando no cuenta con protocolos previamente definidos y se implementa sin ningún tipo de restricción, como lo establece el artículo 29 del Decreto 71 de 2020, plantea serios cuestionamientos en términos de afectación de principios, valores y derechos constitucionales como el de la dignidad humana y la intimidad personal. Si a esto se agrega su carácter eliminatorio, surgen dudas aún mayores, pues debido a su naturaleza subjetiva, lo ideal es que tenga un valor accesorio y no determinante, lo que implicaría que fuese de carácter clasificatorio.

125. En estas condiciones, lo que correspondería, en principio, sería excluir la prueba del polígrafo de la Fase I de los procesos de selección de ingreso y ascenso para el nivel profesional y otros niveles diferentes de carácter misional de la carrera de la DIAN, declarando la inexequibilidad de la expresión “polígrafo” , prevista en el artículo 29.1, y de la expresión “como el polígrafo”, contenida en el artículo 30 del decreto demandado.

126. No obstante, la Sala advierte que, tal y como lo expresaron algunos de los intervinientes en este proceso -Ministerio Público y CNSC-, existe una forma de mantener, dentro de la regulación demandada, la prueba del polígrafo para la provisión de empleos de carrera en la DIAN -según el perfil y el nivel del cargo- sin sacrificar los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía personal y a la igualdad de los participantes del proceso de selección, en la medida en que cumple fines importantes para el desarrollo de los principios constitucionales del sistema de carrera y del mérito, como principal forma de acceso al empleo público, y de moralidad administrativa, en tanto pilar esencial del funcionamiento del Estado.

127. Sobre esa base, la prueba del polígrafo será constitucional siempre que en su diseño y aplicación i) se le permita al aspirante consentir o no de manera previa, libre e informada la realización de la prueba;

ii) se le explique al concursante, previa y detalladamente, la forma y metodología de la realización de la prueba; iii) la negativa de someterse a la prueba no signifique la exclusión automática del proceso de selección; y iv) se practique por profesionales altamente capacitados conforme a

protocolos estrictos que garanticen el respecto y la efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos.

128. En consecuencia, para que los beneficios de la prueba del polígrafo no excedan las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales y, de esta manera, la norma resulte razonable y proporcional, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “polígrafo”, prevista en el artículo 29.1 del Decreto Ley 71 de 2020, en el entendido de que la utilización de esta prueba no es de carácter eliminatorio, deberá contar con el consentimiento previo, libre e informado del concursante y practicarse conforme a los protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos. Dado que lo inadmisible, en términos constitucionales, es el carácter eliminatorio de la prueba del polígrafo, mas no el calificativo de eliminatoria de la Fase I del proceso de selección, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “Esta fase es de carácter eliminatorio”, contenida en la misma disposición normativa.

129. En esa misma línea, también declarará la inexequibilidad del enunciado “como el polígrafo”, contenida en el inciso segundo del artículo 30 del Decreto Ley 71 de 2020.

5. Tercera parte: análisis de constitucionalidad del artículo 29.2 (parcial) - Fase II del concurso de méritos 5.1. Antecedentes 5.1.1. La demanda [138] 130. En relación a la configuración de la Fase II, prevista en el numeral 2 del artículo 29 para la provisión de empleos bajo las modalidades de ingreso o ascenso, los demandantes sostienen que la atribución conferida al director de la DIAN para que defina a discreción a través de qué institución se realiza el curso de formación , la Escuela de Impuestos y Aduanas, de un lado, o una universidad o institución educativa superior acreditada por el Ministerio de Educación, del otro, desconoce la competencia de administración que el artículo 130 de la Constitución le confiere a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC.

131. Los accionantes estiman que el margen de configuración con el que cuenta el legislador ordinario o extraordinario para prever un régimen de carrera está sujeto a la limitación constitucional que deriva del artículo 130 de la Carta, por lo cual una disposición que traslada competencias ligadas al ejercicio indivisible y excluyente de la CNSC es inconstitucional.

[139] Afirman que la facultad conferida en esta norma al director de la DIAN, para que se incline por la Escuela de Impuestos y Aduanas o por una universidad, es propia de la administración del régimen de carrera, no siendo suficiente para garantizar el mandato del artículo 130 de la Constitución el que se prevea que la definición de los programas a ser desarrollados en el curso de formación corresponde a la CNSC, dado que “ después de definir los programas, es también necesario dictar los cursos, realizar tareas o trabajos sobre ellos, calificar los trabajos y exámenes que se realicen y todo esto traducirlo en una calificación, que además es la que tiene más peso, más puntaje.

” 132. Aunado a lo anterior, los promotores de la acción manifiestan que en el evento en que el curso de formación se adelante por la Escuela de Impuestos y Aduanas se evidencia un problema de imparcialidad e independencia, en tanto la Escuela depende de la DIAN y su director ocupa, a su vez, un empleo de libre nombramiento y remoción por parte del director de la DIAN, “[e] sta falta de independencia e imparcialidad tanto del órgano que realiza las pruebas como de su director no es un invento nuestro, sino que está contemplado en la propia ley de la [D]ian.

” 133. Bajo esta línea argumentativa, los accionantes precisan lo siguiente: “(…) la competencia para decidir quién realiza los cursos-concursos hace parte de la competencia constitucional que tiene la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar la carrera de la DIAN y en consecuencia esta competencia que es indivisible y excluyente no puede ser transferida ni compartida con el Director general de la Dian. Si bien es necesario que la Comisión Nacional del Servicio Civil defina los programas de estos cursos-concursos, esto no es suficiente, para la protección de los derechos de quienes participan en los concursos de ingreso o ascenso a la institución. Pero además de no ser suficiente, trasladar o compartir las competencias de administración de la carrera administrativa de la Comisión Nacional del Servicio Civil al Director General de la Dian viola el artículo 130 de la Constitución nacional que radicó esta competencia en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil de manera indivisible y excluyente.” 5.1.2. Intervenciones a favor de la exequibilidad 134.

La Procuraduría General de la Nación argumenta que el Decreto ley 71 de 2020 reconoce, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 130 de la Constitución, que la Comisión Nacional del Servicio Civil ostenta la competencia de administrar y vigilar el sistema de carrera de la DIAN, sin perjuicio de la convergencia de funciones de planeación y financiación que recaen en otras autoridades. Afirma que, tal como lo ha señalado este Tribunal, la naturaleza autónoma del mencionado órgano no lo excluye del “ deber de coordinación y colaboración armónica con otras entidades a fin de optimizar los mandatos inherentes al régimen superior de la carrera administrativa ”, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 209 de la Carta.

135. En atención a lo anterior, estima que la facultad que se le concede al Director de la DIAN en esta disposición no es inconstitucional, pues “ facilita el cumplimiento de ciertas labores propias de la carrera administrativa, atendiendo al carácter técnico y especializado de sus funcionarios ”; por lo cual, en la medida en que (i) es adecuado contar con la opción de contratar con una institución distinta a la Escuela de Impuestos y Aduanas, que podría tener una alta carga para satisfacer los cursos de formación en el orden nacional, y que (ii) la CNSC es la que, en últimas, define los contenidos de la formación, una interpretación armónica “ permite descartar la hipótesis planteada por los demandantes según la cual el aparte acusado priva a la comisión de vigilar y administrar la carrera de la DIAN .” 136.

Para el Departamento Administrativo de la Función Pública la competencia conferida al Director de la DIAN respecto de la institución que adelantará los cursos de formación puede parecer inconstitucional, por desconocer una atribución que “ por antonomasia” es de la CNSC;

[140] no obstante, en la práctica (i) dado que la convocatoria debe ser suscrita por el Director de la DIAN y el Presidente de la CNSC, y (ii) es tal acto el que se constituye en la norma reguladora de todo el proceso, porque prevee todas las etapas y pruebas que se adelantarán, se concluye que (iii) la CNSC es la entidad que puede autorizar en última instancia la pertinencia o no de la forma en la que se adelantará tal prueba, “ en tanto que sólo a ella corresponde la administración y vigilancia del sistema específico de carreta administrativa de la DIAN (arts. 130 Superior y 4, 7, 11 y 12 de la Ley 909/04).” 5.1.3. Intervención a favor de la exequibilidad condicionada 137. La Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC solicitó declarar la exequibilidad condicionada del artículo 29.2, en el entendido de que, dado que el curso de formación hace parte del proceso de selección, “ en todos sus aspectos debe ser discutido y acordado con la CNSC en la fase de planeación de la convocatoria.

” La CNSC destaca su rol como garante de la imparcialidad y transparencia en el acceso al empleo público en la carrera administrativa, con sujeción a las competencias estipuladas en el artículo 130 de la Constitución. En concreto, afirma que el proceso de selección [141] para la provisión definitiva de cargos debe ser adelantado en todas sus fases por la Comisión, pues de lo contrario no solo se desconoce el artículo mencionado sino también el artículo 125 de la Carta. En su concepto, “ la Comisión Nacional del Servicio Civil, es la autoridad competente para establecer los criterios encaminados a determinar mediante pruebas técnicas y objetivas las competencias, las capacidades, habilidades, actitudes y rasgos de los aspirantes a desempeñar empleos públicos de carrera administrativa .” 138. A partir de lo anterior, sostiene que la competencia conferida al Director de la DIAN de decidir “ a discreción ” con quién se adelantará el curso de formación es un asunto que debe ser discutido y acordado con la CNSC desde la planeación de la Convocatoria, cuya regulación general se adopta en un acto inicial que es de competencia exclusiva y excluyente de la Comisión, por lo cual, la facultad analizada debe condicionarse en tal sentido.

5.1.4. Intervención a favor de la inexequibilidad 139. El Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia precisa que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada y unificada que la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene competencia constitucional para administrar y vigilar las carreras administrativas que no tienen origen constitucional, [142] por virtud de lo cual le corresponde adelantar una serie de actuaciones administrativas que forman parte de un núcleo duro cuya modificación no es posible por parte del Legislador, y que estaría conformado, entre otras, por la suscripción o modificación de la convocatoria al concurso.

140. A partir de lo anterior, afirma que a este caso le es aplicable el precedente previsto en la Sentencia C-471 de 2013, en la cual, al referirse al sistema específico de carrera de las superintendencias, precisó que, con independencia de la coordinación administrativa, “ competencias como la de adelantar la contratación con universidades y demás entidades especializadas debía ser una competencia exclusiva de la CNSC. De esta manera, se concluyó que la facultad de “elegir y contratar las entidades que realizaran el concurso”, era una competencia “determinante para la administración del sistema de carrera específico” y que, por tanto, le correspondía al administrador del sistema de carrera específico .” 5.2.

Problema jurídico 141. En relación con la configuración de la Fase II del concurso de méritos de ingreso o ascenso, debe la Corte determinar si al atribuir la disposición al director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN la facultad para decidir “ a su discreción ” la persona jurídica encargada de adelantar los cursos de formación previstos en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto ley 71 de 2020, ¿vulneró el Legislador el artículo 130 de la Constitución, que le atribuye a la Comisión Nacional del Servicio Civil la responsabilidad de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos? 5.3.

Marco normativo y jurisprudencial aplicable 142. En este acápite la Sala Plena reiterará su jurisprudencia sobre la Comisión Nacional del Servicio Civil como órgano independiente y autónomo , con competencia para administrar y vigilar los regímenes de carrera específicos creados por el Legislador, citando decisiones que por su cercanía temática con el objeto de este cargo resultan pertinentes.

5.3.1. De la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC 143. Tras la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el artículo 130 de la Constitución, [143] como el órgano encargado de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, salvo de aquellas especiales por disposición expresa de la misma Carta, se encuentra la intención clara y explícita del Constituyente por dotar el ingreso, ascenso y retiro del servicio público de las garantías de imparcialidad y transparencia, y de la protección de los principios del mérito e igualdad y, en general, de los mandatos que se vinculan a la función pública.

Con tal objeto, la CNSC (i) es un órgano constitucional permanente y del orden nacional, autónomo e independiente de las demás ramas y órganos que ejercen el poder, [144] en particular del Ejecutivo que es el que principalmente provee en estricto orden de mérito las vacantes;

[145] (ii) con la misión trascendental de “ asegurar que el Estado cuente con las personas adecuadas e idóneas para poder cumplir cabalmente con sus fines esenciales (art. 2°, CP).

” [146] 144. A la luz de esta comprensión, y pese al margen de configuración normativa que se reconoce al Legislador, este Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de (i) la creación de comisiones departamentales del servicio civil, dado que riñe con la configuración constitucional que excluyó toda posibilidad de “ atomización territorial o funcional ” de las responsabilidades asignadas a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, [147] y (ii) el diseño institucional de la CNSC con injerencia ostensible del Ejecutivo, pues “ no es ese el criterio constitucional con el que fue instituida… [la Comisión debe actuar] sin sujeción al Gobierno ni a pautas distintas de las que la misma Carta y la ley señalen.” [148] 145. Bajo la misma línea, más recientemente, este Tribunal estimó que (iii) una disposición que permitía, en el marco de implementación del Acuerdo de Paz, la desconcentración de la función de la CNSC de adelantar procesos de selección en el orden territorial y la delegación de sus competencias con el mismo objetivo pero en el orden nacional, se ajustaba a la Constitución siempre que se entendiera que “ la facultad de desconcentración debe ser interna y de

funciones operativas, bajo la dirección y orientación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para la implementación del Acuerdo de Paz; y de que la facultad de delegar deberá hacerse mediante convenio y sólo para la ejecución y la implementación, no para labores de orientación ni de diseño.

" Lo anterior, en garantía de la independencia y autonomía de dicho órgano. [149] 146. Por otra parte, aunque inicialmente la jurisprudencia de la Corte fue oscilante en sus reflexiones alrededor del rol de la Comisión Nacional del Servicio Civil respecto de las carreras específicas creadas por el Legislador, [150] en la Sentencia C-1230 de 2005 [151] unificó su posición.

[152] En dicha oportunidad examinó una demanda contra el artículo 4 de la Ley 909 de 2004, que en su numeral 3 se limitaba a atribuir a la CNSC la función de " vigilar " las carreras creadas por el Legislador. Este Tribunal consideró que la disposición de la Ley 909 de 2004 había escindido las funciones de administración y de vigilancia que eran competencia exclusiva e indivisible de la CNSC, contrariando la asignación de responsabilidades claramente establecidas en el artículo 130 de la Carta. Por lo anterior, declaró la exequibilidad condicionada de la norma, en el entendido de que la Comisión Nacional del Servicio Civil también tiene a su cargo la función de "administrar" los sistemas específicos de origen legal.

147. De acuerdo con la Corte, las funciones asignadas a la Comisión para administrar y vigilar las carreras "se constituye en un imperativo constitucional de carácter indivisible, en el sentido que tales atribuciones no pueden compartirse con otros órganos ni ser separadas o disgregadas a instancia del legislador.

" [153] Agregó que la interpretación ahora acogida, era consecuente con la intención del Constituyente de garantizar la igualdad, la neutralidad y la imparcialidad en el manejo y control de los sistemas de carrera administrativa, al asignarle tales funciones a un órgano autónomo e independiente, que aislara y separara su organización, desarrollo y control de factores subjetivos. Por último, la Corporación manifestó que esta posición es consecuente con la adoptada sobre el carácter no independiente de los sistemas de carrera de origen legal y la consecuente obligación del Legislador de seguir los postulados del sistema general de carrera, así como de justificar de manera razonable y proporcional la exclusión de ciertas entidades del régimen común y la necesidad de aplicar una regulación especial.

148. A partir de entonces, en consecuencia, la Corte Constitucional ha reiterado esta postura sobre el carácter indivisible, exclusivo y excluyente de las atribuciones de administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para la carrera administrativa general, así como para los regímenes de creación legal.

5.3.2. De la competencia de administración a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC 149. Esta Corporación ha sostenido que, entre otras, la determinación de los lineamientos para el desarrollo de los concursos de méritos, la acreditación de las entidades que intervienen en los mismos, o la contratación de instituciones de educación superior o universidades para intervenir en estos procesos constituyen atribuciones de la CNSC en ejercicio de su competencia de administración de las carreras administrativas general y de creación legal.

[154] A partir de esta afirmación, y dado el alcance de la disposición parcialmente demandada, la Sala se referirá a algunas decisiones en las que se ha pronunciado, específicamente, sobre la facultad de escoger las entidades con las cuales se llevan a cabo procesos de selección.

150. En la Sentencia C-372 de 1999 , [155] la Corporación advirtió que el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 establecía que la Escuela Superior de Administración Pública podría realizar concursos públicos para proveer cargos en carrera administrativa, estipulación que, pese a no haber sido demandada, fue objeto de consideración en el sentido de indicar que tal función debía limitarse a actividades de orden técnico e instrumental, " sin que ello pueda entenderse como una forma de duplicar o sustituir las atribuciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que a ella se han confiado exclusivamente por el artículo 130 de la Carta Política, con la única salvedad de los regímenes especiales.

" 151. Luego, en la Sentencia C-1175 de 2005 , [156] la Corte declaró la inexequibilidad parcial del artículo 3 del Decreto Ley 760 de 2005, [157] que incluía al Departamento Administrativo de la Función Pública como una de las entidades que podría ser contratada por la CNSC para realizar los concursos de méritos. Sostuvo que la autonomía e independencia de la Comisión podrían verse comprometidas con esta decisión del legislador extraordinario, por cuanto dicho departamento "hace parte de la Rama Ejecutiva y, por consiguiente, depende y actúa bajo las orientaciones del Presidente de la República, suprema autoridad administrativa." 152.

Posteriormente se demandó el artículo 134 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, que modificó el artículo 3 acusado en el caso anterior. A través de esta disposición el Legislador estableció que los concursos o procesos de selección se llevarían a cabo por la CNSC a través, previa suscripción del respectivo contrato o convenio, del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación -ICFES " o en su defecto" de otras instituciones como universidades, acreditadas " para tal fin " por el Ministerio de Educación Nacional. En la Sentencia C-518 de 2016 [158] se consideró que (i) la naturaleza descentralizada y técnica del ICFES ofrecía las garantías de imparcialidad necesarias para intervenir en este tipo de procesos, siempre que su participación partiera de la valoración autónoma de la CNSC al respecto; (ii) por lo anterior, dado que la norma establecía una especie de preferencia por el ICFES, al incluir la expresión " o en su defecto ", estimó que tal expresión comportaba una lesión a las competencias constitucionales de la Comisión, pues le restaba su capacidad operativa y decisoria. En sentido similar, afirmó que la acreditación que preveía la norma a cargo del Ministerio de Educación Nacional también era lesiva de la autonomía de la CNSC, por lo cual las expresiones " o en su defecto " y " para tal fin " fueron expulsadas del ordenamiento.

[159] 153. En esta misma línea se ha pronunciado la Corte cuando se trata de regímenes específicos de carrera, como el de las superintendencias. En la Sentencia C-471 de 2013 [160] se declaró la inconstitucionalidad de las normas que establecían la competencia de cada superintendencia para

administrar su sistema de carrera, y en consecuencia de adelantar los concursos o procesos de selección.

Particularmente, en relación con la facultad de contratar con universidades y otras instituciones especializadas la realización de los concursos, declaró su inconstitucionalidad por consecuencia, por cuanto contempla una “facultad determinante” para la administración del sistema específico de carrera y por ende corresponde a la CNSC de manera exclusiva.

154. De otra parte, en reiteradas ocasiones esta Corporación también ha reconocido que los jefes de las entidades públicas están habilitados para participar conjuntamente, con la Comisión, en los actos de convocatoria de los concursos de méritos, en ejercicio del principio de colaboración armónica previsto en el artículo 113 de la Constitución, teniendo en cuenta el carácter técnico y especializado de los servicios prestados en las entidades que dirigen.

[161] En estos casos, sin embargo, la Corte ha sido clara en enfatizar que esta participación no puede afectar las competencias de la CNSC, dado que esta requiere un amplio margen de discrecionalidad administrativa derivada de la autonomía que la propia Constitución le reconoce para ejercer a cabalidad sus funciones.

155. En este sentido, recientemente mediante la Sentencia C-183 de 2019 [162] la Corte estudió el alcance de las competencias de la CNSC en relación con los procesos de selección mediante los concursos de méritos y sus diferentes etapas. En esa oportunidad se demandó la expresión “el Jefe de la entidad u organismo” contenida en el inciso 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que le atribuyó la función de suscribir la convocatoria al concurso de méritos conjuntamente con la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Este Tribunal declaró la exequibilidad condicionada de la citada expresión, bajo el entendido de que (i) el jefe de la entidad u organismo puede suscribir el acto de convocatoria, como manifestación del principio de colaboración armónica, sin que ello signifique que está habilitado para elaborarla, modificarla u obstaculizarla y sin que la validez de la convocatoria dependa de su participación en este acto, y (ii) la CNSC no puede disponer la realización de un concurso sin que previamente se hayan cumplido en la entidad los presupuestos legales de planeación y presupuestales, conforme a los términos de la sentencia.

En este pronunciamiento la Corte reiteró su jurisprudencia sobre el carácter exclusivo y excluyente de las competencias constitucionales atribuidas a la CNSC para administrar y vigilar el sistema de carrera lo que incluye tanto la elaboración de la convocatoria para los concursos de méritos, como sus eventuales modificaciones, al considerar que ni el legislador ordinario ni el extraordinario se encuentran facultados para atribuir estas funciones a un órgano o funcionario diferente.

5.4. Resolución del problema jurídico propuesto 5.4.1. Alcance del artículo 29.2 del Decreto 71 de 2020 [163] 156. El numeral 2 del artículo 29 estipula la Fase II del proceso de selección de ingreso o ascenso para “ la provisión de los empleos del nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN ”, que se cumple mediante la realización de un curso de formación . Atribuye al director de la DIAN la facultad de elegir, a su discreción , la institución que realizará este curso, entre la Escuela de Impuestos y Aduanas o a través de universidades e instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación, en ambos casos con programas definidos por la CNSC y con la participación de la DIAN. En el evento de elegir una institución de educación superior lo faculta para celebrar contratos o convenios interadministrativos con la institución elegida.

157. El curso de formación , que comprende la Fase II de los procesos de selección, no está previsto como requisito aplicable para la provisión de empleos diferentes a los del nivel profesional de los procesos misionales tributarios, aduaneros o cambiarios de la DIAN, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la misma normativa. Aunado a lo anterior, debe advertirse que la regulación de la Escuela de Impuestos y Aduanas de la DIAN parte de lo dispuesto en el artículo 3.3.

del Decreto ley 71 de 2020, que regula los principios que orientan el Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN, incluyendo: “3.3. Especialización de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la Escuela de Impuestos y Aduanas de la DIAN, para ejecutar los procesos de selección.” 158. Por su parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 ibídem , la Escuela hace parte de los entes y órganos competentes para la gestión interna del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN, junto al (i) Director general, (ii) la Comisión de personal, (iii) la Subdirección de talento humano o la dependencia que haga sus veces y (iv) los empleados con personal a cargo. Según la misma disposición, a la Comisión Nacional del Servicio Civil se le reconocen sus competencias de administración y vigilancia.

Por último, al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 la Escuela de Impuestos y Aduanas tiene las siguientes funciones: (i) desarrollar los cursos de formación de la Fase II de los procesos de selección, en los términos previstos en este Decreto y en el reglamento, (ii) adelantar la inducción previa al nombramiento en periodo de prueba, (iii) coordinar y ejecutar el Plan Institucional de Capacitación, directamente o a través de terceros y (iv) las que le asigne el reglamento.

159. En este marco normativo, a continuación se procede a analizar de manera exclusiva el apartado que fue objeto de demanda, esto es, la expresión “ a discreción del Director de la Dian.

” 5.4.2. La expresión “ a discreción del Director de la DIAN ”, contenida en el artículo demandado es inconstitucional por desconocer el artículo 130 de la Constitución 160. A juicio de la Sala, de conformidad con la línea jurisprudencial pacífica y uniforme existente desde la Sentencia C-1230 de 2005, no existe duda alguna respecto a que la carrera administrativa específica de la DIAN está sometida a las competencias de administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Constitución. Ahora bien, en

el marco de las facultades de administración, la Comisión ostenta amplias y variadas atribuciones relacionadas con el diseño de los procesos de selección, entre las que está la determinación de las instituciones que practican y ejecutan las pruebas dentro del proceso de selección.

161. En este escenario, la Corte Constitucional ha reconocido la competencia del Legislador para regular la materia, sin perjuicio, por supuesto, de que en su labor esté obligado a garantizar y respetar la autonomía e independencia de la Comisión. Por lo tanto, este Tribunal ha expulsado del ordenamiento jurídico expresiones que condicionaban la determinación de la Comisión sobre quién llevaría a cabo los procesos de selección a un orden de prevalencia establecido por el propio Legislador, como ocurrió en la Sentencia C-518 de 2016. También ha considerado contrarias al ordenamiento disposiciones que concedían la competencia a las mismas autoridades ejecutivas, como las superintendencias, para determinar con qué institución suscribir contratos o convenios para llevar a cabo estos procesos, como se afirmó en la Sentencia C-471 de 2013.

162. A partir de lo anterior, es necesario concluir que el poder que se confiere en la disposición parcialmente demandada al director de la DIAN para que, a su discreción , determine con quién se llevará adelante el curso de formación afecta la competencia de la Comisión, su autonomía y, además, pone en riesgo la imparcialidad de estos procesos, dado que es el propio nominador de los cargos ofertados a proveer quien señala la ruta que debe seguirse para el efecto. Esta lesión, vale destacar, no se subsana con el hecho de que los contenidos de los programas a ser impartidos en el curso de formación sean, en todo caso, determinados por la Comisión con la participación de la DIAN, pues el hecho primario y original, esto es, quién los practicará, es una decisión que corresponde a la Comisión, no puede delegarse y tampoco condicionarse.

163. Ahora bien, por supuesto la Sala Plena reconoce que la naturaleza técnica y especializada de la labor de la DIAN exige algunas previsiones especiales, tales como exigir que quienes impartan estos cursos cuenten con la capacitación respectiva en las materias tributaria, aduanera y /o cambiaria, sin embargo no justifica una inversión en el orden que deriva del mandato constitucional conferido a la Comisión. En efecto, esta Corporación ha sostenido que:

“ la autonomía de la CNSC solo se puede entender garantizada en la medida que sea ella misma quien determine de manera autónoma, dentro del marco de sus atribuciones y competencias, la manera como se llevan a cabo los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera en el servicio público (…) esto es, si los lleva a cabo directamente o contrata su realización con entidades especializadas.” [164] 164. De conformidad con todo lo expuesto, esta Sala considera que si el Legislador no se encuentra autorizado para imponer a la CNSC la entidad con la cual debe contratar la realización de los concursos de méritos, como ha quedado establecido en casos anteriores, tampoco puede atribuir a otra autoridad, en este caso el Director de la DIAN, la facultad discrecional de elegir entre instituciones académicas con quién adelantar un curso de formación que hace parte de las fases de los procesos de selección, desplazando a la Comisión y desconociendo sus funciones de administración e invadiendo la autonomía e independencia que requiere para ejercerlas.

165. Para la Corte la autonomía de la Comisión en la contratación de las entidades que realizarán los concursos e intervendrán en sus diferentes etapas, garantiza la imparcialidad y, con esto, la materialización de los principios de mérito y de igualdad de oportunidades entre los aspirantes, sin interferencias externas de ninguna naturaleza. De esta manera se asegura que las instituciones contratadas sean responsables únicamente frente a quien tiene la atribución constitucional de administración de las carreras y de asegurar la efectividad de los principios mencionados. Ahora bien, no puede perderse de vista que el carácter técnico de la labor de la DIAN exige de la garantía de que los procesos de selección sean consecuentes con esta especificidad, lo cual se evidencia, por ejemplo, al establecerse en el mismo artículo 29.2 que el contenido del curso de formación será establecido con la participación de la DIAN y que, además, las universidades o instituciones que lo adelanten tienen que tener certificación en las áreas de tributario y régimen aduanero y cambiario. Así entonces, es claro que el ejercicio de las competencias de la Comisión no puede pasar por alto el escenario en el que se materializan y, por tanto, debe atender a sus requerimientos, pero, se insiste, en un marco de independencia y autonomía.

166. En estas condiciones, la Sala debe definir el remedio a adoptar. En las intervenciones allegadas a este trámite, la Comisión Nacional del Servicio Civil estimó que el enunciado demandado podía condicionarse con el ánimo de evidenciar que el director de la DIAN no ostenta una competencia exclusiva y excluyente pues todos los asuntos relacionados con el proceso de selección deben discutirse con la Comisión, quien es la competente para regular las incidencias del concurso en el acto de convocatoria. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación y el Departamento Administrativo de la Función Pública se mostraron partidarios de declarar la constitucionalidad del enunciado, pues debe comprenderse como una actuación del Director de la DIAN en aplicación de los principios de colaboración armónica y coordinación; mientras que la Universidad Externado solicitó la declaratoria de inexequibilidad.

167. Para la Sala la decisión que se ajusta al ordenamiento jurídico es la declaratoria de inexequibilidad del apartado demandado. Al respecto, no ignora que, por virtud del principio de conservación del derecho, en aquellos casos en los que el enunciado permite una lectura constitucional es adecuado acudir a un condicionamiento, expulsando aquellos sentidos que se oponen al ordenamiento superior. Tampoco pasa por alto que, como ocurrió en la Sentencia C-183 de 2019, en algunos casos es válido interpretar las facultades conferidas en este contexto a la luz de los principios sugeridos por el Ministerio Público, no obstante, la contundencia de la expresión “a discreción del Director de la DIAN” no deja margen para concluir algo distinto a que es “su competencia”, contrariando, se insiste, el mandato del artículo 130 de la Constitución.

168. Por supuesto, esta conclusión no conduce a desincentivar o a contrariar los mandatos constitucionales que predican la colaboración armónica entre ramas y órganos que ejercen el poder y, por lo tanto, las funciones de administración y vigilancia de la DIAN deben garantizarlo. Al respecto, el mismo artículo 8, inciso 3, del Decreto 71 de 2020 dispone que: “ La Comisión Nacional del Servicio Civil adelantará las funciones de administración

y vigilancia del Sistema Específico de carrera Administrativa de la DIAN, aplicando las normas específicas desarrolladas para el efecto en el presente Decreto-ley, y con la colaboración de las dependencias de la DIAN que tienen asignadas funciones de gestión interna.” En los anteriores términos, se procederá a declarar la inexequibilidad de la expresión “, a discreción del Director de la Dian ,” prevista en el artículo 29.2 del Decreto ley 71 de 2020.

6. Cuarta parte: análisis de constitucionalidad de los artículos 97 y 123 (parcialmente demandados) 6.1. Antecedentes 6.1.1. La demanda [165] 169.

Los demandantes estiman que los artículos 97 y 123 del Decreto ley 71 de 2020, parcialmente cuestionados, desconocen las garantías asociadas al derecho de libertad sindical, en concreto de aquellas previstas en los artículos 39 de la Constitución, 1, 2, 3 y 4 del Convenio 87 de la OIT y 8 del Protocolo de San Salvador. Sostienen que entre el Estado social democrático de derecho y las organizaciones sindicales existe una relación fundamental, pues es la existencia de estas últimas lo que fortalece al primero y que, en este marco, es imperativa la defensa y protección de los sujetos más débiles, como son los trabajadores, “[c] on el fin de que puedan gozar de una vida más digna es que se permite que se asocien en defensa del trabajo y constituyan los sindicatos y [que] sus líderes tengan una protección mínima por medio del fuero sindical.

” 170. En su concepto, la protección mínima que es debida a las organizaciones sindicales requiere que (i) los trabajadores conformen estas organizaciones sin la intervención del Estado, (ii) la cancelación o suspensión de la personería jurídica exija la intervención judicial previa, y (iii) los dirigentes y representantes estén cobijados por la institución del fuero sindical y de otra serie de garantías necesarias para el ejercicio adecuado de sus funciones, “ por esta misma razón todas aquellas cosas que obstaculicen el fuero y las garantías para ejercer su función, como son las comisiones sindicales y los permisos sindicales que son los instrumentos necesarios para poder defender y promover los sindicatos, para explicarles a los propios trabajadores cuáles son sus derechos, todas esas garantías no pueden ser obstaculizados por los estados .” 171. Según lo previsto en los artículos 25 y 39 de la Carta, los convenios 87 y 98 de la OIT, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros instrumentos, se protege el derecho a la constitución libre de las organizaciones sindicales y, por lo tanto, son sus integrantes quienes definen la estructura de la organización y funcionamiento, “ quiénes son sus dirigentes, cuál es el número de ellos, si son principales o suplentes, etcétera.

” En concepto de los demandantes, las disposiciones ahora cuestionadas, al introducir elementos relacionados con tales aspectos, desconocen la protección constitucional. Al respecto, indican:

“ [n] o hay duda entonces que el artículo 97 y 123 al regular las comisiones y los permisos sindicales no solamente están afectando el derecho de asociación sindical en varios aspectos en relación con los propios sindicatos, pero también en relación con los representantes sindicales y le están destruyendo las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

[L] as limitaciones que imponen estos dos artículos en relación con las comisiones o permisos es una violación de los Derechos [de] los representantes sindicales de las garantías de que deben gozar para el cumplimiento de su gestión que les consagra el artículo 39 de la constitución y el bloque de constitucionalidad.” 172. Para los accionantes, además, las disposiciones demandadas introducen dos elementos subjetivos que deben ser valorados por el Director de la DIAN y los funcionarios de los que depende la concesión de comisiones y permisos sindicales a los dirigentes de estas organizaciones. Tales elementos son (i) “ a juicio del Director General de la DIAN ”, según el artículo 97 en el caso de las comisiones sindicales, y (ii) “ siempre que se garantice el servicio público ”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 para los permisos sindicales. Al respecto, sostuvieron que “ con esas 2 normas subjetivas actuales, los directivos de los sindicatos que necesitan una comisión sindical no saben si les será otorgada pues basta con que a juicio del director de la Dian no sea necesaria o lo que es más grave no quiera concederla para que no tengan derecho a la comisión. Lo mismo sucede en el caso de los permisos sindicales basta con que el director de la Dian considere a su juicio que no se garantiza el servicio público para que los dirigentes sindicales no puedan obtener el permiso sindical” , con el agravante de que es muy difícil de probar para la organización que la decisión así tomada por el funcionario de la Entidad no es razonable, dado que procede de su fuero interno.

6.1.2. Intervenciones a favor de la exequibilidad 173. La Procuraduría General de la Nación señala que los permisos y comisiones sindicales se constituyen en garantías del derecho de asociación sindical reconocido en el artículo 39 de la Constitución, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 416A del Código Sustantivo del Trabajo. Teniendo en cuenta lo sostenido por la Corte Constitucional, [166] afirma que la trascendencia de los permisos y comisiones para el normal funcionamiento de la organización sindical exige que su concesión y, por supuesto, la negativa a una solicitud en tal sentido, deban ser debidamente motivadas. Agrega que a esto se “ suma la razonabilidad y la proporcionalidad de las peticiones de dichos beneficios, en las que el empleado debe determinar la finalidad, las actividades a desarrollar y los tiempos requeridos, pues no puede perder de vista que es su deber cumplir con las funciones que le fueron asignadas y que impactan en el cumplimiento de la misión de la entidad, evitando así la configuración de un abuso del derecho.

” 174. Teniendo en cuenta lo anterior, (i) la competencia conferida al Director de la DIAN o a su delegado para conferir comisiones sindicales es razonable, porque constituye una situación laboral administrativa que debe valorarse desde la gestión de personal y, además, se excluye la posibilidad de arbitrariedad, dado que la decisión que adopte debe estar motivada; y (ii) la sujeción del permiso sindical a la garantía del servicio público tampoco es inconstitucional, pues el ejercicio de la libertad sindical tiene límites “ en los mandatos que rigen la administración pública ”, respecto de los funcionarios públicos, “[p] or lo anterior, que el legislador haya considerado que debe analizarse en cada caso concreto dicha colisión de principios no resulta irrazonable o desproporcionado, debido a las múltiples situaciones que pueden presentarse dentro de una institución con presencia en todo el país, como lo es la DIAN.

” 175. Finalmente, en cuanto al límite numérico de funcionarios destinatarios de comisiones y permisos que prevén las disposiciones, advierte que simplemente reproduce el número de quienes ostentan la garantía del fuero sindical. Agrega que las normas otorgan un trato igualitario a las organizaciones sindicales, prevé abusos en la solicitud y concesión, y permite que un número razonable de empleados sean beneficiarios de estas garantías, por lo cual, en su concepto, las disposiciones son exequibles.

176. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN destaca que el reconocimiento de los permisos sindicales a los miembros de la las juntas directivas de estas organizaciones, representantes de los trabajadores, es una concreción del derecho de asociación sindical previsto en el artículo 39 de la Constitución, [167] con sujeción a los parámetros consignados por la OIT en el artículo 6.1. del Convenio 151 de 1978.

[168] En su concepto, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional [169] y del Consejo de Estado, [170] las comisiones y los permisos sindicales se encuentran condicionados a la garantía del servicio público, esto es, el empleador puede concederlos o abstenerse de hacerlo, señalando las razones para ello, atendiendo a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, en función de la garantía adecuada y oportuna prestación del servicio público.

177. El Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP y el Departamento Administrativo de la Universidad Externado de Colombia se manifestaron a favor de la exequibilidad de la regulación sobre comisiones y permisos sindicales, sin embargo, su análisis recae sobre la inexistencia de violación a la reserva de ley estatutaria, que no corresponde con el cargo formulado por los demandantes.

6.1.3. Intervención a favor de la inexequibilidad parcial 178. El Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Hacienda Pública -SINTRADIAN estima que la expresión “ [ú] nica y exclusivamente ” es inconstitucional, por desconocer los artículos 39 de la Constitución y 6.1 del Convenio 151 de la OIT, mientras que los demás apartados cuestionados son exequibles de manera condicionada, “ en el entendido que el permiso sindical … puede ser autorizado por el empleador a cualquier empleado que lo requiera independientemente de su pertenencia o no a una junta directiva, y la garantía del servicio público es una obligación que el empleador debe asumir con reemplazos o ampliación de planta de personal como ya lo ha expresado la Corte Constitucional.

” 179. Argumenta que la expresión “ representantes sindicales ” o “r epresentantes de las organizaciones ” contenidas en el inciso 4 del artículo 39 constitucional y en el artículo 6.1 el Convenio 151 de la OIT, [171] respectivamente, son amplias, esto es, no restringen a los integrantes de la junta directiva el derecho a gozar del permiso, sino que permite su extensión a quienes, por su liderazgo, deben adelantar gestiones sindicales, tal como lo reconocen los artículos 416A del Código Sustantivo del Trabajo y 2 del Decreto 2813 de 2000.

[172] En apoyo de esta tesis, la organización advierte que el fuero sindical tampoco se sujeta a los miembros de juntas directivas, como se evidencia con la protección a los miembros fundadores, [173] a las personas que se adhieren luego de la fundación y antes de la inscripción en el registro sindical [174] y a los miembros de la Comisión estatutaria de reclamos.

[175] 180. Destaca que la Corte Constitucional en pronunciamientos iniciales afirmó que el permiso podía negarse por la grave afectación de la prestación del servicio público, [176] pero que, con posterioridad, afirmó que era el empleador quien debía tomar las medidas necesarias para evitar dicha afectación y garantizar el derecho fundamental de asociación sindical.

[177] Finalmente, indica que la regulación de los permisos sindicales frustra la realización de las asambleas del sindicato, las cuales deben adelantarse por lo menos una vez cada 6 meses, [178] “ porque sus afiliados o delegados, que no pertenezcan a la junta directiva, nunca tendrán permiso sindical para asistir a dicha reunión” , lo cual genera una clara violación al derecho a la libertad y asociación sindical.

6.2. Problema jurídico 181. En atención a lo anterior, corresponde a la Sala determinar si la regulación prevista en los artículos 97 y 123, en tanto señala de manera expresa un número taxativo de dirigentes y el tipo de personas destinatarias de la comisión y el permiso sindical, y someten el otorgamiento de aquellos a la presunta valoración subjetiva del Director de la DIAN o su delegado, desconocen la libertad de asociación sindical, específicamente a la autonomía y representación de las organizaciones sindicales, en los términos previstos por la Constitución Política (Arts. 25 y 39), el Convenio 87 de la OIT (Arts. 1 a 4) y el Protocolo de San Salvador (Art. 8).

6.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable 182. En atención a la ruta de estudio fijada desde la demanda de inconstitucionalidad, la Sala Plena estima necesario reiterar la jurisprudencia de este Tribunal sobre (i) el alcance del derecho de asociación sindical, enfatizando en la comprensión que se le ha dado a la autonomía de las organizaciones sindicales para la definición y determinación de sus mecanismos de representación y (ii) los permisos sindicales, como garantía de representación para el cumplimiento de la gestión sindical.

6.3.1. Del derecho de asociación sindical [179] 183. Desde las primeras decisiones al respecto, [180] esta Corporación ha destacado cómo el Constituyente de 1991 introdujo de manera expresa en el artículo 39 el derecho fundamental de asociación sindical; el cual, en el panorama constitucional previo, se justificó y construyó a partir del derecho genérico de asociación, presente también en la nueva Carta Política en el artículo 38.

[181] La inclusión específica, en el marco de la concepción del Estado constitucional y democrático de derecho, valoró y dio su lugar a la organización sindical como sujeto promotor del desarrollo social, económico y político del país, constructor de paz y partícipe activo e indiscutible del afianzamiento de la democracia y de la solidaridad humana.

[182] 184. A lo largo de la construcción de su línea jurisprudencial, la Corte Constitucional ha realizado distinciones y precisiones que evidencian (i) que la asociación sindical se enmarca en la categoría más amplia de libertad sindical y, a su vez, se potencializa con esta, [183] en un contexto en el

que una y otra son esenciales para el Estado social de derecho, el pluralismo y la democracia; (ii) que del derecho de asociación sindical pueden predicarse dos dimensiones, en atención a su titularidad, una individual y otra colectiva , en la medida en que constituye un derecho subjetivo de cada trabajador y un bien fundamental del sindicato como persona jurídica, respectivamente. Además, (iii) el derecho de asociación sindical presenta tres caracteres relevantes, es voluntario , relacional e instrumental .

Es voluntario porque la pertenencia, permanencia y retiro de una organización sindical depende de la libre autodeterminación de la persona trabajadora; es relacional dado que su eficacia está sujeta a la existencia de una comunidad de participantes que acuerdan la defensa colectiva de sus intereses; y, es instrumental en tanto constituye un canal de realización de los fines propuestos por el sindicato, además de lograr a través de su concreción la eficacia de un conjunto de derechos fundamentales como la dignidad, el trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, la libertad de expresión, entre otros.

185. La Corte Constitucional también ha sostenido reiterada y pacíficamente que (vi) el derecho de asociación sindical es un derecho fundamental, de aplicación inmediata y universal, autónomo e independiente, cuya fuente de reconocimiento no se encuentra solamente en el ordenamiento supremo interno, en el artículo 39 de la Constitución principalmente, [184] sino en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

[185] Entre estos últimos, también integrantes del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, [186] se encuentran los artículos 23.4 [187] de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 22 [188] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 [189] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 8 [190] del Protocolo de San Salvador y 2 [191] del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

186. Sobre esta última mención cabe advertir que la integración de los convenios de la OIT ratificados por Colombia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, ha sido objeto de diversas reflexiones por parte de esta Corporación, permeadas no solo por el proceso de construcción dogmática y analítica de dicha figura sino por la existencia de dos disposiciones constitucionales que, en apariencia, prevén reglas disímiles e incompatibles respecto de la relación y posición de aquellos en el ordenamiento interno, los artículos 53.4 [192] y 93.

[193] No obstante, con mayor precisión desde la Sentencia C-401 de 2005, [194] es claro que todos los convenios de la OIT hacen parte de la legislación interna;

[195] sin embargo, también pueden pertenecer al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, [196] para lo cual “ debe hacerse [una valoración] de manera diferenciada y fundamentada ”, [197] dada la diversidad de materias de las que se ocupan y teniendo en cuenta aquellos que regulan o se refieren a derechos humanos. En este escenario, ha sido reiterado el reconocimiento que la Corte ha efectuado sobre la integración del Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación al bloque en sentido estricto.

[198] 187. A partir de las disposiciones mencionadas, por virtud de la libertad y del derecho de asociación sindical, (i) las personas trabajadoras están facultadas libremente para constituir organizaciones en defensa de sus intereses, así como para afiliarse y desvincularse;

(ii) los sindicatos ostentan la facultad de organizarse automáticamente, determinarse estructural y funcionalmente, y darse sus propios estatutos y reglamentos, esto es, a autoregularse en ejercicio de su autonomía; en tal escenario, (iii) la existencia de la organización no depende de una autorización por parte del Estado, sino de la voluntad de las personas trabajadoras, [199] mientras que la cancelación o suspensión de su personería jurídica exige de la intervención judicial. Adicionalmente, (iv) las organizaciones sindicales son libres de constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones nacionales e internacionales.

[200] 188. En cuanto a la primera de las mencionadas adscripciones que se predican del derecho de asociación sindical, es imprescindible advertir que la Corte Constitucional indicó muy temprano, en la Sentencia C-593 de 1993, [201] que la titularidad del derecho de asociación sindical corresponde no solo a los trabajadores del sector privado sino a los trabajadores del sector público, sean estos últimos trabajadores oficiales o empleados públicos, pues el artículo 39 de la Constitución solamente excluyó de esta protección a los miembros de la Fuerza Pública.

[202] Posteriormente, esta posición fue reiterada en la Sentencia C-377 de 1998, [203] que realizó el control de constitucionalidad del Convenio 151 de la OIT y su Ley aprobatoria, [204] sobre las relaciones de trabajo en la administración pública. Este instrumento consagra expresamente el derecho de asociación sindical para todas las personas empleadas por la administración pública, [205] por lo cual, al referirse a un derecho fundamental de las condiciones anotadas, es indudable que en tanto se ocupa de dicho aspecto, también hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

189. En ejercicio de su autonomía, por su parte, las organizaciones sindicales ostentan el poder de determinar “ el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación , constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos” (negrilla fuera de texto).

[206] En esta misma línea, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Convenio 87 de la OIT, “[l] as organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus representantes , el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción ” (negrilla fuera de texto), mientras que el artículo 5.1. del Convenio 151 de la OIT destaca que “ [l] as organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas ”; por lo cual, según el artículo 3.2 del Convenio 87 “ [l] as autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a

entorpecer su ejercicio legal” y, de acuerdo al artículo 5.2. del Convenio 151, las organizaciones a las que se aplica “ gozarán de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración.

” 190. Ahora bien, dado que este derecho fundamental tampoco es absoluto, el mismo artículo 39 de la Constitución estableció que la regulación autónoma sobre la estructura y funcionamiento del sindicato se sujeta al “ al orden legal y a los principios democráticos ”.

[207] En este sentido, son posibles las restricciones o limitaciones que el Legislador imponga en esta materia, [208] pero aquellas deben ser las mínimas, indispensables y proporcionadas según la finalidad perseguida, por lo cual deben estar constitucionalmente justificadas [209] y ser las “ necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

” [210] 191. En este sentido, por ejemplo, la Corte ha encontrado ajustadas a la Constitución las cláusulas previstas por el Legislador que se ocupan de (i) prever un número mínimo de los trabajadores para la conformación de un sindicato, por debajo del cual se da la disolución del mismo, siempre que este sea razonable, por cuanto es su responsabilidad “ establecer, por medio de la ley, los preceptos que desarrollen la garantía de la libertad sindical en aspectos tales como el número de trabajadores que se requieren para constituir una organización sindical, el domicilio, estatutos, número de representantes y sus fueros, etc., es decir, en aspectos que permitan la realización plena del derecho de asociación sindical y la efectividad de su ejercicio ”;

[211] (ii) fijar unos aspectos que, por lo menos, deben contener los estatutos sindicales, tales como la denominación y domicilio del sindicato, su objeto, condiciones de admisión de los afiliados y sus obligaciones y derechos, entre otros aspectos, dado que “ se limita a señalar, en forma proporcionada y razonable, unas pautas generales que no vacían de contenido ” el derecho a la autonomía sindical;

[212] y (iii) establecer un marco general que regule el tipo de sindicatos que pueden constituirse por los trabajadores, de empresa, industria, gremiales y de oficios varios, pues no afecta “ la esencia del derecho de libertad sindical, pues la norma acusada no impide que se creen sindicatos, ni toca los asuntos propios de su constitución, organización y funcionamiento interno, respetando el derecho de la libertad sindical, al tratarse en el fondo de organizaciones plenamente independientes y establecidas en forma voluntaria sin estar sometidas a ninguna medida represiva, en tanto que lo decisivo es el contenido del derecho y no la nomenclatura que se le den a las situaciones descritas en el artículo 356 del C.S.T. y de la S.S .” [213] 192. En relación con los empleados públicos, esta Corporación ha evidenciado la necesidad de tener en cuenta el vínculo especial que ostenta el servidor público con la búsqueda de los fines estatales y el interés general, [214] por lo cual, en este entorno son válidas las consideraciones específicas que en determinados casos lleven a considerar legítimas las restricciones a su pleno ejercicio, no obstante, “ si bien para determinados efectos puede ser relevante constitucionalmente la diferenciación entre trabajadores de la administración, quienes ejercen su función por condiciones especiales de sujeción al desarrollo de intereses colectivos, y los trabajadores que se rigen por el derecho privado, en todo caso existen derechos laborales mínimos que deben respetarse.

” [215] 193. Al tenor de estos presupuestos, siguiendo el objetivo principal del análisis pretendido, se destacarán algunos eventos en los que la Corte ha valorado en sede de control abstracto normas que tienen que ver con la representación de los sindicatos -dada su pluralidad- ante el empleador y los mecanismos de representatividad al interior de las organizaciones, con el ánimo de evidenciar qué tipo intervenciones del Legislador se han considerado ajustadas a la Constitución e instrumentos internacionales del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, y cuáles no.

194. En este sentido, se ha estimado que no se desconoce la libertad y autonomía sindical para la elección interna de representantes del sindicato, por ejemplo, cuando el Legislador (i) impide que afiliados que representan al empleador frente a sus trabajadores o que ocupan cargos directivos de las empresas, formen parte de la junta directiva, pues esta norma tiene por objeto evitar que los trabajadores se encuentren en condiciones de debilidad ante su empleador, [216] o (ii) establece reglas sobre los procedimientos de la elección de las directivas sindicales, en la medida en que se dirijan a garantizar el ejercicio democrático al interior de la colectividad, como sería prever que la votación sea secreta, dado que esta es compatible con el artículo 258 de la Constitución y garantiza “ que en la elección de dichas directivas no exista ningún tipo de coacción en el ejercicio del voto, que se garantice la libre expresión de la voluntad del elector y que no existan represalias por el ejercicio del voto.” [217] 195. Del otro lado, este Tribunal ha considerado que es inconstitucional que el Legislador (i) establezca que cuando un sindicato no agrupe a la mayoría de trabajadores, su representación deba ser conjunta, pues esto desconoce que “ si un grupo de trabajadores constituye y se afilia a un sindicato, éste para la efectividad del ejercicio del derecho de asociación sindical, tiene la representación de tales trabajadores ”;

[218] (ii) estipule que la representación en un conflicto colectivo que involucre un sindicato de industria o gremial que agrupe a más de la mitad de trabajadores de una empresa ostentará la representación de los trabajadores, porque “ lo relativo a la representación de los trabajadores es cuestión esencial que hace parte del derecho de asociación y de la libertad sindical, razón por la cual en esta materia no puede, en principio, intervenir el legislador ;

[219] (iii) dispone que la comisión estatutaria de reclamos, una por empresa, [220] sea designada por la organización que agrupe el mayor número de trabajadores, en razón a que quebranta los derechos de participación de los sindicatos minoritarios y contraría el principio democrático que debe prevalecer en el ejercicio sindical.

[221] 196. Tampoco se ajusta al ordenamiento superior que el Legislador (vi) prevea el periodo mínimo de ejercicio de las directivas sindicales en 6 meses, dado que desborda el ámbito de su competencia “ al entrar a regular aspectos del proceso democrático de elección de las directivas de las

organizaciones sindicales, en los cuales no le es dable intervenir, por pertenecer al núcleo básico o esencial de la libertad sindical ";

[222] (iv) establezca que ante un conflicto colectivo, que pueda dar lugar a suspensión del trabajo o deba solucionarse mediante arbitramento, debe nombrarse una delegación de 3 trabajadores, quienes, adicionalmente, deben acreditar determinados requisitos como tener una antigüedad de 6 meses en la organización, pues esto vulnera " el derecho a la libertad sindical, pues son las organizaciones sindicales las que deben autónomamente determinar cuántos son los delegados que deben presentar ante el empleador el pliego de peticiones y qué condiciones deben reunir ";

[223] y, (v) configure como regla para la elección de la junta directiva el sistema de cuociente electoral, porque, en garantía de la libertad sindical, " debe ser la organización de trabajadores la que determine en sus estatutos según su propia autonomía el mecanismo o sistema que cuente con respaldo constitucional y que considere más idóneo para garantizar la representación de las minorías." [224] 197. Del anterior recuento pueden extraerse las siguientes conclusiones relevantes: (i) la asociación sindical constituye un derecho fundamental de aplicación inmediata, autónomo e independiente, cuya titularidad se predica de las personas trabajadoras del sector privado y, con las excepciones expresas que prevé la Constitución, del sector público, de conformidad con lo sostenido en el artículo 39 de la Carta, los convenios 87 y 151 de la OIT y demás instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad; (ii) la libertad que tienen las asociaciones sindicales para autoregularse así como la prohibición de interferencia del Estado o terceros en su constitución y en la determinación y ejecución de su misión, configuran la autonomía sindical como elemento inescindible y fundamental de este derecho; (iii) a pesar de lo anterior, son válidas las limitaciones o restricciones que el Legislador impone a las organizaciones sindicales, siempre que aquellas sean mínimas, indispensables y proporcionadas según la finalidad perseguida; como son las fundadas en la garantía de los principios democráticos de participación y pluralismo;

[225] y, (iv) en el marco de su autonomía, la representación de los trabajadores constituye un aspecto sobre el cual, en principio, el Legislador no está facultado para intervenir.

6.3.2 De los permisos sindicales [226] 198. El permiso sindical ha sido objeto de estudio por parte de esta Corporación a través, principalmente, del juicio concreto de constitucionalidad. En este escenario particular, en la Sentencia T-322 de 1998, [227] la Corporación advirtió que el espectro del derecho de asociación se extiende más allá de la libertad de asociarse y de integrarse o separarse de una organización, exigiendo, además, " dotar al ente sindical y, específicamente, a sus directivas, de las garantías y derechos que hagan viable su gestión, tal como lo señala el inciso 4 del artículo 39 mencionado.

" En este sentido, el permiso sindical constituye un instrumento necesario para la garantía plena del derecho de asociación sindical, en la medida en que permite la ejecución y desarrollo de los fines de la organización y, por esta vía, su normal funcionamiento.

[228] 199. Al respecto, el inciso 4 del artículo 39 de la Constitución establece que " [s] e reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

" (negrilla fuera de texto) y el artículo 6.1 del Convenio 151 establece que: " [d] eberán concederse a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas" , sin perjuicio de que, como indica el artículo 6.2 del Convenio 151, "[l] a concesión de tales facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración o servicio interesado.

" 200. Al efectuarse el estudio de constitucionalidad del Convenio 151 y su ley aprobatoria, [229] este Tribunal reiteró que lo empleados públicos eran titulares del derecho de asociación sindical y que, por lo tanto, era evidente que entre las garantías que de allí se derivaban se incluyera " la necesaria concesión de ciertas facilidades a los representantes de la misma, como el fuero sindical ", agregando que las organizaciones constituidas por esta categoría de personas trabajadoras " tendrán legalmente unos representantes sindicales a los cuales no se puede negar que el Constituyente de 1991 reconoció: "el fuero y las demás garantías necesarias para su cumplimiento.

" [230] A partir de estos parámetros, con énfasis en lo establecido en la Carta Política, se desarrolló la comprensión de este mecanismo de defensa de los derechos del sindicato a través de garantías a sus representantes y otros trabajadores que asuman su vocería.

201. Poco tiempo después de la providencia T-322 de 1998, en la Sentencia T-502 de 1998, [231] la Corporación precisó que los empleados públicos sindicalizados también cuentan con esta prerrogativa, pues son titulares del derecho de asociación previsto en el artículo 39 de la Constitución. Pese a lo anterior, se indicó que dada la especialidad del vínculo del empleado público frente al del trabajador privado, algunas de las garantías " que se reconocen a éstos, en ejercicio del derecho de asociación sindical, pueden limitarse más no anularse " respecto de aquellos; limitación que debe tener por finalidad el adecuado funcionamiento del aparato estatal. Por lo tanto, continuó, una medida en tal sentido será constitucional o no a partir de una valoración de razonabilidad estricta. En esta decisión, además, se destacó la ausencia de regulación interna al respecto, determinando su comprensión a partir de lo dispuesto en el Convenio 151 de la OIT, [232] luego de lo cual se afirmó:

"5.7. Ha de concluirse, entonces, que una de las garantías que tienen las organizaciones sindicales constituidas por servidores públicos, y, en especial sus representantes, tal como lo reconoce el instrumento internacional en comento, son los denominados permisos sindicales, que, como se había señalado en otro acápite de esta sentencia, pueden negarse o limitarse sólo cuando se afecte el funcionamiento de la entidad a la que pertenece el directivo sindical. Esta especial circunstancia debe ser objeto de motivación, a fin de que se conozcan las razones que llevan al nominador a considerar que la concesión de un permiso sindical determinado y no en abstracto, atenta contra el servicio que presta el ente correspondiente, al no existir forma

alguna de suplir la ausencia del correspondiente servidor público.” 202. Posteriormente, en la Sentencia C-930 de 2009 [233] se analizó la constitucionalidad del artículo 57.6 del Código Sustantivo del Trabajo que regula, entre las obligaciones especiales del empleador, la concesión de licencias necesarias para, por ejemplo, [234] desempeñar comisiones sindicales.

[235] En concreto, el cargo por violación de los principios de dignidad y solidaridad y los derechos de igualdad y asociación sindical, se dirigió a cuestionar la parte final de la disposición que preveía “ [s] alvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del empleador.

” 203. En su examen particular sobre los permisos sindicales, para ejercer comisiones sindicales, la Corte precisó que (i) esta disposición es aplicable a trabajadores privados y a los servidores públicos cuya relación se regula por el Código Sustantivo del Trabajo, esto es, trabajadores oficiales, (ii) el permiso sindical hace parte del núcleo esencial del derecho de asociación sindical, en la medida en que es una garantía necesaria para la gestión de los representantes sindicales y, en este sentido, un instrumento que pretende el normal funcionamiento de la organización sindical; y, (iii) acogiendo los parámetros previstos por la OIT en la Recomendación No. 143, [236] el alcance del derecho de asociación sindical exige incorporar dentro de su ámbito de protección “ la obligación de otorgar permisos remunerados para atender comisiones sindicales ”, por supuesto, en la medida en que su uso sea razonable, por lo tanto “ la razonabilidad y proporcionalidad son elementos esenciales que deben estar presentes en el empleo de este instrumento [64] , por lo cual la misma Recomendación N°143 de la OIT indica que “Podrían fijarse límites razonables al tiempo libre que se conceda a los representantes de los trabajadores.” Así, en la providencia mencionada se declaró la inexequibilidad de la expresión demandada y se condicionó la concesión de las comisiones sindicales, entre otras, en el sentido de que “ el tiempo empleado no podrá descontarse del salario del trabajador ni obligarse a compensar con tiempo de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria.” 204. Más recientemente, en la Sentencia T-063 de 2014, [237] la Corporación conoció en sede de revisión la tutela presentada por la Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados Judiciales - ASONAL- contra las presidencias del Consejo Superior de la Judicatura y de la Sala Administrativa de la misma Corporación. El reparo, en síntesis, recayó en que algunos de los permisos sindicales solicitados por miembros de la organización se negaban por la inexistencia de una norma que permitiera reemplazar temporalmente a los empleados que gozaran de tal beneficio y, así, garantizar la adecuada prestación del servicio público. La Corporación concluyó que se configuraba la violación al derecho de asociación sindical en la medida en que la razón para negar el permiso, la afectación del servicio público, se generaba por la omisión de las autoridades demandadas de prever reglas de reemplazos en aquellos casos en los que se requiriera, por lo que ordenó expedir una regulación al respecto con varios criterios a tener en cuenta:

204.1. El reconocimiento de un reemplazo como presupuesto para el otorgamiento del permiso sindical, debe fundarse en criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

204.2. Del permiso que puede generar reemplazos son destinatarios no solo quienes fungen como representantes o miembros de la Junta Directiva, “ en tanto no necesariamente son ellos quienes de manera exclusiva realizan las funciones o actividades tendientes a cumplir a cabalidad con la finalidad por la cual fue instituida la asociación, ya que las mismas pueden ser asignadas eventualmente a un trabajador que no ostente dichas calidades .” En cuanto a estos últimos, consideró que la reglamentación podía establecer diferenciaciones que los hicieran más restringidos y establecidos para casos eventuales.

204.3. La solicitud por la organización sindical deberá dar cuenta del requisito de necesidad del permiso, y la negativa por parte del empleador, en caso de ser procedente, debe estar debidamente justificada.

204.4. Los reemplazos serán procedentes ante permisos sindicales solicitados por un tiempo prudencial , valorando las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Se agregó que el beneficio, conforme a lo dispuesto en el Decreto 2813 de 2000, debía darse por una “ duración periódica ”, limite admisible para evitar la extralimitación en su uso.

204.5. La reglamentación debe establecer criterios para controlar el desempeño del trabajador sindicalizado en permiso, así como prever circunstancias de revocatoria o las sanciones a que haya lugar en caso de incumplimiento de su labor.

204.6. Dado el cargo presupuestal requerido para los reemplazos, en casos de permisos sindicales, “ la entidad correspondiente debe proveer los recursos económicos suficientes y realizar la debida planeación sobre la destinación de los mismos y de esa forma hacer las asignaciones y reservas correspondientes, previniendo su utilización para estas eventualidades.

” 204.7. Y, la reglamentación también debe establecer cuál es la forma, quién es el legitimado, entre otros aspectos, para la solicitud del reemplazo, garantizando eficientemente el derecho de asociación, sin la afectación, al mismo tiempo, del normal funcionamiento de la administración y la prestación de los servicios.

[238] 205. En esta última decisión, la Corte destacó que el artículo 416A del Código Sustantivo del Trabajo reguló el derecho de las asociaciones sindicales de los servidores públicos al otorgamiento de permisos sindicales, “ para que, quienes sean designados por ellas, puedan atender las responsabilidades que se desprenden del derecho fundamental de asociación y libertad sindical” , [239] agregando que el Gobierno nacional reglamentaría la materia, en concertación con los representantes de las centrales sindicales. En cumplimiento de esta competencia se profirió el Decreto 2813 de 2000, [240] que prevé que los representantes sindicales de organizaciones en las entidades públicas de todas las ramas del Estado, órganos autónomos, organismos de control, organización electoral, universidades públicas, entidades descentralizadas y demás entidades y dependencias del orden nacional, departamental y municipal tienen derecho a los permisos sindicales remunerados, para el desarrollo de su gestión (Art. 1).

206. También se precisó en esta normativa que del permiso podrían gozar: “ los integrantes de los comités ejecutivos, directivas y subdirectivas de confederaciones y federaciones, juntas directivas, subdirectivas y comités seccionales de los sindicatos, comisiones legales o estatutarias de reclamos, y los delegados para las asambleas sindicales y la negociación colectiva ” (Art. 2). Señaló que los permisos deben ser concedidos por el nominador o funcionario que éste delegue, mediante acto administrativo que dará cuenta de la finalidad y su duración periódica (Art.

3). Y, finalmente, previó que durante el permiso el empleado público mantendrá los respectivos derechos salariales y prestacionales, y los derivados de la carrera en la que esté inscrito (Art. 4).

[241] 207. Del conjunto de decisiones expresamente citadas en este acápite, así como de todas aquellas mencionadas como relevantes para la reconstrucción de esta línea jurisprudencial, se extraen las siguientes conclusiones:

207.1. El permiso sindical concreta el mandato constitucional de conceder a las asociaciones sindicales “ las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión ”, [242] por lo cual, su protección es necesaria como instrumento para la garantía plena del derecho de asociación sindical. El permiso sindical, además, materializa el mandato de autonomía conferido a las organizaciones para decidir sobre quiénes son sus representantes o delegados para atender la variedad de situaciones que comprometen la actividad y gestión de los intereses de la colectividad.

207.2. La comprensión sobre el alcance del permiso sindical ha derivado, fundamentalmente, del artículo 39 de la Constitución y del artículo 6 de la Convención 151 de la OIT. También se ha acudido a la Recomendación 143 de la OIT como referente que, si bien no es vinculante, permite dar cuenta de la comprensión de esta garantía.

[243] La Corporación ha señalado que, aunque el permiso sindical cuenta con poca legislación que lo regule internamente, esta ausencia no puede ser un pretexto para no concederlos, por lo tanto, cuando quiera que aquellos sean necesarios para garantizar el “ normal funcionamiento de la organización sindical, la negativa puede constituirse en una clara limitación o vulneración al ejercicio del derecho de asociación sindical.

” [244] 207.3. La finalidad del permiso sindical, sin pérdida de derechos salariales y prestacionales, [245] consiste en permitir el normal funcionamiento de la organización sindical, aunque puede solicitarse también con otros objetivos como capacitación, congresos y conferencias y asambleas sindicales.

[246] 207.4. La titularidad del permiso sindical recae en la organización sindical, quien puede solicitarlo no solo en favor de los dirigentes sino de los afiliados que sean representativos para la organización y en determinadas oportunidades lleven la vocería en beneficio de su gestión.

[247] También debe tenerse en cuenta que en la Sentencia T-063 de 2014 se indicó que era posible que algunos permisos, excepcionalmente, generaran la necesidad de nombrar un reemplazo y que, en aquellos casos y bajo las circunstancias estrictas ya mencionadas, los destinatarios podían también ser afiliados diferentes a los directivos sindicales, caso en el cual era necesario establecer con mayor exigencia la necesidad de conceder la autorización.

207.5. El permiso sindical debe ser ejercido dentro de límites razonables. Es evidente que su disfrute afecta el normal y habitual cumplimiento de los deberes de los trabajadores y, por lo tanto, en su discusión se encuentra de por medio, de un lado, la garantía del derecho de asociación sindical -y de los demás bienes que se materializan con su ejercicio- y, del otro, la adecuada prestación del servicio, en concreto, del servicio público cuando se trata de empleados vinculados al Estado y cuya relación involucra la satisfacción del interés general.

[248] La interferencia lógica en el cumplimiento de las funciones, empero, no tiene la virtualidad de limitar o negar la satisfacción del otro bien fundamental involucrado, por lo cual, la negativa del permiso debe justificarse en la grave e inevitable afectación del servicio público a cargo de la DIAN, y las razones exponerse claramente en el acto a través del cual se adopte la decisión.

207.6. En este sentido, en razón a que la definición sobre el otorgamiento de un permiso sindical se vincula inescindiblemente a la apreciación de su impacto en las labores encomendadas a la DIAN, para la motivación que debe acompañar la determinación del jefe de la Entidad son criterios válidos de estimación, entre otros y a título enunciativo, (i) la función que en la institución desempeña el destinatario concreto del beneficio, (ii) el total de trabajadores y trabajadoras en permiso sindical concurrente, (iii) el número de afiliados y afiliadas de la organización solicitante del permiso frente a la actividad sindical que lo motiva, (iv) el número de sindicatos constituidos dentro de la entidad con miras a la garantía equitativa y justa de los permisos sindicales, y (v) los requerimientos particulares de la entidad en virtud de las mayores exigencias del servicio encomendado a su cargo. Por supuesto, estas y otras pautas que sean pertinentes en atención a las circunstancias concretas que rodeen la pretensión, deberán ser evaluadas y ponderadas integral y conjuntamente por el jefe de la Entidad o su delegado, con miras a fijar su repercusión en la adecuada prestación del servicio público de la DIAN y, a partir de allí, las posibilidades reales y exigibles para superar dicho efecto y garantizar el derecho de asociación sindical.

207.7. Finalmente, en el marco de dicho examen, el reconocimiento del permiso sindical está sometido a la acreditación de su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

(i) La necesidad del beneficio alude a las circunstancias -ordinarias y/o extraordinarias- que se exponen como justificatorias de la intervención de los representantes y afiliados de las organizaciones que deban atender la gestión del mismo;

[249] (ii) la razonabilidad exige considerar la condición de quien se beneficiaría del permiso, por ejemplo, si es un directivo o un afiliado que por la actividad de que se trate interviene en la gestión ordinaria o extraordinaria del mismo, el número de personas que lo requieren, su duración , entre otros aspectos, estimados frente a las circunstancias de que trata el anterior criterio; y, (ii) la proporcionalidad tiene que ver con el impacto que tendrá el

beneficio solicitado en la prestación adecuada del servicio público a cargo de la DIAN, en el marco de las posibilidades materiales de la Entidad de enfrentar la situación, por ejemplo, a través de medidas de administración de personal que permitan suplir las ausencias, si ello se requiere, generadas a raíz del permiso sindical.

[250] 6.4. Resolución del problema jurídico propuesto 208. En este acápite la Sala Plena (i) precisará el alcance de las disposiciones demandadas, (ii) justificará la necesidad de realizar integración de la proposicion jurídica y finalmente, con fundamento en las líneas jurisprudenciales antes abordadas, (iii) atenderá el cargo invocado.

6.4.1. Alcance de las disposiciones demandadas 209. Los artículos 97 y 123 (parcialmente demandados) regulan las comisiones sindicales y los permisos sindicales, respectivamente, en los siguientes términos:

Destinatarios Número de beneficiarios Examen valorativo para el otorgamiento Término Derechos salariales / prestacionales Aspectos adicionales Comisión sindical (Art. 97) Miembros de la junta directiva y subdirectivas Hasta 5 miembros principales "A juicio del Director de la DIAN o quien este delegue"

Hasta por el tiempo que dure el mandato No genera reconocimiento de viáticos ni gastos de viaje Es incompatible con permisos sindicales Permiso sindical (Art. 123) Miembros de la junta directiva y subdirectivas 5 miembros principales y 5 suplentes "Siempre que se garantice el servicio público"

No lo establece Remunerado Cuadro No. 1. Comparativo de las disposiciones demandadas 210. A lo largo de la línea jurisprudencial expuesta sobre el permiso sindical quedó en evidencia que, por ejemplo, el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo menciona la concesión de licencias para desempeñar comisiones sindicales , sin que para el efecto haya distinción alguna entre esta última denominación y la categoría de permiso sindical. No obstante, en el marco de las disposiciones ahora demandadas, la comisión y el permiso no son equiparables, dado que, expresamente, el artículo 97 establece que la comisión sindical es incompatible con el permiso sindical. ¿Cuál es entonces la relación entre una y otra figura? 211. El análisis de los antecedentes de esta configuración remite a la expedición de la Ley 1819 de 2016, [251] que previó en su artículo 337 la institución de la comisión sindical para las organizaciones de empleados públicos de la DIAN, en términos parecidos a los utilizados en la disposición ahora demandada.

[252] La inclusión de dicha disposición, según la Gaceta del Congreso 1088 de 2016, se dio en la ponencia mayoritaria para primer debate, con la siguiente justificación:

“ Artículo nuevo Comisión Sindical. La situación administrativa del "permiso" que consagran los artículos 2.2.5.10.1 y 2.2.5.10.16 del Decreto 1083 de 2015 y el artículo 61 literal f) del Decreto ley 1072 de 1999, se refiere a la posibilidad de que el servidor público no concurra al trabajo hasta por tres días, previa autorización del jefe del organismo o del funcionario en quién éste delegue entendiéndose como tiempo de servicio para todos los efectos legales, lo que comporta que la actual normativa que regula la administración de personal no prevé el permiso sindical como una situación administrativa.

En este orden de ideas, la iniciativa normativa tiene por propósito hacer parte de régimen de personal “la comisión sindical” como situación administrativa autónoma, para atender las responsabilidades que se desprenden del derecho fundamental de asociación y libertad sindical que derivan de ser designados miembros de la junta directiva y subdirectivas de los sindicatos.

Precaviendo el desbordamiento de la figura, la regulación que se propone define el termino máximo de duración, a qué funcionarios y en qué número máximo se les confiere, respecto a este último es importante señalar que aquel coincide con el número máximo de funcionarios de que gozan de fuero sindical – artículo 406 Código Sustantivo del Trabajo-, y en aras que la comisión no represente una carga económica adicional, se estipula que aquella no genera el reconocimiento de viáticos y gastos de viaje, y que no es compatible con los permisos sindicales.” [253] 212. En atención a lo anterior, el objetivo de regular la comisión sindical consistió en incluirla de manera expresa dentro de las situaciones administrativas que dan lugar a la separación temporal del servicio, [254] con lo cual, acorde a lo previsto en el artículo 22.2. del Decreto ley 71 de 2020, se genera una vacancia temporal y autoriza, consecuentemente, su provisión mediante nombramiento en encargo o en provisionalidad. Por el contrario, el permiso sindical no está incluido entre aquellos supuestos que generan una situación administrativa de separación temporal del cargo, dado que, aunque tiene el efecto de alterar el normal funcionamiento de las labores particulares del empleado, es limitado en el tiempo y, en consecuencia, por regla general , no exige la provisión transitoria del cargo ocupado por el destinatario del permiso.

213. Ahora bien, no se percibe que entre la comisión y el permiso exista una diferencia fundamental desde el punto de vista de aquellos motivos que generan una y otro, esto es, desde la finalidad.

Su relación podría explicarse con mayor precisión si se recuerdan los inconvenientes analizados en la Sentencia T-063 de 2014 [255] para el otorgamiento de permisos sindicales dentro de las organizaciones de empleados de la Rama Judicial. En aquella oportunidad se puso en evidencia la inexistencia de una vía que, en casos excepcionales, tras la concesión de un permiso sindical permitiera proveer transitoriamente los cargos de quienes debían asumir la gestión de los sindicatos, por lo cual la Corte Constitucional ordenó la expedición de un reglamento que permitiera establecer los casos en los que nombramientos temporales fueran posibles y, de esta forma, solucionar constitucionalmente la tensión entre la garantía del derecho de asociación sindical y, del otro lado, los principios que deben satisfacerse en la función pública y el interés general asociado a ella.

214. Con lo anterior como antecedente, la figura de la comisión sindical en el contexto específico de la carrera administrativa de la DIAN se explica como la determinación anticipada, incluyendo su número y destinatarios, de los eventos en los que la gestión y/o representación de las organizaciones

de dicha entidad pueden motivar la separación temporal y, por lo tanto, la provisión de los empleos en encargo o provisionalidad. Esto con independencia, por supuesto, de los permisos sindicales que puedan beneficiar a otros funcionarios a partir de lo dispuesto en el artículo 123 del Decreto ley 71 de 2020 y que, por regla general, no generan la necesidad de la provisión transitoria de sus cargos.

6.4.2. Necesidad de integrar la proposición jurídica completa 215. De conformidad con el cargo formulado por los accionantes contra los artículos 97 y 123 del Decreto ley 71 de 2020, la Sala debe determinar si la configuración de la comisión y del permiso sindical desconoce la autonomía de las organizaciones de empleados de la DIAN para elegir los representantes de la gestión sindical y las actividades necesarias para el desarrollo de los intereses y compromisos de dichas colectividades. Este reparo, en los términos de la demanda, involucra el número y la determinación taxativa de sus destinatarios, así como los aspectos que, en su consideración, permiten una valoración subjetiva de su otorgamiento a cargo del Director de la DIAN o de quien éste delegue.

216. Al tenor de lo establecido en el inciso 3 del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, la Corte ha considerado que excepcionalmente puede hacer uso de la facultad de acudir a la integración normativa, [256] con el objeto de "ejercer debidamente el control constitucional y dar una solución integral a los problemas planteados por el demandante o los intervinientes." [257] En atención a la necesidad de evitar un fallo inocuo y con el objeto de atender de fondo el reparo propuesto, se ha considerado que entre los supuestos que pueden dar lugar a su aplicación está "[c] uando un ciudadano demanda una disposición que no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que para entenderla y aplicarla es imprescindible integrar su contenido normativo con el de otro precepto que no fue acusado. Esta causal busca delimitar la materia objeto de juzgamiento, en aras de que este Tribunal pueda adoptar una decisión de mérito que respete la integridad del sistema.

" [258] 217. En este caso, dada la comprensión de los cargos, los apartes expresamente demandados por los accionantes resultan insuficientes para dar cuenta de la integridad de sus reparos, dado que no permiten identificar claramente la determinación numérica que cuestionan (i) a qué tipo de funcionarios se refiere, pese a que esto último también es cuestionado, (ii) ni respecto de qué tipo de derecho se predica, comisión o permiso sindical. Por lo anterior, la Sala Plena asumirá el estudio propuesto teniendo en cuenta los siguientes enunciados:

Apartado demandado Integración efectuada por la Corte Constitucional Artículo 97 Artículo 97 . Comisión sindical . A juicio del Director General de la DIAN o quien este delegue, se podrá conferir comisión hasta por el tiempo que dure el mandato, a los miembros de la junta directiva y subdirectivas de los sindicatos de empleados públicos de la DIAN.

Esta comisión no puede exceder de cinco (5) miembros principales. Previa solicitud de la organización sindical se podrá conferir al suplente el permiso sindical, por el término en que deba asumir el cargo por la ausencia del principal.

// Esta comisión no genera reconocimiento de viáticos, ni gastos de viaje, y es incompatible con los permisos sindicales. Artículo 97 . Comisión sindical .

A juicio del Director General de la DIAN o quien este delegue, se podrá conferir comisión hasta por el tiempo que dure el mandato, a los miembros de la junta directiva y subdirectivas de los sindicatos de empleados públicos de la DIAN .

Esta comisión no puede exceder de cinco (5) miembros principales. Previa solicitud de la organización sindical se podrá conferir al suplente el permiso sindical, por el término en que deba asumir el cargo por la ausencia del principal.

// Esta comisión no genera reconocimiento de viáticos, ni gastos de viaje, y es incompatible con los permisos sindicales. Artículo 123 Artículo 123 .

Permiso sindical . Única y exclusivamente, los cinco (5) miembros principales y los cinco (5) suplentes de la junta directiva y de las subdirectivas de los sindicatos de empleados públicos de la DIAN, tendrán derecho a que se les conceda permiso remunerado para ejercer la actividad sindical, siempre que se garantice el servicio público ." Artículo 123 .

Permiso sindical . Única y exclusivamente, los cinco (5) miembros principales y los cinco (5) suplentes de la junta directiva y de las subdirectivas de los sindicatos de empleados públicos de la DIAN, tendrán derecho a que se les conceda permiso remunerado para ejercer la actividad sindical, siempre que se garantice el servicio público ." Cuadro No. 2. Integración de la proposición jurídica 6.4.3. El artículo 123, sobre permiso sindical, es parcialmente inexequible por desconocer el derecho de asociación sindical 218. Pese a que la comisión sindical se encuentra regulada en el artículo 97, se analizará primero la constitucionalidad del articulo 123 sobre el permiso sindical, pues su comprensión es indispensable para el de la primera. Metodológicamente este estudio se realizará a través del juicio integrado de proporcionalidad, [259] compuesto por el principio de proporcionalidad clásico [260] y un test que, basado en tres intensidades o escrutinios, permite abordar diferencialmente grupos de casos que merecen tal tratamiento por involucrar -en mayor o menor medida- el ámbito de configuración del Legislador.

[261] 219. En atención a lo anterior, el primer aspecto que debe establecerse es la intensidad en la que se adelantará el juicio. Para ello, se tiene en cuenta que la norma prevista en el artículo 123, permiso sindical, (i) no involucra o compromete categorías sospechosas, como las que, en términos enunciativos, están establecidas en el inciso 1 del artículo 13 de la Constitución; pero, (ii) se ocupa de las condiciones en las que se reconoce a las organizaciones de empleados de la DIAN garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión , faceta que se adscribe al derecho de asociación sindical, libertad que ostenta la categoría de fundamental y es de aplicación inmediata. En este marco, (iii) por disposición del artículo 39 constitucional, el Legislador cuenta con un margen de configuración en relación con la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sindicales , incluso si éste es, como en el presente caso, el legislador extraordinario, (iv) dicho margen de configuración, sin embargo,

es limitado, pues las restricciones deben ser las mínimas, indispensables y proporcionadas según la finalidad perseguida; como son las fundadas en la garantía de los principios democráticos de participación y pluralismo, de conformidad con lo expuesto por esta Corporación a partir de la Constitución y de los Convenios de la OIT que forman parte del bloque de constitucionalidad.

220. Sobre este último aspecto, precisa la Sala que una restricción en términos numéricos, en principio, no plantea agudos inconvenientes de entrada como aquella que tiene por objeto limitar los sujetos destinatarios de una garantía de la que es titular el sindicato, como sucede en el artículo 123, por lo cual, la Sala concluye que el test procedente es el estricto, porque prima facie sí se evidencia una intervención intensa en un derecho de libertad, específicamente respecto de los sujetos destinatarios.

221. Tal como se citó previamente, este escrutinio exige analizar si (i) el fin perseguido por la norma es imperioso; (ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos a quienes se dirige la norma; y, por último, (iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales, es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.

222. En este escenario, la Corte advierte que la regulación del permiso sindical prevista en el artículo 123 del Decreto ley 71 de 2020 tiene por objeto armonizar la garantía del derecho de asociación sindical, a partir de uno de los instrumentos que han sido reconocidos como constitucionalmente adecuados para el cumplimiento de la gestión de tales organizaciones (Art. 39 de la CP), y la protección de la función pública dirigida a la satisfacción de los fines esenciales del Estado, en la medida en que el escenario de aplicación es una entidad estatal como la DIAN (Arts. 2 y 209 de la CP). Esta finalidad , puede afirmarse, es constitucionalmente imperiosa .

223. Ahora bien, la armonización realizada por el Legislador en la disposición cuestionada, se concreta en imponer una serie de limitaciones y/o condiciones para el otorgamiento del permiso, a partir de tres criterios: (i) uno cuantitativo, (ii) uno cualitativo predicable de los destinatarios, y (iii) uno de orden teleológico, que se establece a partir de un juicio valorativo para su reconocimiento (ver cuadro No. 1.

Comparativo de las disposiciones demandadas). A partir de estas precisiones se analizará, en primer lugar, si la medida cumple el requisito de efectiva conducencia.

224. Encuentra la Sala que las restricciones y/o condiciones que prevé el artículo 123 impiden afirmar su efectiva conducencia en la consecución de las finalidades constitucionales pretendidas. Para justificar esta aseveración es necesario reiterar que, conforme se señaló en la recapitulación normativa y jurisprudencial antes realizada, los permisos son instrumentos que concretan la representación de los trabajadores sindicalizados en diferentes escenarios, y la representación corresponde a un ámbito en el que la autonomía es trascendental e inescindible al derecho de asociación sindical.

225. En este caso el legislador extraordinario da por sentado que restricciones de plano como las que aquí se regulan -respecto al número de beneficiarios y sus destinatarios especialmente- conducen, efectivamente, a la buena prestación del servicio, presunción que no puede darse por acreditada cuando quiera que ella, dada la taxatividad que acompaña la configuración, no protege adecuadamente el derecho de asociación y, por lo tanto, puede generar mayor desarmonía en las relaciones laborales. En esta dirección, la visión del Constituyente de 1991 al incluir de manera explícita el bien constitucional del artículo 39 consistió en considerar a las organizaciones de trabajadores como actores de la democracia, promotores de desarrollo social y político, y de la solidaridad humana. Por lo anterior, la legislación que recaiga sobre las relaciones empleado - empleador, incluso en el marco del servicio público, deben permitir cierta flexibilidad, en la que la valoración de las circunstancias por las que atraviesan las entidades y organizaciones de trabajadores puedan armonizarse, en beneficio de los intereses en juego.

226. Igualmente debe permitirse un trato equitativo frente a los diferentes sindicatos que pueden existir en una misma entidad, evitando estandarizar un número que no obedezca, se insiste, a los requerimientos particulares del caso. Con esto último no se quiere indicar, por supuesto, que no puedan existir restricciones legítimas impuestas por el Legislador, pero aquellas deben estar razonablemente justificadas en atención a la finalidad que pretenden. Este motivo, por sí mismo, determina que la restricción en el número y destinatarios prevista en el artículo 123, sea inconstitucional.

227. No obstante, para abundar en razones, la medida también es innecesaria , pues como mecanismo para lograr la ponderación que intentó el Legislador en el artículo cuestionado se ha desarrollado una sólida y consistente línea jurisprudencial, según la cual los permisos deben estar mediados por su necesidad , razonabilidad y proporcionalidad , mientras que los empleadores deben dar respuesta a dichas peticiones de manera motivada, justificando en razones del servicio aquellos eventos en los que decida no atender la solicitud de la organización sindical. Así, en un escenario más propicio a la construcción de relaciones laborales armónicas la organización sindical debe dar cuenta de las razones que motivan su petición y el empleador, por su parte, debe justificar seriamente una respuesta negativa, atendiendo a los parámetros que se sintetizaron al finalizar el acápite “ 6.3.2 De los permisos sindicales ”.

228. Bajo esta línea argumentativa, una restricción en el número de permisos posibles, de plano y sin valorar las circunstancias tanto de la asociación sindical como de la entidad, pone en alto riesgo la garantía de representación y, por tanto de autonomía de las organizaciones para llevar a cabo su gestión y adelantar otras actividades indispensables para el cumplimiento de su misión, por lo cual es inconstitucional . En este mismo sentido, por ejemplo, esta Corporación estimó que la limitación de la representación del sindicato a 3 trabajadores en un caso de conflicto colectivo era inexequible, por desconocer “ el derecho a la libertad sindical, pues son las organizaciones sindicales las que deben autónomamente determinar cuántos son los delegados que deben presentar ante el empleador el pliego de peticiones y qué condiciones deben reunir .” [262] 229. También es inconstitucional restringir la representación de las organizaciones en el marco del permiso sindical a determinados grupos de directivos sindicales, como lo hace el

artículo 123 estudiado, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que, aunque los directivos son líderes naturales de las organizaciones, elegidos por mecanismos democráticos en su interior, es probable que en determinados momentos y circunstancias, otros empleados afiliados asuman la vocería y, esta situación, no puede ser desconocida.

230. Al respecto, una revisión al ordenamiento existente sobre la constitución, organización y actividad sindical en general del Código Sustantivo del Trabajo refleja que, en el marco de autonomía a la que se ha venido refiriendo la Sala, las organizaciones deben incluir en sus estatutos, entre otros aspectos, las "[c] omisiones reglamentarias y accidentales " (Art. 362.6), y las "[é] pocas de celebración de asambleas generales ordinarias y de asambleas de delegatarios, en su caso " (Art. 362.10). Aunado a lo anterior, entre muchas otras funciones, a los sindicatos les corresponde "[d] esignar (…) las comisiones de reclamos permanentes o transitorias, y los delegados del sindicato en las comisiones disciplinarias que se acuerden " (Art. 374.1), y en el caso de los empleados públicos, iniciar los procesos de concertación en el marco de las posibilidades por el vínculo que ostentan (Convenio 154 de la OIT).

231. Esta referencia indica que las organizaciones de las y los trabajadores desarrollan una amplia y variada gestión, que en algunos casos es propia de las directivas elegidas internamente pero en otros eventos excede tal representación, como ocurre por ejemplo con las asambleas generales que deben realizarse por lo menos cada 6 meses (Art.

385 del CST) y a las que deben asistir sus afiliados o un grupo de ellos cuando la participación total sea impracticable (Art. 387 del CST). En estas condiciones, nuevamente, definir prima facie quiénes ostentan la representación de un sindicato y limitar a dicho grupo la garantía del permiso sindical es lesivo de la autonomía y del derecho de las organizaciones a determinar quiénes, en qué condiciones y en cuáles circunstancias un directivo y/o un afiliado asume la agencia de los intereses del sindicato.

232. Por supuesto que el permiso sindical tiene por objeto garantizar la ejecución y desarrollo de los fines de la organización, pero lo que quiere destacarse es que en tal dirección no solo los miembros de la junta directiva están involucrados, sino que otros afiliados podrían ser destinatarios del mismo, por lo cual la restricción del artículo 123 no se ajusta a la Carta. Finalmente, es pertinente señalar que como un reconocimiento de esta situación la misma disposición que regula el permiso sindical de manera general para la Administración Pública prevé de manera amplia este reconocimiento, como se observa del contenido del artículo 2 del Decreto 2813 de 2000:

[263] "Las organizaciones sindicales de servidores públicos sin titulares de la garantía del permiso sindical, del cual podrán gozar los integrantes de los comités ejecutivos, directivas y subdirectivas de confederaciones y federaciones, juntas directivas y comités seccionales de los sindicatos, comisiones legales o estatutarias de reclamos, y los delegados para las asambleas sindicales y la negociación colectiva." 233. Del mismo modo sería inconstitucional dejar a la arbitraria valoración del empleador las circunstancias a partir de las cuales se puede conceder o no un permiso, dado que las limitaciones concretas a este derecho deben provenir del imperativo de proteger intereses superiores, debidamente acreditados y justificados. No obstante, este no es el sentido que puede derivarse de la expresión " siempre que se garantice el servicio público ", en la medida en que, como quedó explicado a lo largo de la línea jurisprudencial expuesta, es precisamente tal motivo el que podría determinar una restricción concreta de un permiso sindical. Como también se mencionó previamente, es lógico que el ejercicio de esta garantía impacte la labor propia a cargo del funcionario destinatario en la Entidad, pero esto no indica por sí mismo la afectación al servicio público a cargo de la DIAN, por lo cual, el otorgamiento o no del mismo depende de la valoración conjunta, razonada y ponderada a la que se ha venido haciendo referencia.

234. Ahora bien, en razón a que las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a los funcionarios públicos deben entenderse enmarcadas en un ejercicio garante de los derechos y principios vinculantes, la correcta y única interpretación que debe darse a esta expresión demandada es que corresponde a la administración justificar en razones del servicio la negativa de un permiso y, además, corresponde a ella tratar de superar las eventuales afectaciones a la función pública y, a partir de ello, garantizar al máximo la protección del derecho de asociación. Para el ejercicio de esta facultad en cabeza del empleador, es necesario atender a los criterios que esta Corporación sintetizó en la parte final del acápite " 6.3.2 De los permisos sindicales ".

235. En este contexto, la Sala debe proceder a determinar el remedio a adoptar. Primero, dado que una limitación numérica y la referida a los destinatarios del permiso sindical es inconstitucional, se procederá a declarar la inexequibilidad de las expresiones " Única y exclusivamente, ", " cinco (5) ", " principales y los cinco (5) suplentes de la junta directiva y de las subdirectivas " y así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia:

"Artículo 123. Permiso sindical. Única y exclusivamente, los cinco (5) miembros principales y los cinco (5) suplentes de la junta directiva y de las subdirectivas de los sindicatos de empleados públicos de la DIAN, tendrán derecho a que se les conceda permiso remunerado para ejercer la actividad sindical, siempre que se garantice el servicio público." 236. Pese a tener en cuenta la aplicación del principio de conservación del derecho, la Sala encuentra que mantener en la disposición un número de destinatarios del permiso sindical no es posible en este caso, porque se sacrificaría el principio del efecto útil de la norma. En efecto, no se encuentra una fórmula que permita la mejor comprensión de esta limitante, cuando con independencia del número de permisos solicitados (1, 5 o más), es imprescindible que se encuentren acreditados los requisitos de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

237. Segundo, respecto a la limitación referida al estatus del destinatario del permiso sindical, estima la Corporación que, aunque no es inconstitucional incluir entre los sujetos que tienen derecho a su concesión a los miembros principales y suplentes de la junta directiva y subdirectivas

de los sindicatos, el problema surge cuando se considera que solo ellos ostentan tal derecho, pues jurisprudencialmente está decantado que la pueden ostentar, en cualquier momento, quienes ostenten la condición de representantes o agentes de los intereses de la organización.

238. Tercero, en cuanto a la sujeción del permiso a la garantía del servicio público a cargo de la DIAN considera la Sala que no es necesario un condicionamiento, dado que el único sentido posible a dicho criterio como potencial limitante del derecho de asociación sindical exige de un ejercicio razonado y motivado por parte del funcionario que debe decidir sobre su concesión, en los términos ampliamente expuestos por esta sentencia.

239. En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 123 analizado, salvo de las expresiones " Única y exclusivamente, ", " cinco (5) ", " principales y los cinco (5) suplentes de la junta directiva y de las subdirectivas ", que se declararán inexequibles por los motivos presentados.

6.4.4. El artículo 97, sobre comisión sindical, es exequible 240. Respecto al artículo 97 del Decreto ley 71 de 2020 la Sala efectuará el análisis de constitucionalidad acudiendo al juicio integrado. A diferencia del estudio que recayó sobre el artículo 123, se estima que la intensidad en este caso debe ser intermedia por dos razones. De un lado, el artículo 97 no regula directamente las condiciones de otorgamiento del permiso sindical sino que configura una medida instrumental a aquél, que permite, en determinadas situaciones, brindar una solución prima facie a la afectación del servicio público que se generaría por un permiso extendido en el tiempo. Esto es, no puede equipararse el escrutinio de una disposición que restringe el ejercicio mismo de una garantía del derecho de asociación sindical, con el de una disposición que fija las condiciones de procedencia de una institución que prevé una medida para proteger el derecho en casos extremos o límite.

241. Entendida así la comisión sindical, en consecuencia, confluye una segunda razón. El Legislador cuenta con un margen más amplio en la configuración de una institución que directamente no restringe el derecho fundamental cuando, además, en ejercicio de sus competencias, tiene por objeto prevacer la no afectación del servicio público. En estas circunstancias, ponderando la relación de la comisión con el derecho de asociación sindical, por un lado, y la necesidad, por el otro, de garantizar el servicio público en casos extremos en donde el otorgamiento del permiso exige necesariamente considerar la vacancia temporal del cargo del destinatario del mismo, se considera que el estudio de la Corte debe ser un poco más deferente con la tarea del Legislador, ubicando su análisis, se insiste, en la intensidad intermedia.

242. En este escenario, entonces, los requisitos que debe analizar la Sala son (i) que la medida busque una finalidad constitucionalmente importante, (ii) que el medio sea efectivamente conducente a la finalidad y (iii) que no se genere una desproporción evidente en el balance de intereses en juego.

[264] 243. Al respecto, la Corporación juzga nuevamente necesario destacar que la lectura de esta disposición debe armonizarse con la del permiso sindical que previamente efectuó la Sala. La configuración de la comisión sindical tiene por objeto prever aquellas situaciones que exigen, para la debida protección de " las garantías necesarias para el cumplimiento de [la] gestión [sindical] " , el reconocimiento de vacancias temporales y, a través de esta vía, la posibilidad legal de nombrar personas en encargo o en provisionalidad en aquellos empleos desempeñados por quienes asumen de manera más intensa la gestión de los intereses de la organización sindical. La regulación de la comisión sindical actúa, si se quiere, como refuerzo del permiso sindical y en casos que plantean una irresoluble tensión entre el derecho fundamental y el deber de garantizar la adecuada prestación del servicio público, en tanto prevé la necesidad de reconocer, en ciertos casos, una situación administrativa de separación temporal del servicio que, al tiempo que permite la gestión de los intereses de la organización de los trabajadores con respeto de los derechos laborales, precave la necesidad de salvaguardar la buena marcha de la entidad. Adicionalmente, tras el diseño normativo de la comisión está un cálculo presupuestal institucional que repercute en el manejo responsable de las finanzas públicas, finalidades todas estas que son, sin duda, importantes constitucionalmente.

244. En concepto de la Sala, la inclusión de la comisión pero no del permiso sindical como una situación administrativa que da lugar a una vacancia temporal se encuentra plenamente justificada, dado que el permiso sindical, por regla general, aunque tiene incidencia en la adecuada prestación del servicio lo cierto es que es temporal y, por lo tanto, a través de diversas vías la Administración debe garantizarlo sin necesidad de generar vacancias temporales. Por supuesto, existen casos en los que la vacancia se convierte en un instrumento de manejo del talento humano que facilita suplir déficits que sí tienen el alcance, por su duración, de afectar intensamente el servicio y, por lo tanto, la comisión se convierte en una herramienta valiosa para armonizar lo que allí está en juego.

245. Bajo esta comprensión, la comisión sindical es efectivamente conducente como una medida que refuerza o es instrumental a la protección del permiso sindical, permitiéndole a la Administración suplir las afectaciones fuertes al servicio a través de la aplicación de una figura que la autoriza a proveer el cargo transitoriamente sin generar, al mismo tiempo, la afectación de los derechos salariales y prestacionales del empleado sindicalizado. Aunque, en su regulación esta situación administrativa está limitada en número y en relación con sus destinatarios, se evidencia que en este caso tal diseño no se opone a la Constitución dado que obedece, de un lado, a una consideración a priori sobre las provisiones presupuestales que la entidad debe hacer para atender este tipo de situaciones y, del otro lado, porque, en principio, son las directivas de los sindicatos quienes de manera prevalente y prioritaria asumen recurrentemente la ejecución y desarrollo de los fines de la organización.

246. Por su puesto, debe advertirse que el alcance de la comisión no puede constituirse en una barrera que afecte el derecho de la organización sindical a contar con los permisos sindicales que requiera, respecto de quienes considere sus representantes o agentes en determinada circunstancia, en atención a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, por lo cual, como se afirmó previamente, la entidad debe brindar todas las condiciones posibles para que, tomando las medidas exigidas para garantizar la adecuada prestación del servicio, no se desconozca o afecte sin justificación el derecho de asociación sindical.

247. Finalmente, tal como se argumentó al estudiar el permiso sindical, el hecho de que la disposición establezca que el otorgamiento de la comisión depende del “ juicio del Director General de la DIAN o quien este delegue ” no indica que esta sea una actuación que pueda ser arbitraria, pues dado que lo que está de por medio en últimas es, nuevamente, la garantía del derecho de asociación, el ejercicio de esta potestad debe ser ejercida de manera razonable, motivando las razones por las cuales no es válida su concesión. Por lo tanto, aunque esta regulación establece una restricción en el ámbito de aplicación del beneficio, se considera que no es evidentemente desproporcionado en atención a la finalidad y a que, en principio, los permisos sindicales son temporales y, por lo tanto, no requieren o precisan reemplazos.

248. Por lo expuesto, la Sala declarará la exequibilidad del artículo 97 del Decreto ley 71 de 2020 porque es una medida legislativa que se encuentra justificada y no lesiona el derecho de asociación.

7. Quinta parte: análisis de constitucionalidad del artículo 144 7.1. Antecedentes 7.1.1. La demanda [265] 249. En consideración de los promotores de la acción, la regulación contenida en esta disposición quebranta la reserva de ley estatutaria, artículo 152 de la Constitución, dado que se refiere a aspectos esenciales del derecho de sindicación previsto en el artículo 39 de la Constitución y, en particular, de la garantía del fuero sindical. Los demandantes estiman que en un Estado social de derecho es imprescindible y mucho más garantista que la intervención judicial en casos de despidos de funcionarios amparados por el fuero sindical sea previa, y no posterior. Advierten que el artículo 39 está ubicado en el capítulo de los derechos fundamentales regulados por la Constitución, y que la garantía del fuero hace parte del núcleo esencial del derecho a la asociación sindical.

250. Indican la estrecha relación existente entre la protección de las asociaciones sindicales, por un lado, y la de los dirigentes de dichas asociaciones, por el otro, “ porque sin los derechos de los sindicatos no hay libertad de asociación y sin los derechos de los representantes sindicales se hace írrita, inocua o se destruye a asociación sindical, no puede existir la asociación sindical sin que a los representantes de los sindicatos se les proteja a través de un fuero y se le den las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión como lo exige el artículo 39 inciso 4º de la Constitución .” A continuación, destacan cómo el fuero, en esta comprensión, tiene como finalidad la protección no solo de la asociación sino de los representantes de la organización, concluyendo que hace parte del referido núcleo esencial del derecho regulado en el artículo 39 de la Carta y, por lo tanto, solo puede ser regulado por el Legislador estatutario.

Al respecto, destacan que: “Siendo esto así, formando parte del núcleo esencial de los Derechos contemplados en el artículo 39 de la constitución necesariamente sobre él el único que tiene competencia es el legislador pero no un legislador cualquiera, sino como lo exige el artículo 152 en nuestra constitución un legislador especial, en este caso un legislador estatutario, de manera tal que la regulación que se hizo en el artículo 144 no se podía hacer por el legislador ordinario ni directamente por el congreso ni directamente por el congreso ni tampoco por el gobierno investido de facultades legislativas. Por otro lado, no sobra recordar que el artículo 150 numeral 10 de la Constitución prohíbe conceder facultades extraordinarias para regular el núcleo esencial de los derechos fundamentales, como los del artículo 39 de la constitución.” 251. Contrariando tal regla, afirman los actores, el artículo 144 demandado no solo asume la tarea de regular el fuero sindical, sino que lo hace con el objeto de afectarlo a partir de cada uno de los siete supuestos que prevé como razón suficiente para el despido sin contar con autorización judicial. Con independencia de lo anterior, no obstante, insisten en que, cualquiera sea el sentido de la regulación, esta materia debe atenderse a través de leyes estatutarias.

7.1.2. Intervenciones a favor de la exequibilidad 252. La Procuraduría General de la Nación indica que, de conformidad con lo sostenido por la Corte Constitucional, la materia reserva de ley estatutaria debe establecerse de manera restringida y, por tanto, es aplicable cuando se trata de regulaciones integrales de derechos o elementos estructurales del mismo, [266] lo cual no se presenta en este caso dado que el artículo 144 (i) regula un aspecto específico vinculado a causales objetivas de separación del servicio de funcionarios aforados, sin el requisito judicial previo, y (ii) no se refiere a un aspecto estructural, teniendo por tales aquellos definidos por este Tribunal en la Sentencia C-180 de 2006.

[267] 253. Para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN la regulación prevista en el artículo 144 no desconoce la reserva de ley estatutaria que recaería sobre la configuración de los aspectos estructurales del derecho de asociación sindical establecido en el artículo 39 de la Constitución, pues, siguiendo los lineamientos establecidos por este Tribunal:

[268] “(i) no regula dicho derecho de asociación, (ii) no crea requisitos respecto a la constitución de organizaciones sindicales, (iii) no determina cómo deben organizarse dichas asociaciones, y (iv) no impide la asociación con otras organizaciones y menos determina lo relacionado con la cancelación de las personerías jurídicas de las mismas. Es decir, no regula en absoluto, los elementos estructurales del derecho de asociación.” 254. El Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP argumenta que, [269] de conformidad con lo establecido en la Sentencia C-818 de 2011, [270] es reserva de ley estatutaria la regulación sobre: (i) los elementos estructurales del derecho fundamental, definidos en la Constitución, (ii) los límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten su núcleo esencial, (iii) una previsión integral, estructural y completa del derecho, (iv) la estructura general y principios reguladores del derecho, y (v) las situaciones principales e importantes de los derechos. Bajo esta dogmática, continúa, debe concluirse que el artículo cuestionado no se refiere a materias reservadas a un trámite estatutario y que, por el contrario, constituye una garantía para su “ cabal ejercicio”.

Agrega que las causales de retiro previstas en dicha disposición son objetivas y tienen la finalidad de “ llevar a feliz término los procesos de selección para el ingreso a la función pública ”, asunto este que fue objeto de estudio y decisión de exequibilidad en la Sentencia C-1119 de 2005.

[271] 255. Considera el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia que, sin perjuicio de reconocer la trascendencia del mandato de reserva estatutaria, no toda regulación sobre derechos fundamentales debe tramitarse por el Legislador a través del

proceso legislativo especial, sino solo cuando se configuran “ los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales .” [272] A partir de la línea de jurisprudencia de este Tribunal, afirma que en este caso no se está regulando el “ núcleo esencial ” de la libertad sindical, por cuanto:

“1. No se regula -y menos aún vulnera- la libertad de asociarse sindicalmente, por el contrario, se prevén instancias para el relacionamiento con las posibles organizaciones de trabajadores.

2. No se legisla respecto de la facultad de los trabajadores de construir organizaciones sindicales, así como tampoco sobre la organización interna o administración de estas agremiaciones.

3. No se incluye norma alguna sobre el reconocimiento o cancelación de la personería jurídica de las organizaciones de trabajadores. 4. No se impide la asociación con otras organizaciones sindicales.” 256. Por lo anterior, concluye que la disposición cuestionada no solo no afecta la libertad sindical, sino que beneficia su ejercicio. Finalmente, precisa que la enunciación de justas causas de desvinculación sin la necesidad de autorización judicial previa son hipótesis objetivas que no afectan la constitucionalidad del artículo 144.

257. Finalmente, el Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Hacienda Pública -SINTRADIAN Hacienda Pública solicitó declarar la inexequibilidad del artículo 144, sin embargo, su pronunciamiento versó sobre un cargo diferente al invocado en la demanda, dado que se opuso a la configuración de algunas de las causales allí previstas por desconocer el requisito judicial previo para el retiro que beneficia a los aforados.

7.2. Problema jurídico 258. De conformidad con lo planteado por los demandantes, corresponde a la Sala determinar si, por el contenido previsto en el artículo 144 del Decreto ley 71 de 2020, se desconoció el artículo 152 de la Constitución, esto es, la reserva de ley estatutaria, respecto a la configuración del derecho de asociación sindical, en particular de la garantía del fuero sindical (Art. 39 de la CP) 7.3. De la reserva de ley estatutaria para la regulación de los derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia 259. La Corte Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia constante y pacífica en relación con el contenido y alcance de la reserva de ley estatutaria.

[273] Ha sostenido que el Constituyente eligió materias de gran relevancia constitucional que requieren mayor estabilidad, así como un debate democrático más exigente y por lo tanto un trámite de aprobación más riguroso.

[274] Particularmente en lo relacionado con los “ derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección” (Art. 152.a) de la CP), la Corte ha señalado que es una norma de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional, toda vez que las leyes estatutarias tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos, pero no regularlos de forma exhaustiva y tampoco puede vaciarse la facultad del legislador ordinario.

[275] 260. Es así como la Corte ha establecido criterios concretos para identificar cuándo una materia relativa a derechos fundamentales debe desarrollarse mediante ley estatutaria. En este sentido ha señalado que debe seguirse dicha regla si se trata de disposiciones legales “ que afecten, restrinjan, limiten o condicionen el núcleo esencial de derechos fundamentales, el trámite de ley estatutaria no puede evadirse.” [276] 261. Mediante la Sentencia C-646 de 2001, [277] la Corte recogió los criterios que permiten identificar cuando un asunto relativo a los derechos fundamentales debe ser regulado a través de ley estatutaria: (i) que se trate de un derecho de carácter fundamental, (ii) que la regulación sea integral, completa y sistemática, (iii) que se configure directamente el núcleo esencial del derecho fundamental, los aspectos inherentes al mismo, sus principios y estructura, (iv) que la regulación implique una afectación al núcleo esencial del derecho, como límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, y (v) cuando se regule un mecanismo de protección constitucional necesario para la defensa directa, inmediata y efectiva de un derecho fundamental.

[278] 262. En síntesis, la mayoría de las leyes se relacionan de alguna manera con la protección de los derechos fundamentales en un Estado social de derecho, lo que no significa que requieran trámite estatutario. La jurisprudencia constitucional ha definido los requisitos que deben analizarse en cada caso para determinar si hay una afectación al núcleo esencial del derecho fundamental objeto de regulación, o si se pretende regular integralmente su alcance, contenidos y principios para garantizar su ejercicio real y efectivo.

7.4. Resolución del problema jurídico propuesto 263. En este acápite la Sala Plena (i) precisará el alcance de la disposición demandada, (ii) analizará la existencia o no de cosa juzgada teniendo en cuenta lo decidido en la sentencia C-033 de 2021 [279] y (iii) establecerá si los contenidos del artículo 144 se encuentran cobijados por la reserva de ley estatutaria prevista en el artículo152.a) de la Constitución.

7.4.1. Alcance de la disposición demandada 264. La disposición acusada se ocupa de establecer los eventos en los cuales el retiro de funcionarios amparados por el fuero sindical no se encuentra sujeto a previa autorización judicial. Para el efecto establece que ello ocurrirá cuando (1) el servidor no ha superado el período de prueba; (2) los empleos deban ser provistos con las listas de elegibles y el servidor que los desempeñe no ocupe un lugar que le permita el nombramiento en estricto orden de mérito; (3) el funcionario no supere el proceso de evaluación; (4) exista una destitución por sanción disciplinaria ejecutoriada; (5) sobrevenga una inhabilidad sobreviniente; (6) se cumpla la edad de retiro forzoso; o (7) se obtenga la pensión de jubilación, vejez o invalidez.

7.4.2. Inexistencia de cosa juzgada debido a que la Sentencia C-033 de 2021 no analizó el cargo por violación de reserva de ley estatutaria 265. Recientemente, en la Sentencia C-033 de 2021, [280] la Corte se ocupó del examen de una demanda que cuestionaba la constitucionalidad de los numerales 2, 4 y 5 del artículo 144 del Decreto 71 de 2020. Respecto del primero de tales numerales concluyó que existía cosa juzgada material derivada de lo decidido en las sentencias C-1119 de 2005 [281] y C-1175 de 2005 [282] y, en consecuencia, dispuso estarse a lo allí resuelto y declarar la exequibilidad de dicha norma.

266. Con relación a los numerales 4 y 5, indicó que correspondía a la Corte definir si vulneraban el artículo 39 de la Constitución, debido a la posibilidad de retirar a un servidor público aforado -del sistema específico de carrera de la DIAN- sin autorización judicial, cuando éste haya sido destituido por decisión disciplinaria ejecutoriada o cuando se haya configurado una inhabilidad sobreviniente. La Corte encontró que la constitucionalidad de tales numerales debía condicionarse. En esa dirección dispuso declarar la exequibilidad del numeral 4 " en el entendido de que no será necesario solicitar y obtener el levantamiento del fuero sindical, cuando la destitución sea proferida por la Procuraduría General de la Nación ." A su vez decidió declarar la exequibilidad del numeral 5 " en el entendido de que la desvinculación del servidor público aforado no requiere el levantamiento del fuero sindical, cuando la inhabilidad sobreviniente resulte de una decisión judicial en firme o de una decisión ejecutoriada de un órgano de control ." 267. De lo anterior se desprende que la Corte contrajo su examen de fondo a la violación del artículo 39 de la Carta sin ocuparse, en modo alguno, de la posible infracción de la reserva de ley estatutaria prevista en su artículo 152.a). En consecuencia, no se configura la cosa juzgada constitucional.

7.4.3. El artículo 144 del Decreto ley 71 de 2020 no desconoce la reserva de ley estatutaria y, por lo tanto, es constitucional 268. Como quedó indicado, la disposición acusada se ocupa de establecer siete eventos en los cuales el retiro de un servidor aforado vinculado al régimen de la DIAN no requiere de autorización judicial previa. El fuero sindical se encuentra reconocido en el artículo 39 de la Constitución como una de las garantías necesarias para el cumplimiento de las funciones de los representantes del sindicato. Dicha circunstancia unida a su estrecha conexión con la efectividad del derecho de asociación sindical permite afirmar que se trata de una garantía iusfundamental .

Precisamente en esa dirección la jurisprudencia ha advertido que " la protección reforzada de las directivas de las organizaciones de trabajadores es un derecho fundamental, en defensa de la institución sindical, toda vez que estos trabajadores son los encargados de gestionar y plantear conflictos laborales con el empleador, situación que los hace objeto de eventuales discriminaciones y despidos ".

[283] Según este tribunal "[l] a garantía foral "pretende, entonces, que los directivos sindicales puedan adelantar libremente las funciones asignadas legal y constitucionalmente, sin que ello implique la exposición a represalias por parte de la directiva patronal.

" [284] 269. La Corte encuentra que la disposición demandada, a pesar de ocuparse de algunos eventos en los que está de por medio la protección de un derecho fundamental, no desconoce la reserva de ley estatutaria. Esta conclusión se apoya en las siguientes tres razones.

270. Primera. El artículo demandado no regula de manera integral, completa o sistemática el fuero sindical. Se trata de una regla que hace parte del capítulo X del Decreto ley 71 de 2020 cuyo epígrafe es el " Retiro del servicio " de los empleados públicos de la DIAN. Allí, entre los artículos 129 y 145, el Decreto define las diversas modalidades en que puede tener lugar la desvinculación de tales empleados, así como las condiciones previstas para el efecto. No se trata de un régimen que fije de manera completa las diversas dimensiones, variantes o modalidades de la garantía foral. En otra dirección, únicamente define los supuestos excepcionales en los cuales la desvinculación de sus titulares no está precedida de la intervención judicial previa.

271. Segunda. La disposición demandada no constituye una regulación directa del núcleo esencial del derecho fundamental, ni tiene por objeto su afectación mediante el establecimiento de límites a su protección. Si se examina detenidamente el artículo 144 acusado puede constatarse (i) que no establece cuándo un empleado público de la DIAN es o no titular del fuero y (ii) que los supuestos en los cuales no es exigible la autorización judicial previa, corresponden a eventos que, por su naturaleza prima facie objetiva, no son indicativos de alguna forma de persecución de las organizaciones de los empleados de la DIAN. De esta manera no se encuentra en juego la vigencia del derecho de asociación sindical ni de la garantía foral como expresión de este.

272. Tales circunstancias, en especial la segunda, evidencian que la disposición acusada no pretende afectar el ámbito irreductible del derecho. Por el contrario, se trata de un régimen de desvinculación que no tiene por objeto afectar la representación del sindicato ni el desarrollo de sus actividades.

273. Tercera. La norma cuestionada tampoco regula un mecanismo de protección constitucional necesario para la defensa directa, inmediata y efectiva de un derecho fundamental. En efecto, se trata de una regla de desvinculación de funcionarios aforados que no perturba ni incide en las acciones judiciales de las que disponen tales empleados para reclamar la protección del derecho fundamental. La autorización judicial previa no se erige en un mecanismo de protección necesario teniendo en cuenta, insiste la Corte, que los eventos a los que se refiere el artículo no sugieren propósitos de discriminación o persecución sindical. Y, en todo caso, la regulación cuestionada no excluye el inicio de acciones judiciales con posterioridad al retiro del servicio.

8. Síntesis de la decisión 274. La Sala Plena se ocupó de la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Luis Ramiro Torres Luquerna, Rafael Acevedo Suárez y Jaime Araújo Rentería contra los artículos 29.1, 29.2, 30, 97 y 123 (parciales) y 144 del Decreto ley 71 de 2020, " [p] or el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión de talento humano." 275. Adelantado el trámite de rigor, allegadas las intervenciones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP, el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, el Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Hacienda Pública -SINTRADIAN y de Olga Lucía Pulido Rayo, entre otros ciudadanos y ciudadanas, y recibido el concepto del Procurador General de la Nación, la Sala efectuó un pronunciamiento de fondo sobre la totalidad de los cargos invocados.

276. Consideró que la prueba del polígrafo es constitucional siempre que en su diseño y aplicación (i) se le permita al aspirante consentir o no de manera previa, libre e informada la realización de la prueba; (ii) se le explique al concursante, previa y detalladamente, la forma y metodología de la realización de la prueba;

(iii) la negativa de someterse a la prueba no signifique la exclusión automática del proceso de selección; y (iv) se practique por profesionales altamente capacitados conforme a protocolos estrictos que garanticen el respecto y la efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos.

En consecuencia, concluyó la exequibilidad de la expresión “polígrafo”, prevista en el artículo 29.1 del Decreto Ley 71 de 2020, en el entendido de que la utilización de esta prueba no es de carácter eliminatorio, deberá contar con el consentimiento previo, libre e informado del concursante y practicarse conforme a los protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos. Afirmó que, dado que lo inadmisible, en términos constitucionales, es el carácter eliminatorio de la prueba del polígrafo, mas no el calificativo de eliminatoria de la Fase I del proceso de selección, la expresión “Esta fase es de carácter eliminatorio”, contenida en la misma disposición normativa, es exequible.

En esa misma línea, decidió la inexequibilidad del enunciado “como el polígrafo”, contenida en el inciso segundo del artículo 30 del Decreto Ley 71 de 2020.

277. En cuanto al cargo invocado contra el artículo 29.2 del Decreto ley 71 de 2020, se consideró que la atribución conferida al director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para establecer, a su discreción , quién adelanta dentro de la Fase II de los procesos de selección de los empleos del nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN el curso de formación , la Escuela de Impuestos y Aduanas o una universidad o institución de educación superior, desconoce la competencia de administración atribuida a la Comisión Nacional del Servicio Civil por el artículo 130 de la Constitución. En virtud de lo anterior, decidió declarar la inexequibilidad de la expresión “ , a discreción del Director de la DIAN, ” contenida en el artículo 29.2 del Decreto ley 71 de 2020.

278. Por su parte, concluyó que la configuración del permiso sindical en el artículo 123 del Decreto ley 71 de 2020 era problemática por varias razones. A partir de la realización de un juicio de proporcionalidad en intensidad estricta indicó que esta regulación tenía una finalidad imperiosa , pero no era efectivamente conducente ni necesaria . Para el efecto advirtió que era competencia de las asociaciones sindicales establecer, en ejercicio de su autonomía, quienes ejercen la representación de la organización en las diferentes circunstancias que envuelven la gestión de aquella y, en esta medida, qué personas deben atender, en general, las actividades para el desarrollo de su misión constitucional.

Destacó, en el criterio de necesidad, que la jurisprudencia de esta Corporación ha construido una línea clara y consistente que permite la valoración de estos permisos a partir de los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, por lo que las restricciones impuestas en términos del número de sindicalizados a gozar de este beneficio y sus destinatarios era inconstitucional. Finalmente, se indicó que la valoración de las razones del servicio a cargo del empleador es constitucional y que su comprensión implica admitir el ejercicio de dicha facultad dentro de claros límites constitucionales, indicando algunos criterios a los que puede acudirse para motivar el acto que resuelve negativamente la petición de la organización sindical.

279. Por lo expuesto, la Sala concluyó que, dado que una limitación numérica y respecto a los destinatarios del permiso sindical es inconstitucional, se debe declarar la inexequibilidad de las expresiones “ Única y exclusivamente, ”, “ cinco (5) ”, “ principales y los cinco (5) suplentes de la junta directiva y de las subdirectivas ”, y declarar exequible, en lo demás, la disposición demandada por el cargo analizado.

280. Contrario a lo sostenido frente al artículo 123, se concluyó que la regulación de las comisiones sindicales prevista en el artículo 97 del Decreto 71 de 2020 era constitucional. Su análisis se adelantó en el marco de un test de proporcionalidad en intensidad intermedia, dada la comprensión de esta figura como un instrumento de garantía adicional del permiso sindical. Para su valoración se tuvo en cuenta que cumplía una finalidad constitucional importante, en la que las previsiones presupuestales eran relevantes para proveer las vacancias de quienes requieren permisos sindicales extendidos en el tiempo. Adicionalmente se afirmó que la medida era efectivamente conducente y no era evidentemente desproporcionada, pues en principio son los líderes de la organización, elegidos por las asociaciones, quienes llevan a cabo la gestión de la organización.

281. Por último, encontró que la regulación prevista el artículo 144 no desconocía la reserva de ley estatutaria pues no estaba regulando integralmente un derecho fundamental ni previendo aspectos esenciales e inescindibles a la garantía del derecho a la asociación sindical.

VII. Decisión En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “ polígrafo ” prevista en el artículo 29.1 del Decreto Ley 71 de 2020, en el entendido de que la utilización de esta prueba no es de carácter eliminatorio, deberá contar con el consentimiento previo del concursante y practicarse conforme a los protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales entre ellos el de la dignidad humana, y en general los derechos humanos. Y declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “ Esta fase es de carácter eliminatorio ”, contenida en la misma disposición.

Segundo.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de las expresiones demandadas del artículo 30 del Decreto ley 71 de 2020, salvo del enunciado “ como el polígrafo ”, que se declara INEXEQUIBLE .

Tercero.- Declarar la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “ , a discreción del Director de la DIAN, ” prevista en el artículo 29.2 del Decreto ley 71 de 2020.

Cuarto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 123 del Decreto ley 71 de 2020 por el cargo analizado, salvo de las expresiones “ Única y exclusivamente, ”, “ cinco (5) ” y “ principales y los cinco (5) suplentes de la junta directiva y de las subdirectivas ”, que se declaran INEXEQUIBLES .

Quinto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de los artículos 97 y 144 del Decreto ley 71 de 2020, por los cargos analizados en esta decisión. Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Presidente Con salvamento parcial de voto DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada Con salvamento parcial de voto JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR Magistrado ALEJANDRO LINARES CANTILLO Magistrado PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA Magistrada GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada Con salvamento parcial de voto JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado Con salvamento parcial de voto ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado Con salvamento parcial de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO A LA SENTENCIA C-172/21 DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO- Garantías mínimas (Salvamento parcial de voto) (…) la sujeción de la práctica de la prueba de polígrafo a protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos, es innecesaria. De un lado, porque tales deberes son exigibles de toda actuación administrativa, en los términos del artículo 4 de la Constitución, y los artículos 3, 5.5, 5.7 y 7.1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011. De otro lado, han sido exigencias jurisprudenciales en el control concreto de la actividad administrativa, tanto por parte del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional.

TEST INTERMEDIO DE PROPORCIONALIDAD- Aplicación (Salvamento parcial de voto) PERMISO SINDICAL- Alcance (Salvamento parcial de voto) Referencia: Expediente D-13.855 Demanda de inconstitucionalidad en contra de los arts. 29 (parcial), 30 (parcial), 97 (parcial), 123 (parcial) y 144 del Decreto Ley 071 de 2020, “Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión de talento humano de la DIAN” .

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, si bien comparto la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión “polígrafo”, contenida en el artículo 29.1 del Decreto Ley 071 de 2020, el condicionamiento ha debido restringirse únicamente a la exigencia de contar con el consentimiento previo del concursante, pero no en relación con los demás aspectos. En segundo lugar, salvo parcialmente mi voto en relación con el resolutivo cuarto ya que, a diferencia de la tesis mayoritaria que decidió declarar la inexequibilidad parcial del artículo 123 del Decreto Ley 071 de 2020, la Sala ha debido declarar su exequibilidad simple.

En relación con el resolutivo primero , era innecesario condicionar la expresión “polígrafo”, contenida en el artículo 29.1 demandado, en el sentido de que se entendiera que la citada prueba no era de carácter eliminatorio y que su práctica debía realizarse conforme a protocolos que garantizaran el respeto y efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos.

En primer lugar, a partir de una interpretación sistemática del artículo 29 demandado, no es correcto afirmar que la prueba del polígrafo, a la que hace referencia el artículo 29.1, tenga carácter eliminatorio. Lo que es “eliminatorio” es la “Fase I” del proceso de selección para la provisión de los empleos bajo las modalidades de ingreso o ascenso –que regula el citado artículo 29–, no las pruebas que pueden aplicarse en dicha fase. Es por ello por lo que, luego de hacer referencia a las pruebas que pueden aplicarse en la etapa en cita [285] , el artículo dispone que “Esta fase es de carácter eliminatorio y su mínimo aprobatorio se definirá en la convocatoria” . En idéntico sentido, el artículo 29.2 reafirma el carácter eliminatorio de la “Fase I”, no así de las pruebas que la integran, al disponer que a la Fase II del proceso de selección, “ serán llamados, en estricto orden de puntaje, y en el número que defina la convocatoria pública, los concursantes que alcancen o superen el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I ” . Por tanto, las pruebas que se aplican en la “Fase I”, entre ellas, la de polígrafo, deben ponderarse para efectos de definir cuál es el “mínimo aprobatorio” de la citada fase.

En segundo lugar, la sujeción de la práctica de la prueba de polígrafo a protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos, es innecesaria. De un lado, porque tales deberes son exigibles de toda actuación administrativa, en los términos del artículo 4 de la Constitución, y los artículos 3, 5.5, 5.7 y 7.1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011. De otro lado, han sido exigencias jurisprudenciales en el control concreto de la actividad administrativa, tanto por parte del Consejo de Estado [286] como de la Corte Constitucional [287] .

En relación con el resolutivo cuarto , la Sala ha debido declarar la exequibilidad simple del artículo 123 del Decreto Ley 071 de 2020, al superar las exigencias de un juicio “intermedio” –y no “estricto”– de proporcionalidad, al igual que aquel aplicado para declarar la exequibilidad simple del artículo 97 del citado decreto, al no existir una justificación suficiente para su trato diferenciado. Lo anterior, por las siguientes razones:

En primer lugar, la Sala ha debido valorar, de manera conjunta, la constitucionalidad de los artículos 97 y 123, dado que ambos garantizan el ejercicio de la actividad sindical al interior de una entidad estatal y son una particularización del concepto genérico del “permiso sindical” .

El “permiso” que regula el artículo 123 garantiza una separación “temporal” y “específicamente delimitada para el ejercicio de la actividad sindical” , mientras que la “comisión” supone un estándar cualificado del “permiso sindical” , al garantizar una dedicación mucho mayor y genérica a la actividad sindical. Además, al pertenecer las especies al mismo género, ambas instituciones se complementan mutuamente: la segunda – “comisión” – otorga

una garantía de dedicación fundamental a la actividad sindical, mientras que la primera busca hacer compatible esta, por parte de los demás “representantes” sindicales, con la condición de empleados públicos que los caracteriza.

En segundo lugar, la circunstancia de que se circunscriba la concesión del “permiso” a los “representantes” sindicales, a diferencia de lo que se indica en la ponencia, es consecuente con lo dispuesto en el artículo 39, inciso 4°, de la Constitución, el artículo 6 del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (aprobada mediante la Ley 411 de 1997), “ S obre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública” , y la jurisprudencia constitucional.

E l artículo 39, inciso 4°, de la Constitución dispone que, “Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías para el cumplimiento de su gestión” (resalto propio). Por su parte, el artículo 6 del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo prescribe lo siguiente:

“ Artículo 6. || 1- Deberán concederse a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas. || 2- La concesión de tales facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración o servicio interesado . || 3- La naturaleza y el alcance de estas facilidades se determinarán de acuerdo con los méritos mencionados en el artículo 7 del presente Convenio o por cualquier otro medio apropiado” .

Además, la circunstancia de que se circunscriba la concesión del “permiso” a los “representantes” sindicales es consecuente con la jurisprudencia constitucional, en particular, las sentencias T-322 de 1998, C-377 de 1998, T-502 de 1998 y SU-598 de 2019. En la segunda de estas providencias, en la que se efectuó el control de constitucionalidad al Convenio 151 de la OIT y a su ley aprobatoria, 411 de 1997, en relación con el alcance de su artículo 6 (previamente trascrito), se señaló:

“ Finalmente, el artículo 6º estipula que debe concederse a los representantes de esas organizaciones las facilidades que sean necesarias para permitirles que puedan desempeñar eficazmente sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas, sin perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración pública. La doctrina ha entonces entendido, que esas normas consagran una triple protección a los sindicatos de servidores públicos, a saber, el amparo contra actos de discriminación antisindical, la defensa de la independencia de estas organizaciones y la concesión de facilidades a los representantes para que puedan llevar a cabo sus labores” (resalto propio).

Por su parte, en la Sentencia SU-598 de 2019, en el apartado relacionado con la “ Naturaleza del permiso sindical y su relación con el derecho de libre asociación sindical ” , la Sala Plena precisó el contenido del 39, inciso 4°, en lo relacionado con la garantía del permiso sindical, en los siguientes términos:

“ 70. Esta Corte ha reconocido que el permiso sindical [114] es una de las garantías que permiten el adecuado cumplimiento del derecho de asociación sindical, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Constitución.

Sobre este tema se ha dicho que: (i) el empleador debe garantizar a los directivos sindicales la posibilidad de desarrollar su labor como representantes [115] , (ii) el directivo sindical debe dar un uso razonable a este beneficio y evitar su abuso [116] , (iii) el permiso puede ser negado o limitado, previa motivación objetiva y razonable, cuando se afecte el funcionamiento de la empresa o entidad [117] , (iv) es un beneficio de los trabajadores particulares y de los servidores públicos [118] , (v) debe ser solicitado por la asociación sindical, atendiendo a un criterio de necesidad, proporcionalidad y racionalidad [119] , (vi) requiere protección judicial cuando se emplean conductas tendientes a desconocerlo y (vii) cada convención colectiva puede estipular si su concesión es de carácter temporal o permanente, descontable, compensable o remunerado [120] ” (resalto propio) Finalmente, si bien es posible que el legislador amplíe la garantía del permiso sindical a otros trabajadores –y no sólo a los “representantes” sindicales [288] –, como una opción regulativa, no se sigue que su otorgamiento a favor de los “representantes” sindicales sea inconstitucional.

De hecho, la regulación del artículo 123 del Decreto Ley 071 de 2020 es análoga a la actual regulación de la garantía del permiso sindical a favor de la generalidad de las organizaciones sindicales de empleados públicos, en los términos del artículo 2 del Decreto 2813 de 2000, “ por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 584 de 2000 ” (el artículo 13 de la Ley 584 de 2000 adicionó el artículo 416A al Código Sustantivo del Trabajo), decreto reglamentario concertado con los “representantes de las centrales sindicales” (tal como se indica en la parte motiva del citado decreto y fue dispuesto en el citado artículo 13 de la Ley 584 de 2000). De conformidad con este, el permiso sindical se garantiza a favor de los “representantes” sindicales, en los siguientes términos:

“ Las organizaciones sindicales de servidores públicos son titulares de la garantía del permiso sindical, del cual podrán gozar los integrantes de los comités ejecutivos, directivas y subdirectivas de confederaciones y federaciones, juntas directivas, subdirectivas y comités seccionales de los sindicatos, comisiones legales o estatutarias de reclamos, y los delegados para las asambleas sindicales y la negociación colectiva” .

Así las cosas, en caso de que la Sala hubiese aplicado el citado estándar de proporcionalidad –juicio “intermedio”–, habría debido llegar a una idéntica conclusión a la que arribó para declarar la exequibilidad simple del artículo 97 del Decreto Ley 071 de 2020 –resolutivo quinto–.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LAS MAGISTRADAS DIANA FAJARDO RIVERA Y CRISTINA PARDO SCHLESINGER A LA SENTENCIA C-172/21 POLIGRAFO EN ACCESO A EMPLEO PUBLICO- Carece de validez constitucional (Salvamento parcial de voto) (…) los cuestionamientos fundados sobre la idoneidad de la prueba del polígrafo para dar cuenta de las condiciones morales de una persona, debieron llevar a la Corte Constitucional a desestimar su validez constitucional, porque, si es que acredita

algo, lo que es seguro es que no está necesariamente vinculado con el mérito, único criterio superior de acceso al empleo público en un Estado democrático y constitucional como el nuestro. Por todo lo expuesto, concluimos, el polígrafo es una prueba sin verdad.

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA- Naturaleza (Salvamento parcial de voto) POLIGRAFO EN ACCESO A EMPLEO PUBLICO- Vulnera el principio de dignidad humana (Salvamento parcial de voto) En este tipo de práctica la persona se instrumentaliza al despojarla de la posibilidad de controlar las respuestas que desea brindar, de decidir voluntariamente aquello que, desde sus convicciones más íntimas y su conciencia, estima necesario exponer ante el otro o, por el contrario, reservar para sí. La prueba del polígrafo confronta al sujeto consigo mismo, en un escenario de escrutinio en el que su intimidad es quebrantada; esto es, constituye una intromisión íntima sin adecuación, por lo cual, se concluye, comporta una instrumentalización que es contraria a la dignidad.

Referencia: expediente D-13855 (AC) Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 29 (parcial), 30 (parcial), 97 (parcial), 123 (parcial) y 144 del Decreto ley 71 de 2020, "[p] or el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión de talento humano de la DIAN" .

Magistrados ponentes: Diana Fajardo Rivera y Jorge Enrique Ibáñez Najar. Una prueba sin verdad ni dignidad 1. Con el respeto acostumbrado por las determinaciones de la Sala Plena, justificaremos por qué nos apartamos parcialmente de la decisión adoptada en la Sentencia C-172 de 2021. Para iniciar es preciso indicar que, dado que en esta oportunidad la Corte Constitucional asumió un número plural de problemas jurídicos, nuestro voto disidente recae exclusivamente sobre la decisión de exequibilidad condicionada que se acogió respecto de la prueba del polígrafo, [289] pues, en nuestro criterio, su práctica en el marco del concurso público de méritos regulado en el Decreto ley 71 de 2020 -artículos 29.1 y 30- vulnera la dignidad humana y otros bienes fundantes de nuestro Estado, comprometido con la defensa de los derechos humanos.

Reparos sobre la idoneidad de la prueba 2. En cualquier área del conocimiento la búsqueda de la verdad es una pretensión válida y necesaria. En algunos ámbitos, esta verdad marca cursos de acción que impactan la realidad. El mundo de lo jurídico, por supuesto, no escapa a tal exigencia, siendo absurdo suponer que, por ejemplo, una sanción no está precedida de la convicción , en el grado requerido, de que la persona incurrió en la conducta objeto de reproche. La averiguación de la verdad , por tanto, ocupa gran parte de nuestras reflexiones.

3. Al estado de conocimiento que nos permite actuar en determinado sentido, por su parte, se llega a través de medios de prueba, pero no de cualquiera pues la búsqueda de la verdad en el derecho, aunque es un gran valor, se acompasa con otros, como la integridad de la persona. En consecuencia, se requieren aquellos que satisfagan, entre otras, dos condiciones: la primera, que sean idóneos para demostrar lo que es relevante y, la segunda, que con su práctica no se desconozca la vigencia de los derechos fundamentales. Sobre el primer aspecto, se ocupa este acápite; sobre el segundo, el siguiente.

4. En el contexto de los concursos para el acceso a un empleo público, el mandato del constituyente es claro en el sentido de que lo que guía el proceso de vinculación al Estado es el mérito y, por lo tanto, para acreditarlo, el Legislador tiene la facultad de establecer qué pruebas dan cuenta de que una persona ostenta las aptitudes y competencias objetivas -como el conocimiento y la experiencia- y subjetivas -como la idoneidad ética- para asumir la función pública.

5. Si dicha es la pretensión del concurso público de méritos, en nuestro concepto, la prueba del polígrafo en el estado actual del desarrollo científico, tecnológico y técnico no es adecuada por al menos dos razones. Primera, porque no está demostrado que la verdad o la mentira se asocien a una reacción fisiológica en particular, de manera que el polígrafo no cumple la misión que se le asigna desde un punto de vista epistémico; y, segundo, porque la complejidad que subyace al ser humano permite afirmar que la idoneidad ética o la confiabilidad de una persona no puede medirse a partir de impulsos emocionales o estados de consciencia o inconsciencia particulares. Son, entonces, razones epistémicas y humanistas las que demuestran la ausencia de adecuación de esta prueba para alcanzar la verdad y, en especial, para conocer las cualidades éticas de una persona.

6. Pero, además de esto, aunque la mayoría en la Sentencia C-172 de 2021 (fundamento jurídico 80) admitió que no existe un ciento por ciento de confiabilidad en la prueba del polígrafo, no fue clara en justificar la razón por la cual, pese a esto, se consideraba válida en el contexto de los concursos públicos que se realizan para acceder y ascender en la carrera de la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales -DIAN.

7. De acuerdo con literatura especializada, la posibilidad de acierto del polígrafo en la misteriosa misión de detectar mentiras constituye una cifra incierta, pero siempre muy inferior a la de otras pruebas conocidas como científicas (por ejemplo, la prueba de ADN), que son incorporadas porque, a pesar de que suponen una intromisión en dimensiones íntimas de la persona, permiten alcanzar información muy cercana a la verdad. En ese sentido, sería mejor aclarar que cuando se habla del polígrafo, antes que de ciencia, se está confiando en una incierta apuesta por encontrar certezas.

[290] 8. Argumentos relacionados con su uso en otros países y su aplicación en otros escenarios no resuelven el problema, pues no pueden hacer que este medio de prueba conduzca a la verdad sobre aquello que se pretende demostrar. De hecho, las consideraciones realizadas sobre este instrumento tecnológico en la providencia dan cuenta de que el mayor o menor grado de error no depende de la medición objetiva que realiza el mismo, sino de la interpretación o alcance que se le da al impulso corporal por quienes -sin una regulación del Estado en la materia- se encargan de operar estos instrumentos, cuestión, entonces, que queda nuevamente al margen subjetivo de quien valora a la persona sometida a este tipo de test.

9. En estas condiciones, los cuestionamientos fundados sobre la idoneidad de la prueba del polígrafo para dar cuenta de las condiciones morales de una persona, debieron llevar a la Corte Constitucional a desestimar su validez constitucional, porque, si es que acredita algo, lo que es seguro es que no está

necesariamente vinculado con el mérito , único criterio superior de acceso al empleo público en un Estado democrático y constitucional como el nuestro. Por todo lo expuesto, concluimos, el polígrafo es una prueba sin verdad.

La práctica de la prueba del polígrafo atenta contra la dignidad humana 10. Aunado a lo anterior, consideramos que la permisión del artículo 29.1 del Decreto ley 71 de 2020 para la práctica de la prueba del polígrafo afecta intensamente la dignidad y los derechos a la autodeterminación y la intimidad. Al respecto, desde la clásica aproximación kantiana a la dignidad, el ser humano no debe ser tratado únicamente como un medio, sino como un fin en sí mismo; mientras que esta Corporación, desde la Sentencia T-881 de 2002, [291] ha sostenido que este valor fundante del Estado tiene tres dimensiones, claras y diferenciables:

(i) vivir como se quiera, expresión de la autonomía; (ii) vivir bien, materialización de las condiciones mínimas de subsistencia; y (iii) vivir sin humillaciones, que comprende la integridad física y moral.

11. A partir de lo anterior, la dignidad se pone en riesgo cuando se pretenden invadir los escenarios más íntimos del sujeto -entre ellos sus probablemente incontrolables impulsos fisiológicos- con el ánimo de extraer de allí -con todas las dudas recién planteadas- condiciones morales o éticas para el buen servicio público, por lo que la dimensión de la dignidad como vivir sin humillaciones, es objeto de lesión.

12. En este tipo de práctica la persona se instrumentaliza al despojarla de la posibilidad de controlar las respuestas que desea brindar, de decidir voluntariamente aquello que, desde sus convicciones más íntimas y su conciencia, estima necesario exponer ante el otro o, por el contrario, reservar para sí.

La prueba del polígrafo confronta al sujeto consigo mismo, en un escenario de escrutinio en el que su intimidad es quebrantada; esto es, constituye una intromisión íntima sin adecuación, por lo cual, se concluye, comporta una instrumentalización que es contraria a la dignidad.

13. Aunado a lo anterior, y en gracia de discusión, dicha intromisión en el caso analizado también está lejos de encontrar justificación. La mayoría apoyó su decisión de manera definitiva en la legitimidad del Estado en su lucha contra la corrupción, destacando cómo (i) en contextos internacionales, el polígrafo ha sido utilizado en relación con cargos que requieren un alto grado de confiabilidad , y (ii) la DIAN, a partir de su misión institucional, correspondería precisamente a un ámbito en el que se requiere un alto grado de confiabilidad respecto de sus empleados.

14. En este último sentido, por supuesto, quienes suscribimos este voto particular no desconocemos la lucha legítima y necesaria de la Administración Pública por incorporar personas que garanticen la prevalencia del interés general y la satisfacción de los fines estatales, mucho más en el escenario de la DIAN, cuya misión está dirigida a la contribución de la seguridad fiscal del Estado y a la protección del orden público económico.

Sin embargo, ante la ausencia de idoneidad del polígrafo para determinar las condiciones éticas de una persona y la instrumentalización que en cambio produce en el ser humano, insistimos en que no quedaba más alternativa que rechazar su práctica, no sin antes advertir que es imperativo establecer y fortalecer otras herramientas para la consecución de dicho objetivo, acordes con el nivel de cargos que están inmersos en estos procesos y que den cuenta de mejor manera de la conducta pasada de los interesados e interesadas en el servicio -como antecedentes penales, disciplinarios y fiscales- y eviten conductas en el curso del servicio que afecten su marcha adecuada.

15. También es importante advertir que la Sala Plena, a partir del grado de confiabilidad cualificado que se requiere para desempeñar determinadas funciones, no dio cuenta del porqué era imprescindible admitir esta prueba para evaluar las condiciones morales de personas que, incluso, ya han prestado sus servicios a la entidad, ni el porqué era válida en los niveles de menor responsabilidad y no injerencia en recursos públicos. Al respecto, debemos destacar que, de un lado, el artículo 29 del Decreto ley 71 de 2020 regula concursos de ingreso y también de ascenso y, si esto es así, ¿por qué la valoración de la trayectoria de un funcionario en la misma entidad no era suficiente para dar cuenta de sus condiciones subjetivas? De otro lado, según el artículo 30 de la misma normativa, el polígrafo no solo aplica a cargos profesionales sino a todos los niveles de carrera de la DIAN, incluidos, por supuesto, los del orden asistencial; pese a esto la Sala tampoco dio cuenta del porqué consideró admisible esta prueba bajo un supuesto de confiabilidad cualificado que no parece requerirse en todos los casos. Por esta vía, aquello que pretendió tomarse como excepcional, por la naturaleza de una labor, acabó por desdibujarse y aplicarse de manera más extendida sin una justificación suficiente. Es por estas razones, entonces, que el polígrafo constituye una prueba sin dignidad.

16. Por último, en nuestro concepto, suprimir el carácter eliminatorio de la prueba y, además, exigir como condición para su práctica el consentimiento previo de la persona concursante, no constituyen previsiones suficientes para garantizar la protección de los derechos fundamentales. De hecho, este segundo requisito cuestiona más su constitucionalidad como se explica a continuación.

La vulneración de la dignidad y de otros principios valiosos para el Estado no se supera con el condicionamiento 17. La Sala Plena decidió, según el resolutivo primero de la Sentencia C-172 de 2021, que la prueba del polígrafo no podía tener carácter eliminatorio, debía contar con el consentimiento previo del concursante, y someterse a los protocolos que garanticen los principios constitucionales, entre ellos el de dignidad humana y en general los derechos humanos. A nuestro juicio, en el marco del concurso no existen condiciones para que los y las concursantes otorguen su consentimiento libre para la práctica de la prueba, pues en caso de negarse no podrán sumar los puntos que otorga su realización, aspecto crucial a la hora de obtener una buena ubicación en la lista de elegibles y, en consecuencia, para acceder al empleo.

18. Desde nuestra perspectiva, no se valoró el contexto dramático en el que se inscribe la realización de la prueba del polígrafo, esto es, el de la búsqueda de un empleo en un país con niveles altos de desocupación y de precariedad, por lo cual la necesidad de obtener una renta fija que garantice

otra de las dimensiones de la dignidad, vivir bien, lleva a que quienes encuentran en el concurso la oportunidad para acceder, por mérito, a un empleo, no se encuentren en condiciones de decidir en libertad apartarse de una prueba y, con esto, reiteramos, perder los puntos que con su realización se consiguen. Es, en verdad, una extraña garantía aquella que le permite a una persona elegir entre sacrificar su dignidad o sacrificar sus posibilidades reales de acceso a un cargo.

19. Además de lo anterior, afirmar que una prueba en un concurso de méritos es opcional también es constitucionalmente problemático. Si la prueba no es necesaria quiere decir que lo que aporta tampoco es indispensable para acreditar el mérito , único criterio determinante para el acceso a un empleo público. Esta presunta irrelevancia, no obstante, genera una desigualdad entre los concursantes o, dicho de otro modo, una ventaja en favor de quienes deciden someterse a ella, dado que, aunque no sea eliminatoria, concede puntos y, como se afirmó previamente, incide en el lugar de ubicación en la lista de elegibles.

20. Ahora bien, la decisión de someter la práctica de la prueba del polígrafo a " protocolos " tampoco es suficiente para contrarrestar los efectos antes indicados, pues " delega " a autoridades administrativas y, a su turno, a las personas que ejercen como poligrafistas, la difícil tarea de proteger los derechos fundamentales involucrados, derechos cuya restricción debería pasar por el foro democrático por excelencia, el Congreso de la República, máxime cuando ni siquiera existen normas que regulen el ejercicio de dicha labor, que establezcan estándares controlables desde nuestro sistema jurídico. Así, una norma que consagra la práctica de una prueba inconstitucional para el acceso a un cargo público no se torna, de repente, acorde con la Constitución, por advertirle a las autoridades que, en el plano de la ejecución, den un trato más digno a los derechos humanos.

21. En ese orden de ideas, en conclusión, estimamos que la mayoría dejó a quienes participan en los concursos de méritos de la DIAN en una posición inaceptable, pues, por virtud de la sentencia de la cual nos separamos parcialmente, las personas que consideran inadecuada una prueba que afecta sus derechos y legítimamente no desean exponerse a su realización deberán someterse a ella, si pretenden el acceso al empleo; o podrán no hacerlo, pero en este caso con la consecuente pérdida de puntos clave para su aspiración al ejercicio del derecho fundamental a acceder a los cargos públicos. La decisión adoptada, en ese ámbito, desconoció el papel de garante de los derechos humanos que le corresponde a la Corte Constitucional al validar una prueba sin verdad y sin dignidad.

22. En los anteriores términos dejamos expuestas las razones que justifican nuestra decisión de salvar parcialmente el voto a la Sentencia C-172 de 2021.

Fecha ut supra DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS A LA SENTENCIA C-172/21 1.

Con el acostumbrado y debido respeto por las determinaciones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, presento las razones de mi disenso parcial en relación con la Sentencia C-172 de 2021. Esa decisión evaluó la constitucionalidad de varias disposiciones del Decreto 71 de 2020. Esta norma reguló el sistema especial de carrera para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante DIAN).

Acompañé la mayoría de los puntos resolutivos, pero también expresé mi desacuerdo con la declaratoria de exequibilidad de la utilización de la prueba del polígrafo con carácter eliminatorio en el proceso de provisión de empleo (ingreso y ascenso) en el nivel profesional de la DIAN. La Sala Plena consideró que esa prueba no estaba expresamente prohibida, que ya se encontraba prevista para otras actividades (i.e. seguridad nacional y fuerzas armadas), requería el consentimiento previo del concursante y debía ser practicada con respeto a la dignidad humana.

2. El eje de mi disenso se basa en un principio fundamental que puede ser el eje más importante de la Constitución de 1991 y del constitucionalismo contemporáneo: ningún objetivo se puede alcanzar con medios lesivos de la dignidad humana. De allí se desprende que ningún instrumento que atente contra la dignidad humana pierde ese carácter por el mero hecho de que el ser humano instrumentalizado preste su consentimiento o por las buenas maneras de quien manipula la herramienta.

3. También considero que la utilización del polígrafo en este contexto vulnera los derechos a la honra, a la intimidad y al libre pensamiento. Eso ocurre cuando se usa un mecanismo contrario a la dignidad humana, con independencia del fin que esa herramienta persiga, de los ámbitos (procesales o laborales) en los que se aplique o de los efectos (vinculantes, eliminatorios y opcionales) que se le atribuyan. Ese efecto lesivo solo aumenta cuando las regulaciones legales son prácticamente inexistentes y su aplicación queda librada a algunos insulares y escasísimos pronunciamientos jurisprudenciales. Además, el polígrafo invierte la presunción de inocencia porque al individuo se le considera culpable o carente de idoneidad hasta que demuestra su inocencia o su aptitud. Asimismo, el objeto de las preguntas indaga por elementos íntimos de la vida privada, familiar o íntima de los candidatos.

4. De manera que justificar una vulneración gravísima a la dignidad humana por la naturaleza de la entidad a la que se pretende aplicar (DIAN) y en las altas cotas de corrupción, no puede conducir a considerar constitucionalmente admisible el uso de un aparato que solo arroja dudas e incertidumbres y jamás el hallazgo de una verdad más allá de toda duda razonable. Si ese argumento fuera correcto, el polígrafo se debería utilizar como condición de ingreso en todas las entidades del Estado. En este punto, no sobra recordar nuevamente, que la lucha contra la corrupción o contra el delito se debe realizar con el más elevado respeto por los derechos humanos.

5. Me parece importante reiterar que el polígrafo se basa en criterios de valoración positivista probatoria que no son concluyentes y que han sido superados en la teoría probatoria y argumentativa contemporáneas. De manera que el carácter moderno, sofisticado y científico del polígrafo es solo

aparente cuando se trata de determinar si una persona miente (o no) en relación con una determinada pregunta.

6. En este ámbito, la decisión de la mayoría omitió varias críticas científicas que se han formulado a la solidez del polígrafo como mecanismo para evaluar la calidad de verdadera o falsa de una afirmación [292] .

Una objeción insuperable al uso del polígrafo es que este se basa en los síntomas o reacciones fisiológicas del interrogado. Sin embargo, la prueba presume que los niveles de ansiedad, estrés, la presión sanguínea, el ritmo cardiaco y la respiración cambian solo por causa de que el interrogado está mintiendo. Además, esos efectos se someten a la libre interpretación de quien manipula la herramienta e indica si la persona miente o no. No obstante, el cuerpo humano puede tener reacciones y variaciones en esos indicadores por el mero estrés de estar sometido a la prueba o por el carácter incómodo de las preguntas. De manera que el grado de asertividad del polígrafo queda sometido al nivel de experticia de quien lo manipula y a una serie de factores que, reitero, pueden variar de manera pluricausal. Del mismo modo, se ha destacado que la mayor parte de las historias vitales no están sometidas a la dicotomía de la verdad o la mentira, sino que los recuerdos contienen información difusa que se mueve en zonas grises.

7. Adicionalmente, cuando se trata del uso del polígrafo en procesos de selección de personal, no se puede predicar el carácter libre y voluntario del polígrafo. El contexto social y la información sobre el desempleo en el país permiten inferir que el Estado impone una serie de requisitos que una persona, con intención de acceder al (escaso) empleo público, no puede rehusar por razones de necesidad.

8. La mencionada imposibilidad de usar medios y fines contrarios a la dignidad humana no se matiza con el hecho de excluir el carácter eliminatorio de la prueba del polígrafo. El modelo de Estado constitucional se basa en la idea kantiana de que el ser humano es un fin en sí mismo. Cuando el medio elegido es contrario a la dignidad humana, no es posible condicionar su aplicación a que se respete ese valor constitucional sin que con ello se incurra en una contradicción lógica y, más que eso, en una vulneración del más caro de los valores, principios y derechos constitucionales. Dicho de otro modo, decir que se autoriza el uso del polígrafo solo si se respetan los derechos humanos y la dignidad es una contradicción dado que el polígrafo es per se violatorio de tan caros derechos y garantías. Así como no se podría decir que la tortura es admisible como medio procesal de averiguación de la verdad, siempre que se respeten -en su práctica- los derechos humanos.

9. También difiero completamente del argumento mayoritario que indicó que no existía una prohibición expresa de usar el polígrafo. Desde luego que la Constitución no se refiere específicamente a esta prueba. Pero la cláusula de dignidad humana permite inferir claramente que la aplicación de esos mecanismos debe estar prohibida o altamente limitada. La pregunta no era si la Constitución lo prohibía expresamente, sino si los elementos constitucionales permitían inferir alguna subregla que impidiera la aplicación de esa herramienta pluriofensiva de los derechos fundamentales.

10. Aunque el polígrafo ha estado asociado al ingreso a los servicios de seguridad del Estado, se trata de una aplicación cada vez más limitada y en extinción. Baste mencionar la decisión adoptada por el Ministerio de Seguridad de Argentina (Resolución 74 de 2020) en la que se prohibió el uso de ese mecanismo en el sector defensa. Por una parte, se consideró que esa prueba era contraria a la dignidad humana y a la prohibición constitucional de autoincriminación. Por otra parte, se indicó que la prueba no era fiable ni útil para los objetivos perseguidos.

11. La jurisprudencia comparada también era relevante. Por ejemplo, la Corte Suprema de Canadá estableció en R v. Bélan (1987) que los resultados del polígrafo no se podían usar en los tribunales [293] .

En esa sentencia se advirtió que el polígrafo no era admisible porque resultaba contrario a las reglas probatorias de la evidencia, creaba confusiones, complicaba los procedimientos y era innecesario. Esa misma línea ha sido seguida por la District Court of New South Wales (Australia) en el caso R v. Murray (1981) que condujo a la aprobación de la Lie Detectors Act (1983) [294] .

Esta última considera que no se puede usar el polígrafo, entre otras situaciones, cuando se trata del acceso o la promoción al empleo. 12. Finalmente, como indica la American Psychological Association (APA), actualmente el polígrafo aparece más asociado a las películas de drama o comedia que a la posibilidad de detectar científicamente si una persona miente. De manera que “la idea de que podemos detectar la veracidad de una persona al monitorear los cambios psicofisiológicos es más un mito que una realidad” [295] . De allí que, respetuosa pero firmemente, considere que la exigencia del polígrafo en el sistema de provisión y promoción del empleo en la DIAN ha debido ser declarada inexequible.

Fecha ut supra JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado [1] En la Sala virtual del 12 de agosto de 2020, la Sala Plena acumuló al trámite del expediente D-13855 los radicados D-13864 (actor: Luis Alberto Rubiano Sánchez) y D-13872 (actor: Nixon Torres Cárcamo). No obstante, dado que ninguna de estas dos demandas fue admitida, total o parcialmente, se estima innecesario ahondar en la relación de su trámite.

[2] La sustanciación y ponencia inicial de este asunto correspondió a la magistrada Diana Fajardo Rivera. No obstante, el proyecto originalmente presentado para consideración de la Sala Plena no obtuvo en su integridad la mayoría requerida por el Reglamento Interno de la Corporación para ser aprobado, específicamente en relación con el estudio de constitucionalidad de los artículos 29.1 y 30 del Decreto ley 71 de 2020, sobre la prueba del polígrafo. Por lo anterior, la Sala Plena decidió que el magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar interviniera en la elaboración final de la sentencia como coponente y así recoger la posición mayoritaria específicamente en la materia referida.

[3] Quien manifiesta actuar como ciudadano pero, a la vez, expone su condición de representante legal del Sindicato de la Unión Sindical de Trabajadores del Estado.

[4] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=18922 . [5] También se inadmitieron las demandas presentadas por los señores Luis Alberto Rubiano Sánchez, D-13864, contra los artículos 6 parcial, 16 parcial, 23, 55, 97 parcial, 123 parcial, 129 parcial y 144 parcial del Decreto

ley 71 de 2020; y, Nixon Torres Cárcamo, D-13872, contra los artículos 7 (parcial), 22 (parcial), 27 (parcial), 29 y 123 del Decreto ley 71 de 2020.

[6] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19796 . [7] Además se rechazaron las demandas presentadas por los señores Luis Alberto Rubiano Sánchez, D-13864, y Nixon Torres Cárcamo, D-13872, quienes también allegaron escrito de corrección dentro del término legal.

[8] El ciudadano Nixon Torres Cárcamo, radicado D-13872, también interpuso recurso de súplica; sin embargo, el rechazo de su demanda se confirmó a través del referido Auto.

[9] Siguiendo lo previsto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución. [10] Atendiendo lo dispuesto en el artículo 244 de la Constitución.

[11] Conforme a lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991. [12] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23618 .

Memorial allegado mediante apoderado judicial, el abogado Nelson Javier Otálora Vargas. [13] La DIAN no se pronunció frente al cargo invocado contra el artículo 29.2 del Decreto ley 71 de 2020.

[14] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23619 . Memorial suscrito por el presidente de la CNSC, el señor Frídole Ballén Duque.

[15] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23627 . Intervención presentada mediante apoderado judicial, el abogado Camilo Escovar Plata.

[16] No obstante, es de advertir que en su escrito el DAFP intervino frente a los artículos 97 y 123 bajo el errado presupuesto de que estos se habían demandado por la presunta violación de la reserva de ley estatutaria. Por lo cual, en la síntesis que más adelante se hace no se mencionarán sus argumentos frente a las referidas disposiciones pues no tienen correspondencia con el cargo efectivamente invocado por los demandantes.

[17] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23294 . Intervención allegada por el Director del Departamento de Derecho Administrativo, el abogado Jorge Iván Rincón Córdoba.

[18] En su escrito la Universidad intervino frente a los artículos 97 y 123 bajo el errado presupuesto de que estos se habían demandado por la presunta violación de la reserva de ley estatutaria. Por lo cual, en la síntesis que más adelante se hace no se mencionarán sus argumentos frente a las referidas disposiciones pues no tienen correspondencia con el cargo efectivamente invocado por los demandantes.

[19] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=22917 . [20] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=22985 .

[21] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23545 . [22] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23580 .

[23] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23584 . [24] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23588 .

[25] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23592 . [26] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23594 .

[27] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23597 . [28] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23600 .

[29] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23623 . [30] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23329 .

[31] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=24664 . Concepto del 21 de enero de 2021. [32] Olga Lucía Pulido Rayo, Mario Germán Rojas, Yesid Falla Cardoso, Myriam Stella Díaz Corredor, Clara Inés Araújo Millán, María Lucía Fandiño Cubillos, Mario Germán Rojas, Josefina Escobar Briceño, Pedro Nel Sánchez Acosta, David Felipe Sánchez Villota y Luisa Fernanda Castañeda Cañas.

[33] La intervención se refiere de manera amplia al fundamento constitucional del régimen de carrera y alude a diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional (entre otras alude a las sentencias C-588 de 2009 y C-249 de 2012). Igualmente invoca la reserva de ley aplicable a la carrera administrativa de la DIAN, afirmando que dicha reserva “ prohíbe a cualquier otra fuente (gobierno o Director General de la Dian) regular ese mismo asunto ”. Sostiene, entonces, que el legislador no puede transferir esa competencia “ directa o subrepticiamente al gobierno (…) o a un funcionario del ejecutivo como el Director General de la Dian (…)”. Precisa, en adición a ello, que la regulación legislativa no puede desconocer las competencias exclusivas que el artículo 130 de la Carta le confirió a la Comisión Nación del Servicio Civil, señalando que respecto de “ la administración y vigilancia de la carrera de la Dian no existe una libertad absoluta del legislador sino que el legislador tiene límites por mandato constitucional ”. Tales límites, a su juicio, implican que “ no puede trasladar las funciones de administración o vigilancia de la carrera de la Dian, ni al gobierno nacional ni al Director General de la Dian ”.

[34] “ ARTÍCULO 6o. Repartida la demanda, el magistrado sustanciador proveerá sobre su admisibilidad dentro de los diez días siguientes (…) La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales (…).” Negrilla fuera de texto.

[35] La solicitud comprende las siguientes disposiciones: Artículo 9.5 -Director General-; Artículo 11, numerales 11.1 y 11.2 - Funciones de la Comisión de Personal- ;

artículo 12, numeral 12.1 - Funciones de la Escuela de Impuestos y Aduanas- ; Artículo 22, parágrafo transitorio - Formas de proveer los empleos de carrera administrativa- ; Artículo, 27 parágrafo transitorio - Requisitos para participar en el concurso de ascenso- ; Artículo 28 - Etapas del proceso de selección para ingreso y ascenso- ; Artículo 44 - Período de la evaluación del desempeño- ; Artículo 46, inciso 2 - Categorías de la evaluación de desempeño- ; Artículo 49 - Obligación de evaluar el desempeño- ; Artículo 53, inciso primero - Instrumentos de evaluación de los empleados del Sistema Específico de Carrera- ; Artículo 54, inciso primero - Instrumentos de evaluación del desempeño de los empleados de libre nombramiento y remoción, y vinculados mediante nombramiento provisional- ;

Artículos 62, incisos 2 y 4 - Procedimientos de identificación, definición, aplicación, evaluación y acreditación de competencias- ; Artículo 83, parágrafo transitorio - Requisitos de la comisión de estudios- ; y Artículo 149 - Régimen de transición- .

[36] En esta síntesis jurisprudencial se seguirá de cerca lo sostenido por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-084 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-046 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-645 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; C-645 de 2016. M.P.

María Victoria Calle Correa . AV. Gloria Stella Ortiz Delgado ; C-673 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Alberto Rojas Ríos; C-553 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Nilson Pinilla Pinilla, SV.

Mauricio González Cuervo, SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y SV. Humberto Antonio Sierra Porto; C-1230 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. AV Jaime Araújo Rentería ; y C-563 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

[37] Según lo sostenido en la Sentencia C-479 de 1992 (MM.PP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero . SV Fabio Morón Diaz, Jaime Sanín Greffenstein y Simón Rodríguez Rodríguez), en un Estado Social de Derecho la relación del Estado y sus servidores se sujeta a un marco axiológico completo, cuyo centro es la persona humana; y, agregó que:

“[e] l respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro, constituyen las consecuencias prácticas de esa filosofía.” [38] Con las excepciones allí previstas: cargos de elección popular y de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que establezca la ley.

[39] Aunque el concurso público como instrumento para acreditar el mérito en el régimen de carrera está expresamente previsto en la Constitución, es claro que (i) el mérito es exigible para el acceso a cualquier tipo de cargo en el Estado y que (ii) el concurso no es el único medio para su comprobación. Al respecto, en la en la Sentencia C-084 de 2018 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez), se afirmó que:

“[a] pesar de la relevancia del concurso en la provisión de empleos públicos, dicha modalidad de vinculación no es exclusiva de la carrera administrativa, como tampoco lo es el criterio del mérito para la selección de los aspirantes. En efecto, la acreditación de las respectivas calidades para el empleo también se exige respecto de cargos que no sean de carrera, en virtud de los distintos mecanismos que se dispongan para establecer la idoneidad de los aspirantes.” [40] Ver, entre otras, las sentencias C-356 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz y C-250 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[41] “ Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: // 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (…).” [42] En las sentencias C-391 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-356 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz; C-746 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-1230 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

AV. Jaime Araújo Rentería ; C-250 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C -645 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado; y, C -645 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera, entre otras, se han mencionado como regímenes especiales de origen constitucional el vigente en las siguientes entidades: Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (Arts. 217 y 218 de la CP), Fiscalía General de la Nación (Art. 253 de la CP), Rama Judicial (Art. 256-1 de la CP), Contraloría General de la República (Art. 268-10 de la CP), Procuraduría General de la Nación (Art.

279 de la CP) y los entes universitarios autónomos (Art. 69 de la CP). [43] “ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

[44] En la Sentencia C-1230 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, AV. Jaime Araújo Rentería), se analizó la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 909 de 2004 que se refiere a los sistemas específicos de carrera administrativa creados por el Legislador. El cargo se dirigió a cuestionar su existencia dado que, se estimó, solo el Constituyente reguló la materia. Al respecto, la Corporación consideró que la disposición demandara era exequible porque:

“con fundamento en los artículos 125, 130 y 150 de la Carta, el legislador está plenamente habilitado para instituir sistemas especiales de carrera, sin perjuicio de que éstos se encuentren debidamente justificados y observen los principios y reglas que orientan el régimen general de carrera, esto es, la filosofía que inspira el sistema general de acceso a los cargos públicos; presupuestos que, para los efectos del control de constitucionalidad, sólo pueden ser evaluados a la luz de las regulaciones legales que en forma concreta y específica implemente el legislador –ordinario o extraordinario- para

cada una de las entidades descritas en el artículo 4º de la Ley 909 de 2004, beneficiarias de los sistemas específicos de carrera.” Ver, entre otras, las sentencias C-1262 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-285 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez , en relación con el régimen específico de la DIAN previsto en el Decreto Ley 765 de 2005; C-211 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto; y C-753 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería, sobre el régimen específico del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; C-471 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa, sobre el régimen de las superintendencias; C-534 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; C-645 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera, sobre el régimen de carrera del INPEC;

C-645 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado, sobre el régimen del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

[45] En la Sentencia C-250 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se sostuvo: “Esa flexibilización no implica la desaparición de los presupuestos esenciales de la carrera, sino su modulación para hacerlos compatibles con las características de la respectiva entidad, siendo del caso examinar cuáles de esos principios y postulados básicos podrían ser objeto de moderación al regular una (sic) sistema especifico de carrera.” [46] Sentencia C-1230 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. AV Jaime Araújo Rentería, reiterada, entre otras, en la Sentencia C-250 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[47] “ Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN .” [48] Esta especificidad ha sido reconocida en las leyes 27 de 1992 (artículo 3), 443 de 1998 (artículo 4) y 909 de 2004 (artículo 4), que se han ocupado de regular el sistema general de carrera administrativa.

[49] Proferido por el Gobierno nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución. En esta normativa, además, se fusionaron la Dirección de Impuestos Nacionales con la Dirección de Aduanas Nacionales, creando la DIAN como una entidad de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se advierte, finalmente, que en el artículo 112 de esta regulación se remitió la “administración de personal” a lo estipulado en el Decreto ley 1647 de 1991 y en el artículo 106 de la Ley 6 de 1992.

[50] A esta regulación la acompañó el Decreto ley 1071 de 1999, que organizó la DIAN como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal. Tanto éste como el Decreto ley 1072 de 1999 se expidieron por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 79 de la Ley 488 de 1998.

[51] Adoptado por el Gobierno nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el Congreso de la República en el artículo 53.5 de la Ley 909 de 2004.

[52] Como antecedente del Decreto ley 71 de 2020 está el Decreto ley 1144 de 2019, proferido por el Ejecutivo en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 104 de la Ley 1943 de 2018 -Ley de financiamiento. No obstante, dado que esta última se declaró inexequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-481 de 2019, la validez de aquél se afectó por la figura de la inexequibilidad por consecuencia.

[53] Se precisa que algunos de los decretos mencionados en esta secuencia se ocupan de aspectos que desbordan la regulación de la carrera administrativa, como sucede incluso con el Decreto ley 71 de 2020. Mientras que, por ejemplo, el Decreto ley 765 de 2005 se sujetaba a la regulación de la carrera administrativa en la DIAN de manera particular.

[54] El Capítulo I , artículos 1 a 6, sobre el objeto, principios rectores y ámbito de aplicación ; el Capítulo II , artículos 7 a 14, referido a los entes, órganos competentes en la administración, vigilancia y para la gestión interna del sistema específico de carrera administrativa;

el Capítulo III , artículos 15 a 18, respecto a los instrumentos de gestión interna de la carera administrativa; el Capítulo IV , artículos 19 a 23, dedicado a la provisión de empleos ; el Capítulo V , artículos 24 a 36, sobre el ingreso y ascenso a los cargos, y movilidad horizontal en el sistema específico de carrera administrativa ; el Capítulo VI , artículos 37 a 41, que regula el proceso de formación y capacitación ; el Capítulo VII , artículos 42 a 55, que se ocupa de la evaluación de desempeño ; el Capítulo VIII , artículos 56 a 62, alusivo a las competencias laborales ; el Capítulo IX , artículos 63 a 128, relativo a situaciones administrativas ; el Capítulo X , artículos 129 a 145, concerniente al retiro del servicio , y el Capítulo XI , artículos 146 a 150, vinculado a disposiciones generales, vigencia y derogatoria.

[55] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [56] Al respecto se reiteró la tesis que se había sostenido frente a otras entidades en las sentencias C-507 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-746 de 1999.

M.P. Alfredo Beltrán Sierra. A partir de lo anterior, se declaró la exequibilidad del artículo 79.2 de la Ley 488 de 1998 que concedió facultades extraordinarias al Gobierno nacional para expedir el régimen de carrera de la DIAN.

[57] Con este requisito, se afirmó se abría “el campo a la arbitrariedad y a hacer nugatoria la posibilidad de acceder a la función pública en virtud de méritos y calidades ya demostradas, sin que al agraviado de esa manera se le de oportunidad alguna de ser oído para enterarse de las acusaciones en las cuales se funda semejante concepto en su contra y, aún más, sin que se le permita luego aducir argumentos y pruebas de descargo .

” Artículo 26.1 del Decreto 1071 de 1999. [58] Artículos 26.2 del Decreto 1071 y 79 Decreto l072 de 1999. Consecuentemente con lo anterior, se declaró inconstitucional el artículo 10.3 del Decreto 1072 de 1999, que estableció como inhabilidad para ejercer un empleo en la DIAN haber sido retirado del servicio como consecuencia del referido informe reservado de inteligencia.

[59] En esta decisión, por desbordar las competencias conferidas en la norma habilitante, se declaró la inexequibilidad (i) del régimen disciplinario creado en el Decreto 1073 de 1999, y (ii) de las disposiciones que calificaron el servicio prestado en la DIAN como un servicio público esencial. Además, por quebrantar el derecho de acceso a cargos públicos, también se declaró la inexequibilidad de la limitación de nombramientos para ciertos cargos al personal activo de la Policía nacional y de las Fuerzas Militares. Además de estas, se adoptaron otras decisiones que por no resultar relevantes para el caso analizado no se mencionaran.

[60] Decreto ley 1072 de 1999, artículo 9 numerales 6, 14, 18 y 19, respectivamente. [61] Artículo 15 del Decreto ley 1072 de 1999. [62] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[63] “ Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN”.

[64] Dado que este es un problema jurídico ajeno a la materia objeto de análisis, no se profundizará en el mismo. [65] Para su resolución la Corte acudió a la conceptualización de tres fenómenos: la técnica de la reserva de ley, la delegación de facultades legislativas por el Congreso de la República al Gobierno nacional y la deslegalización.

[66] Parágrafo transitorio del artículo 21 del Decreto ley 765 de 2005. [67] Artículo 36.2 inciso final, ibídem. [68] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En este caso fueron demandados los artículos 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 34, 37, 38, 47 y 48 en su totalidad o expresiones contenidas en ellos.

[69] Sobre este aspecto la Sala volverá en detalle más adelante, al analizar el cargo de inconstitucionalidad invocado contra el artículo 29.2 del Decreto ley 71 de 2020.

[70] M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Alberto Rojas Ríos. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. [71] Esta disposición previó los supuestos en los que el retiro de empleados amparados por fuero sindical no exige el levantamiento judicial de la protección foral.

[72] A esta decisión se hará referencia más adelante, dado que en esta demanda también se cuestiona el artículo 144 del Decreto 71 de 2020, aunque por diferente cargo.

[73] Esta decisión se adoptó frente a la causal que permite la desvinculación del funcionario aforado cuando el empleo que ocupa debe ser provisto en estricto orden de mérito por quien está en el primer lugar de la lista de elegibles. Para lo anterior se tuvo en cuenta que en la Sentencia C-1119 de 2005 se había avalado una disposición del Decreto ley 760 de 2005, sobre la carrera general, en el mismo sentido.

[74] Este cargo fue admitido a partir del escrito inicial de demanda. https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=18041 , páginas 102 a 117.

Se admitió en el Auto del 31 de agosto de 2020, fundamentos jurídicos Nos. 22, 23, 45 y 53. https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=18922 .

[75] Al concentrar el objeto de reparo en la prueba del polígrafo, página 102 de la demanda, los demandantes indican que “[l] o primero que debemos precisar es que en los artículos 29.1 y 30 del decreto 71 de 2020 el polígrafo está concebido como una de las pruebas eliminatorias; desde este punto de vista de prueba eliminatoria, es inconstitucional ya que contraría la jurisprudencia de la Corte Constitucional reiterada en varias oportunidades y a la que arriba hicimos mención y a la que ahora nos remitimos.” En atención a esta precisión, la síntesis de este argumento de inconstitucionalidad tendrá en cuenta lo sostenido por los accionantes en las páginas 74 a 80 del escrito de demanda.

[76] Las sentencias SU-613 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. SV. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño. SV. Clara Inés Vargas Hernández. SV. Álvaro Tafur Galvis;

T-384 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-478 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-1122 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y C-105 de 2013. M.P.

Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [77] M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [78] Citan la Sentencia 26470 del 1 de agosto de 2008, Sala de Casación Penal.

[79] De conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y lo considerado por la Corte Constitucional en las sentencias C-040 de 1995 y SU-913 de 2009. Entre tales fases menciona (i) la convocatoria, (ii) el reclutamiento y (iii) las pruebas.

[80] Precisa que: “Como puede observarse, los cargos formulados en la demanda no coinciden con lo dispuesto por la norma acusada, pues mientras los accionantes aluden a la existencia de la prueba del polígrafo con carácter eliminatorio la norma acusada hace referencia a una fase del concurso que tiene dicho carácter y que en la misma se puede o no aplicar la prueba del polígrafo, entre otras, sin que signifique que la norma acusada esté dando

algún calificativo o valor a dicha prueba.” [81] Sentencia del 25 de abril de 2019, radicación número: 11001-03-25-000-2015-01053-00. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[82] Íbídem. [83] Convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas o instrumentos de selección, conformación de lista de elegibles y periodo de prueba.

[84] Sentencia del 25 de abril de 2019, radicación número: 11001-03-25-000-2015-01053-00. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [85] Precisó que: “[d] e ahí que sea fundamental el tener en cuenta las diferentes dimensiones del perfil del individuo, de manera que la lista de elegibles sea el resultado de todo el proceso de selección y no de una prueba específica. Si bien pueden preverse etapas eliminatorias como los exámenes de conocimiento o los cursos-concurso, no por ello habrá de dejarse de tomar en cuenta todas las demás pruebas de selección .” [86] Al respecto citó las siguientes decisiones del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B: Sentencia de 14 de junio de 2018, radicado No. 11001-03-25-000-2012-00166-00(0727-12), y Sentencia de 14 de febrero de 2013, radicado 11001-03-25-000-2011-00567- 00(2186-11).

[87] M.P. Carlos Bernal Pulido. SPV. Diana Fajardo Rivera. [88] Sentencia del 25 de abril de 2019, radicación número: 11001-03-25-000-2015-01053-00. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[89] Concepto del 3 de enero de 2016. [90] Sentencia del 25 de abril de 2019, radicación número: 11001-03-25-000-2015-01053-00. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez .

[91] LA CNSC aportó el link en el que se encuentra el estudio denominado “Pertinencia del uso del polígrafo en los procesos de selección de la CNSC”, del 3 de septiembre de 2020.

https://www.cnsc.gov.co/observatorio/phocadownload/Documentos_Tecnicos/PertinenciadelusodelpoligrafoenlosProcesosdeSelecciondelaCNSC.pdf.pdf .

[92] El cargo más amplio fue objeto de inadmisión y posterior rechazo. En el Auto de rechazo se sostuvo que: “ 16. En cuanto al segundo reparo, relacionado con la presunta prohibición de pruebas eliminatorias en el marco de los concursos públicos, deben reiterarse los argumentos expuestos en los fundamentos jurídicos Nos. 41 y 42 del auto inadmisorio. En esta línea, los accionantes mencionaron que la Corte Constitucional ha proscrito la posibilidad de que existan pruebas eliminatorias, afirmando que tal postura se encuentra en la Sentencia C-1122 de 2005, según la cual “Reconocer a la prueba de conocimientos un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, de manera que los resultados del (sic) mismo no inciden en la conformación de la lista de elegibles, no solo desconoce el mérito como fundamento constitucional del ingreso y ascenso dentro de la carrera judicial, y con ello el artículo 125 del artículo superior.” (Negrilla fuera de texto). En los términos ya explicados en el Auto del 31 de agosto, se advirtió que en el marco del Decreto ley 071 de 2020 no se estaba negando la sumatoria de las pruebas de la etapa eliminatoria, por lo cual, debía justificarse cuál era el reparo. Sin embargo, el cargo se siguió fundamentando en una premisa que no está plenamente acreditada con miras a la garantía del mérito, esto es, la imposibilidad de establecer pruebas eliminatorias en los concursos públicos de méritos. Por lo anterior, el cargo no cumple los requisitos de certeza y especificidad .” https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19796 . Esta decisión fue confirmada, posteriormente, por la Sala Plena en sede se súplica mediante el Auto No. 378 del 15 de octubre de 2020, párrafos 20 a 22.

https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=22045 . [93] Los artículos 1, 13, 25, 29, 40.7, 83, 125 y 209 de la Constitución.

[94] Al respecto ver, por ejemplo, las sentencias C-104 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Ernesto Vargas Silva; y C-966 de 2012.

M.P. María Victoria Calle Correa. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [95] Valorados en todo caso de manera objetiva y con fundamento en reglas claras y previamente establecidas. En el mismo sentido ver la reciente Sentencia C-084 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[96] Al respecto ver las sentencias C-1177 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-250 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [97] En la Sentencia C-826 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), que reiteró la Sentencia T-321 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), se afirmó que:

“ [e]n síntesis, esta Corte ha concluido que el logro de la efectividad de los derechos fundamentales por parte de la administración pública se basa en dos principios esenciales: el de eficacia y el de eficiencia. A este respecto ha señalado que la eficacia, hace relación “… al cumplimiento de las determinaciones de la administración” y la eficiencia a “… la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos.” En la Sentencia C-479 de 1992 (MM.PP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. SV. Fabio Morón Díaz, Jaime Sanín Greffenstein y Simón Rodríguez Rodríguez), se afirmó “ [e] n este aspecto, la armonización de los dos principios analizados -la eficiencia y la eficacia de la función pública- con la protección de los derechos que corresponden a los servidores estatales resulta de una carrera administrativa diseñada y aplicada técnica y jurídicamente, en la cual se contemplen los criterios con arreglo a los cuales sea precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determine el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución.

Estos aspectos, en una auténtica carrera administrativa, deben guardar siempre directa proporción con el mérito demostrado objetiva y justamente.

// Ello conduce a la instauración de la carrera administrativa como sistema propicio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho .” [98] Sentencias C-1263 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-250 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[99] Sentencia C-1122 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [100] Sobre el alcance de la competencia del Legislador, quien podría reservar al reglamento la regulación de algunos aspectos sobre las pruebas a adelantarse en un tipo particular de concurso, ver la Sentencia C-808 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. SVP. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

[101] Al respecto ver el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que regula las siguientes etapas: convocatoria, reclutamiento, pruebas, listas de elegibles y período de prueba.

[102] M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [103] “ Artículo 21.- Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidad del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros previamente determinados.

(…) // La entrevista en el proceso de selección para cargos de carrera podrá tener un valor máximo del quince por ciento 15% dentro de la calificación definitiva y el jurado calificador será plural.” [104] M.P.

Alfredo Beltrán Sierra. [105] “ ARTÍCULO 204. Entrevista. Cuando en un concurso se programe entrevista, ésta no podrá tener un valor superior al veinte por ciento (20%) de la calificación definitiva y nunca podrá tener carácter eliminatorio.

El Procurador General o su delegado integrará el jurado calificador con un mínimo de tres (3) personas, una de las cuales deberá ser el jefe de la dependencia a la que esté adscrito el empleo por proveer. // Cuando se asigne un puntaje no aprobatorio, el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones que lo justifican.” [106] Sobre la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación.

[107] Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [108] M.P.

Rodrigo Escobar Gil. [109] M.P. Carlos Bernal Pulido. SV. Diana Fajardo Rivera. [110] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [111] Esta normativa reguló el sistema específico de carrera administrativa de las Superintendencias de la Administración Pública Nacional. En concreto, la disposición demandada preveía el alcance del concurso-curso, afirmando que “ En esta se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles .” Este último enunciado, daba a entender, según los demandantes, que la lista de elegible se conformaría a partir solamente de la valoración del concurso-curso, excluyendo las demás pruebas del proceso. La Corte condicionó el sentido del citado enunciado, en el entendido de que “ si se ha llevado a cabo prueba de conocimientos generales o específicos, los resultados de ésta no pueden tener un carácter simplemente eliminatorio, debiéndose reconocerles también un carácter clasificatorio, de manera tal que, a la hora de elaborar la lista de elegibles, tales resultados sean computados con los del curso-concurso, conforme a algún porcentaje preestablecido en la convocatoria, que determine su valor.

” [112] Para la construcción de este apartado se toman en cuenta las siguientes fuentes: (i) “Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal – El uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerpprinting (P300).” María Luisa Villamarín López. Editorial Marcial Pons. 2014; (ii) información de la Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, una de las tres existentes a nivel internacional. https://www.alp-polygraph.com/; y (iii) el concepto remitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil a este proceso.

[113] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es/pol%C3%ADgrafo > [12-06-2021].

[114] https://www.alp-polygraph.com/wp-content/uploads/2021/03/ESTANDARES-DE-PRACTICA-APA-1.pdf . [115] https://poligrafoespana.com/index.php/poligrafo-3/historia-poligrafo/ .

[116] Fuente: https://www.apa.org/research/action/polygraph [117] Según el informe de la Comisión Nacional del Servicio Civil, “[e]xisten diferentes técnicas de uso de dichos registros, las cuales buscan el establecimiento de una línea base o de “constantes” en las respuestas fisiológicas para que, a partir de estas, se puedan comparar los marcadores de las activaciones frente a preguntas dicótomas (de “sí” o “no”). Los métodos más usados son: 1) Relevan / Irrelevant Test (RIT), 2) Control Question Technique (CQT) y 3) Concealed Information Test (CIT). Cada una de ellas tienen diferentes formas de plantear las preguntas al entrevistado y le ofrecen a este, diferentes opciones para responder a las mismas. 2 Estas diferentes técnicas, en principio, buscan detectar el engaño y corroborar la veracidad de acciones, partiendo de una situación sobre la que se tiene información parcial.” [118] Fuente:

https://www.nap.edu/read/10420/chapter/3#14 . [119] Fuente: https://www.apa.org/research/action/polygraph . [120] Fuente: https://www.nap.edu/read/10420/chapter/3#27 .

[121] Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Francisco Javier Farfán Molina. “El polígrafo y su utilización como acto de investigación en el derecho sancionatorio”, Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 35, n.º 98, enero-junio de 2014, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp.

131-179.

[122] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 4603-15 del 25 de abril de 2019. [123] Corte Suprema de Justicia, Expediente núm. 16470 del 1 de agosto de 2018.

[124] Procuraduría General de la Nación, Rostros & Rastros justicia, comunidad y responsabilidad social . Revista del Observatorio de DD. HH. del Instituto de Estudios del Ministerio Público, Año 9, N. º 21, Junio-Diciembre de 2018.

[125] Fuente: https://www.dol.gov/agencies/whd/polygraph . [126] Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Francisco Javier Farfán Molina. "El polígrafo y su utilización como acto de investigación en el derecho sancionatorio", Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 35, n.º 98, enero-junio de 2014, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp.

131-179. [127] Fuente: https://www.invias.gov.co/index.php/sala/noticias/2251-director-general-se-sometio-a-prueba-del-poligrafo . [128] Sentencia T-420 de 2014. M.P. Andrés Mutis Vanegas (e).

[129] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 4603-15 del 25 de abril de 2019. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [130] Corte Suprema de Justicia, Expediente núm. 26470 del 1 de agosto de 2008.

[131] Sentencia C-075 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil. SV. Jaime Araújo Rentería. AV. Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla. AV. Jaime Córdoba Triviño.

[132] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 4603-15 del 25 de abril de 2019. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [133] No obstante, es de advertir que el Consejo de Estado - Sección Primera (i) declaró la nulidad de la Resolución No. 2852 de 2006, en Sentencia del 24 de enero de 2013, por falta de competencia para expedir esta regulación (M.P. María Elizabeth García González. Radicado No. 2008-00345), con lo cual se ha comprendido que sobre la Resolución No. 2417 de 2008 operó el fenómeno del decaimiento, y (ii) suspendió los efectos de la Resolución No.

2593 de 2003 (Radicado 2020-00126), por lo cual, el Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada estimó en la Circular externa No. 20211300000023 del 10 de febrero de 2021, que en la actualidad no se cuenta con soporte legal que autorice el uso del polígrafo en este sector.

[134] Fuente: https://www.itrc.gov.co/Itrc/glossary/fraude/ . [135] Fuente: https://www.itrc.gov.co/Itrc/glossary/corrupcion/ . [136] Fuente:

https://www.larepublica.co/economia/estamos-preocupados-por-la-corrupcion-que-existe-en-las-aduanas-itrc-2874548 . https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/desarticulada-red-de-corrupcion-conformada-por-funcionarios-de-la-dian-y-particulares-que-vendian-maquinaria-decomisada/ .

[137] Aura Itzel Ruiz Guarneros. "El polígrafo: ¿un instrumento científico ?", Iter Criminis Revista de Ciencias Penales , n.º 16, enero de 2017, Ciudad de México, Instituto de Ciencias Penales de México (INACIPE), 2017, pp. 129-150.

[138] Este cargo fue admitido a partir del escrito de corrección de la demanda. https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19330 , páginas 14 y 15.

Se admitió en el Auto del 22 de septiembre de 2020, fundamentos jurídicos Nos. 5 y 10. https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19796 .

[139] Las consideraciones generales sobre la limitación que el Legislador tiene de regular los regímenes de carrera específicos, a partir de lo establecido en el artículo 130 de la Carta, se encuentra en el numeral 2.4. del escrito de corrección de la demanda, páginas 4 y 5. Debe destacarse también que en el escrito inicial de la demanda, los accionantes indican (i) que la CNSC fue creada con el objeto de garantizar el acceso a cargos públicos, la participación en el ejercicio del poder político, la igualdad, el trabajo, la dignidad y la libertad, entre muchos otros derechos (páginas 18 y 19), y (ii) las decisiones de la Corte Constitucional más relevantes sobre este preciso aspecto, entre las que se encuentran las siguientes sentencias: C-183 de 2019, C-518 de 2016, C-285 de 2015 y C-471 de 2013 (páginas 26 a 45).

https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=18041 . [140] Sobre el ejercicio de las competencias de administración y vigilancia de la CNSC citó como referentes jurisprudenciales las sentencias C-527 de 2017. M.P.

Cristina Pardo Schlesinger. SPV Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo. AV Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger y Alberto Rojas Ríos; C-034 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez; y C-372 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[141] Regulación prevista en el artículo 29 de la Ley 909 de 2004. [142] Sentencias C-645 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera y C-1230 de 2005. M.P.

Rodrigo Escobar Gil. AV. Jaime Araújo Rentería. [143] " ARTÍCULO 130.- Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos , excepción hecha de las que tengan carácter especial.

" (Subrayado fuera del texto). [144] Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 130 de la Constitución, la Ley 909 de 2004 definió la naturaleza de la Comisión en los siguientes términos: " Artículo 7 . NATURALEZA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de

carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad.

" [145] Ver, entre otras, las sentencias C-479 de 1992. MM.P.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. SV Fabio Morón Diaz, Jaime Sanín Greiffenstein y Simón Rodríguez Rodríguez ;

C-407 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-372 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-1265 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En la Sentencia C-471 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa), se sostuvo que con la creación de la CNSC se pretendió que este órgano asegurara " que los procesos de selección de personal se adelanten sin presiones de ninguna clase y lejos de los intereses políticos y burocráticos.

" [146] Sentencia C-527 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. SPV Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo. AV Diana Fajardo Rivera, Antonio José Lizarazo Ocampo, Cristina Pardo Schlesinger y Alberto Rojas Ríos .

[147] Sentencia C-372 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), sobre la regulación prevista en el Capítulo I, Título II de la Ley 443 de 1998, " por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones".

[148] Ibídem . Artículo 44 de la Ley 443 de 1998. En dicha oportunidad la Corporación precisó que la Comisión "no tiene un carácter de cuerpo asesor o consultivo del Gobierno ni de junta o consejo directivo de composición paritaria o con mayoría prevalente de los organismos estatales o de los trabajadores, ni de las entidades territoriales en cabeza de sus autoridades. Se trata en realidad de un ente autónomo, de carácter permanente y de nivel nacional, de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos, cuya integración, período, organización y funcionamiento deben ser determinados por la ley. No hace parte del Ejecutivo ni de otras ramas u órganos del poder público y debe ser dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, para que pueda cumplir con eficiencia los cometidos constitucionales que le corresponden ." [149] Sentencia C-527 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Diana Fajardo Rivera, Antonio José Lizarazo Ocampo, Cristina Pardo Schlesinger y Alberto Rojas Ríos.

[150] La Corporación sostuvo que la CNSC: (i) no tenía competencia sobre los regímenes legales diferenciales creados por el Legislador ni sobre los especiales por disposición constitucional, en atención a que el artículo 130 de la Constitución así lo preveía (sentencias C-391 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-356 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz y C-616 de 1996. M.P.

Vladimiro Naranjo Mesa); (ii) tenía competencia frente a las carreras especiales creadas por el Legislador y no tenía competencia sobre aquellas exceptuadas por el Constituyente (S entencia C-746 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra); y, (iii) era competente respecto de las carreras creadas por el Legislador solo en aquellos casos en que así se estableciera y en los términos respectivamente indicados en la respectiva norma. Sentencias C-313 de 2003. M.P. Álvaro Tafus Galvis. AV Alfredo Beltrán Sierra y C-734 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis. SV Jaime Araújo Rentería.

[151] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [152] Posición que ha sido reiterada y constante hasta ahora. Al respecto ver, entre otras, las sentencias C-471 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; C-285 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez ; C-645 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; y C-183 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [153] Sentencia C-1230 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. AV Jaime Araújo Rentería.

[154] En la Sentencia C-471 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa), se consideró que los términos de administración y vigilancia incluidos en el artículo 130 de la Constitución contaban con un alto grado de indeterminación.

Pese a lo anterior, se afirmó que el Legislador no podía prescindir de contenidos básicos provenientes de su misma significación, por lo cual acudió a la definición lexicográfica. Como criterio relevante, además, indicó que en tales eventos era determinante el respeto " hacia la deliberación democrática" sobre aquello que se considerara debía dar sentido a cada uno;

por lo cual, estimó indicativo del sentido de estas palabras el alcance fijado en la Ley 909 de 2004 al respecto, en los artículos 11 -funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa- y 12 -funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa-.

[155] M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [156] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [157] "Artículo 3. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios Interadministrativos, suscritos con el Departamento Administrativo de la Función Pública , universidades públicas o privadas, instituciones universitarias o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Dentro de los criterios de acreditación que establezca la Comisión se privilegiará la experiencia e idoneidad del recurso humano que vaya a realizar los concursos. // La Comisión Nacional del Servicio Civil, las universidades públicas o privadas, instituciones universitarias y las instituciones de educación superior que adelanten los concursos, podrán apoyarse en entidades oficiales especializadas en la materia, como el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, Icfes, para las inscripciones, el diseño, la aplicación y la evaluación de las pruebas;

el Icfes podrá brindar su apoyo a uno o más concursos de manera simultánea.” [158] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[159] Al respecto, se concluyó lo siguiente: “6.8.10. Por lo tanto, aceptar que la Comisión, para efectos de llevar a cabo los concursos o procesos de selección, debe contratar en primera instancia con el ICFES, y que, subsidiariamente, solo puede contratar con universidades e instituciones universitarias que previamente sean acreditas por el Ministerio de Educación para ese propósito específico, implica subordinar la función de la CNSC, de administrar la carrera de los servidores públicos, a decisiones de otros órganos externos, lo que abiertamente contraría los mandatos de autonomía e independencia que el artículo 130 Superior le reconoce a dicha entidad .” [160] M.P.

María Victoria Calle Correa. [161] Ver sentencias C-645 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera y C-183 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[162] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [163] “ Artículo 29 . Pruebas para la provisión de los empleos del nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN bajo las modalidades de ingreso o ascenso . Para la provisión de los empleos bajo las modalidades de ingreso o ascenso, el proceso de selección comprenderá dos (2) fases independientes, a saber: // (…) // 29.2.

Fase II. A esta fase serán llamados, en estricto orden de puntaje, y en el número que defina la convocatoria pública, los concursantes que alcancen o superen el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I. // Esta fase se cumplirá con la realización de un curso de formación que, a discreción del Director de la DIAN , se podrá adelantar a través de: // a) La Escuela de Impuestos y Aduanas con programas específicos definidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y con la participación de la DIAN, o // b) Contratos o convenios interadministrativos, celebrados entre la DIAN y las universidades o instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación, cuyo objeto será desarrollar el curso con base en programas específicos definidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y con la participación de la DIAN. En este evento, dichas universidades o instituciones de educación superior deben certificar que cuentan con programas en materia tributaria, aduanera y/o cambiaria, según corresponda, y demostrar que tienen infraestructura y la capacidad logística para el desarrollo del curso. // (…).” [164] Sentencia C-518 de 2016. M.P.

Luis Guillermo Guerrero Pérez. En este caso la Corte sostuvo que la decisión del legislador de establecer la prelación del ICFES para realizar los procesos de selección “ implica subordinar la función de la CNSC, de administrar la carrera de los servidores públicos, a decisiones de otros órganos externos, lo que abiertamente contraría los mandatos de autonomía e independencia que el artículo 130 Superior le reconoce a dicha entidad.” [165] Este cargo fue admitido a partir del escrito de corrección de la demanda.

https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19330 , páginas 21 a 25. Se admitió en el Auto del 22 de septiembre de 2020, fundamentos jurídicos Nos. 7 y 11.

https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19796. [166] Cita las sentencias SU-598 de 2019 y C-930 de 2009. [167] En su intervención la DIAN justifica el permiso sindical como garantía necesaria del derecho de asociación sindical, sin embargo, en sus conclusiones se refiere conjuntamente a los permisos y comisione sindicales. Sobre este preciso aspecto, esto es, la titularidad de las garantías discutidas precisó que:

“(…) las disposiciones constitucionales otorgan el beneficio del permiso y la comisión sindical a los representantes de las organizaciones sindicales, pues son quienes ejercen la representación de los empleados afiliados a dichas organizaciones. Es claro que los representantes de las organizaciones sindicales son los miembros de la Junta Directiva de los sindicatos y no todos sus afiliados, razón por la cual es a dichos representantes que las normas acusadas otorgan el citado beneficio, ajustándose a la Constitución y demás normas citadas.” [168] Ratificado mediante la Ley 411 de 1998. También se cita como instrumento relevante la Recomendación 143 de la OIT, numeral 10.1. En el orden interno, se indica que la regulación de permisos y comisiones sindicales se efectuó a través del Decreto 2813 de 2000.

[169] Sentencia T-740 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo. [170] Sentencia del 17 de febrero de 1994, expediente número 3840. M.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

[171] Instrumento que la Corte Constitucional ha reconocido como integrante del bloque de constitucionalidad, por ejemplo, en la Sentencia C-1234 de 2005. M.P.

Alfredo Beltrán Sierra. [172] En este último caso, luego de citar el texto de la disposición, sostiene que: “ Si bien el anterior artículo deja por fuera situaciones que también ameritan el otorgamiento de permisos sindicales, como capacitaciones organizadas por el sindicato o la asistencia a congresos organizados por las confederaciones, federaciones y organizaciones internacionales: al menos no es una lista taxativa que restrinja de forma absoluta el otorgamiento de la garantía del permiso sindical para otras situaciones, como sí lo hace el artículo 123 del Decreto 071 de 2020 al limitar el permiso sindical única y exclusivamente a 10 integrantes de la junta directiva principal y de las subdirectivas .” [173] Artículo 416, literal a) del CST.

[174] Artículo 416, literal b) del CST. [175] Artículo 416, literal d) del CST. [176] Sentencia T-502 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [177] Sentencia T-988A de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería.

[178] Artículo 385 del CST. [179] La construcción de este acápite se funda, entre otras, en las siguientes decisiones: T-418 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez. SV Ciro Angarita Barón; C-272 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-377 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-662 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara; C-161 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-385 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-567 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. SPV José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis. AV Eduardo Cifuentes

Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa; C-201 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería. SPV. y AV. Manuel José Cepeda Espinoza. SPV. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández. APV. Álvaro Tafur Galvis;

C-1234 de 2005. MP. Alfredo Beltrán Sierra; C-449 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-1188 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. AV. Jaime Araújo Rentería; C-674 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

AV. Jaime Araújo Rentería ; C-349 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Humberto Antonio Sierra Porto y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-018 de 2015.

M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio; y, C-180 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo. AV.

María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. [180] Ver, por ejemplo, las sentencias T-418 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríquez. SV.

Ciro Angarita Barón y T-441 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En la primera de las mencionadas decisiones, la Corporación manifestó que el derecho de asociación sindical era fundamental en atención a los siguientes factores:

(i) por indicación de la ley natural, esto es, su relación inescindible con la condición misma de la persona; (ii) para el perfeccionamiento del ser humano;

(iii) para respetar a la persona trabajadora como tal; (iv) para la realización de otros derechos y libertades; (v) para la realización de la justicia social dentro de la sociedad actual; (vi) por indicación del constituyente y (vii) por indicación de convenios internacionales.

[181] En varias decisiones la Corte Constitucional ha destacado que el derecho de asociación sindical es un bien fundamental autónomo e independiente que, aunque derivado del derecho genérico de asociación, ostenta elementos particularísimos que lo hacen necesariamente distinguible. Entre estos elementos se destaca el interés de clase que defienden las asociaciones de trabajadores, dado que se inscriben en relaciones caracterizadas por la subordinación y la dependencia.

[182] En la Asamblea Nacional Constituyente se afirmó: “… se busca un sindicalismo escuchado, respetado y que contribuya a afianzar la paz y la democracia” (Gaceta constitucional No. 45, págs. 2 a 4) y “En este marco, tanto empresas como sindicatos son elementos complementarios y no antagónicos de la democracia. Por tanto, se deben asumir las relaciones laborales en el ámbito del respeto mutuo, del beneficio recíproco y del bien común” (Gaceta constitucional No. 11 y 12). Tomado de la Sentencia T-441 de 1992. M.P Alejandro Martínez Caballero.

[183] En la Sentencia C-385 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), se afirmó que: “En el derecho de asociación sindical subyace la idea básica de la libertad sindical que amplifica dicho derecho, como facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda restricción, intromisión o intervención del Estado que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento. Ello implica, la facultad que poseen las referidas organizaciones para autoconformarse y autoregularse conforme a las reglas de organización interna que libremente acuerden sus integrantes, con la limitación que impone el inciso 2 del art. 39, según el cual la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos se sujetan al orden legal y a los principios democráticos.” Afirmación reiterada, entre otras, en las sentencias C-797 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-446 de 2008. M.P.

Jaime Araújo Rentería. En esta última se agregó que “el derecho de asociación sindical se encuentra comprendido dentro del concepto de libertad sindical que tiene un ámbito conceptual y normativo mayor al del derecho de asociación sindical, siendo éste una manifestación de aquél.” [184] El artículo 39 de la Constitución estipula el derecho de trabajadores y empleadores a constituir sindicatos o asociaciones. Sin desconocer la titularidad de este derecho de asociación respecto de los empleadores, el énfasis de este asunto recae en las organizaciones sindicales de los trabajadores.

[185] En este sentido vale la pena destacar que en la Sentencia C-385 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), se declaró la inconstitucionalidad de los apartados normativos que restringían el derecho de asociación para los extranjeros. Este pronunciamiento se efectuó al estudiar la constitucionalidad de los artículos 384, 388, 422 y 432 del Código Sustantivo del Trabajo, concluyéndose que, aunque el derecho de asociación sindical puede ser objeto de restricciones, éstas no pueden obedecer a la nacionalidad pues los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana y tienen un carácter universal, “[e]l derecho fundamental de asociación sindical se reconoce como derecho humano, universal, a todas las personas que tengan la condición de trabajadores para que puedan agruparse en organizaciones que representen los intereses que son comunes a todas ellas en el ámbito laboral. Nada interesa, por consiguiente, el origen nacional de las personas para que puedan gozar del referido derecho, pues lo relevante es que se trate de trabajadores.” Idéntica línea argumentativa fue expuesta en la Sentencia C-311 de 2007. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. SV. Jaime Araújo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto.

[186] Y, por lo tanto, parámetros de control de constitucionalidad. Artículo 93, inciso 1, de la Constitución Política. [187] “ Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses .” [188] “ Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses .” [189] “ 1.

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales (…).” [190] “ 1.

Los Estados partes garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses… Los estados también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente" y "3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato ." [191] " Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas ." El Convenio 87 de la OIT fue aprobado mediante la Ley 26 de 1976.

[192] " Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna ." [193] El inciso primero del artículo 93 establece que "[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno." [194] M.P.

Manuel José Cepeda Espinosa. AV Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Jaime Araújo Rentería. En esta decisión se estudió la constitucionalidad del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual los convenios constituían una fuente normativa supletoria. Este Tribunal condicionó dicha regla a que (i) no exista convenio aplicable directamente, como fuente principal o prevalente, al caso controvertido, y (ii) el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia.

Adicionalmente la providencia analizó históricamente la posición que se le dio a los convenios de la OIT en la jurisprudencia de la Corporación, y su rol en el análisis de constitucionalidad de varias disposiciones. Más recientemente, la Sentencia SU-555 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva), realizó un estudio similar.

[195] Lo que quiere significar que: " adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo.

" Sentencia C-401 de 2005, antes mencionada. [196] En la Sentencia C-401 de 2005, reiterando al respecto la Sentencia T-1303 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra- SV Álvaro Tafur Galvis), se destacó que excluir del bloque de constitucionalidad convenios de la OIT sobre derechos humanos por virtud de lo establecido en el artículo 53.4 de la Constitución " no tendría coherencia ", porque cómo justificar " que se protegieran todos los derechos humanos menos los que se refirieran al derecho al trabajo, cuando en la Constitución de 1991 el trabajo es un derecho fundante (artículo 1º C.P.), una finalidad propia de la Carta (Preámbulo), un derecho fundamental (artículo 25).

" [197] En esta sentencia se analizó históricamente la posición que se le dio a los convenios de la OIT en la jurisprudencia de la Corporación, y su rol en el análisis de constitucionalidad de varias disposiciones. Más recientemente, las sentencias SU-555 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva y C-796 de 20014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se realizó un estudio similar. La Corte ha reiterado en diversas ocasiones este análisis individual y concreto para determinar si un Convenio de la OIT integra o no el bloque de constitucionalidad, al respecto ver, recientemente, las sentencias C-139 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo y C-028 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos. SV Carlos Bernal Pulido.

[198] Ver entre muchas otras las sentencias C-201 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería. SPV. y AV. Manuel José Cepeda Espinoza. SPV. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández. APV. Álvaro Tafur Galvis; C-401 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Jaime Araújo Rentería.; C-1188 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. AV. Jaime Araújo Rentería; C-674 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. AV. Jaime Araújo Rentería; C-349 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Humberto Antonio Sierra Porto y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SU-555 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva; C-796 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-018 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio;

C-180 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo. AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva y, más recientemente, la Sentencia C-033 de 2021.

M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Antonio José Lizarazo Ocampo. [199] En las sentencias C-567 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra. SPV. José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa) y C-734 de 2008 (M.P. Mauricio González Cuervo), se consideraron ajustadas a la Constitución varias disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que establecen requisitos de inscripción del sindicato, una vez se constituye; dado que aquellos tienen por objeto dar publicidad y seguridad jurídica y no interferir en la libertad de asociación. En la primera decisión, además, se consideró que sí es inconstitucional establecer que en este proceso de inscripción, la autoridad administrativa se niegue a realizarla porque estime que atenta contra "las buenas costumbres." [200] Reiteradamente la Corporación ha sostenido, en síntesis, que el derecho de asociación sindical incorpora: (i) la libertad individual de organizar sindicatos, (ii) la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de las organizaciones, y (iii) la autonomía sindicar, que es la facultad de crear el derecho propio para organizarse. Ver, por ejemplo, la Sentencia C-018 de 2015.

M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. [201] M.P. Carlos Gaviria Díaz. SV. Hernando Herrera Vergara, José Gregorio Hernández Galindo y Vladimiro Naranjo Mesa. En esta oportunidad la Corporación declaró la inexequibilidad del artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluía de la protección del fuero sindical a los empleados públicos, y trabajadores oficiales y particulares en cargos de dirección, confianza y manejo. Ahora bien, dado que no es el objeto preciso de estudio en esta oportunidad, no se profundizará sobre el alcance de derechos como el de negociación colectiva, para lo cual se remite la Sala Plena al análisis realizado en la Sentencia C-

161 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), que estudió la constitucionalidad del Convenio 151 de la OIT y la Ley aprobatoria 524 de 1999, sobre el fomento de la negociación colectiva.

[202] En esta providencia, por no ser materia objeto de discusión, no se estima necesario referirse al alcance de los derechos de negociación y huelga en cabeza de los empleados públicos.

[203] M.P. Alejandro Martínez Caballero. [204] Ley 411 de 1997. [205] Previendo, sin embargo, que los estados suscriptores determinarían hasta qué punto sus garantías eran predicables, por ejemplo, de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

[206] Sentencia C-797 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. En sentido similar se pueden consultar la sentencia C-674 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

AV Jaime Araújo Rentería. [207] El artículo 8 del Convenio 87 de la OIT prevé que: "1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad." [208] Dada la cláusula general de competencia prevista en el artículo 150.2 de la Constitución.

[209] En la Sentencia C-567 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra. SPV José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis. AV Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa) se indicó que "si la garantía de la libertad sindical y la protección al derecho fundamental de sindicalización constituyen la regla general, cualquier limitación a la misma, es una excepción, que debe estar constitucionalmente justificada. Este es un principio ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando se trata de examinar la introducción de restricciones legales a un derecho fundamental." En sentido similar ver las sentencias C-797 de 2000.

M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-201 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería. SPV. y AV. Manuel José Cepeda Espinoza. SPV. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández. APV. Álvaro Tafur Galvis; y C-1188 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

[210] Artículo 22.2 del PIDCP . En el mismo sentido ver las siguientes disposiciones: Artículo 8.1.a) y c) y 8.2. del PIDESC : "a) (…) No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del ordeb público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos", "c) El derecho de los sindictatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derecho y libertades ajenos", y "2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado"; y, Artículo 8.2. del Protocolo de San Salvador : "El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previas por la ley, siempre que éstos no sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley." [211] Sentencia C-201 de 2002 (M.P. Jaime Araújo Rentería.

SPV. y AV. Manuel José Cepeda Espinoza. SPV. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández. AV. Álvaro Tafur Galvis), que declaró la exequibilidad de los artículos 359 y 401, literal d), del Código Sustantivo del Trabajo. En esta decisión se sigue el parámetro previamente establecido en la Sentencia C-567 de 2000. M.P.

Alfredo Beltrán Sierra. SPV. José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa.

[212] Sentencia C-617 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), que declaró la exequibilidad del artículo 362 del Código Sustantivo del Trabajo. [213] Sentencia C-180 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo. AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva), que declaró la exequibilidad del artículo 365 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 40 de la Ley 50 de 1990.

[214] El artículo 123.2 de la Constitución establece: "Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento." [215] Sentencia C-443 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), reiterada posteriormente en la Sentencia C-377 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[216] Sentencia C-662 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara. Exequibilidad del artículo 389 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 53 de la Ley 50 de 1990.

[217] Sentencia C-466 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería. Al margen de estas situaciones particulares, pero bajo la línea del compromiso de la organización sindical con la materialización de los principios democráticos, la Corte ha sostenido, por ejemplo, que el Legislador puede establecer reglas idóneas, necesarias, adecuadas y proporcionadas sobre las decisiones que necesariamente deben ser tomadas por la asamblea general (sentencias C-271 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-674 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. AV. Jaime Araújo Rentería), o sobre el compromiso de que la asamblea se reúna por lo menos una vez cada seis meses. Sentencia C-674 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

AV. Jaime Araújo Rentería. [218] Sentencia C-567 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. SPV. José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa. Inexequibilidad del artículo 26.3 del Decreto 2351 de 1965, "[p] or el cual se hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo ." Posteriormente, en la Sentencia C-063 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas

Hernández. AV. Jaime Araújo Rentería), se declaró la inconstitucionalidad del artículo 26.2 del Decreto 2351 de 1965 que tenía una regla similar de representación sindical en el escenario de la contratación colectiva.

[219] Sentencia C-797 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Inexequibilidad del parágrafo del artículo 376 del Código Sustantivo del Trabajo.

[220] En la Sentencia C-201 de 2002 (M.P. Jaime Araújo Rentería. SPV. y AV. Manuel José Cepeda Espinoza. SPV. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández. AV. Álvaro Tafur Galvis), se consideró ajustada a la Constitución la disposición que prevé que por empresa solo puede existir una comisión estatutaria de reclamos.

[221] Ibídem. Inexequibilidad del artículo 406, literal d parcial, del Código Sustantivo del Trabajo. [222] Sentencia C-797 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Inexequibilidad del artículo 390 del Código Sustantivo del Trabajo.

[223] Sentencia C-797 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Inexequibilidad del numeral 1, específicamente de la expresión “de tres (3) de entre ellos” y del numeral 2 del artículo 432 del Código Sustantivo del Trabajo.

[224] Sentencia C-466 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería. En este pronunciamiento se evidenció que la Constitución establecía para ese momento dos subespecies del sistema de elección proporcional, siendo el de cuociente electoral el excepcional y el de cifra repartidora el general.

[225] Al respecto, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ha advertido que “las disposiciones legislativas que regulan detalladamente el funcionamiento interno de las organizaciones de trabajadores y de empleados entrañan graves riesgos de injerencia por las autoridades públicas. En caso de que su adopción fuera considerada indispensable para las autoridades, estas disposiciones deberían limitarse a establecer un marco general, dejando a las organizaciones la mayor autonomía posible para regir su funcionamiento y administración. Las restricciones a este principio deberían tener como únicos objetivos garantizar el funcionamiento democrático de las organizaciones y salvaguardar los intereses de sus afiliados.” Informe No. 321, en el marco de la 278° Reunión de la OIT celebrada en Ginebra en junio de 2000. Caso 2011, párrafo 21.

[226] La construcción de este acápite tiene sustento en las sentencias T-322 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-502 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1658 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-701 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-988 A de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería; T-740 de 2009. M.P.

Mauricio González Cuervo; C-930 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-464 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-435 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo; T-063 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y SU-598 de 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido. SV. Alejandro Linares Cantillo y Cristina Pardo Schlesinger. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo y José Fernando Reyes Cuartas.

[227] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta oportunidad los accionantes solicitaron la protección de sus derechos fundamentales de asociación sindical, trabajo, libre desarrollo de la personalidad y debido proceso porque, adujeron, su empleador -la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul de Medellín, de carácter privado- se negaba a reconocerles los permisos sindicales regulados en convención y, por lo tanto, la ausencia de sus labores les representó sanciones disciplinarias.

[228] En la Sentencia T-988 A de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería), se afirmó que: “ el derecho a los permisos sindicales encuentra su justificación desde el punto de vista constitucional en la libertad de asociación sindical; así que el ejercicio de aquel debe estar motivado única y exclusivamente en la necesidad de otorgar a los trabajadores un tiempo libre durante su jornada laboral para cumplir funciones propias de la actividad sindical para el adecuado funcionamiento de las organizaciones de este tipo. Admitir lo contrario, sería desconocer la naturaleza del permiso sindical y su derivación directa del derecho fundamental a la libre asociación sindical.” [229] Sentencia C-377 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[230] Debe advertirse que el Convenio 135 de la OIT se refiere de manera amplia a las garantías debidas a los representantes de los trabajadores, sin embargo, no ha sido objeto de aprobación y ratificación por Colombia. Este Convenio ha sido presentado en tres oportunidades ante el Congreso de la República con el ánimo de tramitar su ley aprobatoria, la última de ellas en el año 2017 bajo el No.

19 Senado (ver Gaceta No. 603 de 2017), sin embargo, en esta última oportunidad, la propuesta -presentada por las ministras de Relaciones Exteriores y del Trabajo- fue archivada por tránsito de legislatura.

[231] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta oportunidad la acción de tutela fue interpuesta por una directiva sindical vinculada al servicio del Estado como empleada pública -personal civil del Ministerio de Defensa Nacional-. La tutela se interpuso porque los permisos que se le concedían a ella y a la secretaría de la organización estaban limitados a que ejercieran plenamente sus labores, al cumplimiento pleno de “ las funciones propias del empleo .” [232] La invocación del Convenio 151 de la OIT como fuente de reconocimiento de los permisos sindicales fue objeto de estudio, entre otras, en las sentencias T-988A de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería y T-063 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta última decisión se afirmó:

“7.7. De la misma forma ha sido reconocido en el ámbito internacional, a través de los Convenios 87 y 151 de la Organización Internacional del Trabajo, en virtud de los cuales los trabajadores y empleadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, y los Estados Parte la obligación de conceder a los representantes de los sindicatos las facilidades apropiadas para el desempeño rápido y eficaz de sus funciones. Lo contenido en estos instrumentos internacionales resulta de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano, que los integró de manera expresa en su Constitución, así como la Recomendación 143 de la OIT, previamente citada, que contiene parámetros que conducen a la adecuada orientación de las actuaciones estatales en el cumplimiento de los derechos integrados al ordenamiento interno.” [233] M.P.

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [234] El artículo 57.6 mencionado regula las licencias, además, para el ejercicio del sufragio, desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, grave calamidad doméstica o asistir a servicios funerarios de sus compañeros.

Según la disposición, en este último caso y en comisiones sindicales, el número de personas ausentes no puede ser tal que perjudique el funcionamiento de la empresa.

[235] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del CST, estas licencias generan suspensión del contrato de trabajo. [236] Precisó que, aunque no existía una decisión unificada para ese momento sobre el alcance de las recomendaciones de la OIT, constituían instrumentos adecuados para interpretar el alcance de un derecho, por lo cual, en materia de permisos sindicales se constituyó en una herramienta de determinación del alcance de dicha garantía. R143- Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971.

[237] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [238] En cumplimiento de la orden dada por la Corte Constitucional en dicha oportunidad, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo No. PSAA14-10153 del 27 de mayo de 2014. Consultar en https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=~%2FApp_Data%2FUpload%2FPSAA14-10153.pdf .

[239] Esta mención, por supuesto, se encuentra en decisiones anteriores; sin embargo, tuvo incidencia en este caso en la determinación del alcance que debía darse a los permisos sindicales.

[240] Las disposiciones sobre permisos sindicales se encuentran recopiladas a partir del artículo 2.2.2.5.1. del Decreto 1072 de 2015, por el cual se adopta el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

[241] En la Sentencia del 18 de abril de 2013, radicado 05001-23-32-000-2008-00983-01 (M.P. Gerardo Arenas Monsalve), la Sección Segunda - Subsección B del Consejo de Estado consideró que “el permiso sindical supone la expedición de un acto administrativo por parte de la entidad pública, en el cual se indique la fecha de inicio y terminación del mismo, y su finalidad; no podrá ser permanente, abstracto e indefinido, y sólo podrá negarse, cuando se demuestre que con la ausencia del servidor público se afecta el funcionamiento del servicio.” En dicha ocasión la Corporación analizó la situación de un docente, dirigente sindical, al que le fueron retenidos sueldos y prestaciones por un periodo en el que él alegó encontrarse en permiso sindical. Para el estudio del asunto se precisaron los requisitos establecidos en el Decreto 2813 de 2000 para la concesión de este beneficio, destacando que el artículo 66 del Decreto 2277 de 1979 regula la posibilidad de conceder comisiones a docentes escalafonados para “participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical.” La misma Corporación, en sentencia del 30 de marzo de 2011, se refirió a la figura del permiso sindical citando para el efecto la línea jurisprudencial existente hasta ese momento en la Corte Constitucional al respecto, principalmente las sentencias T-322 de 1998, T-502 de 1998 y T-740 de 2009. Radicado 08001-23-31-000-2002-02382-01. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

[242] Artículo 39.4 de la Constitución. [243] Al respecto, en la Sentencia SU-555 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva), se afirmó sobre las recomendaciones de la OIT que:

“En otras palabras: (i) las recomendaciones, por regla general, no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países; y (ii) sólo las emitidas por el Comité de Libertad Sindical, una vez aprobadas por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo son vinculantes, pero las autoridades nacionales conservan un margen de apreciación para determinar su compatibilidad con el ordenamiento constitucional, y para la adopción de las medidas concretas para hacerlas efectivas.” [244] Ver sentencia T-464 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[245] Sentencia C-930 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [246] Sobre la asistencia a asambleas sindicales, en la Sentencia T-1658 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), se expuso que: “ El ejercicio del derecho de asociación sindical implica, de suyo, el derecho de cada uno de los afiliados a asistir y tomar parte en las asambleas de la asociación sindical a la cual pertenecen, ya sea mediante la asistencia personal y directa cuando ello es posible conforme al número de integrantes del sindicato y a la ubicación geográfica de los mismos según los lugares donde se presta el servicio, o, de una manera indirecta, a través de sus delegados o representantes de los afiliados elegidos en proporción al número de afiliados y en la forma establecida en los estatutos, que, en todo caso, habrán de respetar el principio democrático, por expreso mandato del artículo 39 de la Constitución Política.” [247] En la Sentencia T-502 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), se afirmó que el empleador debía conceder “ aquellos permisos que requieran los representantes del sindicato a efectos de cumplir normalmente su gestión, y sin los cuales se impide el normal funcionamiento de la asociación sindical que representan, como los que deben reconocerse a los demás empleados para asistir a las asambleas generales ordinarias o extraordinarias, cuando éstas se programen para ser realizadas en horas hábiles, siempre y cuando con la concesión de estos permisos, no se altere de forma grave las actividades que desarrolla el empleador.” Por su parte, en la Sentencia T-701 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), se consideró que:

“… el empleador debe permitir a sus empleados a los trabajadores que estén ocupando cargos directivos de un sindicato, dentro de los límites razonables, desarrollar su labor como representantes del mencionado sindicato. Igualmente, a los empleados del Instituto afiliados al mencionado sindicato, permitirles su asistencia a las asambleas ordinarias y extraordinarias cuando éstas se convoquen en horas laborales, siempre y cuando estos permisos no entorpezcan las labores y objeto del hospital. Caso en el cual, las directivas así deberán justificarlo en su negativa.” [248] En la Sentencia T-988A de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería), se afirmó que:

“ [e] n efecto, en el caso del ámbito público, a los principios que informan la función pública se contraponen el principio democrático (artículo 1° de la Constitución Política) y el derecho fundamental de asociación sindical (artículo 39 ibídem), los cuales, en el marco del Estado Social de Derecho, legitiman la concesión de los permisos sindicales aún en el caso de que con ellos se afecte de alguna manera el funcionamiento de la administración, debido al importante papel que cumplen las agremiaciones sindicales en la vida social y política [9] . Así las cosas, en el evento de que la concesión de los permisos sindicales interfiera con el normal funcionamiento de la administración, es a las autoridades públicas a las que les corresponde adoptar medidas alternativas y efectivas para garantizar la adecuada prestación del servicio a los asociados.

” [249] Al respecto se ha afirmado: “ es decir, que sólo pueden ser solicitados cuando se requieran con ocasión de las actividades sindicales, pues, como emanación de la libertad de asociación sindical, su ejercicio sólo encuentra justificación en la necesidad de otorgar a los dirigentes o representantes sindicales el tiempo necesario para adelantar aquellas gestiones que se les han encomendado para el cabal funcionamiento de las organizaciones de trabajadores.” Ibídem.

[250] Sobre esto último, por ejemplo, en concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública se sostuvo: “ en razón a que el permiso sindical conlleva una separación temporal del servidor de las funciones del cargo que desempeña, la administración, cuando lo encuentre indispensable, podrá asignar las funciones de manera transitoria a otro servidor público o revisar las cargas laborales .” https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=111334.

[251] “ Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones .” El artículo 337 fue objeto de demanda de inconstitucionalidad por violación al principio de unidad de materia; sin embargo, mediante la Sentencia C-045 de 2020 [251] la Corte Constitucional se inhibió de efectuar un pronunciamiento de fondo, por carencia actual de objeto, dado que el Decreto ley 1144 de 2019 había ya regulado de manera integral el régimen específico de carrera de la DIAN y en tal estatuto se preveía nuevamente la comisión sindical. Este Estatuto, el Decreto ley 1144 de 2019, fue afectado por la figura de la inexequibilidad por consecuencia dado que se expidió en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso al Presidente de la República en la Ley de financiamiento que se declaró inexequible mediante la Sentencia C- 481 de 2019 (M.P. Alejandro Linares Cantillo, SV Carlos Bernal Pulido, Gloria Stella Ortiz Delgado, AV José Fernando Reyes Cuartas). Por lo anterior, previo otorgamiento de facultades extraordinarias en el artículo 122 de la Ley 2010 del 27 de diciembre de 2019, se expidió nuevamente un decreto ley que regula el sistema de carrera específico de la DIAN, que es precisamente el ahora parcialmente cuestionado, esto es, el Decreto ley 71 de 2020.

[252] “ ARTÍCULO 337. Comisión Sindical. Es la que el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o el funcionario en quien este delegue, confiere por el tiempo que dure el mandato, a los miembros de la junta directiva y subdirectivas de los sindicatos de empleados públicos de la DIAN, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes a quienes, previa solicitud de la organización sindical, se les conferirá por el término en que deban asumir el cargo por la ausencia del principal. Esta comisión no genera reconocimiento de viáticos ni gastos de viaje, y es incompatible con los permisos sindicales .” [253] Página 43. Consultar en http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/ [254] Según lo establecido en el artículo 65 del Decreto ley 71 de 2020, los empleados públicos de la DIAN pueden encontrarse en dos tipos de situaciones administrativas: (i) en servicio activo o (ii) separados temporalmente del servicio. Respecto a esta última condición, el numeral 2 menciona: (i) una serie de licencias, como la ordinaria no remunerada y la de maternidad o paternidad, (ii) el permiso (sin hacer referencia en este caso al sindical), (iii) la suspensión del cargo por orden judicial, disciplinaria o fiscal, (iv) una serie de comisiones, entre las que está la sindical, y (v) vacaciones.

[255] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [256] Esta facultad, que obedece a principios tales como la economía procesal y la seguridad jurídica, en un marco de eficacia de los mandatos constitucionales, no permite no obstante el ejercicio de una oficiosidad que contraríe la naturaleza misma de la acción de inconstitucionalidad.

[257] Sentencias C- 223 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alejandro Linares Cantillo y José Antonio Cepeda Amaris (e). AV. María Victoria Calle Correa y Aquiles Arrieta Gómez (e) y C-095 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Carlos Bernal Pulido, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Cristina Pardo Schlesinger. AV. José Fernando Reyes Cuartas.

Desde sus pronunciamientos iniciales esta Corporación afirmó que la integración normativa era un mecanismo excepcional “[e]n primer término, la Corte estaría retirando del ordenamiento una expresión que no ha sido demandada por ningún ciudadano. Es cierto que, conforme al artículo 6º del decreto 2067 de 1991, la Corte puede efectuar la unidad normativa en las decisiones de inexequibilidad, cuando ella es necesaria para evitar que el fallo sea inocuo. Sin embargo, en función del carácter participativo del proceso de control constitucional en nuestro país (CP arts. 1º, 40 ord 6º y 241), la Corte considera que la realización de unidades normativas debe ser excepcional, a fin de permitir el más amplio debate ciudadano sobre las disposiciones examinadas por la Corporación.” Sentencia C-221 de 1997. M.P.

Alejandro Martínez Caballero. [258] Ver, entre otras, las sentencias C-306 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-094 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Alberto Rojas Ríos. AV. Gloria Stella Ortiz Delagado. Otras dos hipótesis han sido abordadas por la jurisprudencia al amparo de lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2067 de 199, las cuales se han sintetizado de la siguiente manera: “ (ii) En aquellos casos en los que la norma cuestionada está reproducida en otras disposiciones del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo y es una medida para lograr la coherencia del sistema jurídico.

(iii) Cuando el precepto demandado se encuentra intrínsecamente relacionado con otra norma que, a primera vista, presenta serias dudas sobre su constitucionalidad. Para que proceda la integración normativa en esta última hipótesis es preciso que concurran dos circunstancias: (a) que la disposición demandada tenga estrecha relación con los preceptos que no fueron cuestionados y que conformarían la unidad normativa; y (b) que las normas no acusadas parezcan inconstitucionales." (Sentencia C-428 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Alberto Rojas Ríos. SV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Richard Ramírez Grisales (e). SV. Cristina Pardo Schlesinger.) [259] Al respecto ver, entre otras, las sentencias C-093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-673 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Jaime Araújo Rentería. AV. Álvaro Tafur Galvis; C-720 de 2007. M.P. (e) Catalina Botero Marino. AV. Catalina Botero Marino; C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Alberto Rojas Ríos. AV. Alejandro Linares Cantillo; C-234 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera; y C-345 de 2019. M.P. Gloria Ortiz Delgado.

SPV. Antonio José Lizarazo. AV. Alejandro Linares Cantillo. [260] De su estructura hacen parte tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

[261] En el que se indaga, en términos generales, por tres aspectos: el fin de la medida, el medio que se emplea y la relación medio-fin. Bajo esta metodología, además, se precisan intensidades de valoración dirigidas a establecer un estándar de aquello que debe justificarse en cada uno de los aspectos mencionados.

[262] Sentencia C-797 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Inexequibilidad del numeral 1, específicamente de la expresión "de tres (3) de entre ellos" y del numeral 2 del artículo 432 del Código Sustantivo del Trabajo.

[263] " Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 584 de 2000 ". [264] Sentencia C-345 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV. Antonio José Lizarazo. AV. Alejandro Linares Cantillo), " El escrutinio de igualdad intermedio, por su parte, autoriza desigualdades que sean efectivamente conducentes para la consecución de un fin importante, es decir, un fin deseable, que hay buenas razones para perseguirlo y que, por tanto, debería buscarse. Análogamente, la medida que impone una desigualdad no puede ser evidentemente desproporcionada." [265] Este cargo fue admitido a partir del escrito de corrección de la demanda.

https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19330 , páginas 31 a 33. Se admitió en el Auto del 22 de septiembre de 2020, fundamento jurídico No. 12.

https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19796. [266] Para el efecto citó la Sentencia C-818 de 2011. M.P. Jaime Araújo Rentería.

[267] M.P. Jaime Araújo Rentería. [268] Sentencia C-044 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa. [269] En su intervención el DAFP incluyó bajo este cargo no solo el artículo 144, sino las disposiciones previstas en los artículos 97 y 123. No obstante, se reitera que éstas últimas fueron cuestionadas en la demanda por otros motivos.

[270] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [271] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [272] Al respecto, la Universidad se refirió a las sentencias C-699 de 2013; C-044 de 2015 y C-233 de 2017.

[273] Para un estudio completo de la línea jurisprudencial sobre la materia ver recientemente la Sentencia C-022 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

AV. Diana Fajardo Rivera, Alejandro Linares Cantillo y Paola Andrea Meneses Mosquera . [274] Ver al respecto, entre otras, las sentencias C-226 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-425 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo . AV. Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz ; C-055 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero y más recientemente C-007 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-022 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Diana Fajardo Rivera, Alejandro Linares Cantillo y Paola Andrea Meneses Mosquera.

[275] Cuando se trata de derechos fundamentales es necesario efectuar "una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria porque una interpretación extensiva convertiría la excepción -las leyes estatutarias basadas en mayorías cualificadas y procedimientos más rígidos- en regla, en detrimento del principio de mayoría simple que es el consagrado por la Constitución". Esto significa que las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección, pero no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico." Sentencia C-226 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver, entre otras, las sentencias C-013 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-425 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

AV. Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz ; C-620 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería; C-035 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; C-007 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV.

Gloria Stella Ortiz Delgado. [276] Sentencias C-408 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz; C-374 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-687 de 2002. M.P.

Eduardo Montealegre Lynett. SV. Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra; y C-620 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería. En este fallo la Corte declaró inconstitucionales disposiciones de la Ley 600 de 2000 sobre la acción de habeas corpus al resolver que debía regularse a través de ley

estatutaria y explicó el alcance del concepto de núcleo esencial de un derecho fundamental como:

“(…) aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría. (…) se refiere a los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho, para hacer referencia a aquella parte del contenido del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.

De ese modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.” [277] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Condiciones reiteradas, entre otras, en las sentencias C-818 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SPV.

María Victoria Calle Correa y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-902 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Luis Ernesto Vargas Silva; C-035 de 2015.

M.P. María Victoria Calle Correa; C-385 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos. AV. María Victoria Calle Correa y Mauricio González Cuervo; C-007 de 2018. M.P.

Gloria Stella Ortiz Delgado; C-204 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo; C-370 de 2019.

M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. José Fernando Reyes Cuartas; C-015 de 2020. M.P. Alberto Rojas Ríos. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo; C-127 de 2020.

M.P. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Alejandro Linares Cantillo. [278] Respecto de este último requisito ver la Sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. y AV. María Victoria Calle Correa. SPV. Mauricio González Cuervo. SV. y AV. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. y AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

[279] M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Antonio José Lizarazo Ocampo [280] Ibídem. [281] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [282] Ibídem. [283] Sentencia T-733 de 2011.

M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nilson Pinilla Pinilla. [284] Ibídem. [285] Estas pruebas, según dispone el citado artículo 29.1 pueden ser:

“de integridad, polígrafo y de competencias comportamentales” . [286] Al respecto, cfr., la sentencia de abril 25 de 2019 de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado –radicación: 11001-03-25-000-2015-01053-00(4603-15)–, en la que se definieron unos estándares para la aplicación de las pruebas de confianza, entre ellas las de polígrafo, de tal forma que fuesen compatibles con los principios constitucionales, en particular, de dignidad humana y, en general, los derechos humanos. De hecho, a estos estándares hace la Sala Plena en el fundamento jurídico 93.

[287] Cfr., al respecto, la Sentencia T-227 de 2019. [288] Es importante reiterar que, según el artículo 123 del Decreto Ley 071 de 2020, la garantía se otorga a favor de los miembros principales y suplentes “de la junta directiva y de las subdirectivas de los sindicatos de empleados públicos de la DIAN” .

[289] Resolutivo primero de la Sentencia C-172 de 2021, que determinó: “ Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “polígrafo” prevista en el artículo 29.1 del Decreto Ley 71 de 2020, en el entendido de que la utilización de esta prueba no es de carácter eliminatorio, deberá contar con el consentimiento previo del concursante y practicarse conforme a los protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales entre ellos el de la dignidad humana, y en general los derechos humanos (….)”.

[290] De conformidad con el relato realizado en la publicación del Poligrafista Internacional No. 10 de 2014 de la Asociación Latinoamericana de Poligrafistas (https://issuu.com/juanmartinez16/docs/latinoamerican_poligraph_-_revista) en el año 2003 la Academia Nacional de Ciencias -NAS- de Estados Unidos publicó serias críticas sobre su carácter científico, dictamen que no fue modificado en el año 2009:

“La Academia Nacional de Ciencia de los Estados Unidos -NAS-, publica otro reporte en el año 2009 con el nombre de: “Fortalecimiento de las ciencias forenses en los Estados Unidos” en el cual plantea 13 recomendaciones para fortalecer algunas ciencias y disciplinas forenses dentro de las cuales se deja por fuera a la poligrafía y la evaluación forense de la credibilidad, con el argumento de que sobre el polígrafo ellos ya se habían pronunciado en el reporte del año 2003.” [291] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[292] Oscar Andrés López. “El uso del polígrafo en los procesos de selección laboral: un caso de vacío legal en el sistema jurídico colombiano”.

Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi VIeI, vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, 2015, pp. 57-75. [293] R. v. Béland, 1987 CanLII 27 (SCC), [1987] 2 SCR 398 https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1987/1987canlii27/1987canlii27.html?autocompleteStr=%5B1987%5D%202%20SCR%20398&autocompletePos=1 [294] https://legislation.nsw.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-1983-062 [295] https://www.apa.org/research/action/polygraph

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la

Corte Constitucional.