



COMUNICADO 20

Junio 3 de 2021

SENTENCIA C-172/21

MM.PP. Diana Fajardo Rivera y Jorge Enrique Ibáñez Najar

Expediente: D-13855 (AC)

Norma acusada: DECRETO 071 DE 2020 (arts. 11, numerales 11.1 y 11.2; 12, numeral 12.1; 22 párrafo transitorio; 27, párrafo transitorio; 27, 28, 29, 30, 44, 46 (parcial), 49, 53 (parcial), 54 (parcial), 62 (parcial), 83, párrafo transitorio (arts. 6 y 16, parciales; 23, 55, 97, parcial; 123, parcial; 129 y 144).

AL ANALIZAR VARIAS DISPOSICIONES DEL RÉGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA DIAN, LA CORTE AVALÓ LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DEL POLÍGRAFO PARA LOS CONCURSOS DE ACCESO Y ASCENSO, POR LA ESPECIFICIDAD DE LA FUNCIÓN DE ESTA ENTIDAD Y BAJO CONDICIONES ESTRICTAS DE APLICACIÓN, COMO LA PREVIA MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR EL O LA CONCURSANTE Y LA PLENA GARANTÍA DE LOS DDHH. ADICIONALMENTE, ESTIMÓ QUE ALGUNAS RESTRICCIONES PARA EL EJERCICIO DE LA GARANTÍA DEL PERMISO SINDICAL ERAN INCONSTITUCIONALES, POR LESIONAR EL DERECHO A LA ASOCIACIÓN SINDICAL

1. Norma objeto de control constitucional

“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."

2. 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.

3. Síntesis de los fundamentos

3.1. La Sala Plena resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Luis Ramiro Torres Luquerna, Rafael Acevedo Suárez y Jaime Araújo Rentería contra varias disposiciones del Decreto ley 71 de 2020. En atención a que sus reparos eran reconducibles a cuatro cargos concretos, el estudio de la demanda giró en torno a la formulación y resolución de un número igual de problemas jurídicos. El **primero**, tuvo por objeto determinar la sujeción al ordenamiento superior de la permisión de incluir en los procesos de ingreso y ascenso a los cargos misionales de carrera administrativa de la DIAN la **prueba del polígrafo** y, además, de la calificación de la misma como eliminatoria, para lo cual el estudio se dirigió a los enunciados expresamente cuestionados de los artículos 29.1 y 30 del Decreto ley 71 de 2020.

3.2. Con respecto a la utilización 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 inferiores de carácter misional de la carrera de la DIAN, la Corte Constitucional consideró que no se trata de una herramienta que esté expresamente prohibida en el ámbito del acceso a cargos públicos y aunque no es necesaria en parte del sector público, sí lo es en 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 o

seguridad humana -como sucede v.gr. 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 se refiere al recaudo y administración del ingreso público, como sucede en el caso objeto de análisis con la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. El análisis solo se refirió al uso de esta herramienta en los procesos de selección de personal y no en otros procesos tales como los judiciales o administrativos, por escapar al objeto de estudio y decisión en este proceso judicial.

3.3. En tal virtud, la Corte declaró la exequibilidad de la expresión “polígrafo” contenida en el artículo 29.1 del Decreto Ley 071 de 2020, a condición de que se entienda que la utilización del polígrafo 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. A su turno, la Corte declaró exequibles el enunciado “*Esta fase es de carácter eliminatorio*” de la misma disposición; y las expresiones demandadas del artículo 30 del citado Decreto, salvo el enunciado “*como el polígrafo*” que se declaró inexecutable.

3.4. El **segundo** problema jurídico se dirigió a establecer si la facultad conferida por el Legislador extraordinario en el artículo 29.2 del Decreto ley 71 de 2020 al director de la DIAN, para decidir a *su discreción* la persona jurídica encargada de adelantar los cursos de formación de la Fase II de los procesos de selección vulneraba el artículo 130 de la Constitución, que le atribuye a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos.

3.5. La Sala Plena concluyó que tal facultad era inconstitucional dado que (i) la administración y vigilancia del régimen de carrera específico de la DIAN corresponde a la CNSC y (ii) la selección del encargado de adelantar los cursos de formación es una competencia típica de administración de la carrera, que está dirigida a garantizar la autonomía de la Comisión y la imparcialidad y neutralidad que guían los procesos de selección del talento humano en el sector público, a partir del mérito.

3.6. La Sala Plena destacó que en tratándose de un régimen específico de carrera como el de la DIAN, la Comisión debe atender para el diseño y realización de los concursos de méritos a las particularidades técnicas de la Entidad, siendo necesario el ejercicio colaborativo y armónico de las

autoridades de la DIAN. Esta premisa, sin embargo, era desbordada por el Legislador al radicar la facultad en estudio “*a discreción del Director de la DIAN*”, por lo cual el enunciado cuestionado se declaró inexecutable.

3.7. El **tercer** problema jurídico se enfocó en determinar la constitucionalidad de la regulación de la comisión sindical y del permiso sindical prevista en los artículos 97 y 123 del Decreto ley 71 de 2020, respectivamente. En concreto, según los demandantes, los límites en cuanto al número y los destinatarios de tales garantías, así como la sujeción de su otorgamiento a la decisión de las autoridades de la DIAN desconocían el derecho de asociación sindical.

3.8. La Sala Plena concluyó que el **permiso sindical**, cuya comprensión deriva del artículo 39 de la Constitución y, entre otros, del Convenio 151 de la OIT, constituye una garantía del cumplimiento de la gestión de las organizaciones sindicales, que beneficia a sus dirigentes y a las personas afiliadas que llevan en determinadas circunstancias la representación de la organización. Agregó que, de conformidad con la línea jurisprudencial construida al respecto, el ejercicio de esta garantía debe darse dentro de **límites razonables**, concretamente debe basarse en criterios de **necesidad, razonabilidad y proporcionalidad**.

3.9. La (i) **necesidad** del beneficio alude a las *circunstancias -ordinarias o extraordinarias-* que se exponen como justificatorias de la intervención de dirigentes y/o representantes de las organizaciones; (ii) la **razonabilidad** se refiere a la determinación de la **condición** del representante que se beneficiaría del permiso, esto es, si es directivo o un afiliado que por decisión de la organización asume su representación, del **número** de personas que lo requieren, de **la duración del mismo**, entre otros aspectos, estimados frente a las *circunstancias* de que trata el anterior criterio; y, (iii) la **proporcionalidad** tiene que ver con el impacto que tendrá el beneficio solicitado en la prestación adecuada del servicio público, 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. Corresponde al Jefe de la entidad, mediante decisión motivada, valorar la petición integralmente de cara a garantizar la prestación efectiva del servicio, examinando, entre otros aspectos, el número de sindicatos de la entidad, el número de integrantes de cada organización, el número de permisos vigentes, el tipo de actividad para la cual se solicita el permiso, y la función que desempeña el destinatario del permiso y su impacto en el servicio público a cargo de la DIAN.

3.10. En este marco se juzgó, previa realización de un test estricto de proporcionalidad, que las restricciones sobre el número y destinatarios del permiso sindical, estipuladas en el artículo 123, eran inconstitucionales, porque no eran efectivamente conducentes ni necesarias y limitaban de manera

intensa la autonomía de las organizaciones sindicales en la determinación de sus directivas y representantes. No obstante, consideró que la sujeción del permiso a la valoración por el jefe de la entidad sobre la *garantía del servicio público* era compatible con los mandatos constitucionales, por supuesto, en la medida en que la calificación de esta circunstancia sea motivada y justificada, bajo los lineamientos de la jurisprudencia de esta Corporación.

3.11. Respecto a la configuración normativa de la **comisión sindical** del artículo 97 del Decreto ley 71 de 2020, se concluyó su plena adecuación a la Constitución. Para el análisis se tuvo en cuenta que este era un instrumento adicional que reforzaba la garantía del permiso sindical en aquellos eventos en los que se requiere la provisión temporal del empleo ocupado por el dirigente sindical que adelanta acciones de gestión y representación. Las reglas respecto al número y destinatarios en este caso se evaluaron razonables, en atención a que en este beneficio entraba en juego la necesidad de planeación presupuestal de la entidad y el hecho de que, dado que en principio los permisos son temporales, es en casos excepcionales y frente a las directivas que la gestión de la organización exigirá mayor dedicación.

3.12. El **cuarto** y último problema consistió en indagar si el contenido normativo del artículo 144, que prevé los eventos en los que no es necesaria la autorización judicial previa para el retiro de los servidores amparados por el fuero sindical, desconocía el artículo 152 de la Constitución, por regular una materia propia de ley estatutaria. La Corte concluyó que el cargo no debía prosperar, dado que no está regulando integralmente un derecho fundamental ni prevé aspectos esenciales e inescindibles a la garantía del derecho a la asociación sindical.

4. Salvamentos de voto y aclaraciones

Las magistradas **DIANA FAJARDO RIVERA** y **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** y los magistrados José **FERNANDO REYES CUARTAS** y **ALBERTO ROJAS RÍOS** se separaron de la decisión de exequibilidad condicionada de la **prueba del polígrafo**, porque en su concepto la permisión de incluir esta prueba en los concursos de ingreso y ascenso de la DIAN para la provisión de cargos misionales **es inconstitucional**.

Para las magistradas **Diana Fajardo Rivera** y **Cristina Pardo Schlesinger** la Sala Plena de la Corte Constitucional avaló la práctica de la prueba del polígrafo en el marco de los concursos de ingreso y ascenso en la DIAN, pese a la intervención intensa que su aplicación genera en la dignidad humana, la autodeterminación y la intimidad. La decisión mayoritaria consideró que esta prueba solo proyecta riesgos sobre tales derechos y, en un intento por superarlos, adoptó una decisión condicionada que, en concepto de las magistradas disidentes, no salvaguarda

los mencionados principios y derechos fundamentales sino que incrementa su afectación y lesiona otros bienes amparados por la Constitución y los sistemas regional y universal de derechos humanos, pues enfrenta a las personas que participan en los concursos de ingreso y ascenso a la DIAN al escenario trágico de elegir entre la defensa de su libertad en una sociedad democrática, y el acceso al empleo que, casi para todos, constituye una imperiosa necesidad.

Para justificar su postura, las magistradas Fajardo Rivera y Pardo Schlesinger evidenciaron que, en el estado actual del desarrollo científico, tecnológico y técnico la práctica del polígrafo es cuestionada al menos por dos razones. Primero, porque no está demostrado que la *verdad* o la *mentira* se asocien a una reacción fisiológica en particular, de manera que el polígrafo no cumple la misión que se le asigna desde un punto de vista epistémico; y, segundo, porque la complejidad que subyace al ser humano permite afirmar que la idoneidad ética o la confiabilidad de una persona no puede medirse a partir de impulsos emocionales o estados de consciencia o inconsciencia particulares. Son, entonces, razones epistémicas y humanistas las que demuestran la ausencia de idoneidad de esta prueba para alcanzar la verdad y, en especial, para conocer las virtudes de una persona.

Aunado a lo anterior, destacaron que la permisón del artículo 29.1 del Decreto ley 71 de 2020 para la práctica de la prueba del polígrafo afecta intensamente la dignidad y los derechos a la autodeterminación y la intimidad. Al respecto, desde la clásica aproximación kantiana a la dignidad, el ser humano no debe ser tratado únicamente como un medio, sino como un fin en sí mismo; no obstante, esta garantía se pone en riesgo cuando se pretenden invadir los escenarios más íntimos del sujeto -entre ellos sus probablemente incontrolables impulsos fisiológicos- con el ánimo de extraer de allí -con todas las dudas recién planteadas- condiciones morales o éticas para el buen servicio público. En este tipo de práctica, la persona se instrumentaliza al despojarla de la posibilidad de controlar las respuestas que desea brindar, de decidir voluntariamente aquello que, desde sus convicciones más íntimas y su conciencia, estima necesario exponer ante el otro o, por el contrario, reservar para sí.

Esta instrumentalización, juzgaron las magistradas disidentes, no se supera con los requisitos que formuló la Sala Plena para soportar su decisión condicionada. Sostuvieron que en el marco del concurso no existen condiciones para que los y las concursantes otorguen su consentimiento **libre** para la práctica de la prueba, pues en caso de negarse no podrán sumar los puntos que otorga su realización, aspecto crucial a la hora de obtener una buena ubicación en la lista de elegibles y, en consecuencia, para acceder al empleo.

Por último, los condicionamientos a la prueba constituyen la confirmación de que **no es necesaria**, pues su carácter "**opcional**" evidencia que no es

imprescindible para acreditar las condiciones objetivas y éticas para acceder al empleo; y son débiles en la defensa de los derechos que pretende proteger, pues “delegan” a unos protocolos la difícil tarea de proteger los derechos fundamentales involucrados, derechos que la Corte Constitucional debía salvaguardar y hacer prevalecer en una prueba tan cuestionable y en un escenario tan valioso para quienes buscan acceder a un empleo, a una vida digna carente de las necesidades más básicas.

Las magistradas destacaron que no desconocen la lucha legítima y necesaria de la Administración Pública por incorporar personas que garanticen la prevalencia del interés general y la satisfacción de los fines estatales, mucho más en el escenario de la DIAN, cuya misión está dirigida a la contribución de la seguridad fiscal del Estado y a la protección del orden público económico; sin embargo, ante la ausencia de idoneidad del polígrafo para determinar las condiciones éticas de una persona y la instrumentalización que en cambio produce en el ser humano, rechazaron su práctica y afirmaron que es imperativo establecer y fortalecer otras herramientas para la consecución de dicho objetivo, más acordes con el nivel de cargos que están inmersos en estos procesos y que den cuenta de mejor manera de la conducta pasada de los interesados e interesadas en el servicio -como antecedentes penales, disciplinarios y fiscales- y eviten conductas en el curso del servicio que afecten su marcha adecuada.

En ese orden de ideas, concluyeron, la Sala Plena dejó a quienes participan en los concursos de méritos de la DIAN en una posición inaceptable, pues, por virtud de esta Sentencia, las personas que consideran inadecuada una prueba que afecta sus derechos y legítimamente no desean exponerse a su realización deberán someterse, si pretenden el acceso al empleo, o no hacerlo con la consecuente pérdida de puntos clave para su aspiración al ejercicio del derecho fundamental a acceder a los cargos públicos. La decisión adoptada, en ese contexto, desconoce el papel de garante de los derechos humanos que le corresponde a la Corte Constitucional.

Por su parte, los magistrados **José Fernando Reyes Cuartas** y **Alberto Rojas Ríos** salvaron parcialmente su voto porque consideraron que la utilización del polígrafo vulnera los derechos a la dignidad, la honra, la intimidad y el libre pensamiento. En el criterio de los magistrados disidentes, eso ocurre cuando se usa un mecanismo contrario a la dignidad humana con independencia del fin que esa herramienta persiga, de los ámbitos (procesales o laborales) en los que se aplique o de los efectos (vinculantes, eliminatorios y opcionales) que se le atribuyan. Tanto peor es ello si las regulaciones legales son prácticamente inexistentes a pesar de algunos insulares y escasísimos pronunciamientos jurisprudenciales.

Justificar la entrada dura en el principio de la dignidad de la persona humana por la naturaleza de la entidad en la que se pretende aplicar (La DIAN) ante las altas cotas de corrupción, no puede evidenciar de manera constitucionalmente admisible el uso de un aparato que solo arroja dudas e incertidumbres y jamás el hallazgo de una verdad más allá de toda duda razonable. Si ese argumento fuera correcto, el polígrafo debería utilizarse como condición de ingreso en un muy elevado número de entidades del Estado si nos atenemos a las estadísticas en materia de corrupción que superan –dicen– los 50 billones de pesos al año.

Los magistrados recordaron que el polígrafo se basa en criterios de valoración positivista probatoria que no son concluyentes y que han sido superados en la teoría probatoria y argumentativa contemporáneas. De manera que el carácter moderno, sofisticado y científico del polígrafo es solo aparente cuando se trata de determinar si una persona miente (o no) en relación con una determinada pregunta. Los magistrados recordaron que el proceso de construcción de la verdad en el marco de los procesos judiciales o de selección de personal no puede ser violatorio de la dignidad del ser humano. Asimismo, reiteró que los medios constitucionales para obtener cualquier fin en el Estado constitucional deben ser respetuosos de la dignidad humana; de manera que la Constitución contiene una prohibición implícita y categórica de medios y fines contrarios a la dignidad humana.

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

De manera que esa imposibilidad de medios y fines contrarios a la dignidad humana no se matiza con el hecho de excluir el carácter eliminatorio de la prueba del polígrafo. Para Los magistrados Reyes Cuartas y Rojas Ríos, de lo que se trata es de que el modelo de Estado constitucional se basa en la idea kantiana de que el ser humano es un fin en sí mismo. Cuando el medio elegido es contrario a la dignidad humana no es posible condicionar su aplicación a que se respete ese valor constitucional sin que con ello se incurra en una contradicción lógica y, más que eso, en una vulneración del más caro de los valores, principios y derechos constitucionales. Dicho de otro modo, cómo decir que se *autoriza* el uso del polígrafo solo si se *respetan los derechos humanos y la dignidad humana*, si justamente el polígrafo *in se* es violatorio de tan caros derechos y garantías. O mejor dicho, no se podría decir que la tortura es admisible como medio procesal de averiguación de la verdad, siempre que se respeten en su práctica los derechos humanos.

El magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO salvó su voto en relación con la inexecutable parcial del artículo 123 del Decreto Ley 071 de 2020** (resolutivo cuarto de la providencia) e hizo aclaraciones respecto de las demás decisiones adoptadas en la Sentencia.

En relación con el resolutivo primero, si bien comparte la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión “polígrafo”, contenida en el art. 29.1 del Decreto Ley 071 de 2020, el condicionamiento debió restringirse únicamente a la exigencia de contar con el consentimiento previo del concursante, pero no en relación con los demás aspectos.

En efecto, era innecesario condicionar la expresión “polígrafo”, contenida en el art. 29.1 demandado, a que se entendiera que la citada prueba no era de carácter eliminatorio y que su práctica debía realizarse conforme a protocolos que garantizaran el respeto y efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos. Esto por cuanto a partir de una interpretación sistemática del art. 29 demandado, no es correcto afirmar que la prueba del polígrafo, a la que hace relación el art. 29.1, tenga carácter eliminatorio. Lo que es “eliminatorio” es la “Fase I” del proceso de selección para la provisión de los empleos bajo las modalidades de ingreso o ascenso –que regula el citado art. 29–, no las pruebas que pueden aplicarse en dicha fase. Es por ello por lo que, luego de hacer referencia a las pruebas que pueden aplicarse en la etapa en cita¹, el artículo dispone que “Esta fase es de carácter eliminatorio y su mínimo aprobatorio se definirá en la convocatoria”. En idéntico sentido, el art. 29.2 reafirma el carácter eliminatorio de la “Fase I”, no así de las pruebas que la integran, al disponer que a la Fase II del proceso de selección, “serán llamados, en estricto orden de puntaje, y en el número que defina la convocatoria pública, los concursantes que alcancen o superen el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I”. Por tanto, las pruebas que se aplican en la “Fase I”, entre ellas, la de polígrafo, deben ponderarse para efectos de definir cuál es el “mínimo aprobatorio” de la citada fase.

En segundo lugar, la sujeción de la práctica de la prueba de polígrafo a protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos, es superflua. De un lado, porque tales deberes son exigibles de toda actuación administrativa, en los términos del art. 4 de la Constitución, y los arts. 3, 5.5, 5.7 y 7.1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. De otro lado, han sido exigencias jurisprudenciales en el control

¹ Estas pruebas, según dispone el citado art. 29.1 pueden ser: “de integridad, polígrafo y de competencias comportamentales”.

concreto de la actividad administrativa, tanto por parte del Consejo de Estado² como de la Corte Constitucional³.

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

En primer lugar, la Sala ha debido valorar, de manera conjunta, la constitucionalidad de los arts. 97 y 123, dado que ambos garantizan el ejercicio de la actividad sindical al interior de una entidad estatal y son una particularización del concepto genérico del “permiso sindical”. El “permiso” que regula el art. 123 garantiza una separación “temporal” y “específicamente delimitada para el ejercicio de la actividad sindical”, mientras que la “comisión” supone un estándar cualificado del “permiso sindical”, al garantizar una dedicación mucho mayor y genérica a la actividad sindical. Además, al pertenecer las especies al mismo género, ambas instituciones se complementan mutuamente: la segunda –“comisión”– otorga una garantía de dedicación fundamental a la actividad sindical, mientras que la primera busca hacer compatible esta, por parte de los demás “representantes” sindicales, con la condición de empleados públicos que los caracteriza.

En segundo lugar, la circunstancia de que se circunscriba la concesión del “permiso” a los “representantes” sindicales, a diferencia de lo que se indica en la ponencia, es consecuente con lo dispuesto en el art. 39, inciso 4º, de la Constitución, el art. 6 del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (aprobado mediante la Ley 411 de 1997), “*Sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública*”, y la jurisprudencia constitucional⁴.

² Al respecto, cfr., la sentencia de abril 25 de 2019 de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado – radicación: 11001-03-25-000-2015-01053-00(4603-15)–, en la que se definieron unos estándares para la aplicación de las pruebas de confianza, entre ellas las de polígrafo, de tal forma que fuesen compatibles con los principios constitucionales, entre ellos el de dignidad humana y, en general, los derechos humanos.

³ Cfr., al respecto, la Sentencia T-227 de 2019.

⁴ En particular, se hace referencia a las sentencias T-322 de 1998, C-377 de 1998 (en la que se efectuó el control de constitucionalidad al Convenio 151 de la OIT y a su ley aprobatoria, 411 de 1997), T-502 de 1998 y SU-598 de 2019 (en esta última, en particular, en el apartado relacionado con la “*Naturaleza del permiso sindical y su relación con el derecho de libre asociación sindical*”).

En tercer lugar, si bien, es posible que el legislador amplíe la garantía del permiso sindical a otros trabajadores –que no a los “representantes” sindicales⁵–, de que esta sea una opción regulativa, no se sigue que su otorgamiento a favor de los “representantes” sindicales sea inconstitucional⁶.

⁵ Es importante reiterar que, según el art. 123 del Decreto Ley 071 de 2020, la garantía se otorga a favor de los miembros principales y suplentes “de la junta directiva y de las subdirectivas de los sindicatos de empleados públicos de la DIAN”.

⁶ De hecho, la regulación del art. 123 del Decreto Ley 071 de 2020 es análoga a la actual regulación de la garantía del permiso sindical a favor de la generalidad de las organizaciones sindicales de empleados públicos, en los términos del art. 2 del Decreto 2813 de 2000, “por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 584 de 2000” (el art. 13 de la Ley 584 de 2000 adicionó el art. 416A al Código Sustantivo del Trabajo), decreto reglamentario concertado con los “representantes de las centrales sindicales” (tal como se indica en la parte motiva del citado decreto y fue dispuesto en el citado art. 13 de la Ley 584 de 2000). De conformidad con este, el permiso sindical se garantiza a favor de los “representantes” sindicales: “Las organizaciones sindicales de servidores públicos son titulares de la garantía del permiso sindical, del cual podrán gozar los integrantes de los comités ejecutivos, directivas y subdirectivas de confederaciones y federaciones, juntas directivas, subdirectivas y comités seccionales de los sindicatos, comisiones legales o estatutarias de reclamos, y los delegados para las asambleas sindicales y la negociación colectiva”.