

## Sentencia C-172/21

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.

## **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 constatar 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 calificadas 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 evaluadas 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. Precisarón 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 sí 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 inexecutableidad

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<sup>[95]</sup> -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.<sup>[96]</sup>

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.<sup>[97]</sup> 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;<sup>[98]</sup> 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*”,<sup>[99]</sup> requisitos y condiciones que, de conformidad con lo previsto en el artículo 125 de la Constitución, deben ser establecidas por el Legislador.<sup>[100]</sup> 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 profesionalotécnica* 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<sup>[101]</sup> 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 fueron 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**,<sup>[102]</sup> 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 los 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 razonablemente 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<sup>[112]</sup>

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 cardíaco, etc., y que se utiliza para contrastar la veracidad de un testimonio.”<sup>[113]</sup> 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.”<sup>[114]</sup>

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).<sup>[115]</sup>

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,<sup>[116]</sup> 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 cardíacas y la presión sanguínea. Este elemento se complementa con un monitor cardíaco 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,<sup>[117]</sup> tales como: i) *latécnica 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 preguntas 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.<sup>[118]</sup> ii) *El test de preguntas de control o*

*preguntas de comparación (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 knowledge 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:

<b>Tabla 1. Modalidades de examen</b>			
<b>Test</b>	<b>RIT</b>	<b>CQT</b>	<b>CIT</b>
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**<sup>[120]</sup>

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.<sup>[121]</sup>

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](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, InVIAS, 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 respeto 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 riesgos 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 generará n 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.<sup>[133]</sup>

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.”*<sup>[134]</sup> 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.”*<sup>[135]</sup>

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 simulaban la destrucción de elementos decomisados que, en realidad, fueron vendidos a terceros.<sup>[136]</sup>

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 Poligrafistas (ALP); y distintas investigaciones desarrolladas en el campo científico,<sup>[137]</sup> 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 respeto 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 inadmisibles, 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 inexecutable 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<sup>[138]</sup>**

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.<sup>[139]</sup> 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 adelanta 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;<sup>[140]</sup> 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 carrera 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. 2º, 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 inexecutable 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 predicán 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<sup>[165]</sup>**

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 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 “*representantes 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 predicán 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 los 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,<sup>[237]</sup> 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”*, límite 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.<sup>[238]</sup>

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”*,<sup>[239]</sup> 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,<sup>[240]</sup> 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, directivos y subdirectivos 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).<sup>[241]</sup>

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*”,<sup>[242]</sup> 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.<sup>[243]</sup> 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.*”<sup>[244]</sup>

207.3. La finalidad del permiso sindical, sin pérdida de derechos salariales y prestacionales,<sup>[245]</sup> 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.<sup>[246]</sup>

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 voz en beneficio de su gestión.<sup>[247]</sup> 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.<sup>[248]</sup> 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 proposición 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
<b>Comisión sindical (Art. 97)</b>	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
<b>Permiso sindical (Art. 123)</b>	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,<sup>[251]</sup> 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.<sup>[252]</sup> 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 quien 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 término 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."<sup>[253]</sup>

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,<sup>[254]</sup> 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<sup>[255]</sup> 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:

	<b>Apartado demandado</b>	<b>Integración efectuada por la Corte Constitucional</b>
<b>Artículo 97</b>	<u>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.</u>	<b>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.</b>

<p><b>Artículo 123</b></p>	<p><b>Artículo 123. Permiso sindical.</b> <u>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.</u>”</p>	<p><b>Artículo 123. Permiso sindical.</b> <u>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.</u>”</p>
----------------------------	---	---

Cuadro No. 2. Integración de la proposición jurídica

#### 6.4.3. El artículo 123, sobre permiso sindical, es parcialmente inexecutable 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 artículo 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 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 las 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 inexecutable, 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 inexecutable 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 resolutive 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 **inexecutable 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 inexecutable por los motivos presentados.

#### **6.4.4. El artículo 97, sobre comisión sindical, es executable**

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, confluencia 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 prevencional 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.<sup>[264]</sup>

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 artículo 152.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 caso 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.*”<sup>[283]</sup> 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.*”<sup>[284]</sup>

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 constatar (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 respeto 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 inadmisibles, 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 inexecutable 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 inexecutable 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, quiénes 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 acudir 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 inexecutable de las expresiones “*Única y exclusivamente,*”, “*cinco (5)*”, “*principales y los cinco (5) suplentes de la junta directiva y de las subdirectivas*”, y declarar executable, 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,

### **Decisión**

**Primero.** 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.

**Afectaciones realizadas:** [\[Mostrar\]](#)

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

**ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO**  
Presidente